



INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

LUCAS SALES DA COSTA

**CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL COMO PROJETO  
DEMOCRÁTICO POSSÍVEL: INCURSÕES TEÓRICAS E VISÃO  
JURISPRUDENCIAL**

BRASÍLIA/DF

2021

LUCAS SALES DA COSTA

**CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL COMO PROJETO  
DEMOCRÁTICO POSSÍVEL: INCURSÕES TEÓRICAS E VISÃO  
JURISPRUDENCIAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação do professor Rafael Silveira e Silva para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA/DF

2021

LUCAS SALES DA COSTA

**CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL COMO PROJETO  
DEMOCRÁTICO POSSÍVEL: INCURSÕES TEÓRICAS E VISÃO  
JURISPRUDENCIAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao  
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em  
Direito Constitucional do IDP, como requisito  
para obtenção do título de Mestre em Direito  
Constitucional

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Rafael Silveira e Silva (Orientador)**

**Prof. Ademar Borges de Sousa Filho**

**Prof. Saul Tourinho Leal**

Brasília, 16 de dezembro de 2021.

*A Ela, de quem me origino e por quem  
simplesmente estou a prosseguir.*

## RESUMO

Este trabalho buscou apresentar as várias acepções recebidas pelo sentido da fraternidade, compreendida como princípio constitucional indispensável à subsistência de uma democracia de diálogo e igualdade. No primeiro capítulo, a partir do arcabouço referencial apresentado, analisaram-se origem histórica, significado e derivações do constitucionalismo fraternal no interior de comunidades litigantes e de múltiplos interesses e convivências, assim como suas potencialidades e seus limites frente à fase de conscientização, educação, cultura e divergências da sociedade hodierna. O segundo capítulo mapeou e filtrou a lista de conceitos esboçados ao início, inserindo-os em categorias especificadas no intuito de fomentar-lhes a ligação com os termos empregados pelo Supremo Tribunal Federal em deliberações e votos. O terceiro capítulo, nesse prosseguimento, consignou um estudo da jurisprudência da Corte acerca do assunto, demonstrando sua aplicabilidade prática e a missão que o Judiciário pode desempenhar nas funções de incentivo de participação democrática, cumprimento de deveres comunitários e satisfação de direitos fundamentais. Percebeu-se o pragmatismo da ideia de fraternidade, afastando-se assertivas que ainda insistem em abordá-la como ilusão ou projeto irrealizável. Buscou-se endossar a eficácia normativa de um conteúdo ligado a elementos de solidariedade, corresponsabilização, inclusão, dignidade da pessoa humana e isonomia, conceitos que, conquanto apresentem semelhanças, mereceram citações particularizadas e diferenciadas em virtude do relevante tratamento constitucional obtido. Essas específicas distinções estabelecidas ganharam, ao final, destaque na seara penal, ramo jurídico em que a nobreza do humanismo fraternal põe-se em evidência em face do envolvimento de valores constitucionais caríssimos como a liberdade e a dignidade do indivíduo.

**Palavras-chave:** Constitucionalismo democrático. Fraternidade. Dignidade da pessoa humana. Supremo Tribunal Federal.

## ABSTRACT

This work aimed to present the various meanings received by the sense of fraternity, understood as an indispensable constitutional principle for the subsistence of a democracy of dialogue and equality. In the first chapter, we analyzed the historical origin, meaning and derivations of fraternal constitutionalism within litigant communities and multiple interests and coexistences, as well as their potentialities and their limits in the phase of awareness, education, culture and divergences in today's society. The second chapter mapped and filtered the list of concepts outlined at the beginning, inserting them into specified categories in order to foster their connection with the terms used by the Supreme Court. The third chapter included a study of the Court's jurisprudence on the subject, demonstrating its practical applicability and the mission that the Judiciary can perform in the functions of encouraging democratic participation, fulfilling community duties and satisfying fundamental rights. The pragmatism of the idea of fraternity was perceived, rejecting assertions that still insist on approaching it as an illusion or unachievable project. We sought to endorse the normative efficacy of a content linked to elements of solidarity, co-responsibility, inclusion, dignity of the human person and isonomy. These concepts, although they present similarities, deserved individualized and differentiated citations due to the relevant constitutional treatment obtained. These specific distinctions gained prominence in the penal area, a legal branch in which the nobility of fraternal humanism is highlighted due to the involvement of very expensive constitutional values such as the freedom and dignity of the man.

**Keywords:** Democratic constitutionalism. Fraternity. Dignity of the human person. Supreme Court.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>ABORDAGEM METODOLÓGICA</b>	<b>14</b>
<b>1 FRATERNIDADE: UMA APRESENTAÇÃO</b>	<b>18</b>
<i>1.1 Escorço histórico e ideais preliminares</i>	<b>18</b>
<i>1.2 O constitucionalismo da fraternidade</i>	<b>27</b>
<i>1.3 Conformações constitucionais e a fraternidade na CF de 1988</i>	<b>40</b>
<i>1.4 Processos pedagógicos e consolidação da cultura fraternal</i>	<b>45</b>
<b>2 CATEGORIZAÇÃO E APROPRIAÇÃO CONCEITUAIS</b>	<b>50</b>
<i>2.1 Fraternidade entre a solidariedade e a corresponsabilização</i>	<b>50</b>
<i>2.2 Fraternidade como fundamento da inclusão</i>	<b>58</b>
<i>2.3 Fraternidade e humanização do sistema penal de justiça</i>	<b>65</b>
<b>3 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS</b>	<b>73</b>
<i>3.1 Entre a solidariedade e a corresponsabilização: doses de fraternidade aplicadas pelo STF</i>	<b>75</b>
<i>3.2 Fraternidade como veículo de inclusão no STF</i>	<b>86</b>
<i>3.3 Fraternidade e humanização do sistema penal de justiça na casuística do STF</i>	<b>145</b>
<i>3.4 Quadro síntese das análises jurisprudenciais</i>	<b>156</b>
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>161</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>166</b>

## INTRODUÇÃO

*Constitucionalismo e democracia* travam, não de hoje, fecundas e emblemáticas controvérsias. Por um lado, sustenta-se a incompatibilidade aparente entre os dois termos, já que, enquanto aquele proclama o resguardo e a conservação de direitos, bens, valores e construções desenhados em momentos históricos significativos, esta busca prestigiar a soberania do povo, certamente desejosa de mudanças talvez obstadas pelas limitações materiais e formais definidas pelas leis fundamentais. Em segundo lugar, aduz-se que o excesso de constitucionalismo é idôneo a prejudicar os próprios ideais democráticos, porquanto impediria ou, ao menos, dificultaria que as gerações cidadãs atuais lograssem êxito nos esforços voltados às modificações pretendidas, dada a rigidez ínsita ao pacto maior. As mobilizações cívicas, por conseguinte, restariam enfraquecidas.

O tema perpassa, nota-se, o ontem, o hoje e o amanhã, cumprindo registrar, de um lado, a indiscutível importância da evolução constitucionalista para a proteção de direitos e de garantias fundamentais e, de outro, a indispensabilidade do estabelecimento de contornos, redefinições e limites a fim de enaltecer o titular do poder constituinte, a saber, o povo. Intenta-se evitar, dessa maneira, que um exacerbado constitucionalismo e suas conseqüentes interpretações e irradiações resultem na reconfiguração da essência formada e elevem os poderes constituídos a proprietários da autoridade suprema da nação.

Nessa linha de ideais, a presente dissertação direciona holofotes para alguns dos elementos inspiradores dos primeiros alicerces do constitucionalismo moderno, fincados, particularmente, no trinômio adotado pela Revolução Francesa.

A *fraternidade* serviu, junto com a *liberdade* e a *igualdade*, para compor a ideologia dos movimentos liberais que muito influenciaram a afirmação dos direitos humanos e a elaboração das primeiras constituições, as quais se assentaram nos pilares da limitação do poder dos governantes e na garantia de direitos individuais. É interessante notar, porém, que as discussões subsequentes centraram, convencionalmente, os atributos do Estado liberal e do Estado social, produto das noções primordiais de *liberdade* e *igualdade*, respectivamente. A *fraternidade*, afigura-se, não recebeu a mesma atenção.

Este texto ingressa em tal linha de preocupação e atenta para a indispensabilidade da mudança de norte. Afasta-se do senso comum jurídico, que costuma fixar os olhos, de maneira prioritária e imediata, nas instituições estatais, mirando-se o outro lado da moeda, no afã de galvanizar a noção de responsabilidade social incrustada nos *deveres fundamentais* de cada um em comunidade. Sem que seja necessário demover a indispensável função provedora do Estado de concretizar direitos e promover o bem público, talvez a realidade contemporânea brasileira de tantas vicissitudes, candências, desigualdades, intolerâncias, exclusões e conflitos esteja a requerer um outro viés de preocupação.

A satisfação integral da aludida tríade capacita um novo paradigma de *justiça*, mais humana, plural e inclusiva, e concretiza o status *democrático* do Estado de direito. *Justiça* não em seu signo vinculado ao formalismo de poder, mas em sua tradução mais material de atividade harmonizadora de interesses incompatíveis que se unem. *Justiça* alcançada pela irmandade e pelo altruísmo, realizada por meio da observância espontânea dos valores morais básicos que orientam o tecido social.

A *fraternidade* é, com efeito, eminentemente material e insculpe-se pela força fática inerente ao ser solidário e cívico, apto a encarar seus próprios problemas e consciente de suas responsabilidades diante do próximo e, pois, da coletividade. De seu conceito extrai-se a busca por impulsionar os laços de harmonia e união dos conviventes sociais e, por consequência, a própria democracia direta.

O argumento demanda uma análise a respeito do nível educacional e cultural dos cidadãos, a fim de que se avaliem potenciais e limites para um atingimento razoável de maturidade democrática e de tomada de consciência quanto aos deveres básicos de cidadania, os quais subjazem ao *ideal fraterno* mirado. Isso impõe, também, conferir destaque aos preceitos de direito material ou substantivo, em contraposição a uma tradicional dedicação aos códigos processuais que pressupõe, para a realização da pacificação social, a instauração de uma demanda formalmente instaurada entre partes em litígio.

Convém aduzir, nessa esteira, que o alcance de um paradigma solidário e humanista, inerente ao *constitucionalismo fraternal*, é passível de canalização e incentivo por parte das instituições estatais, as quais muito podem fazer para incutir nos cidadãos os conhecimentos elementares a respeito de ética, cidadania e

alteridade. Não se despreza, portanto, a enorme contribuição que podem oferecer os segmentos oficiais de poder para a composição de interesses em contenda, sobretudo porque a própria Constituição Federal de 1988 – CF, centro dos escopos que se pretendem colher nestas linhas, autoriza e convida tal atuação.

Na esfera dos embates contemporâneos, consubstanciados especialmente nos desacordos entre particulares, porém, reserva-se a tais instâncias, mormente ao Judiciário, um papel excepcional ou residual, no sentido de solver apenas os feitos que não comportem solução pelas próprias partes. Mais harmonia e interação podem ensejar menos litígios e judicializações, o que está longe de refutar, repise-se, a imensa importância dos provimentos jurisdicionais para a própria realização constitucional.

Intencionam-se, como decorrência do *constitucionalismo fraternal* ou *altruísta* delineado, propostas de jurisdição mínima, estímulos a métodos extraoficiais, restaurativos ou alternativos de solução de controvérsias, diálogos construtivos e pedagógicos e interações constantes entre setores privados e agentes públicos no processo de satisfação de interesses discordantes. Endossam-se, ainda, deveres que se cumprem, prioritariamente a direitos que se demandam.

Adianta-se, por relevante, que razões didáticas e metodológicas implicam a necessidade de filtrar conteúdos e recortar metas, de sorte que o exame das instituições de poder terá como base a Carta de 1988 e o arcabouço de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF – que se esmeraram na temática apresentada, o que não empana considerações a serem trabalhadas sobre outros diplomas e tribunais constitucionais.

Em suma, numa arena social contemporânea de intensos litígios, caracterizada pela perda de ética, valores e referência, cogita-se que o desenho e a materialização dessa proposta constitucional mais desvinculada de uma hegemonia estatal oxigenam a democracia e despertam a atuação cidadã para o altruísmo e a autorresponsabilização, desafogando o sistema formal de justiça (em seu sentido amplo) e contribuindo, outrossim, para suprir as próprias carências do poder público em prover bem-estar e amenizar-lhe o déficit de legitimidade.

O intuito, pois, é formar um fator primário de realização do texto de 1988, em desapego às compreensões comuns pregadoras de uma constitucionalização

de cima (Estado) para baixo (sociedade). Afinal, se a Constituição Federal, desde o preâmbulo, abarca os fundamentos normativos do *constitucionalismo fraternal*, dentre os quais a “solução pacífica das controvérsias”, é preciso promover críticas a respeito da sobrevalorização das atribuições dos órgãos estatais e da delegação à base social de um papel secundário e de pouca valia nas disputas e nas agruras do cotidiano.

Essas são as assertivas centrais que se querem endossar ou rebater ao longo da monografia apresentada, perquirindo-se sobre possíveis alcances e efeitos dessa ideia de constitucionalismo e justiça no interior de uma sociedade de litígios e em crises referencial e valorativa. Partindo de algumas concepções teóricas com vista à persecução de decorrências realistas, objetivas e práticas, a preparação do texto buscará apresentar respostas a dois questionamentos: qual a conceituação do princípio da fraternidade? Como pensa o STF a respeito da disciplina?

Para responder às perguntas principais de pesquisa, tem-se, como primeiro objetivo vital proposto, examinar o ideário da *fraternidade*, compreendida como princípio constitucional indispensável à subsistência de uma democracia dialógica, igualitária e pluralista. Destrinçam-se ainda o significado e as implicações práticas do *constitucionalismo fraternal* no interior dessa sociedade complexa e litigante, de inúmeras mundividências, refletindo-se, eminentemente, sobre o papel que os diversos atores sociais podem cumprir na edificação desse projeto. Neste ponto, como objetivos específicos, cuida-se de traçar: a) a origem, a definição, os elementos e a previsão constitucional da *fraternidade*, debatendo-se, especialmente, o sentido dos *deveres sociais*, fardo posto a cada indivíduo por sua posição de membro da comunidade; b) as possibilidades e os limites para sua absorção, frente ao estágio de conscientização, educação, cultura e desacordos de uma sociedade hodierna multifacetária, assim como as potencialidades que uma humanidade socialmente ativa, responsável e cooperativa pode energizar e a influência que pode exercer na construção de uma cidadania virtuosa, num contexto de uma sociedade bastante litigante e em crise de referências e de valores.

O segundo objetivo central, coligado com o primeiro, volta-se ao Judiciário e analisa maneiras de que pode se valer o STF, instituição de poder à qual se restringirá, por escopo didático, a dissertação, para a promoção de uma concepção de justiça socialmente comprometida e de um Estado de direito verdadeiramente

democrático, na busca por instalar a *fraternidade* na ordem do dia, incluir subjetividades eventualmente desprezadas e enfrentar, conseqüentemente, restrições e indagações de legitimidade tangentes ao aparato jurídico oficial. Como objetivos específicos, com lastro no detalhamento dos acórdãos da Suprema Corte que analisaram o tema, cuida-se de aferir: a) a correlação entre os conteúdos utilizados pelos ministros nos votos e as definições de *fraternidade jurídica* e *deveres sociais* introduzidas no primeiro objetivo central; b) a missão que pode executar o Tribunal em um processo de alimentação dos cidadãos com as ideias de participação democrática, solidariedade e responsabilização, sobretudo por meio de informais e difusos processos pedagógicos com essa mesma finalidade.

A hipótese nuclear a ser ratificada ou contestada assevera que o enaltecimento da participação popular, com esteio na fraternidade jurídica, realiza maiormente os fundamentos e objetivos plasmados na Constituição Federal, consagradora de um Estado democrático de direito propenso a difundir *humanismo* e participação pública. Sugere-se que a veemente inclinação doutrinária, legal e jurisprudencial ao papel dos entes públicos como responsáveis primários por dar conta das rixas sociais culmina em negligenciar o titular do poder constituinte e enfraquecer a democracia. Busca-se, eminentemente, sublinhar a *fraternidade* como princípio fundamental da sociedade, assinalando que cada um seja responsável por todos, num modelo de organização menos focado na figura do poder público quanto ao papel de vivificar o texto fundamental.

A sugestão a ser esmiuçada nestas linhas, a ser admitida ou refutada ao longo do desenvolvimento da monografia, assenta-se na consagração do ideário popular, a partir da busca por soluções de demandas externas às suas configurações institucionais e da suposição da força viva da sociedade no papel de árbitro e regente das controvérsias mundanas, o que jamais significará esquecer a importante participação do Estado neste particular

Propõe-se que o elemento comunitário, a *fraternidade*, a solidariedade e a cooperação sobressaiam pelo atributo da primariedade, mediante a crença nos cidadãos, individualizados ou agrupados, como principais autores e destinatários das deliberações voltadas à defesa harmônica da Constituição, em tudo que esta contempla: direitos, deveres, garantias e valores. O empoderamento político-social das pessoas

pode constituir o elemento primordial apto a guiar os caminhos necessários para o alcance da vontade socialmente disseminada, a qual nunca é fácil de ser encontrada num mundo complexo, de ideologias e valores múltiplos e de árduo consenso.

Afigura-se razoável, segundo a tese que se intenta desenvolver, alimentar a convivência democrática, a cultura participativa, os deveres sociais e as incursões cívicas, superando-se ou atenuando-se a hipervalorização das teorizações jurídicas, as quais se revelam idôneas a fortalecer o Estado e o fenômeno da litigiosidade que este não dá conta de combater. Supervalorização, aliás, que pode enfraquecer e desmobilizar os próprios *agentes da cidadania*.

E as próprias instituições estatais, convém sublinhar, por imperativo constitucional, devem orientar-se em favor da sociedade fraterna e instaurar mecanismos de inclusão social e construção da cidadania. É o que se verá na leitura e nos resultados das deliberações do Supremo Tribunal Federal que debateram o mote do *constitucionalismo fraternal*, oportunidades em que a Corte aparenta ter dado concretude às aspirações ora asseveradas.

Dessa maneira, em apertado resumo, o capítulo 1 trará conceitos e noções preliminares da fraternidade, abordando a constitucionalização do tema e sua inserção nos documentos estrangeiros e, especialmente, na Constituição brasileira de 1988. As disposições inaugurais também mencionarão os ritos pedagógicos considerados indispensáveis para a eclosão e o empreendimento da cultura fraternal. O capítulo 2 procederá à filtragem das definições encontradas no colhimento bibliográfico e alocará termos e resultados em categorias especificadas, antevendo a associação entre tais conceitos e aqueles a serem utilizados no estudo dos julgamentos do STF, análise que constitui o foco do último capítulo. O último capítulo, pois, encerrará as discussões a partir de uma observação jurisprudencial, esmiuçando demandas e deliberações que transitaram no tema do constitucionalismo fraternal.

## ABORDAGEM METODOLÓGICA

No cotejo dos estudos concernentes ao papel da sociedade civil e das instituições públicas na resolução das inúmeras e crescentes controvérsias instauradas no dia a dia, impende aprofundar, inicialmente, análises voltadas ao *constitucionalismo fraternal*, ideário que pode contribuir para empreender cidadania, participação e bem-estar.

No interior de uma sociedade complexa, plural e em crises, em que se intensificam as indagações referentes às restrições e à legitimidade do poder oficial em lidar com uma miríade de desacordos e litigiosidades, a valorização de uma concepção humanista, solidária e dialógica de justiça (em seu amplo sentido) é apta a prestigiar os deveres e a responsabilização que incumbem a cada indivíduo frente ao próximo no projeto de pacificação coletiva.

Enfrentam-se, aqui, modelos dogmáticos de análise dos desenhos institucionais, que se centram em fundamentos e conceitos abstratos frequentemente desacoplados dos conflitos concretos socialmente operados.

A assertiva assume relevo ao se registrar, como um dos primordiais objetivos do texto monográfico, o exame de mecanismos empreendidos pelas instituições jurídicas para canalizar participação democrática e corresponsabilização: um incentivo estatal, pois, à fraternidade.

A escolha do tema caminha nesse de sentido de aferir, além do conceito e das implicações do *constitucionalismo fraternal*, condutas e procedimentos recomendáveis aos núcleos formais de poder, particularmente o Judiciário, para consolidar direitos a partir dos próprios deveres e materializar a irmandade e a concórdia, uns dos objetivos constitucionais colimados.

A abordagem dos problemas aventados será feita a partir de pesquisas bibliográficas e documentais, em virtude do método teórico-argumentativo adotado por esta monografia. Jurisprudências e normativos nacionais e internacionais serão utilizados, contemplando-se, outrossim, perspectivas primordialmente social, política e jurídica, dada a importância da absorção de conhecimentos interdisciplinares na elaboração do trabalho.

As linhas explorarão e destrincharão, a partir do exame de decisões colegiadas (acórdãos) ou individuais (caso o provimento monocrático não tenha sido

submetido às Turmas ou ao Plenário) oriundas do STF, a utilização prática da terminologia *constitucionalismo fraternal*, assentada nos elementos correlatos e apresentados inicialmente: *solidariedade, corresponsabilização, deveres, altruísmo, igualdade, pluralismo e humanismo*.

Neste instante de explicação, de pronto, convém advertir serem inúmeras as construções conceituais quanto à origem e à aplicabilidade dos termos *fraternidade* e *solidariedade*. Há quem insira o binômio numa divisão meticulosa de gênero e espécie, enquanto enorme parte da doutrina e da jurisprudência trata como sinônimas as acepções. Esta segunda assimilação será adotada aqui por imperativo prático, compreendendo-se, como se verá, que os detalhamentos pretensamente voltados às diferenciações mais atrapalham do que ajudam e deságuam, de uma forma ou de outra, na utilização dos mesmos elementos enumerados no parágrafo anterior, os quais constituem a essência da natureza distintiva da *fraternidade*.

Ainda quanto aos conceitos relacionados, adiciona-se serem várias as similitudes inerentes àqueles elementos. *Solidariedade, corresponsabilização, deveres, altruísmo, igualdade, pluralismo e humanismo*, lista que vale a pena reiterar, carregam origem, pavimentos, contornos, leituras e percalços às vezes coincidentes. O mapeamento das terminologias e a inserção das categorias em divisões próprias, objetivo do capítulo 2, bem como a relação efetuada entre os elementos encontrados e o lastro utilizado pela Corte Suprema nos julgamentos indicados nos capítulos 3, não engendram compartimentos estanques ou incommunicáveis, produzindo, ao contrário, não poucas vezes, significados, aplicações e efeitos semelhantes. Dessa maneira, a alocação de cada provimento jurisdicional em uma outra categoria será baseada no nível de intensidade ou mesmo preferência que os ministros imprimiram numa ou noutra apropriação conceitual. Como quase tudo na vida, contingências mesclam-se e espalham-se, distantes estando de clausuras ou ostracismos.

A Constituição brasileira de 1988 receberá luzes especiais na análise, e o sítio oficial da Suprema Corte representará a base para as pesquisas dos votos e das decisões, a partir da inserção das palavras-chave sobreditas no campo de jurisprudência. Como nem sempre há exata correspondência entre os conceitos utilizados na fundamentação dos julgamentos e os termos extraídos das ementas ou das publicações disponibilizadas, é importante esclarecer que tanto os votos vencedores como os votos

vencidos constituirão objeto de análise, o que tem como intento enxergar, com mais amplitude, a maneira como o Tribunal dissecou os temas.

É preciso, por fim, acrescentar duas considerações. Primeiramente, impende lembrar que registros jurisprudenciais não são absolutamente precisos, de modo que eventual omissão no enfrentamento de algum caso particular que tenha perpassado as terminologias destacadas não derivou de inércia ou intencionada deliberação. Procurou-se, como se disse, consignar os registros encontrados no próprio campo de pesquisas do sítio do STF, mas é provável imaginar que um ou outro julgamento tenha adentrado o constitucionalismo fraternal sem que este termo ou suas associações passassem a constar da ementa ou do repositório oficial.

A última consideração circunda os atores processuais indispensáveis ao rito das ações encaminhadas ao Supremo. Entidades privadas e órgãos públicos como a AGU ou a PGR, não raras vezes, sensibilizam, com mais acuidade, os ministros em seus votos, todavia, noutras circunstâncias, não há tanta influência desses atores no provimento final. A inserção dos argumentos fáticos e jurídicos expendidos por esses participantes constituirá, ao invés de regra, ferramenta circunstancial, cuja utilidade, para os fins aqui propostos, será analisada decisão por decisão, como título de reforço à linha seguida pelo julgador. Afinal, mira-se a compreensão alcançada pelo STF, e é materialmente impossível contemplar todas as teses atravessadas no desenrolar dos processos estudados.

Pelo que se colheu, são resultado da pesquisa: Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 3.105 e 3.128 – contribuição previdenciária de inativos e pensionistas; ADI 3.540 – meio ambiente e supressão de áreas de preservação permanente; ADI 3.768 – gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos idosos; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) 26.071 – reserva de vaga a candidato portador de deficiência visual; ADI 2.649 – passe livre aos portadores de deficiência; ADI 3.510 – pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos; Recurso Extraordinário (RE) 500.171 – cobrança de taxa de matrícula por universidade pública; *Habeas Corpus* (HC) 94.163 – execução penal e livramento condicional; Petição (PET) 3.388 – demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol; ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 101 – meio ambiente e importação de pneus usados; HC 97.256 – conversão da pena privativa de liberdade em

restritiva de direitos no tráfico de drogas; ADI 4.277 e ADPF 132 – uniões homoafetivas; HC 106.212 e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 19 – violência doméstica; ADPF 54 – abortos de fetos anencefálicos; ADPF 186 – cotas em instituições públicas de ensino superior; ADI 3.330 – ProUni; ADPF 291 – tipificação penal da pederastia ou da libertinagem no âmbito militar; ADI 5.357 – ensino inclusivo das pessoas portadoras de deficiência; ADC 41 – reserva de vagas para negros em concursos públicos; ADIs 3.937, 3.406 e 3.470 – meio ambiente e proibições vinculadas ao amianto; HC 143.641 – prisão preventiva de mães e gestantes presas; ADI 4.275 e RE 670.422 – alteração de registro civil de transgênero sem mudança de sexo; ADI 5.617 – regras eleitorais e candidaturas do sexo feminino; ADI 1.003 – responsabilidade objetiva do consórcio de seguradoras que operam o DPVAT; Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e Mandado de Injunção (MI) 4.733 – discriminação por orientação sexual ou em razão de identidade de gênero; ADI 5.543 – restrição de doação de sangue a grupos minoritários; ADPF 461 – ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas e ADPF 738 – candidatura eleitoral de pessoas negras.

E, na outra parte da dissertação, tendo como ponto de partida esses processos, listados em ordem crescente de antiguidade no que se refere à data de julgamento, buscar-se-ão o cumprimento dos objetivos gerais e específicos e a apresentação da correspondência entre os fundamentos utilizados nos votos dos julgadores e os conceitos teóricos traçados.

## **1 FRATERNIDADE: UMA APRESENTAÇÃO**

### *1.1 Escorço histórico e ideias preliminares*

O entendimento da fraternidade possui precursores bastante antigos na história das civilizações, sendo comuns os desencontros a respeito da amplitude, dos limites e da aplicabilidade do termo.

Filósofos clássicos, doutrinas religiosas, especialistas das artes e das ciências, movimentos liberais, constituições estatais e documentos internacionais já se debruçaram sobre esse ideário tão complexo quanto instigante: ela sempre esteve em todos os lugares (OLIVEIRA; ROSSETTO, 2017).

Como quase tudo no universo do Direito, consensos teóricos se mostram raríssimos, sendo difícil traçar, com razoável dose de precisão, a origem do conceito, e não é intenção destas linhas fazê-lo, como adiante se verá.

Revelando-se comum enlaçar seus estudos na própria etimologia da palavra, a qual, rigorosamente, significa “irmão” e irradia ideais de concórdia e afeição, sua abordagem cinge-se, com frequência, à seara das relações privadas mais íntimas.

Nessa visão, fraternidade corresponde à irmandade e à harmonia, elementos imprescindíveis para a subsistência familiar, núcleo básico da sociedade. A convergência de interesses e esforços em favor de uma causa comum, sabe-se, é uma procura permanente na trajetória dos homens, para quem o *viver bem* e com *responsabilidade* pelos semelhantes representa imperativo de existência (JONAS, 2006).

Sororidade, empatia, ajuda mútua e união surgiram como ferramentas poderosas nessa inserção mais doméstica do conceito de fraternidade. Inserção, todavia, que não se operou de modo desimpedido (MORIN, 2019).

A força da autoridade paterna e sua posição incontestável na hierarquia familiar, em que unilateralismos, arbitrariedades, submissões e imposições afiguraram-se por muito tempo naturais, descortinaram o paradoxo de aludir àquela concepção num ambiente às vezes duro, repressor e impiedoso.

As noções de afeto e consideração frente ao outro denotam horizontalidade e reciprocidade inatingíveis plenamente em relações autoritárias e centralizadoras, assertiva que será palco de várias discussões ao longo desta dissertação.

Afinal, como identificar a alma do conceito em manifestações avessas àquilo que a autodeterminação e o igualitarismo parecem sugerir?

Originou-se outro norte de preocupação, e críticas despertaram a inevitável associação da *fraternidade* a postulados longínquos, difusos e heterogêneos, a saber, a *liberdade* e a *igualdade*. Sob esse viés, a fraternidade é apta a gerar o equilíbrio entre os dois outros princípios universais, garantindo-lhes a completa expressão (MARTINHAGO; NUNES, 2016).

*O princípio da fraternidade* evoluiu entre avanços, interrupções e recuos, numa oscilação intrínseca às formulações que, a despeito de universalmente reconhecidas, demandam perenes questionamentos.

Apesar de sua ideia estar presente, em diferentes modelos, em todas as grandes religiões, “cada uma tendo-a transmitido às respectivas civilizações” (BAGGIO, 2009, p. 87), de fundamental importância foi o cristianismo na propagação de valores de cunho humano e altruístico. Com efeito, o crescimento e a consolidação da doutrina cristã engendraram as compreensões mais ricas e virtuosas dos atributos humanos.

As escrituras sagradas de qualquer religião apresentam pontos de incongruência, com capítulos e disposições que, muitas vezes, não conversam entre si. A afirmação é tradicional e costuma ser atribuída à presença de uma multiplicidade de autores que, em distintas gerações no tempo, escreveram, não necessariamente de forma retilínea, coordenada e comunicativa, as memórias lavradas nessas declarações.

Poucas crenças, entretanto, mostraram-se tão influentes como a de Cristo na difusão de princípios éticos e morais e na assimilação da tolerância, do respeito e da igualdade. Realmente, característica do amor cristão é a universalidade: gratuito, dirige-se a todos e não exclui ninguém. Substâncias, diga-se, atreladas à ótica fraternal (CARLOS MACHADO, 2017).

Em período histórico mais moderno, no esteio dos movimentos liberais eclodidos ao longo do século XVIII, a Revolução Francesa carregou um discurso pretensamente voltado à conjugação dos três enunciados aqui introduzidos. No combate aos vícios do Antigo Regime, sistema político e econômico caracterizador dos privilégios aristocráticos intensamente concentradores e de uma sociedade

manifestamente desigual, a ideologia simbolizada pelo ano de 1789 disseminou os influxos da libertação e da autonomia de vontade.

Liberdade que aparece, já em Hobbes (2014, p. 170-172), relacionada à ausência de oposição, significando ser um *homem livre* “aquele que não é impedido de fazer as coisas de que tem vontade e que as faz graças a sua força e engenho”. Para o autor, em todo o tipo de ação não disciplinada pela lei, os homens possuem a liberdade de fazer o que sua razão e seu interesse sugerirem.

Deu-se sustentáculo, por conseguinte, às ideias contemporâneas de constituição, oriundas das Revoluções Francesa e Americana e fundadas na declaração de direitos, na restrição de poderes e na definição de competências (BRANCO; MENDES, 2012).

Quando se destrincha a trajetória histórica do constitucionalismo moderno, visualiza-se sua correlação com esses postulados revolucionários, alimentadores das compreensões sobre direitos e limites de poderes no bojo de documentos magnos. Apresentaram-se a divisão de funções estatais e o reinado da razão, teorias voltadas a prevenir a transformação do poder de fato em algo absoluto. Para isso, passou-se a defender a existência de poderes iguais e indispensáveis um ao outro, coibindo-se o arbítrio e o abuso no exercício da soberania: fala-se, obviamente, sem que seja necessária maior digressão, do sistema de freios e contrapesos (CORRAL, 1984).

Nesse contexto, foi de extrema essencialidade a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, editada no mesmo ano de 1789, tradicional ao asseverar, em seu art. 16, que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Esses são, a propósito, os conteúdos reputados materialmente constitucionais e propósitos precípuos dos textos constitucionais (BARCELLOS, 2018).

Na França, a tríade do movimento engendrou os influxos de valores hoje intensamente caros às civilizações, sem os quais se torna mesmo difícil conceber os pressupostos elementares das constituições. De fato, *liberdade*, *igualdade* e *fraternidade* serviram de motor aos conhecimentos mais hodiernos de direitos fundamentais e separação dos poderes, assim como às prescrições mais humanizadoras no ambiente das relações entre os indivíduos.

Certo é que, de enfática maneira, consignou a Revolução Francesa o caráter inseparável dos componentes do tripé, antevendo a indispensabilidade da atuação pareada, colaborativa e solidária de princípios que vinham sendo cultivados pelo Iluminismo ao longo de séculos. Sua união, em definitivo, era necessária no condão de alcançar as proposições do movimento.

Entraram em cena a força da lei e a robustez das teias societárias; escantearam-se os múltiplos ordenamentos jurídicos, os privilégios e o imobilismo social. Sob tal ótica, construíram-se belíssimas formulações acerca do Estado de direito. Formou-se a tônica da intenção revolucionária, traduzindo uma consciência contraposta à sistemática política anterior, em que uma sociedade estratificada era governada por um soberano cujos poderes eram indiscutíveis.

Soa inequívoco que a teoria é muito destoante da prática: retóricas não se convertem automaticamente em efetivos resultados. No que interessa a estas páginas, todavia, convém frisar a localização da fraternidade no lema de um dos mais nobres e inspiradores marcos históricos que o mundo já logrou conhecer. Não é irrelevante.

De amplíssimas repercussões na Filosofia e nos campos político e econômico, com seus conceitos impulsionando o processo evolutivo do constitucionalismo, a Revolta exerceu proeminência na germinação do Estado mínimo. Era um instante pródigo em reverência ao estatuto dos direitos convencionalmente tachados de “civis”, de cuja redoma os entes estatais deveriam distanciar-se.

A proteção da intimidade, do pensamento aberto e da fala, os direitos à crença e ao exercício profissional livre, o sufrágio universal: a liberdade constituía a culminância de um regramento pregador da inatividade estatal em incontáveis setores. A expressão “laissez-faire”, que significa, tão simplesmente, “deixe fazer”, identifica esse modelo capitalista de não intervenção estatal.

Anos mais tarde, no calor dos acontecimentos que circundaram a Revolução Industrial, quando o absentismo estatal desnudava ser incapaz de atender o déficit social e os gritos de socorro por segurança e bem-estar material, outros valores vieram à tona, e as debilidades de um liberalismo recluso foram postas à mostra (BONAVIDES, 2007).

O Estado social emergiu num cenário de intensa escassez e elevadas reivindicações por isonomia e transformações, envolto num arcabouço de circunstâncias

carentes de intervenção do poder público, e não de seu afastamento. Novos atores sociais, como movimentos associativos, partidos comunistas e socialistas e a Igreja Católica assumiram robustez, pugnando por receptividade e participação e irradiando doutrinas e ensinamentos valiosos para o alcance daqueles clamores intangíveis.

O proletariado, importantíssimo nesse processo de consagrações e conquistas, imprimiu solicitações que se encontravam adormecidas ou reprimidas e encetou a desenvolver um conhecimento de suas forças como *classe* imbuída de princípios e necessidades sedentos de amparo estatal (STEIN, 1964).

A igualdade substancial passou a ser a demanda da vez: já não adiantavam singelas formulações de direitos e garantias destituídos de eficácia. Desejos insertos nas leis precisavam transmutar-se em realidade. Isonomia “meramente formal, da boca para fora, que não saía do papel, era mesmo que nada” (MARMELSTEIN, 2011, p. 48).

Feitas essas considerações, curioso é observar nisso tudo a preponderância sublinhada em cada um dos ciclos históricos percorridos. *Liberdade e igualdade*, respectivamente, foram guias do Estado liberal e do Estado social anunciados. Parecia faltar alguma coisa.

A previsão da disciplina fraternal executou-se de forma sintética e branda em alguns ordenamentos jurídicos da época, porém a sua ligação com o humanismo, a irmandade e o respeito esteve longe de ser alavancada (SANTOS, 2017). Não era prioridade formalizá-la.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, para citar o exemplo emblemático levantado mais acima, aborda a igualdade e a liberdade, mas não a fraternidade. Indiferença, desatenção, negligência ou esquecimento: desimportando o substantivo que lhe dê, constatou-se que a fraternidade e suas potencialidades bateram com a cara na porta, num abandono que não passou despercebido. Tais relegação e despreço são bem evidenciados por Ighina (2009), que chega a questionar se o princípio não teria sido *esquecido* no contexto da América Latina, região esmiuçada em seu texto.

A evolução político-constitucional enfocou conceituação, capacidade e restrições estatais, normatizando-se as declarações de direitos fundamentais, o estabelecimento de competências e os mecanismos de controle entre os poderes.

Assegurar um patrimônio de interesses e garantias contra intromissões indevidas ou desarrazoadas do Estado, afinal, é uma das funções elementares das constituições.

De forma convencional, pois, aborda-se o papel dos departamentos estatais na consecução dos objetivos constitucionalmente traçados. Abrangem-se, nesse cenário, as instituições oficiais, verificando-lhes incumbências, possibilidades e delimitações, com base eminentemente na dogmática da separação dos poderes e na consequente aferição da sistemática de competências.

Na espécie liberal, endossam-se neutralidade e afastamento, a fim de impedir intrusões no patrimônio privado, até pelo que significou a política centralizadora e irrefreável do absolutismo. O objetivo principal consiste em limitar poderes e obstar arbitrariedades, garantindo a liberdade dos cidadãos e consequentemente “sua conservação, seu bem-estar, sua perfeição e sua felicidade”, representação asseverada por Vattel (2004, p. 26) em seus textos sobre a constituição do Estado, a qual não seria “nada mais que o estabelecimento da ordem em que uma Nação se propõe trabalhar em comum para obter as vantagens em razão das quais a sociedade política foi estabelecida”.

Na espécie social, valorizam-se o posicionamento, o agir e o interceder. Como se viu, quadros dramáticos de injustiça, desigualdade e miséria, há tempos, pugnavam por assistência e amparo, assumindo o Estado o papel de protagonista na condução de políticas públicas prestacionais. Consagrou-se, como diz Tavares (2007), a defesa de sua atuação positiva, a fim de corrigir iniquidades e proporcionar a igualdade de todos. Não havia como perseverar em sua inação.

O dilema não é novo. O embate entre *liberdade* e *igualdade* é secular e consubstancia os próprios modelos de Estado constitucional. Se, por um lado, uma liberdade manifesta e desmesurada é capaz de relegar ao vazio os excluídos e inferiorizados, por outro, uma igualdade opressora e sem freios pode aniquilar individualidades.

Os desenhos de estados e de constituições construíram-se com esse pano de fundo e desempenharam uma trajetória pendular, variando entre os inativismos e as intercessões: liberal, social, neoliberal ou dirigente (BARROSO, 2020). Quando as fórmulas são as mesmas, é árduo modificar a substância.

O foco sempre pareceu ser a capacidade estatal, contra tudo e contra todos, não sendo deveras tranquilo encontrar, na mesma proporção, escritos que mirem o outro lado da moeda: o poderio incrustado na força viva da sociedade. Propuseram-se promessas e objetivos constitucionais inteiros com lastro nas instituições representativas, na tripartição dos poderes e nos instrumentos de freios e contrapesos, com o escopo de avaliar a maneira como as autoridades de direito instrumentalizam-se para dar cumprimento a essas disposições.

A incidência majoritária de debates descritivos sobre premissas, compreensões teóricas e métodos abstratos produziu-se sem maior averiguação sobre os desencadeamentos concretos que afloram no interior de sociedades democráticas conflituosas. O modo é característico de uma investigação científica do Direito desinteressada, pautada por neutralidade e reducionismos e desacoplada do quadro social que lhe subjaz.

De maneira geral, a formação político-jurídica se limitou a descrever o conjunto institucional vigente e as proposições normativas, não colaborando para a construção de um discurso de realização de justiça social e, conseqüentemente, para a evolução dos ordenamentos. Com a ausência de consideração crítico-valorativa das instituições, “torna-se impossível instrumentalizar as transformações reclamadas pelas necessidades sociais” (AZEVEDO, 2014, p. 21).

Para Cosseddu (2014), na época moderna, doutrina e prática jurídica embasaram-se nos vínculos entre preceito, sanção, coerção e comando, focando a tutela do indivíduo e de seus direitos fundamentais e descuidando, entretanto, da comunhão humana e de suas naturais exigências.

Por muito tempo, a falta de uma dimensão axiológica descolou esses estudos da vida social, das realidades humanas e da justiça, permitindo que esquemas vazios, abstratos e desvestidos de conteúdo nutrissem uma dogmática predominantemente conceitual e imóvel. Transplantada essa preocupação para a dimensão do constitucionalismo, algo inquietante parecia ecoar: que valorização foi conferida ao ideário da fraternidade, sobretudo nos tópicos da eficácia e da aplicabilidade dos ordenamentos jurídicos e das declarações de direitos? Como resolver os citados discursos que monopolizam, em instituições de poder conservadoras e estáveis, os misteres associados a essas realizações?

Sendo válido repetir o quanto os embates no assunto têm resvalado, quase, sempre, no potencial e nas limitações do poder público frente aos problemas dessa esfera, o argumento introduzido trouxe uma pergunta, crê-se, consideravelmente esquecida: como priorizar a efetivação de direitos a partir da base da comunidade, isto é, *de baixo para cima*? Como tornar as constituições *reais*?

A relevância do *princípio jurídico da fraternidade* obtém maior destaque nesta toada. Primeiro, por refletir e impulsionar o conceito de deveres sociais, consistente na assunção de obrigações solidárias, cívicas e comunitárias.

Cada indivíduo necessita cumprir seus deveres de cidadão, não olvidando a alteridade, a solidariedade e os laços fraternos que à sociedade incumbe edificar. O desejo de ser amado e respeitado pelos semelhantes deve obrigar o homem a retribuir com igual afeição, numa relação de reciprocidade que todos parecem conhecer (LOCKE, 2014). Como apregoa Sarlet (2015), os deveres se associam à participação ativa dos cidadãos na vida pública, numa assunção de responsabilidade dos indivíduos perante sua comunidade.

Segundo, por enxertar a autorresponsabilização aliada à responsabilidade coletiva: *não estamos sozinhos no mesmo barco* e não podemos atuar insuladamente. Leis e códigos não se perfectibilizam instantaneamente. E, consoante válida lição de Souza Neto (2010, p. 40), “sem a participação popular, qualquer projeto de transformação social não é viável”.

Cultura política engajada, caldo democrático e sujeição constitucional qualificam-se como imprescindíveis à missão de realizar objetivos e interesses. Essa ideia é comungada por Canotilho (2003), que categoriza os deveres a partir das noções de cidadania republicana, compromisso e solidariedade. Sem fatores materiais propícios de efetivação, constituições não podem tanta coisa. A pedagogia, aqui, é primordial. Haverá um tópico específico sobre o tema a seguir.

Terceiro, por configurar a fraternidade um *princípio jurídico* revestido de força normativa, servindo, a um só tempo, de diretiva hermenêutica e mecanismo de imposição. Sustenta-se essa natureza normativa principiológica, compreendendo que a fraternidade se encontra no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo, a um só tempo, para a construção interpretativa de outras regras e para a ordenação de providências (CLARA MACHADO, 2017).

É recorrente, convém acrescentar, a anunciação do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana, na busca de eliminar desigualdades e discriminações e positivar humanidade (OLIVEIRA, 2017). A fraternidade, aqui, junta-se aos preceitos de igualização, transformação e justiça social.

Quarto, porque a fraternidade torna indispensável a reconfiguração de significância dos direitos de liberdade e igualdade, acima identificados. Encaixa-se ela nos direitos de titularidade transindividual, com fulcro no humanismo, na corresponsabilização dos indivíduos e dos entes públicos e naquela dignidade. A simbiose entre os conceitos, aliás, é facilmente perceptível.

Direitos, é bom adicionar, nomeados de terceira dimensão, que aclamam aquele último ideal da Revolução Francesa, tendo por destinatário “o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (BONAVIDES, 2014, p. 584).

Soberania, democracia, cidadania e participação são elementos que as constituições, de modo emblemático, assinalaram muitas vezes, ciosas da impotência do poder público e conscientes do poderio popular no que se refere à materialização dos bens e comuns e individuais desejáveis.

Metas e pensamentos constitucionais, há de se dizer, perseguem interesses coletivos, consubstanciados nos bens socialmente desejáveis pelos reais destinatários dos mandamentos estatais: o povo. É este o titular do poder constituinte, na clássica concepção de soberania popular desenvolvida por Rousseau (2011) ao versar sobre o ideal democrático de liberdade política. E isso tem a ver com *fraternidade*.

Grupos informais de poder, os segmentos populares representam fim e fundamento da ordem constitucional estabelecida. A uma, porque lhe confere legitimação. A duas, porque deve constituir o foco de qualquer atuação dos enunciados oficiais.

Não é conveniente desprezar o vigor do plural, do alternativo e das experiências, a sugerir que o ordenamento jurídico não pode ser circunscrito a entidades representativas de um monopólio do poder público, fundamento esboçado por Wolkmer (2015) em sua monografia referente a “uma nova cultura do direito”.

A sociedade logra bons frutos no alcance de seus interesses quando absorve estímulo e robustece seu empoderamento e sua autocompreensão como

realizadora precípua e imediata do diploma constitucional, contrapondo-se às fórmulas tradicionais preconizadoras de uma cidadania passiva e meramente postulante.

Essa compreensão é bem aferida na obra de Habermas (2003), o qual consagra a autonomia jurídica dos cidadãos como fundamento precípua do Estado democrático. O poder comunicativo, originado da sociedade civil, endossa uma esfera pública para além da estatal, revelando um legítimo direito como expressão da autodeterminação de uma comunidade de pessoas.

A atuação dos órgãos de poder para efetivação de valores e preceitos pode ser simultânea ou subsidiária, mas não deveria revelar-se a principal frente. Por uma constitucionalização de base, pois, e não de topo.

### *1.2 O constitucionalismo da fraternidade*

O binômio *constitucionalismo fraternal* não é tão utilizado, mas suas raízes encaixam-se em inflexões já difundidas por algumas teorias especializadas no tema. Humanismo, vitalidade democrática e preceitos fraternais representam sua tônica. A fraternidade jurídica reveste-se do caráter abstrato, aberto e prospectivo que a principiologia alberga, mas tem como ser definida.

Agasalhar a visão de um constitucionalismo fraternal e solidário igualmente conduz a uma abordagem da noção de deveres fundamentais, como acima se aduziu. O individualismo precisa ser posto de lado para que se enalteçam a conscientização, a autorresponsabilização e a irmandade. Menos cobrança de direitos, mais feitura de deveres; menos normatizações, mais sociedade. É possível fazer diferente.

O apego à realização de políticas públicas e à satisfação de direitos por intermédio único das vias institucionais é danoso aos cidadãos e aos órgãos de poder. Não colabora com a prática cívica ou com o engajamento popular subordinar o alcance e o gozo de todos os nossos anseios às deliberações dos poderes instituídos. Estratégias promocionais de direitos são benfazejas e necessárias, mas outros instrumentos logram o interesse público e o bem jurídico almejados, e impõe-se compreendê-los melhor. Muito já foi ressaltado sobre isso ao longo deste escrito.

O ingresso em conselhos comunitários e em associações beneficentes, o exercício da doação e do ato de conciliar, a repulsa ao conflito, o respeito simples ao

próximo, a valorização dos direitos substantivos, evitando-se aqui a frieza dos ritos processuais, a reparação material voluntária dos prejuízos causados a outrem: é possível inculcar na mente dos cidadãos ideais caritativos.

Formas de incentivar e viver a fraternidade constitucionalmente perseguida constam da obra de Fonseca (2019), que destaca a via consensual de solução de conflitos (conciliação, mediação, negociação e arbitragem) e a aplicação da justiça restaurativa no âmbito penal como expressões do princípio da fraternidade, destinado primordialmente à humanização do Direito.

O autor adiciona que esses métodos se qualificam como instrumentos de promoção da cidadania e de transformação social, complementares ao papel do sistema jurisdicional e indispensáveis à formação de uma cultura da paz, em substituição a uma cultura da sentença.

Não é apenas por meio de prestações estatais que se perfectibilizam direitos. Em homenagem a um constitucionalismo mais arraigado à energia da sociedade, obrigações fraternais cívicas e experimentalismos democráticos e inclusivos necessitam ser colocados em evidência. A ideia compatibiliza-se com a perspectiva de Dworkin (2014) acerca da comunidade de princípios e das atribuições políticas fraternais que ela pressupõe.

Essa ótica também é esmiuçada por Britto em seus conceitos de humanismo e democracia fraternal, autor que, enfatize-se, é um dos pioneiros a valer-se da fraternidade em estudos direcionados ao tema. Para ele, o *constitucionalismo fraternal* é a fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades destinadas a assegurar abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos e “fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico” (BRITTO, 2003, p. 216).

Em igual linha, ao comentar a Constituição portuguesa de 1976, Miranda (2017) ilumina as relações comunitárias e associa-as à dignidade das pessoas, as quais exigem integração, participação e inclusão. O autor, no ponto, destaca a dignidade da pessoa humana como base da República e consigna a intenção do povo

português de construir um país *mais livre, mais justo e mais fraterno*, como incrustado no preâmbulo do texto.

Vale, como já antecipado, assinalar os notórios estragos que aquele apego, correspondente a uma incontida subordinação, é idôneo a provocar no funcionamento e na atuação dos próprios poderes da República. Poderes são restritos, competências são limitadas, e dinheiro público é insuficiente: não é difícil elencar as vantagens advindas de uma sistemática que, guinada a outro norte e pretendendo desafogar o sistema formal de justiça, mira, como fator primário de realização constitucional, a base da coletividade.

Revela-se incontestável que a feição majoritariamente prestacional dos direitos ligados ao Estado-providência acarreta um novelo maior de discussões e obstáculos, envolvendo razões de política, economia, orçamento, distribuição de bens materiais, custos, escassez e limites de toda ordem. A menção a *limites* não foi posta ao final da enumeração inadvertidamente e representará ponto-chave dos argumentos expendidos ao longo deste texto.

Como materializar os ideais de saúde, educação e bem-estar num cenário de dinheiro restrito? Existe uma série de matérias convencionalmente relacionadas às análises do regime de direitos sociais, tais como mínimo existencial, reserva do possível, competência, eficácia e aplicabilidade: definitivamente, o rol é extenso e foi objeto de estudos bastante aprofundados.

As carências sociais não deixam a pauta do dia e ganham contornos de dramaticidade no atual contexto da pandemia ocasionada pelo Sars-CoV-2 (novo coronavírus). Devastador, o vírus logo se qualificou como generalizado e pouco democrático, atingindo o homem de qualquer lugar do globo, mas deixando claro quem são os mais vulneráveis: os infortunados e os desassistidos. Desigualdade, insegurança, miséria crônica, fome, desemprego, falta de acesso à rede de atendimento do Estado: eis uma lista triste e sempre complementável.

Por essas razões, cabe justificar, já neste momento em que se entra nas nuances constitucionais da fraternidade, o destaque atestado aos direitos sociais, pois seu elo com o ideal solidário, sobretudo na conjuntura de constituições cujo viés é modificador de realidades, constituirá um dos núcleos dos argumentos a serem apresentados.

Como referencial teórico e prático ínsito a ideais programáticos, a atenção à fraternidade como princípio do universalismo político realça os direitos sociais como precondição da democracia (BRANDÃO; SILVA, 2015). Fala-se do *social* e também do *prospectivo*, em virtude de sua indissociável ligação com os ideais de igualdade, justiça, bem-estar e transformação. O colorido solidário, bem se vê, abrilhanta essa espécie de constitucionalismo.

Pretende-se arguir que *eficácia* e *aplicabilidade* não devem necessariamente aludir às atribuições dos departamentos estatais. Que é imperativa a missão dos três poderes republicanos de promover isonomia substancial e diminuir o abismo entre as normas e a realidade resulta evidente, mas há outras formas de cumprimento dos objetivos constitucionalmente proclamados.

A construção de uma sociedade justa e solidária não pode representar tarefa afeta a alguma autoridade específica: cuida-se de missão cidadã, para si e para todos. É urgente fixar essa premissa.

Para corroborar a qualidade *jurídica* da fraternidade e manejá-la em prol da efetivação da própria Constituição, insta harmonizá-la com a eficácia horizontal, possibilitando a inserção isonômica e ampla de seu texto, não somente, então, na esfera de proteção individual em face de condutas estatais, mas também no tocante às intercessões entre os particulares (SARMENTO, 2004).

A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais consigna um elo *cidadão-cidadão* e satisfaz o regime jurídico de deveres, afirmação que corresponde, ao fim, à acepção constitucional da *fraternidade*.

A conscientização para as responsabilidades partilhadas é, ao cabo, deferência às leis fundamentais. Cuida-se de atender seu convite, homenagear seus postulados e executar dia a dia seus desencadeamentos. Perseguem-se o domínio dos direitos e a desincumbência dos deveres, numa correlação inextricável.

Em paralelo, portanto, às declarações de direitos, é urgente consignar dedicação às responsabilidades humanas, porquanto o homem, para além de ser sujeito de direitos, também precisa ser cobrado em seus encargos. Afinal, como ensinam Gomes e Mazzuoli (2016, p. 100), “a ênfase na construção dos direitos não pode ignorar a contrapartida das responsabilidades”.

É correto que vasta gama dos direitos fundamentais dirige-se contra o poder público, destinatário da ordem constitucional e responsável por satisfazer, na maior parte das vezes de ofício, o bem jurídico exigido. Nessas hipóteses, é claro que a solidariedade adquire contornos distintos e acopla-se, objetivamente, à previsão constitucional de feição igualitária, típica do Estado social.

Por outro lado, no campo privado, vale sempre recordar, só se obriga àquilo que a lei manda. É o que se dá, por exemplo, com as normas registradoras de direitos dos trabalhadores, voltadas à proteção dos empregados e impostas aos empregadores (art. 7º da Constituição brasileira, mais para frente singularizada): aqui, preveem-se direitos voltados imediatamente contra particulares.

Com fulcro nessa última via, ressoa cristalino que o princípio se destaca nos firmamentos privados, onde os laços de concórdia podem aflorar e produzir gestos de reciprocidade humanitária. É, de fato, nesse campo que atitudes relacionais de cariz fraterno se revelam capazes de suplantar o isolamento, o egoísmo e a indiferença e suscitar nossas obrigações para com o próximo, assertiva presente no imperativo categórico de Kant (BARROSO, 2018). E quem ganha é a Constituição.

Eliminar ou mesmo restringir essa irradiação dos direitos fundamentais torna-se ainda mais danoso em se tratando de países imensamente desiguais, em que litígios são frequentes, direitos são desconhecidos e desrespeitados, e o abismo entre as constituições formal e material é substancial, como é o caso do Brasil. Cumpra difundi-los, portanto, em todos os quadrantes.

A solidariedade e a eficácia horizontal, logo, caminham lado a lado, beneficiando-se mutuamente. Quando a primeira vem à tona e penetra no espírito social, é possível vislumbrar, com mais nitidez, o acabamento espontâneo dos deveres de sociedade, salientando-se, por conseguinte, uma aplicação mais equânime dos direitos fundamentais.

Menos litígios, mais harmonizações. A resolução de problemas pelos próprios contendores, além de obliterar a heteronomia no campo da pacificação de conflitos, robustece a cidadania ao estimular o caráter virtuoso das práticas democráticas.

Essa tarefa precisa ser assumida por todos que se preocupam com a subsistência sadia da Constituição. Por um Estado verdadeiramente democrático, pois,

que eleve o povo ao genuíno papel de protagonista do pacto estabelecido. Povo que apreenda os elementos da fraternidade e da mútua convivência e comprometa-se com a vivificação altruísta do bem comum. Povo que, assim, afaste-se de egocentrismos e coexista com várias autonomias, porquanto é “cultivando e impulsionando a individualidade, dentro dos limites impostos pelos direitos e interesses dos outros, que o ser humano se torna um nobre e belo objeto de contemplação” (MILL, 2011, p. 124). À medida que desenvolve sua individualidade, complementa o autor, cada um exsurge mais valioso para si mesmo e possivelmente para os outros.

Descabe olvidar a hipótese de uma participação estruturada e firme da parcela mais socialmente marginalizada da população na realização diária das promessas constitucionais. O justo e o virtuoso não derivam de uma distinta educação. A luta, entretanto, é dura e rigorosa, sendo razoável vislumbrar que pessoas imbuídas muitas vezes apenas do mínimo para sobreviver, por enfrentar transtornos até mesmo para sua manutenção individual, não deem conta de ultrapassar a ponte entre o *querer* e o *poder agir* coletiva e solidariamente. É o que se tem, e não o que deveria ser.

Os direitos sociais, bem se vê, entendidos em seu amplo sentido, existem como condição para o exercício das liberdades públicas, retratando valiosos pressupostos para a satisfação dos direitos civis e políticos, assim como para a possibilidade de adimplemento dos deveres, estes igualmente constitucionais (ESTEVEVES, 2007). A afirmação é quase trivial, mas tem de ser repetida, mormente devido à especial conexão entre essa categoria de direitos e o conteúdo da fraternidade.

À guisa de ilustração, fazem-se questionamentos: como estudar e executar os capítulos dos direitos fundamentais sem sequer saber ler e escrever? Como aglomerar-se associativamente sem que haja dinheiro suficiente para o transporte público ao local marcado para uma reunião sindical? Como satisfazer projetos donativos e fraternais se, no próprio círculo doméstico, o mínimo existencial não exsurge?

Se o alcance dos direitos sociais, por um lado, é condição para o desfrute dos demais direitos e para a desobrigação dos deveres fundamentais, por outro, eles podem e devem constituir o alvo principal dos ideais fraternais propugnados, consistentes num constitucionalismo democrático e participativo. Sua importância não é à toa.

Com efeito, essa nobre categoria de direitos simboliza, ao mesmo tempo, fundamento e fim da República, em virtude de sua estreita vinculação com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e com os objetivos fundamentais perseguidos (art. 3º, CF), dos quais se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos indiscriminadamente.

*Direitos sociais e fraternidade* ostentam juntos potencial para uma convivência salutar, numa reciprocidade de tranquila inferência. A redistribuição pretensamente equânime de recursos materiais e a segurança social, desígnios preciosos àqueles, proporcionam instrumentos para uma mais acurada mobilização dos indivíduos – autonomamente – e da sociedade civil – coletivamente – na percepção e na reivindicação de seus próprios direitos.

Ganham relevo, neste cenário, as organizações irmanadas, plurais e democráticas voltadas à consecução do interesse público, dada a satisfação dos pressupostos imprescindíveis ao próprio atuar solidário, quais sejam os direitos sociais.

Por sua vez, a equivalência moral, tributária da fraternidade, caracteriza-se como uma absorção aguda e disciplinada de nossos próprios interesses, deveres e direitos, plasmada, dessa maneira, na preocupação com o bem-estar do próximo.

O cumprimento espontâneo das normas jurídicas naturalmente se opera com mais facilidade quando avultam, no interior de uma comunidade, o reconhecimento e a valorização dos direitos dos outros, a partir, outrossim, da compreensão acerca dos deveres de cada um. De fato, “vale assim a regra que existem tantos deveres implícitos quanto direitos explicitamente declarados (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 79). *Direitos fundamentais e deveres fraternais* mutuamente se alimentam, e urge chegar o instante em que os pensamentos ingênuos e obcecados a respeito de um Estado onipresente que tudo e todos possa abraçar sucumbam às crenças latentes e sinceras na autoridade popular.

Que a sociedade possa *tudo* consubstancia comentário bastante desarrazoado, evidenciando-se uma ilusão imaginar facilidades em concretizar a corresponsabilização e a solidariedade, especialmente no complicado dia a dia de países

tão injusto quanto desiguais. A sociedade pode, porém, *alguma* coisa. *Muita* coisa, registre-se, já agora, a correção.

Transpor a barreira que separa a declaração e a eficácia dos direitos é, de fato, uma saga colossal, mas que pode ser amainada quando, ao invés do gosto pelo exclusivismo ou pela hegemonia do poder público na presidência dos encargos constitucionais, priorizam-se alocações mais difusas e descentralizadas com vista a promover a isonomia substancial, pedra de toque da provisão social.

Como ensina Gomes (2016), interpretações constitucionais alheias às instituições estatais precisam ser levadas em conta, atentando-se ao compromisso dos indivíduos com os rumos da sociedade. A leitura *difusa* da Constituição renova o constitucionalismo, acrescenta a autora, permitindo aos cidadãos enxergar possibilidades de mudança no sistema vigente por meio de seus próprios poderes, esforços e dignidade, o que, além de empoderá-los, confere-lhes autocompreensão e estima.

A realização de direitos representa obrigação fraternal de cada um de nós, integrantes de uma mesma comunidade, a qual, não custa rememorar, escolheu e fincou, em suas declarações fundamentais, com lastro em preferências humanitárias e altruístas, as mais sublimes intenções. Bem, sempre é tempo de pensar em efetivar um direito fraterno e inclusivo, representativo de um novo paradigma, na ótica traçada por Cunha (2017).

Ao aferir a *eficácia* e a *aplicabilidade* do catálogo de direitos, deixar de lado um senso comum que, na maioria das vezes, mira as instituições do Estado pode não ser um empreendimento assim tão custoso.

Há quem assevere beirar a utopia o delineamento ora esboçado, tachando-o de fantasioso ou irrealizável. Pode até ser isso mesmo, mas o preço da omissão ou da indiferença é alto e deve ser sobrepujado pelo fantástico êxito capaz de decorrer de nossas idealizações.

A quarentena imposta pela pandemia, a par das medidas de isolamento e distanciamento social, ainda provoca mais perguntas do que respostas. Algo é certo, porém: suas irradiações podem transformar o mundo.

Como protagonista nestes duros períodos, a solidariedade eclodiu e parece visitar todos os lares. O avanço global e insuperável do vírus trouxe à tona a

miudeza do homem, despertando-lhe reflexões concernentes ao que realmente importa. E, num mundo individualista e cético, obcecado pela matéria e pelo consumo, a retomada de valores e a elaboração de projetos diferenciados não são singelezas.

Abordando os contornos de uma sociedade de crises, em texto atualíssimo, Marrafon (2015) adverte sobre o hiperindividualismo e a ausência de limites do sujeito de direitos, introduzido, para o autor, num mundo heterogêneo e relativista que tem inibido a formação para a cidadania e dificultado, por conseguinte, o cumprimento das regras sociais mais elementares.

Garapon (1999), da mesma maneira, enfrenta o tema da multiplicação expressiva dos conflitos hodiernos, derivados da perda de referências, valores e autoridade de indivíduos perdidos e isolados, aparentemente incapazes de administrar suas diversificações e seus problemas.

Diante de tantas intempéries, as noções de *humanismo* e *moralidade* deveriam, por si sós, ensejar a materialização espontânea das obrigações, independentemente de normas formais coercitivas. A mensagem caminha no sentido de que a pluralidade de atores necessita envidar esforços em prol do interesse público e da construção de uma vida boa. Afinal, a efetivação de direitos e o sucesso das intenções constitucionais não se perfectibilizam fácil, muito menos subitamente. *Todos devem fazer a sua parte.*

É bom dizer que esse raciocínio se inspira no melhor sentimento de democracia. A compreensão de um Estado constitucional democrático, aliás, coaduna-se com a essência heterogênea, aberta, participativa e transformadora daquela conceituação.

Dessa forma, a sugestão é evitar exclusivismos na interpretação constitucional e na produção de experiências e de políticas, procurando-se robustecer o dinamismo e a abertura dos processos de leitura e construção democrática de direitos e valores, de acordo com as orientações de Häberle (1997) e Susteim (2001).

Souza Neto e Sarmiento (2012), em obra sobre o tema, falam da importância do *amicus curiae* e da convocação de peritos e de audiências públicas para infundir a participação formal e informal da sociedade no processo de interpretação constitucional.

Com efeito, os debates e as interações que se sucedem nos vários campos em que desponta o exercício da cidadania podem gerar coesão social e permitir maior expressão da identidade política do povo, o qual precisa ser compreendido como protagonista da história, de modo distinto da visão que idealiza o rito político circunscrito aos agentes de Estado.

Litiga-se e reclama-se demais, mas pouca deferência é oferecida às próprias responsabilidades. Amiúde, conhecemos e parecemos dominar nossos direitos, o que, obviamente, caracteriza-se como indispensável, mas é desalentador analisar o abandono e as incompreensões atinentes ao estatuto dos deveres fundamentais. A funcionalidade de uma teoria dos deveres tem sido vencida pelo apego acadêmico e conseqüentemente vulgarizado à ideia de direitos incondicionados. É preciso reverter esse complicador.

Quando se aprende sobre a energia popular, idônea a promover paz, diálogo, respeito e reconhecimento, as mundividências conquistam um colorido especial. Valores e interesses pintam-se de novas maneiras, com bordas solidárias e com um centro altruísta. É imperioso praticar a tolerância universal (VOLTAIRE, 2008).

No *constitucionalismo fraternal e democrático*, a satisfação dos bens elementares não desponta, prioritariamente, de cima para baixo, num exclusivismo teimoso e apegado aos órgãos estatais, dos quais, crê-se, depende o deslinde de todas as contingências irresolvidas. Ele exalta os experimentalismos impulsionados de baixo para cima: empreendimentos democráticos de base reúnem condições de prosperar em searas assim edificadas (MUDROVITSCH, 2014).

Já se escreveu algumas vezes: não se quer encampar orientação refratária à jurisdição constitucional, tachada de incapaz, elitista e antidemocrática por quem resiste em aceitar qualquer posicionamento da magistratura sobre interesses socialmente divisivos.

O intuito é oposto. Não deve o Judiciário converter-se em instância máxima de refúgio para o desvendamento de todas as lides da nação, sob pena de enfraquecer as mobilizações cívicas e desnaturar uma cidadania já pouco vigorosa. Sua atuação, todavia, como sentinela e tutor da democracia é incontestável e deve subir ao palco quando em cena está a violação a direitos e garantias de minorias esquecidas ou desrespeitadas.

Essas assertivas harmonizam-se com a teoria de Bickel (1986), para quem o *judicial review* ocasiona a diminuição da capacidade política do povo e de seu senso de responsabilidade moral, com a conseqüente desnaturaçãõ do processo democrático.

Descabe negligenciar, dessa maneira, seu papel na proteçãõ das liberdades e na promoçãõ da isonomia substancial. A transformaçãõ social constitucionalmente desejada também está nas mãõs do Poder Judiciário. O destaque à assertiva é importante: não se intenciona, vale insistir, refutar as obrigações constitucionalmente impostas aos três poderes na realizaçãõ das promessas de segurançã, acolhimento e conforto ínsitas a esse Estado social.

Convém dizer, inclusive, que há bastante tempo não se clama pelo Estado tão alardeadamente, sendo a pandemia e seus conseqüentários somente um retrato da inexorabilidade do poder oficial. Estado mínimo, não é muito difícil averiguar, costuma ter uma imagem muito bonita nos livros, mas o plano fático é muito mais doloroso.

A covid-19 descortinou a pequenez e a fragilidade do homem diante do cenário avassalador das imprevisões. Seu veemente impacto nos mais variados quadrantes propiciou recuos, em nossas memórias, a interstícios históricos nos quais foram se tornando abundantes as justificativas atinentes à convivência dos indivíduos em sociedade.

*Ninguém pode fazer muita coisa sozinho*, e os filósofos gregos ou aqueles liberais em que se embebedaram as primeiras constituições contemporâneas endossaram a natureza coletiva e comunitária do homem, com suas inclinações e necessidades de agrupar-se com os outros (ARISTÓTELES, 2019).

Que a germinação do Estado de direito valeu-se desses entendimentos redundante cristalino, a despeito da manutenção, no tempo, de argumentos defensores de um minimalismo estatal de precedentes duvidosos na história.

Afigura-se irônico constatar que imensa parte dos segmentos que pugnam por socorro administrativo ou financeiro das mãos dos poderes oficiais representa justamente a voz mais combativa contra... o Estado. É relativamente cômodo escarnecer o poder público aduzindo uma discutível independência e pedir-lhe abrigo quando irrompem riscos e danos em certas ocasiões.

Tecer essas considerações sobre o Estado numa dissertação que não objetiva enfocá-lo possui a serventia de aceitar-lhe a incontestável relevância. E não poderia ser diferente. Sim, poder público presente, desde que destituído do signo de fator exclusivo de realização de direitos e garantias fundamentais, prestigiando-se, por conseguinte, os alicerces democráticos, a descentralização, a participação popular, o pluralismo e o altruísmo na efetivação constitucional. Cada cidadão, individual ou coletivamente, é apto a fazer muito mais, num singelo e decisivo exercício de tolerância e conversação.

O escopo destas linhas, percebe-se, é mais modesto e mira o potencial, como figura primária de realização constitucional, dos esforços individuais e das movimentações associativas na materialização de direitos e deveres. Perspectiva fraternal, portanto.

Unger (2004) comenta sobre o tema e apregoa que o corpo cívico deve tornar-se o interlocutor principal da análise jurídica, conferindo-se ênfase ao princípio da subsidiariedade, consoante o qual se transfere poder da administração estatal central para baixo, em direção ao indivíduo, à família, à empresa e ao governo local. Eis o direito além do Estado, elaborado de baixo para cima.

As lições de *Mancuso* (2014) são aqui recomendadas. O autor alude a mecanismos formais e informais de indução da abertura democrática, criticando a cultura conflitiva e demandista da sociedade contemporânea e sintetizando que a acessibilidade à justiça, constitucionalmente assegurada, não deve ser vista como oferta primária, mas como cláusula de reserva, de natureza residual, operando-se quando inviáveis outras formas de composição. Isso incita, entende-se, os laços fraternais, a participação e a solução negociada dos conflitos, amainando, inclusive, a crise da pacificação imperativa executada pelo Estado.

Desnudando a conexão entre fraternidade e atividade democrática, Veronese (2015) registra que a primeira possui uma natureza construtiva de uma sociedade irmã e comprometida, a qual impõe o convívio social em seu reconhecimento integral do valor do outro. Em seus textos, é possível enxergar o potencial transformador tanto da fraternidade, acoplada à ideia de harmonização de interesses particulares conflitantes e de integração do sistema jurídico com múltiplos atores, como da participação popular, da qual dependeria a efetivação do texto constitucional.

Em compreensão semelhante, Moura (2017) conclui que a fraternidade jurídico-contemporânea, baseada no reconhecimento do outro e do diferente, ostenta aplicação prática, consistindo em direito público subjetivo do cidadão exigível do Estado. Para o autor, a fraternidade se localiza em práticas interpretativas de engajamento e pertencimento, conduzidas pela reciprocidade inerente às obrigações associativas.

Os princípios inatos ao *constitucionalismo fraternal* nutrem a vontade dos indivíduos e condensam o republicanismo cívico. Os deveres e a responsabilidade obtêm robustez, e o humanismo transmuta-se em definição mais pragmática no que atine à teoria do direito.

Como consequência, quem pode sair vitorioso é o próprio sistema formal de justiça, des congestionado quando se priorizam as conciliações e as resoluções das demandas pelos próprios interessados. Precipualemente, portanto, o direito substancial, vivo e plástico, e não o direito processual, rígido, hermético e distante. Isso não depende, porém, tão somente da implantação abstrata e legal de fórmulas e diplomas. O direito não resolveu nem resolverá, por si só, os problemas do mundo.

Efetivar a Constituição precisa transformar-se em rotina. Aplicá-la tem de ser usual. Termos jurídicos, na maioria das vezes, afiguram-se difíceis de entender, e as coisas ficam ainda mais complicadas quando os estudiosos das ciências sociais se concentram em debates normativos, genéricos e amplos, ao invés de focar os dissídios concretos que vicejam dia a dia. As ferramentas estão ao nosso alcance.

Louvar a força viva da sociedade e sua função de realizar direitos e garantias não implica que sejamos todos responsáveis exclusivos pelos problemas de cada um. *Nem tanto ao mar, nem tanto à terra*. Implica, sem embargo, iluminar as liberdades, a igualdade, a tolerância e o altruísmo: incumbências cidadãs precisam ser divididas. Esse projeto não é unicamente moral ou simbólico, embora pudesse sê-lo, mas séria compulsoriedade de muitos textos constitucionais verdadeiramente preocupados com isso.

É simplesmente inviável cobrar afeto e compelir qualquer pessoa a exercer o amor, a compaixão ou a dádiva, contudo o assunto muda de figurino quando se põe a luneta nos deveres de comunidade, como se antecipou.

O *constitucionalismo fraternal* não pode tudo, mas pode muito. Num contexto de preconceitos, exclusões e agressões a identidades historicamente estigmatizadas, sua apreensão e seu desencadeamento são, de fato, fundamentais.

O pensamento ortodoxo baseado em doutrinas esquematizadas e inflexíveis e em modelos de definição e distribuição de competências e de formatações orgânicas reforça a falácia da inevitabilidade do Estado provedor diante do trato de todas as desavenças.

Certamente, há prerrogativas e atribuições de natureza intrinsecamente estatal, não havendo muito o que discutir sobre isso em face das atividades, para citar exemplos, do controle das fronteiras, da segurança pública ou das emissões singelas de documentos oficiais. Particulares não devem exercê-las.

Entretanto, percebe-se que muitas das discordâncias concernentes a valores, ideologias e interesses, que comumente grassam no bojo de sociedades tão diversificadas, poderiam, com muito mais eficiência, ser dirimidas autonomamente, isto é, entre os próprios envolvidos, sem a interferência de agentes externos à lide, como são os magistrados.

Diante de uma crise de centralidade e responsividade do Estado, aparecem os paradoxos e os desafios de uma sociedade multicultural e dividida, sendo intensos, como assinala Carducci (2003), os reflexos negativos da ausência de percepção, por parte de cada indivíduo, de seus deveres tocantes ao próximo.

Tem muito a ensinar, bem se vê, o *constitucionalismo fraternal*. É improtelável que a sensibilidade e o espírito coletivo, mais do que nunca, enviem lembranças. Para além de uma exortação, estampa-se uma exigência da cidadania, não havendo Estado democrático sem atuação consciente dos indivíduos quanto ao seu papel na realização do pacto jurídico estabelecido. E isso é uma questão de Direito, e não somente de Filosofia.

### *1.3 Conformações constitucionais e a fraternidade na CF de 1988*

A internacionalização e a juridicidade da fraternidade costumam ser enaltecidas a partir do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, dispositivo que afirma o *dever* dos seres humanos de atuação uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Há ainda o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e promulgado, pelo Estado brasileiro, em 1992, a reconhecer a *dignidade* inerente a todos os membros da família humana e seus direitos iguais e inalienáveis.

Cita-se, em semelhante sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1968, da qual é possível inferir que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ele ser nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da *pessoa humana*”.

Na mesma toada, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, acoberta direitos e *deveres* individuais em seu texto, propalando que “o gozo dos direitos e liberdades implica o cumprimento dos deveres de cada um”.

No plano interno, como se vê na análise de Clara Machado (2017), não são poucas as constituições que fazem referência implícita ou expressa a esse processo de positivação da fraternidade. Como já antecipado, o foco da dissertação será o constitucionalismo brasileiro, mas, dada a natureza atual e globalizada do tema, ligeiras considerações comparativas, majoritariamente retiradas da obra dessa autora, são importantes para os fins pretendidos.

O preâmbulo de diversas constituições alude veementemente ao princípio constitucional da fraternidade, indicando um compromisso estatal voltado à adoção de políticas públicas respeitosas, solidárias e inclusivas: é o que se tem em países como Portugal, França, Camarões, Chade, Congo, República Democrática do Congo, República Dominicana, Eritreia, Índia, Libéria, Marrocos, Namíbia, Senegal, Seychelles, Suíça, Timor Leste, Tunísia, Tanzânia e Angola. Neste último, exemplificativamente, a constituição se refere à necessidade de construir uma sociedade baseada em igualdade de oportunidades, compromisso, fraternidade e diversidade.

Fora do preâmbulo, na parte reputada dogmática dos textos, a autora destaca as constituições da Etiópia, Guiné Equatorial, Haiti, Irã, Mauritânia, Níger, Paquistão, Qatar, Sudão do Sul e Sudão, adicionando que as da Itália, Espanha, Argentina e Bolívia, embora não consagrem a terminologia *fraternidade* em local próprio, trazem o princípio envolto na *solidariedade*, espécie daquela.

Enlaçada com a solidariedade horizontal e com a dignidade humana, a fraternidade, então, possui lastro irrefutavelmente constitucional. Aqui no Brasil, o texto

de 1988, desde seu preâmbulo, demonstrou enorme explicitude nesta questão e, pela primeira vez na nossa história constitucional, trouxe a fraternidade à enunciação que inaugura o documento.

Nos ordenamentos constitucionais anteriores, o termo *fraternidade* não surgiu, mas há feições solidárias em alguns dispositivos de destacada menção. O art. 149 da Constituição de 1934 consagrou a educação como direito de todos e dever da família “e dos Poderes Públicos”, compromisso inclinado a desenvolver “num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana”. O art. 137 da Constituição de 1937 sublinhou ser o ensino primário obrigatório e gratuito, o que não exclui “o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados”. Já no texto de 1946, o art. 166 dispôs que a educação, direito de todos a ser dado “no lar e na escola”, precisa “inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana”, trecho quase integralmente repetido na Constituição de 1967. Ao fim, no art. 157, IV, da Constituição de 1967, vê-se que a ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, “com base na harmonia e solidariedade entre os fatores de produção”.

É correto haver celeumas acerca do caráter normativo do preâmbulo da CF de 1988, já tendo o STF afirmado que essa parte preliminar, não sendo norma central, não possui cogência jurídica (ADI 2.076, da relatoria do ministro Carlos Velloso). O próprio Supremo, contudo, tem precedentes firmando o preâmbulo como parte integrante da ordem jurídica constitucional, “no qual se contém a explicitação dos valores que dominam a obra constitucional de 1988”, a saber: democracia, exercício de direitos, liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Na ADI 2.649, a relatora, ministra Cármen Lúcia, informou derivar do preâmbulo o princípio jurídico da solidariedade, conferindo ao excerto fundamental eficácia hermenêutica, integrativa e impositiva. O julgamento encravou uma tese saudável, admitindo o preâmbulo como componente do texto constitucional, revestido de validade e capacidade vinculativas e orientador da interpretação e da aplicação das normas da CF.

É a mesma ótica respaldada por Silva (2014), que, escrevendo sobre os embates na doutrina quanto ao valor do preâmbulo das constituições, afirma sua eficácia interpretativa e integrativa, regra de princípios a estabelecer conteúdos e determinações jurídicas. Rebate-se seu caráter ideológico e reafirma-se seu feitio de decisão política fundamental.

Irmanados, Estado e sociedade submetem-se ao desafio e ao ônus da solução pacífica dos conflitos e do atingimento dos objetivos firmados, estes últimos insculpidos no art. 3º da Constituição. No inciso principiante desse último dispositivo, enxerga-se o objetivo de “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, colocando-se a fraternidade, nesse ponto de vista, como princípio de construção social (RICHTER, 2016, p. 233).

Em ambientes tão sensíveis como a seguridade social (art. 194), a educação (art. 205), o patrimônio cultural (art. 216) e o meio ambiente (art. 225), o cálculo e a imposição da Constituição de 1988 revelaram-se cristalinos: *é complicado fazer tudo sozinho. Imposição*, repita-se, porquanto não é de hoje a inadmissão de atribuir às normas constitucionais a qualidade de simples perfumaria.

Em face, porém, dos que relutam em admitir a valia da *fraternidade* sob o argumento da abstração e da retórica de seu conceito, é possível contrarrazoar com fulcros jurídicos e especificados. Caso a repulsa esteja em inadmitir a conversão do pensamento em concretude, conversemos sobre previsões jurídicas mais palpáveis, pois.

Sabendo que o justo e o equitativo nem sempre se descortinam de modo tão confortável, convém não esquecer que a própria CF preocupou-se, de forma explícita e contundente, com a ideologia da *fraternidade*.

Há uma série de dispositivos constitucionais caminhando em tal sentido. Já com o preâmbulo, iluminam-se “os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Dos objetivos constitucionais da República, como se viu, consta a construção de uma sociedade livre, justa e *solidária* (art. 3º, I).

Certos direitos garantidos no art. 5º têm como contrapartida um “dever do titular de exercer seu direito de forma solidária e levando em consideração os interesses da sociedade” (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 78). É o que se dá com o direito de propriedade, a ser exercido conforme sua *função social* (art. 5º, XXIII), consubstanciando um limite constitucional à propriedade e uma determinação ao legislador de concretizá-la com obediência ao princípio da ordem econômica plasmado no art. 170, III, do texto.

No sentido da vasta tutela do Estado e das instituições democráticas, aparece o serviço militar obrigatório como dever dos *cidadãos* e da *sociedade*, inscrito no art. 143 da CF.

Nas premissas gerais da seguridade social, vê-se a confiança depositada no poder público e também na *sociedade* no que tange a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194).

No tópico particular da educação, vislumbra-se esta como direito de todos e dever do Estado e da *família*, enfocando-se, com a colaboração da *sociedade*, “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205).

No que se refere ao direito ao patrimônio cultural, o art. 216, §1º, estabelece caber ao poder público, *com a colaboração da comunidade*, promover e proteger esse bem jurídico.

No capítulo do meio ambiente, o constituinte impôs ao poder público e à *coletividade* o dever de defendê-lo e preservá-lo para esta e para as próximas gerações (art. 225).

Ainda na regência da ordem social, existem os *deveres dos pais* de “assistir, criar e educar os filhos menores”, bem como os dos filhos maiores de “ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (art. 229).

Por derradeiro, o art. 230, no ponto, revela-se até mais preciso, ao dispor que a *família*, a *sociedade* e o Estado possuem o “dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na *comunidade*, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

As citações tornam nítido o vigor dos compromissos constitucionais arquitetados, encarregando-se cada um de nós, e não só o Estado, cabe sempre negritar, do desafio de executar deveres humanos e fraternais.

Debela-se, dessa forma, a tese contraposta. Longe de tratar-se de um devaneio, a *fraternidade* reveste-se de contornos jurídicos e conseqüentemente exigíveis. O conceito não se circunscreve aos campos da moralidade e das ações gratuitas, postas, circunstancialmente, ao alvedrio da benevolência e da compaixão, conquanto pudesse fazê-lo.

O *constitucionalismo fraternal* é um projeto a ser edificado ao longo do tempo, mas seus estratos permitem a irradiação de sua essência hoje e dia após dia. A *fraternidade* tem suas abstrações e seus traços idealizados, já que é amor, tolerância e

altruísmo. Tem, por outro lado, sua feição jurídica e constitucional, sendo, nesta esfera, coerção e dever social.

Bem, nunca foi tão premente solidificá-la no direito, alçando-a a uma posição compatível com a nobreza de sua origem histórica, associada, junto à liberdade e à igualdade, à tríade revolucionária inspiradora dos movimentos mais notórios do século XVIII. O espírito de comunidade realmente urge nestes tempos...

#### *1.4 Processos pedagógicos e consolidação da cultura fraternal*

Sempre pareceu injustificável o desapego dos modelos jurídico-constitucionais às potencialidades dos sujeitos historicamente determinados, verdadeiros mobilizadores de qualquer nação. Perfez-se um empreendimento exclusivo da turma do andar de cima.

Poderiam ter sido implantadas fórmulas mais propensas à abertura democrática e à corresponsabilização, tendo como ponto de partida a incontestante assertiva de que o Estado não reúne aptidão para o deslinde de enorme parte dos problemas mundanos, especialmente em se considerando uma sociedade multifacetária, complexa e conflituosa.

O vácuo de estímulos oficiais e as falhas na administração estatal reproduziram-se na ausência de políticas públicas de conscientização cidadã que pudessem encorajar os deveres republicanos e o pertencimento comunitário. Direitos, reivindicações, cobranças, coercibilidade, imposições. Por onde esteve o cumprimento espontâneo das obrigações? A pedagogia de governo, nesse ponto, nunca ajudou.

A batalha a ser vencida há de conciliar o ser normativo e o *dever-ser* da vida social, legitimando a visão de constituição como processo, na linha acima sublinhada. A edição de um texto constitucional não se confunde com sua efetivação nas estruturas sociais: a realização idealizada exige um “engajamento maciço dos que dela fazem parte nesse processo, e um Estado democrático de direito seria, em primeiro lugar, aquele em que se abrem canais para essa participação” (CARNIO; GUERRA FILHO, 2013, p. 170).

É hora de ações diferentes. A substituição dos modelos tradicionais e rígidos da hermenêutica constitucional por fórmulas democráticas e heterogêneas pode ser o primeiro passo para o alvorecer de um *constitucionalismo* mais *efetivo*. Os esforços didáticos e esclarecedores de todos os atores sociais podem mudar uma

história. Condutas declaratórias de autorresponsabilização são inculpidas, definidas e incentivadas pela própria CF. Cumpre impulsionar esse projeto.

Conscientização, cultura, educação e bem-estar social em geral exibem uma importância significativa aqui. Obviamente, cidadãos desprovidos de razoável nível de instrução ou desguarnecidos de dignos patamares de gozo social não reúnem propícias condições de preencher etapas indispensáveis ao processo de amadurecimento democrático. Informação, fiscalização e participação aparecem nesse cenário, formatando “um convite a evoluir, direcionado à sociedade, ao Estado e ao indivíduo de constante readaptação e transposição de uma práxis democrática tradicional para uma prática democrática-constitucional-ativa” (RAFAEL MACHADO, 2017, p. 245).

A valorização dessa participação popular é minudenciada em alguns textos organizados por Coelho e Nobre (2004), indicando-se que o sistema democrático requer o aperfeiçoamento de medidas presididas diretamente pelo verdadeiro titular do poder constituinte. Por sua vez, Morais e Nascimento (2010) delineiam o incentivo a programas educacionais e culturais: o sentimento de pertencimento comunitário e a defesa da materialidade da Constituição podem representar formas de buscar ou reconstituir a significação democrática do constitucionalismo.

Constituições derivam de processos culturais, para os quais cooperam realidades, valores e ideologias diferentes. Sua produção é paulatina e não se implanta de uma vez, automática ou irreversivelmente, sofrendo influências de fatores político-econômicos e, em especial, da sociedade civil que os textos constitucionais buscam disciplinar. Cuida-se da *função simbólica* que “penetra na consciência e nas profundidades inconscientes da psique humana” (ABBOUD; NERY JUNIOR, 2019, p. 106).

É valioso compreender a relevância da consolidação cultural para o desenvolvimento saudável, seguro e estável das formas de poder. Vislumbrar que o enxerto da fraternidade em sistemas estatais instáveis e conflituosos é capaz, por si só, de modificar tradições, hábitos e desejos de incursão e mobilização cívicas qualifica-se como insustentável. O Estado não deve preceder a sociedade, e sim o contrário.

A concretização da democracia reclama alguns pressupostos: graus satisfatórios de maturidade e desenvolvimento econômico, nível cultural, instrução,

senso de responsabilidade e tolerância, gozo de informações e usufruto de liberdades públicas (FERREIRA FILHO, 2015). Textos normativos e estruturas institucionais (órgãos, tribunais, funções e poderes) não se legitimam isoladamente, e a cultura política de cada sociedade é determinante para a efetividade das constituições que se desenham, como lecionam Fux e Santos (2017).

Surge a condicionante da mentalidade e da tomada de consciência do povo. Individualismo e desapego comunitário não combinam com o altruísmo e o senso coletivo ínsitos aos conteúdos da ideia substancial de democracia. Cidadania participativa, responsabilização fraternal, solidariedade, deveres fundamentais: eis alguns elementos definidores dessa acepção.

Trata-se de virtudes a serem ensinadas mediante os difíceis talentos do uso e do exercício: matérias pedagógicas são imprescindíveis para o amadurecimento e a vivência democrática que se pretendem. Em assunto de deveres, convém conjugar prática e teoria, tendo em vista todas as contingências: “por hábito e exercício, saber apreciá-los, saber aditar, diminuir, somar o que resta, reconhecer o que se deve a cada um” (CÍCERO, 2019, p. 48). É simplesmente encantador propagá-las e vê-las sólidas a partir de um discurso constitucional impregnado de ares de humanização.

O exercício do voto firme e responsável, o acompanhamento e o controle das políticas públicas, o olhar para o outro e a desincumbência dos nossos deveres como cidadãos de uma mesma comunidade carregam, a propósito, uma boa expressão do *constitucionalismo fraternal*. Constitucionalismo este que é vivência, e não especulação teórica.

Voltando-se à obra de Karl Mannheim sobre democracia militante, Pontes (2020, p. 298-299) aponta a relevância da educação para tempos de reconstrução social e de reelaboração espiritual do mundo, a fim de engendrar maior comprometimento por parte dos indivíduos quanto aos valores democráticos. Aludindo ao papel das humanidades na preparação das pessoas, esse autor propõe a inserção de disciplinas particulares sobre democracia e direito constitucional na grade oficial dos estabelecimentos educacionais enaltece o espaço escolar como instrumento “para a formação de laços comunicativos entre futuros parceiros na construção de um mesmo projeto de sociedade e de Estado”.

A Constituição Federal está aí, no aguardo para ser fermentada. Não existiria problema algum caso sua eficácia, na forma como estes tópicos se destinam a trabalhar, desaguasse em utopia: grandes conquistas eclodiram de pensamentos supostamente quiméricos, os quais, ao final, alcançaram sólida edificação. Mas não é só isso.

Transpondo essa inferência de cunho filosófico, é válido repetir: *quis a Constituição assim*. A carga normativa de seus dispositivos tem de ser rotineiramente galvanizada. Aplicar o princípio da solidariedade e defender a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais, com as doses mencionadas, implica enaltecer o texto constitucional.

Que a solidariedade é norteada e encorajada por ela como forma de solicitar a colaboração e a participação da sociedade no resguardo e na promoção de certos direitos representa circunstância patente e já minudenciada nestas páginas. O Estado, todavia, ainda que *residualmente* em determinadas tarefas, também é intimado a oferecer sua parcela de contribuição. Eximir-se de seus deveres ofende a Constituição. O papel provedor e educador do poder público é poderoso, bastante poderoso.

Numa estrada ativa, inspira, disciplina, fabrica e agrega comportamentos, quer por meio da abertura e da democratização de procedimentos, quer por meio da elaboração de regramentos destinados à extrajudicialidade e, logo, à informalização e à autorregulação social. Numa estrada passiva, o Estado é deveras demandado e necessita oferecer respostas construtivas, dialógicas, plurais e inclusivas que não podem ser menosprezadas. Por imposição constitucional, e não por caridade.

Aparece o poder público como fomentador da fraternidade e responsável por sua fiel observância, importando dizer que, assim como o comportamento humano se influencia pelo corpo social, este pode ser influenciado pelos departamentos de governo. Essa noção de “governo integrativo”, gerador de estabilização, confiança e cooperação, é bem destacada por Moura (2020), para quem as instituições precisam ser projetadas para estimular uma responsabilidade social.

*A utopia transmutar-se-á em real?* Achar respostas é complexo, mas se tem a certeza de que o aprendizado advém do proveitoso e reiterado ensinamento e do estudo constante. Cultura democrática, cidadania altruística e sentimento

constitucional são qualidades que, uma vez absorvidas pela sociedade e pelas instituições num patamar considerável, podem contrair status de avanço irreversível.

Bregman (2021, p. 374), neste particular, leciona a beleza da esperança, do otimismo e das boas práticas, clamando que fazer o bem à luz do dia deve andar passo a passo com nossas generosidades, apesar do que a benemerência pode ocasionar: “No começo você pode ser tachado de crédulo ou ingênuo, mas lembre-se de que a ingenuidade de hoje pode ser o senso comum amanhã”.

E o mesmo pode se dar com as proposições ora sustentadas, defensoras da incidência isonômica e democrática dos direitos fundamentais nas relações privadas, com lastro, primordialmente, na sua justaposição com os deveres correspondentes. *Realiza-se a Constituição; aperfeiçoa-se a sociedade. Aprende-se a teoria; exercita-se a prática.*

Em absoluto, é preciso fomentar as incumbências sociais, as responsabilidades compartilhadas e os valores do outro e do diferente, resgatando-se a ideia central de irmandade, ínsita ao fenômeno ora destrinchado. Nunca foi tão premente retomar a riqueza que a ideia de fraternidade frutifica.

## 2 CATEGORIZAÇÃO E APROPRIAÇÃO CONCEITUAIS

### 2.1 *Fraternidade entre a solidariedade e a corresponsabilização*

Fraternidade diz com interação, comprometimento e responsabilidade. Participação e fiscalização ativas conducentes à cidadania direta configuram o ideal que o Estado democrático, apostando no despontar de um constitucionalismo mais consentâneo com o espírito comunitário e fraternal, intenciona ver presente.

Inexiste, de fato, assunção de obrigações solidárias sem dose significativa e segura de engajamento. A noção de que o senso social banha a fraternidade é bastante relevante, como já se advertiu no capítulo anterior, e leva ao duelo com o egoísmo individualista onipresente em nossos tempos, simultaneamente culpado de exacerbar reivindicações por questionamentos e direitos e de ofuscar a agenda dos deveres e dos compromissos. Sim, somos eficientes em cobrar retidão e atitude, mas consideravelmente cegos, por outro lado, no que tange às nossas tarefas de casa.

Não é de hoje que impende abordar holísticas teorias de direito, em contraposição a paradigmas político-jurídicos bitolados que se circunscrevem às instituições e parecem esquecer o poder e o papel das bases democráticas. Anos e anos das mesmas teorias doutrinárias e das idênticas construções dogmáticas não poderiam ter gerado outro resultado: afeiçoamo-nos a modelos convencionais insistentes, que desenham distribuições de competências e definem as normas de direitos com lastro em conflitos, dependências, coercitividades e imposições. Mais do mesmo.

Parte-se do pressuposto quase universal de que as instituições são confusas e desreguladas, ao passo que as pessoas físicas não logram se entender nas mais mezinhas dissonâncias. É certo que, muitas vezes, essas duas afirmações representam uma verdade, mas se ouviu, certo dia, que ninguém comete erro maior do que nada fazer por acreditar só poder fazer um pouco para reverter dado obstáculo. Não, não é conveniente persistir na passividade diante de dúvidas sobre nossos potenciais individuais.

O constitucionalismo fraternal impulsiona deferência, reconhecimento e agir solidário, assim como valoriza os deveres e o cumprimento espontâneo das obrigações cívicas. Cuida-se de engrenagem que rechaça a lide, a intolerância, o

destempero, a apatia e a indiferença, pugnando, noutra via, por concórdia, prudência, respeito e despertar coletivo. Enfim, quer-se responsividade.

A solidariedade de que se fala esculpe, vê-se, o altruísmo e vai além da caridade e da benemerência, superando, outrossim, a sistemática de prestações materiais advindas do Estado social. Essa manifestação de constitucionalismo democrático se entrelaça com a mentalização e a realização de deveres *meus* diante do *próximo*. Rodeando a equidade, o afeto e a empatia, a principiologia fraternal agasalha os significados mais elementares do pertencimento coletivo.

Não há catálogo eficaz de direitos e garantias fundamentais na hipótese de indivíduos encastelados em sua zona pretensamente privada de interesses, míopes em relação à subsistência dos *outros*. Complexidade, dinamismo e intersubjetividades caracterizam as sociedades do presente, de sorte que infortúnios comuns e difusos e planos mútuos e compartilhados ocasionam problemas de *todos*, e não de cada um singularmente considerado.

É assim que circunstâncias nacionais comumente se transmutam em mundiais, assim como questões do cidadão se transformam em pleitos da *humanidade*, como são exemplos os fenômenos correlacionados ao meio ambiente, à imigração, ao terrorismo e aos embates bélicos. Nessa esfera, doutrinando sobre o princípio da ubiquidade no direito ambiental, Fiorillo (2012, p. 138) afirma que o meio ambiente não pode ser compreendido dissociadamente dos demais aspectos da sociedade e “exige uma atuação globalizada e solidária, até mesmo porque fenômenos como a poluição e a degradação ambiental não encontram fronteiras e não esbarram em limites territoriais”. Agressões em dadas localidades são capazes de gerar reflexos negativos em todo o planeta.

A chamada, é preciso ser dito, também atinge o palco internacional, constando do art. 4º, IX, da nossa Constituição a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” como princípio da República Federativa do Brasil”. Algumas contingências, de fato, ultrapassam os espaços de um território e atingem outros lugares, daí a necessidade de um ajuste mundial para o manuseio do gravame.

Vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade são direitos sublimes que todos têm de abraçar e guarnecer. Há de ser afirmado: em civilizações humanizadas, o descompromisso social não viceja. Deveria ser trivial consignar a

corresponsabilização, mas a natureza categórica da frase adquire imensa importância no contexto contemporâneo de hipervalorização de uma autonomia da vontade que o constitucionalismo propagado não defende. Verdadeiramente, o óbvio necessita ser dito muitas vezes.

A fraternidade jurídica é sabedora das limitações e dos obstáculos enfrentados pelo maquinário estatal e prega o concerto entre poder público e sociedade na execução e no usufruto de direitos, ajuste que se efetiva a partir do domínio dos deveres àqueles correspondentes. Essa característica *binária* é assinalada por Silva Filho (2020, p. 13-17 e 21), para quem a praticabilidade de qualquer direito ou garantia é condicionada pela compreensão do dever de cidadania: “o direito de um deve ser interpretado como o dever do outro”. Ao argumento da incapacidade do Estado soma-se a lógica de que “a vida em sociedade não se estabelece, não se edifica e não se desenvolve sob espreque da imposição de todas as vontades de todos a todo modo em todo tempo, sob risco de fratura da estrutura institucionalizada de poder (...)”. Avulta, portanto, a inafastável compreensão do dever de cidadania como pré-requisito ao exercício de direitos e garantias fundamentais.

Em nações impregnadas de problemas econômicos e sociais, os ordenamentos constitucionais e legais, com frequência, carecem de efetividade, prometendo muito mais do que realizam e consubstanciando, por conseguinte, aquela conhecida definição semântica ou simbólica, em que os textos possuem pouca correspondência com a realidade.

Já se disse que as declarações de direitos não se cumprem instantaneamente nem se materializam de uma vez por todas, revelando-se indispensáveis, na busca da eficácia social almejada, cultura constitucional e aprimoramento cívico.

O espírito harmônico e a visão de bem comum voltam-se a combater duas indiscutibilidades. Em primeiro lugar, a existência de um Estado incapaz de adimplir todas as demandas por intercessões ativas e materiais. Noutra espaço, as barreiras que cercam sociedades compostas por indivíduos litigantes, cujas divergências de interesses podem implicar desconsiderações dos valores do próximo.

Gestos empáticos e leis revestem-se de efeito prático direto e impactante ao desanuviar o sistema formal de justiça. Deveres sociais e participação

coletivamente engajada resvalam em concordância e deferência, colaborando para o cumprimento de direitos ao mesmo tempo que irrompem a desincumbência das obrigações e, finalmente, a resolução dos litígios.

Nessa esteira, novos paradigmas institucionais têm-se valido de métodos dialógicos e cooperativos no manuseio dos emaranhados jurídicos, buscando fornecer caminhos que a heterocomposição não consegue pavimentar. Um colorido às conciliações, às mediações e à arbitragem, bem como a formas inéditas de autorresolução de demandas, ao satisfazer e enaltecer os protagonistas do conflito, tende à firmação de um desfecho mais evoluído e escoreito do problema.

Em semelhante linha de oxigenação dos lugares de fala, diz-se dos amigos da corte (*amici curiae*) e das audiências públicas no bojo do controle de constitucionalidade (art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99) e, mais recentemente, do próprio processo civil ordinário (art. 138 do Código de Processo Civil), institutos enriquecedores de subsídios às decisões que aliviam a rudeza dos confrontos e ocasionam visibilidade, informações e segurança não somente no que diz com as partes diretamente envolvidas na postulação, mas também no que se refere a possíveis beneficiados ou prejudicados pelo mote destacado.

Ninguém é tão capaz de perceber origem, contornos e danos de uma controvérsia quanto aqueles que sentem esses influxos imediatamente em suas atividades cotidianas. Ao avesso do juiz, do gestor ou do congressista, os indivíduos inseridos na celeuma partilham ônus, bônus, vantagens e desvantagens, aquilatando experiências com as lentes privilegiadas de quem as apalpa no dia a dia.

Essa profícua interação dos envolvidos no desenrolar da querela dá-se em compasso com bom grau de consciência alusivo à aptidão de cada sujeito para ser árbitro regente de sua própria história. No fundo, mediante influência e deliberação dos partícipes na germinação, no desenvolvimento e no desenlace do contexto conflituoso, exerce-se a *democracia fraternal*, e conseqüência dessa frutífera conversação é o próprio cumprimento do texto constitucional, cujas premissas se enraízam na *fraternidade*, na *harmonia social* e na *solução pacífica das controvérsias*, termos, vale sempre sublinhar, que o preâmbulo de 1988 sobreleva.

Entendido como “diretriz normativa e espiritual” da unidade da Constituição ou “bússola ao sistema”, o preâmbulo é sublinhado por não poucos autores

que se esmeraram em doutrinas de valores e princípios e elaboraram uma teoria constitucional da democracia participativa a qual, compreende-se, está em harmonia com a tese aqui explanada. Sob essa ótica, estrutura-se caminho a um constitucionalismo “volvido para a construção de um País atado aos princípios do Estado social, à observância, tanto quanto possível rigorosa, de sua doutrina e ideologia, no afã de erguer uma sociedade mais justa, mais humana, mais fraterna (...)” (BONAVIDES, 2008, p. 40, 41 e 361).

Praticar solidariedade e corresponsabilização é, ao cabo, frutificar a democracia, projeto que não se limita às disputas eleitorais e ao governo de maiorias. As coisas, de fato, não são assim tão banais, e realizar eleições não significa garantir esse regime político denso e exigente. Mentalidade coletiva, dedicação crítica e associativa e visão humanizada sobre os direitos e deveres constitucionalmente assegurados favorecem o desabrochar das metas que a nação deseja.

Da inexistência de governo genuinamente popular sem a consecução dos pressupostos social, político e econômico que o legitimam deriva a assertiva de que o alcance dos níveis elementares de direitos, especialmente no tocante às condições propícias para o exercício das liberdades (sendo possível citar o *ir e vir* e o *direito ao voto* como exemplos), e a maturidade cultural estimulam o labor diário pela pujança de uma atuante e dinâmica democracia.

A governança de todos se destina a um bem comum que longe fica de se viabilizar em cenários de litigiosidade manifesta, revelando-se a coesão e as condutas cooperativas imprescindíveis à vitalidade democrática. Dessa maneira, sobram poucas dúvidas quanto à sinergia entre fraternidade e poder popular.

Nesse compartimento conceitual intimamente relacionado à cidadania, enxerga-se a substância democrática que o constitucionalismo de 1988 visou implementar. Apesar de um regime explícito de deveres não ter sido instaurado pela Constituição, já se sublinhou não serem poucos os dispositivos consagradores da responsabilidade social (art. 194 – seguridade social; art. 205 – educação; 216 – patrimônio cultural; 225 – meio ambiente, dentre outros). E há mais a dizer.

A ênfase conferida pelo ordenamento ao exercício do poder diretamente pelo povo (artigos 1º, parágrafo único, e art. 14) sempre mereceu mais doses de atenção, sendo o momento de contornar os modelos jurídicos aferrados aos

núcleos institucionalizados de poder. Definição e divisão de poderes, distribuição de competências, compêndios e mais compêndios acerca dos organogramas estatais e de políticas públicas oficiais: as prioridades nunca foram, em absoluto, os atributos da base da tradicionalíssima pirâmide social.

O constitucionalismo fraternal inspira, assim, remodelagens paradigmáticas, rejeitando a inação e instigando um movimentar-se *diferente*. Ele pugna por um olhar altruísta e pela solidariedade cidadã, dignificando o pertencimento coletivo e, pois, a conscientização individual sobre as enormes incumbências postas a cada um diante do fato complexo de simplesmente viver em sociedade. Complexidade que, de modo até natural, avoluma divergências, incompatibilidades e conflitos.

Escrevendo sobre a situação dos deveres e das responsabilidades de cada indivíduo para com o próprio Estado e a sociedade civil, Britto (2016, p. 41) registra que o paradigma da democracia de três vértices, dentre os quais aquele *fraternal*, configura um processo de afirmação do *poder ascendente*, “que nasce de baixo para cima, e não de cima para baixo”, dado o *comprometimento* com os interesses da maioria do povo. Para esse autor, “próprio da democracia é o constante empenho para tirar o povo da plateia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. De passivo espectador para autor do seu próprio destino”.

Cuida-se de empreitada aparentemente singela, mas que objetiva aflorar. A amplitude de conteúdo do princípio da fraternidade jurídica, consignada na diversidade de seus arranjos conceituais, preocupação externada desde as primeiras linhas desta dissertação, não elide a forte possibilidade de sua concreta aplicação. Não se tem, pois, um projeto irrealizável.

A coligação dos termos que estampam esta divisão – *fraternidade e corresponsabilização* – não tem assento meramente moral ou ideológico, descobrindo-se na argamassa jurídica produzida pelo constituinte de 1988 e, felizmente, em uma série de consideráveis doutrinadores zelosos no assunto. A soberania popular, com efeito, tem assento direto na Constituição (art. 1º, I) e traduz elementar conceito sem cuja exequibilidade a força normativa e a eficácia real do texto tornam-se pouco familiares.

As pegadas do constitucionalismo que se pretende valorizam todas as forças participantes do pacto social e, com os olhos no resgate dos deveres, oferecem

diálogo, persuasão, consenso e cooperação para diminuir a conflituosidade na comunidade. Na fraternidade contemporânea, a justiça segue a paz e a simplicidade, bem como o desenlace e a segurança, e deseja derrubar a formalidade e a frieza de códigos e ritos habitados com o confronto, a recusa, a coerção e a punição.

Para o alcance de um Estado desse jaez, democrático, plural, aberto e pacificado, a legitimação da Constituição jurídica é imperativa, com a supressão do fosso entre os textos escrito e real, ou seja, entre a proclamação e a concretude. A tarefa exige solidificar o que já se estipulou e passar da forma à matéria, pois o vigor de uma sociedade fraterna é algo que a Carta quis desde seu início, certamente, há de se dizer, influenciada pelos horrores que os 21 (vinte e um) anos anteriores de autoritarismo militar representaram em termos de desarmonia entre povo, poder constituinte e legitimidade.

Sem fundamento democrático, sem participação da sociedade e sem povo consciente de seu poderio no vislumbre e no resguardo de direitos e interesses da própria comunidade, a força normativa da Constituição não acontece. A retomada desse discurso de deveres e a nutrição de uma mentalidade abreviativa do espaço entre declaração e prática são fatores primordiais para a consecução da nova cidadania do homem, menos egocêntrica, muito mais penetrante e capaz de perceber a pequenez do indivíduo e a imprescindibilidade de sua associação aos demais para o atingimento do bem comum perseguido, mas também, vale sempre dizer, de suas próprias intenções individuais.

Nesse cenário de deveres e incumbências, encontram-se também as obrigações do homem com o *futuro*, a partir do reconhecimento da solidariedade intergeracional. O pensamento dessa responsabilidade tem em mente um futuro distante da geração atual e relaciona-se imediatamente com a ética da interação, do cuidado e do respeito entre os sujeitos. A previsão do art. 225 da Constituição brasileira, sob essa perspectiva, ao consagrar o princípio do desenvolvimento sustentável, “não está a proteger apenas a vida atual, nem somente a vida humana, mas sim os direitos das presentes e vindouras gerações e todas as espécies vivas no planeta” (THOMÉ, 2012, p. 64-65). Afinal, os descendentes de todos nós titularizam direitos de políticas públicas ambientais, e é dever do Estado e da coletividade protegê-los a longo prazo.

O homem logra pouco quando se põe isoladamente, e essa curta afirmação não constitui devaneios ou clichês desconectados da contemporaneidade. Do combate à fome aos desafios ambientais e climáticos e das agruras dos refugiados às guerras militares, há poucas dúvidas, como já falado, quanto ao caráter global de cada uma dessas agendas. É hipócrita e até desonesto atribuir o rótulo de *individual* a preocupações e acarretadoras de danos múltiplos e extremamente abrangentes.

À guisa de conclusão, vale dizer que esse senso de figuração comunitária recrudescer no contexto da covid-19, pandemia emblemática, aliás, em tantas repaginações. A espécie humana endossou sua impotência em face de intempéries colossais, evidência histórica tantas vezes narradas ao longo do tempo. A humildade acrescida pelo reconhecimento da fugacidade da vida terrena andou passo a passo com as angústias e as lamentações oriundas de uma incontestável convicção: o ser humano, individualmente, é ainda mais frágil e limitado, precisando associar-se como imperativo real de sobrevivência.

Por consequência, uma mentalidade filantrópica engendrou atos de generosidade que foram trazidos à cena com feliz desenvoltura, ganhando todos, Estado e sociedade, sobretudo com as provisões destinadas ao bem-estar social. Os efeitos profundos da propagação do vírus, sabe-se, não anteciparam somente evoluções tecnológicas nos campos da logística urbana e das relações de trabalho, exemplos cristalinos de espaços onde tudo aparentou se modificar. Descortinaram-se, outrossim, nossas fraquezas diante das imprevisibilidades do mundo, e vale a pena pensar sobre o que pode ser construído de novo e diferente após essa situação emergencial de saúde pública, de vazões ainda presentes e, na maioria das vezes, irreversíveis.

Uma forma louvável de lidar com esses acontecimentos é confiar na exurgência de um constitucionalismo distinto, avançado e fraternal, no qual deveres se cumprem, responsabilizações se materializam, e embates se resolvem ordeiramente. Esse bom combate necessita ser diário e adentrar as mais sinceras reflexões sobre nosso papel inevitavelmente carente no interior de comunidades certamente imperfeitas.

Já se reiterou: fraternidade engloba algumas variações e não se exaure na definição trazida nesta divisão do capítulo. Existem outras reputadas alocações de seu sentido que servirão de base para os julgamentos minudenciados nas linhas

culminantes do trabalho, quando se abordará a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atinente a tudo isso. É hora de falar um pouco mais sobre as outras categorias.

## 2.2 *Fraternidade como fundamento da inclusão*

A invocação do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento configurador da fraternidade é recorrente entre os que se propõem a estudar o assunto. Anunciada já no preâmbulo da Constituição brasileira e em vários ordenamentos estrangeiros e proclamada fundamento e projeto realizável do Estado democrático de direito, sua porção axiológica abarca uma miríade de individualidades próprias do *eu intransponível*.

A ideia do ser humano como fim de todas as coisas, intocável em sua dignidade, contrapõe-se àquela da mercantilização e do vilipêndio do indivíduo no que toca a seus mais valiosos atributos: autonomia, liberdade, segurança e bem-estar. *Fraternidade*, sob essa perspectiva, direciona-se, de modo primordial, às materializações sociais, buscando dar concretude a objetivos formais e abstratamente inseridos nos diplomas e, pois, diminuir o abismo entre o querer e o alcançar ou entre a meta e a efetivação.

Na análise de sociedades tão desiguais, torna-se mesmo difícil mencionar a paz, a irmandade e o conforto, conceitos formadores do princípio da solidariedade, sem que se possa enxergar o usufruto das condições mais elementares para a adequada subsistência do homem. Constituições se elaboram, leis se delineiam, políticas públicas executivas se realizam, e objetivos de elevada prosperidade se proclamam e se perseguem, contudo é intensamente desalentador visualizar as incessantes iniquidades aqui e em todos os lugares: o problema, afinal, não é do Brasil, mas do mundo.

Desníveis e transtornos no acesso às prestações básicas do Estado providência revelam-se um obstáculo ao agir constitucional. É, com efeito, árduo aludir ao exercício das liberdades civis básicas, dentre as quais o ir e vir, as manifestações opinativas ou associativas, o lazer e o voto, sem nosso interior *engrandecimento*: carências e exclusões repela a dignidade desejada, ocasionando frustração, apatia, desestima e medo.

Não à toa, qualifica-se como incontroversa a definição desses direitos sociais como pressupostos básicos para o desencadeamento e a satisfação dos demais direitos fundamentais, oportunizando condições materiais mais propícias ao exercício efetivo da liberdade. De fato, tão apenas reconhecer direitos fundamentais nem sempre se mostra suficiente para sua fruição, em virtude da imensa desigualdade operante no meio social. A conclusão é a de que “o direito de propriedade nada significa, por exemplo, para quem ainda sequer consegue alimentar-se ou se vestir adequadamente”, mostrando-se indispensável que o Estado consagre direitos destinados justamente à obtenção da pretendida igualdade material (DANTAS, 2021, p. 226-227).

Surge a fraternidade, vê-se, como *fato* histórico virtuoso, transformador e atingível. Na verdade, antes mesmo da consagração do constitucionalismo contemporâneo, ela sempre esteve presente nas mais profundas reflexões da filosofia, da sociologia ou da teoria do direito. Ser cívico e comunitário por excelência, o homem aprendeu, desde cedo, as benesses de reunir-se coletivamente em prol do bem comum. Apesar da existência natural de variações e peculiaridades, os grandes pactos contratuais que antecederam a formação dos Estados modernos descortinaram o que já se pressupunha sobre a razão indiscutível das conglobações sociais: não somos tão capazes quando estamos sozinhos.

Abordagens com fulcro numa perspectiva teológica são igualmente comuns, compreendendo-se a solidariedade como virtude indispensável nas teias interpessoais, “caridade proveniente do amor recíproco cristão, dever de ajuda mútua entre membros de um mesmo grupo, baseada na existência de laços comuns”. A mesma autora traça a importância do conceito sob uma dimensão sociológica, em que a solidariedade aparece como contingência social e critério de justiça, impelindo os homens ao sentimento de pertença a um grupo cuja conduta mira a garantia do interesse comum (CLARA MACHADO, 2017, p. 92-96).

Dádivas e benevolências oferecidas por igrejas em evolução, atitudes compassivas desempenhadas por entidades privadas e gestos individuais praticaram, com considerável eficiência, uma louvável solidariedade ao longo dos séculos. Em épocas de egoísmo e incivilidade, o trivial vale ser repetido: trata-se de *princípio* conhecido e atávico, condizente com a natureza do homem, cujo resgate é

imprescindível para a reconstrução de um paradigma de moralidade e justiça que se perdeu.

Note-se o destaque ao pioneirismo desses movimentos frente às saudáveis intercessões do poder público. Se, por um lado, é indubitável que a instauração do Estado social se fez premente na batalha pela plenitude existencial dos cidadãos, por outro, não se pode contestar o potencial das células extraoficiais para a vivência da isonomia material colimada. O Estado, assim, é inelutavelmente necessário nessa tarefa, mas não constitui autor exclusivo num dever supremo a todos encaminhado.

A fraternidade intenciona reverter um opressivo *status quo* e promover merecimento e inclusões em favor de segmentos alijados do sistema. Grupos notória e historicamente inferiorizados margeiam sociedades declaradamente iguais e homogêneas na forma, embora tristemente desiguais no plano da realidade. Sem pretensão alguma de ironia, é bastante fácil discursar acerca da isonomia *de todos* perante a lei ao mesmo tempo que se fecham os olhos para a *ausência* de qualquer amparo normativo quando os envolvidos são negros, indígenas e LGBTQs, exemplos longe de serem exaustivos.

O enfrentamento às desigualdades e a legitimação das políticas públicas inclusivas conferem a tônica da fraternidade segundo a presente categoria. Altruísmo e respeito ao *outro* e ao *diferente*, de idêntica maneira, assinalam apreço e consideração, sem cujo entendimento qualquer ideal humanitário é fadado a fracassar.

A democracia deve ser um processo de convivência incrustado numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e em proveito deste se exerce, num contexto participativo, pluralista, respeitador das múltiplas ideias, culturas e etnias e fomentador do diálogo entre interesses, opiniões e pensamentos divergentes. Seu caminhar precisa se voltar, nas palavras de Silva (2019, p. 121-122), a liberar a pessoa humana “das formas de opressão que não dependem apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”.

Ninguém deseja uma Constituição parcialmente eficaz, muito menos inexistente ou vazia, conclusão infelizmente plausível quando os destinatários mais necessitados são, dia após dia, invisibilizados. Irrompe, em ato contínuo, a importância

das ações afirmativas, destinadas a sarar desigualdades históricas e proceder a reparações compensatórias a favor de parcelas desassistidas da cadeia social. O conceito é bem ensinado por Gomes (2001), para quem essas políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, são concebidas com vistas ao “combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado”, visando realizar “o ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego”.

A relação entre fraternidade e direitos sociais adquire um toque especial em cenários de pauperização, déficits e insegurança. O atingimento e a superação do mínimo existencial são o ponto de partida para uma distribuição mais permanente e duradoura de prestações materiais: a propósito, felicidade e bem-estar constituem interesses inconciliáveis e imprescindíveis à consecução de isonomia real e justiça.

É preciso explicar os prejuízos nefastos infligidos pela desigualdade ao Estado de direito e ao constitucionalismo fraternal. Contingências sociais altamente hierarquizadas, envoltas por privilégios, desequiparações e péssimas alocações de recursos, engendram, além de ofensa à dignidade da pessoa humana, efeito sobre o qual já se falou, incompreensões, insulamentos e desconfiança. A coercibilidade e a segurança jurídica, noções bastante caras a qualquer regime de leis, sofrem, de fato, abalos nada desprezíveis na hipótese em que a percepção social e comunitária consubstancia um poder político de várias caras: presente, ativo e inflexível no exame de certas ilegalidades, porém omissos, inaptos, condescendentes e graciosos no tratamento de outras às vezes, não se esqueça, imensamente mais danosas.

Disse-se “às vezes”, porquanto, por lógico, a dolosa ilicitude nem sempre acontece. A esmagadora maioria do funcionalismo público é constituída por pessoas honestas e observadoras de suas obrigações. A problemática é, assim, bem mais complexa, fugindo, inclusive, aos escopos desta dissertação.

Vieira (2007, p. 47) apregoa, na matéria, que a discriminação “tende a arruinar os laços de reciprocidade dentro da comunidade”, diminuindo o sentimento de dever moral dos mais poderosos perante os excluídos. Como estes indivíduos, desfavorecidos social e economicamente, passam a ser indignos de valor, “não demora

muito para que na prática se retire deles o conjunto de direitos de cuja proteção os outros cidadãos desfrutam”.

E há mais. Eles próprios, segundo o autor, não mais aguardam que seus direitos sejam respeitados por terceiros ou pelas instituições oficiais e, desvestidos de privilégios que outros possuem, dificilmente reunirão razões para atuar conforme as regras de um jogo que não os reconhece sequer como detentores de direitos, gerando um círculo vicioso de arbitrariedades, segregações e insatisfações. Conclui-se ser muito duro promover a reciprocidade em sociedades de imensas hierarquias e desigualdades, onde a lei, por conseguinte, é pouco efetiva como instrumento de pacificação social.

A essência subjacente às ideias de harmonia, coesão e comprometimento resta abalada no império das crônicas iniquidades, e, sendo a via de mão dupla, o impacto do abaloamento se evidencia de forma mais avassaladora. A desconsideração das múltiplas identidades, o desrespeito às diferenças, a intolerância e o crescente nível de abismo entre as camadas sociais representam impeditivos ao pertencimento associativo. Com a cidadania enfraquecida, a democracia substancial também perde asas e continuidade, vez que ausentes a horizontalidade e a igualização estruturadoras de uma participação social verdadeiramente engajada.

Dahl (2005, p. 25-26) externa a visão acima, advertindo que uma das características da democracia é a responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais. As condições necessárias a esse sistema político, para o autor, devem permitir que todos os cidadãos tenham oportunidades plenas “de formular suas preferências; de expressar suas preferências a seus concidadãos e ao governo através da ação individual e da coletiva e de ter suas preferências igualmente consideradas na conduta do governo”, reputadas sem qualquer discriminação derivada de conteúdo ou fonte.

Atuações solidárias e deveres cívicos e éticos são de árdua concretização quando se rejeitam identidades, excluem-se mobilizações e sufocam-se idiosincrasias. Ordenamento constitucional algum se sustenta validamente dessa maneira, soçobrando, por consequência, o cumprimento espontâneo das normas de convívio: eis a subversão do Estado de direito.

Ter apreço aos distintos sujeitos e aos mais complexos quadros de valores e interesses reinantes numa sociedade heterogênea não deve resvalar em

imposições ou introduções coercitivas de determinados costumes, usos e intimidades. Claro que não. Trata-se, na verdade, de ingressar num estágio mais avançado na escalada evolutiva do homem, alcançando-se o instante em que as singularidades destoantes da média social ou do imaginado senso geral não descaracterizem nosso *eu único e singular*.

Para que exista a mudança, convém revigorar a mentalidade e superar a distância entre o discurso humanista e sua prática. Barbosa (2020, p. 122-123) considera indispensável, nesse processo de aperfeiçoamento, autoavaliação por cada pessoa “acerca da natureza de suas condutas diárias a fim de estudar se essas condutas estão em consonância ou não com o respeito a todo ser humano, independentemente da condição social de cada pessoa”. Com lastro nessa ótica, prática, disposição, formação e vivência devem ser postas em evidência para se dar efetividade às previsões normativas e ao humanismo.

Repensar preconceitos, imperfeições e falhas não constitui uma tarefa lá muito fácil, na medida em que o fixismo das nossas sensações e as enormes deficiências de nosso conhecimento remontam a aprendizados longínquos e consolidados no tempo. Especialmente em países de vastas injustiças sociais, é simplório diagnosticar as clivagens socialmente estabelecidas, com a consequente existência de grupos estratificados que pouco se comunicam no dia a dia. O universo da riqueza e da opulência é, para o indigente sofredor, conto de fadas ou, no máximo, filme do Netflix.

Na prática, formam-se coletividades pouco intercambiáveis, que, quando coexistem, assinalam e aprofundam o celeiro de prerrogativas, privilégios, mandos e indiferenças. Acomodações, corredores, transportes e elevadores exclusivos produzem a separação de ambientes segundo a classe social ou econômica e naturalizam nossos olhos a enxergar uma realidade que poderia ser diferente. Experimente-se ainda, caso consiga encontrar algum deles nesses locais, visualizar o tratamento recebido por indígenas e LGBTs no mercado de trabalho ou nas universidades. A visão é dolorosa.

Em suma, mais do que exercer seu viés propedêutico, a *fraternidade*, neste compartimento, faz as vezes de princípio jurídico de claras e nobres finalidades: promover igualdades e cimentar pluralismos e inclusões. Assumindo funções hermenêutica e integrativa e funcionando como fonte de direitos e de deveres,

umbilicalmente atrelada à dignidade da pessoa humana, seu sentido ostenta eficácia jurídica, disciplinando condutas, estabelecendo regramentos e cominando consequências, não representando, dessa maneira, instrumento retórico despido de prática serventia.

A solidariedade proposta deve inspirar, prefacialmente, modificações no imperativo moral do homem: aja-se como se a máxima de ação devesse ser transformada em lei universal da natureza e de modo a abordar a humanidade sempre como fim, e nunca como meio, na fórmula clássica de Kant. “As coisas que têm preço podem ser substituídas por outras equivalentes. Mas quando uma coisa está acima de todo preço e não pode ser substituída por outra equivalente, ela tem dignidade”, como resume Barroso (2012, p. 71) ao associar *dignidade* e autonomia. Logo no início da Bíblia judaica (Gn 1:26-27), vê-se ter criado Deus o ser humano à sua própria imagem e semelhança, enquanto a regra de ouro prevista nos Evangelhos (Mt 7:12) robustece esse pensamento: “Em todas as coisas façam aos outros o que vocês desejam que eles lhe façam. Essa é a essência de tudo que ensinam a lei e os profetas”. Já nas Cartas de São Paulo (Gl 3: 28), lê-se: “Não há mais judeu nem gentio, escravo nem livre, homem nem mulher, pois todos vocês são um em só em Jesus Cristo”. Poucas frases são tão precisas e esclarecedoras sobre igualdade e solidariedade, binômio resumidor de uma boa forma de viver.

Essa visão tão humilde quanto poderosa traduz *reciprocidade* e *relacionalidade* manifestas, despertando reflexões e alimentando consciências para a realização fraternal a partir da prática voluntária dos direitos sociais e do exercício da cidadania, possibilitando a concretização de um Estado de justiça equânime e digno. Deseja-se que o crescimento ético e espiritual seja acompanhado da satisfação harmônica de direitos, deveres e interesses, independentemente da ativação dos órgãos oficiais.

Em cenários assim, onde aflora o convívio coeso, plúrimo e tolerante dos sujeitos e das ideais, tenderia ao indubitável qualquer medida destinada à proteção de grupos especiais. Fornecedores de serviços ou empregadores de relações de trabalho não seriam, na hipótese, alcunhados de “totalitários, comunistas ou agressores do postulado da igualdade” ao estipularem regramentos criados para acolher idosos,

deficientes ou gays. Não se puseram os termos entre aspas fortuitamente, pois as expressões refletem, com espanto, o grau odioso do preconceito.

As circunstâncias, porém, nem sempre são as ideais, e, uma vez consignada a força normativa do princípio jurídico da fraternidade, sua aplicação soa impositiva quando em jogo a proteção dos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da inclusão. Quando a autorresolução não se opera, o papel do Estado, como não poderia deixar de ser, realça-se e qualifica-se como indispensável para prover os valores da sociedade pluralista e justa constitucionalmente buscada.

As instituições estatais têm participação relevante nesse processo pedagógico inclinado à promoção social e à construção da cidadania, bem como na concretização das aspirações sublinhadas. A intercessão da Suprema Corte, no ponto, será crucial, conforme se estudará no próximo capítulo. Antes disso, é importante destrinchar uma última categoria conceitual em que a noção de fraternidade se insere, o que será objeto de análise a seguir.

### *2.3 Fraternidade e humanização do sistema penal de justiça*

Sim, a resposta é positiva. Os tópicos até então apresentados trazem, verdadeiramente, conceitos parecidos e intercambiáveis, revelando-se impossível falar de qualquer um deles sem ingressar na matéria primordial afeta a outro. De logo, portanto, assinala-se que abordar a maneira como o constitucionalismo fraternal tem engrandecido o sistema penal de justiça ocasiona, inevitavelmente, incursões em aspectos da solidariedade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, tríade explorada nos itens 2.1 e 2.2.

No universo do direito penal, as funções da sanção são bem conhecidas: retributiva e pedagógica, possuindo serventia para castigar o infrator e desestimular a prática de novos crimes por parte não apenas do delinquente, mas também dos demais residentes da comunidade. Trata-se, de modo resumido e respectivo, dos notórios fins de prevenção especial e geral da pena (ROXIN, 2006).

Não há pretensão, no momento, de penetrar um tema profundo e merecedor, claramente, de espaço próprio de discussão. Inexiste a intenção, da mesma maneira, de iluminar uma terceira função do sistema sancionador, qual seja, a ressocialização do indivíduo, tão suposta quanto questionável. Quer-se algo mais

ajustado com os esboços já apresentados, buscando este tópico trazer à tona reflexões e impactos advindos de um paradigma de direito mais consentâneo com o humanismo, a pluralidade e o altruísmo.

Pensamentos, influências e consequências que sobressaem sob a ótica de um setor jurídico enlaçado com as mais nobres singelezas do cidadão: dignidade e liberdade. Afinal, independentemente de discussões sobre a figura do cárcere ou acerca de mecanismos de transação processual, *direito penal é pena* e volta-se, embrionariamente, a infligir punições, recolher transgressores e isolá-los do convívio social.

Como a cegueira deliberada e a ignorância são sempre desprezíveis, impõe-se lembrar a nefasta e incessante existência de delitos apenas razoavelmente aptos a serem contidos por intermédio de privações mais severas, advertência que, em países tão violentos como o nosso, soa quase ridícula. Como exemplo, citam-se os crimes contra a vida ou os ilícitos praticados com enorme violência ou ameaça: homicídio, latrocínio ou roubo, dentre outras citações. Em algumas hipóteses, com efeito, o afastamento do ofensor do seio da comunidade é medida salutar e extremamente conveniente. Previsões legais já existem e acolhem, de modo expreso, a utilidade dessas restrições mais extremas de liberdade, ao passo que, em outras situações, a ausência de previsão nos códigos e o caráter genérico de conceitos indeterminados permitem maior sobra de subjetividade ao intérprete no momento de decidir.

Sem embargo, a questão não é tão simplória, e lei nenhuma esgota todos os temas ou satisfaz os anseios de todas as mostras de opinião referentes a prisões, solturas, punições rigorosas ou métodos alternativos ao enclausuramento. A relevância da principiologia encaixa-se nessa agenda, sendo de ótimo alvitre pensar no papel apto a ser desempenhado por uma visão constitucional aberta, receptora e inclusiva no que toca a um sistema penal de justiça tradicionalmente inflexível, seletivo e excludentes. Que ilicitudes precisam de repreensão constitui afirmação evidente, sem poucas contra-argumentações. A discussão premente envolve, dessa maneira, não a obrigatoriedade da medida punitiva ou cautelar, mas o cabimento e a proporcionalidade de sua aplicação.

A importância de submeter a legislação penal e sua aplicação a uma filtragem constitucional aparece em obra de Sousa Filho (2019, p. 100-103), para quem

o insucesso do modelo vigente, de frequente ampliação do direito penal e da pena de prisão, pode ser compreendido a partir da retrospectiva história das leis no Brasil, a mostrar que “os sucessivos regimes políticos, com exceções pontuais, apostaram continuamente na expansão e na intensificação da repressão penal”. A inaceitável indiferença ao “modo como os ex-detentos se inserem na sociedade, ou mesmo sobre as condições sociais – de extrema pobreza e desigualdade – que produzem a maior parte da criminalidade no país”, torna, prossegue o autor, impossível verificar os resultados produzidos pela criminalização.

Nesse passo, forçoso é debater a persistência de uma estrutura que ainda cisma em estereotipar o violador das leis penais. Seletiva e nitidamente desigual, a persecução criminal, desde a cominação abstrata do legislador, parece apriorística, castigando mais severamente delitos praticados, em geral, por classes desprivilegiadas social e economicamente e, em distinta direção, compactuando, pelo teor das baixas punições e das infinitas possibilidades de acordos e suspensões de pena, com outros de larga envergadura, como é o caso das várias formas de corrupção ou improbidade. Essa sensação é generalizada e invade leigos e operadores jurídicos.

Greco (2014, p. 155-157) traça linhas sobre essas observações e comenta que o processo de seleção aparece desde o instante em que o Estado, escolhendo determinados comportamentos de nosso meio social em tese ofensivos a bens jurídicos, edita a lei penal sancionadora. Nesse apontamento, comumente se sobrepõem valores de grupos sociais dominantes àqueles da classe dominada. Segundo o autor, a manutenção da visão maximalista desse ramo do direito e a crescente inflação legislativa engendram um inevitável resultado: “o Direito Penal continuará a ser seletivo e cruel, escolhendo, efetivamente, quem deverá ser punido, escolha esta que, com certeza, recairá sobre a camada mais pobre, abandonada e vulnerável da sociedade”.

Sensíveis, novos modelos de construção jurídica e hermenêutica desgarram-se das fórmulas abstratas, intransponíveis e individualistas de poder e abraçam alternativas condizentes com o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, valores supremos da sociedade fraterna e pluralista que se deseja. Com isso, previsões dogmáticas constitucionalmente inaplicáveis se repelem, prestigiando-se, ao invés da forma e da hipótese fria do diploma, a substância e a concretude candentes do homem. Valorizam-se, por conseguinte, regras caras como a da individualização da

pena, prevista no art. 5º, XLVI, dispositivo que simultaneamente mira a isonomia e a plenitude do cometido.

A humanização do sistema penal perfaz-se com temperança, deferência, reciprocidade e acolhimento. O repúdio às ilegalidades e o acautelamento do sujeito incapaz, naquele instante, de interagir socialmente mantêm-se imprescindíveis, porém se faz necessário analisar a relação de custo e benefício entre a sanção individual e os interesses coletivos auferíveis de certas categorias punitivas. O olhar para o outro necessita ser *diferenciado*, sem ojerizas, preconceitos ou estigmas. Todo ser humano é titular de direitos e garantias, patrimônio que ele não perde quando incide na prática de crimes.

Perdão e fraternidade refutam rancor e vingança e possuem uma dimensão social, e não puramente individual, moral ou religiosa. Pressupõe-se a reconciliação entre o agente do crime e a sociedade, mas isso não leva à anulação das exigências de justiça a partir da legítima expectativa de reparação da ordem violada. São sentimentos que, na realidade, perseguem transformação social, libertação e pacificação para todos: agente, vítima e sociedade. Nos termos postos por Fonseca (2019, p. 133-134), “é necessária a retribuição, mas com a complementação da reconstrução e do próprio perdão, que não é sinal de fraqueza, esquecimento nem indiferença. É o novo modelo fraterno da Justiça penal”.

É difícil sustentar a congruência de algumas disposições legislativas que intencionam o cárcere irrestrito, não importando o sujeito nem a narrativa fática especificada. O argumento é o de sempre: a indispensabilidade tanto da punição no contexto ilícito singular como da prevenção contra a reiteração delitiva. Há de se perguntar, contudo, se é possível, de maneira absoluta e prefixada, estabelecer a justeza da proibição à concessão de uma liberdade provisória ou da fixação de um regime inicial necessariamente fechado para o cumprimento da pena. Crê-se que não.

Antevisões genéricas e intangíveis obscurecem a realidade mundana, amplíssima e heterogênea, fechando os olhos às múltiplas particularidades do indivíduo denominado infrator. Abstrações dessa natureza antagonizam a solidariedade e a inclusão, impedindo a aferição do *eu* autônomo e único e das características próprias de cada prática delitiva em evidência. O direito é instrumento da sociedade, a despeito de, muitas vezes, o contrário se estabelecer, e sua finalidade guia-se ao bem comum e à

pacificação coletiva, de modo que a execução das regras jurídicas não deve dar-se por si mesma, de forma autossuficiente e alheia ao dinamismo fático subjacente: leis e constituições demandam fatores exógenos para efetivar sua normatividade.

Nas lições de Nader (2012, p. 51), “o Direito Positivo não é uma concepção metafísica de normas jurídicas. Compõe-se de modelos, que se referem a fatos, aos acontecimentos sociais”. Em razão disso, à medida que as relações de vida indicam ao legislador as questões sociais a serem regulamentadas, o direito, para ser instrumento eficaz ao bem-estar e ao progresso social, precisa adequar-se à realidade, reverberando as instituições e a vontade coletiva do momento histórico.

Enquadrar a justiça penal com o colorido do humanismo significa torná-la vívida, pulsante e contingencial. Mais do que isso, o ato confere guarida e materialidade à filosofia fraternal, suavizando os rigores do direito penal: eis um ramo jurídico incompatível com a imutabilidade, que não pode permanecer estático e indiferente.

O desafio imposto é transcendente ao infrator e ao fato penalmente ilícito. A fixação da prisão e do castigo não acomete somente o agente, despontando uma miríade de consequências infligidas sobretudo ao seu núcleo familiar. Em países de notória carência socioeconômica, o problema do cárcere se avoluma e agrava os danos que já sofrem os necessitados. O óbice à liberdade do assalariado comum gera perda de renda, descortina a dependência econômica dos seus parentes e sufoca a convivência em casa e na comunidade. Como resultado, têm-se restrições de direitos, desestruturação familiar, diminuição do lazer e da interação e esgarçamento da própria cidadania.

Por conta disso, impõe-se o uso comedido e controlado do processo penal, a ser aplicado quando eminentemente necessário, “já que causa, como qualquer remédio, efeitos colaterais (angústia da incerteza, sobrevitimização, prisões desnecessárias, criminalização secundária)”, nos dizeres de Silvério Júnior (2014, p. 81-82). A boa gestão de sua técnica consubstancia-se numa dosagem adequada, evitando que se converta em *veneno*, justificando-se o mecanismo da *tecnologia punitiva* desde que opere, assim, como mecanismo de construção do Estado democrático de direito, fiel à ideia de jurisdição mínima.

A compreensão holística desse organograma das penas e dos apenados auxilia no assumido processo de deliberações afetuosas e corresponsáveis. A

energização da processualística penal com os ventos da fraternidade impulsiona os movimentos de justiça e transformação que o constitucionalismo democrático quer ver acontecer. Justiça, pois, que não se mostra somente nas extensas previsões dos diplomas legislativos tampouco nas apreciações particulares definidas nas sentenças do juízo criminal. Justiça, assim, que, mesmo consciente das suas limitações, empenha-se por inteiro, sob uma ótica diferenciada, global e solidária, preocupada que é com os envolvidos diretos e indiretos naquela acusação.

Institutos despenalizadores e métodos de solução alternativa e consensual já afloram, há um tempo, no campo penal, fazendo jus hoje a maiores densificação e aproveitamento. É imperioso considerar as possibilidades de evitar aprisionamentos desmedidos. A infeliz ligação entre cadeia e mazelas cotidianas como a discriminação, o desemprego e os arrochos econômicos é por todos conhecida. Cumpre, por consequência, analisar a eficácia de uma hermenêutica moderna, deferente e construtiva na função de debelar circunstâncias dramáticas que, por vezes, mais correspondem a questões sociais do que a celeumas jurídicos.

A utilização do HC coletivo para o amparo de liberdades atingidas por ação ou inação dos poderes exemplifica uma evolução jurisprudencial proativa e eficaz, capaz de restaurar ou garantir, com segurança, uniformidade e abrangência, direitos violados. Evitam-se, assim, soluções díspares e contraproducentes, circunstancialmente derivadas de provimentos judiciais individualizados que se revelam inaptos a dar resposta, com satisfação, a problemas massificados. É o que se deu no HC 143.641 – caso das mães e das gestantes presas –, quando o Supremo, admitindo o instituto, destacou a importância do remédio processual à altura da lesão praticada, já que, na “sociedade contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem um caráter coletivo”, mostrando-se oportuno, “inclusive por razões de política judiciária”, a disponibilização de ferramentas efetivas para proteção adequada e célere dos segmentos atingidos.

Que se valha do mesmo tom quanto ao riquíssimo instrumento da ADPF (Lei 9.882/99) para questionar a constitucionalidade de dispositivos legais pretensamente não recepcionados pela Constituição de 1988. Afastando a “criminalização excessiva” e apontando o direito penal como o “último e mais drástico instrumento a ser utilizado pelo Estado”, a maioria do STF já teve a oportunidade de

registrar que tipo como o do art. 235 do Código Penal Militar (CPM), editado à época do regime militar ditatorial, autoritário e intolerante às diferenças, criminalizou o sexo consensual entre adultos. Encerrado o julgamento, foi possível enxergar o valor atribuído pela Corte aos princípios da isonomia, da liberdade, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo, bem como ao direito fundamental à privacidade.

Por meio da promoção de bem-estar e desenvolvimento em favor de seres fragilizados, adquire-se o mínimo existencial, sem cujo alcance a própria ideia de cidadão provido de direitos resta esmorecida. Legitimada pelas feições prospectiva e transformadora do Estado democrático de direito, exsurge, então, uma justiça social que cuida, acolhe e promete.

A humanização do sistema penal não é ilusão ou conquista inviável. A penetração principiológica demanda, porém, releituras e repaginações, no afã de construir interpretações que concentrem os olhos nos objetivos socialmente relevantes projetados pelas declarações mais básicas de justiça: igualdade, pacificação e harmonia.

Essa estabilização requerida tem suporte na dignidade da pessoa humana e torna-se alcançável pela persecução restaurativa, defensora do cumprimento voluntário de prestações reparadoras. Encontrando-se esgotada a concepção penal de matriz retributiva, alicerce de um modelo puramente punitivo, reputa-se necessária a elaboração de “programas reparatórios que sirvam à satisfação dos interesses legítimos da vítima, à socialização do autor do delito, à reafirmação da vigência da norma e, como resultado, ao restabelecimento da paz jurídica” (TOURINHO, 2017, p. 37 e 113).

O exame individual e a resposta também singular ao contexto do crime, com todas as suas implicações, podem mostrar, de fato, importantes em uma série de ocasiões: o inescrupuloso homicida, o violento assaltante e o ímprobo e corrupto político são merecedores de punição e de cadeia. Ninguém está acima da lei, e, num Estado de direito, aplicam-se reprimendas aos que ofendem a licitude dos códigos. Bem, ao menos em tese.

O arcabouço comunitário é, entretanto, vasto, prenhe de nuances e delicadezas, soando inequívoca a insuficiência de decisões meramente comutativas, do que decorre, em paralelo à hermenêutica progressista realçada, a importância das audiências públicas, das conciliações, das penas alternativas e das centrais de cidadania,

instrumentos democratizantes que reúnem os vários quadrantes do fenômeno criminológico.

Pede-se, uma vez mais, *atitude*. A fraternidade não consegue se realizar sem a culminância dos fatores éticos, culturais e políticos, como se viu, de maneira mais aprofundada, no item 1.4. O exercício dia a dia da empatia, da irmandade e do altruísmo não é dever singelo, todavia seu potencial humanitário é, francamente, imensurável. Não de modo fortuito, a primeira categorização lastreou-se no sentido da corresponsabilização, na medida em que, de fato, a incumbência ostenta destinatário geral e preciso: *todos*.

Administradores, congressistas e operadores jurídicos, em conjunto com a sociedade civil, têm sua cota de obrigações na tutela do bem comum. O tratamento condigno a encarcerados, a condenados ou àqueles submetidos a regime de semiliberdade não deveria significar dever legal tão somente dos poderes constituídos. Ajuda monetária, acolhimentos médicos e terapêuticos, disponibilização de trabalho remunerado e ministério de palestras educacionais configuram esforços a serem feitos para combater estereótipos e preconceitos que vitimam tais grupos e robustecem um odioso ciclo de violência.

Coesão social, respeito e reconhecimento refletem interesses pelos quais todos devemos batalhar, seja pela escalada individual de nossas próprias escolhas e virtudes, seja pelo compromisso coletivo em favor de uma humanidade mais benfazeja. Há sempre tempo de evoluir.

Descabe fazer o estudo e a compreensão dessas diversas afirmativas nestas páginas estreitas, mas a finalização da última categoria ora ressaltada é útil para desnudar a função pragmática da fraternidade. Afinal, vale insistir novamente, não se trata de ideia, perfumaria ou capricho: sua vitalidade jurídica é captável e plenamente possível, como se demonstrou neste último tópico, mais particularmente voltado à ambiência do direito penal.

Neste instante, impende avançar ao capítulo 3, quando o apanhado de jurisprudências apresentado na abordagem metodológica será destrinchado, buscando-se aquilatar o manuseio do princípio jurídico da fraternidade levado a efeito por nossa Corte Suprema.

### 3 ANÁLISE DOS JULGAMENTOS

Que se repise o problema: apequenou-se a ideia de fraternidade, reduzindo-a ao campo dos sentimentos, das ideologias ou das religiões. Não era para ser assim. A compreensão de sua natureza jurídica principiológica e de sua feição indissociada dos direitos da liberdade e da igualdade, por si só, já deveria significar que o discurso pode e precisa converter-se em aplicabilidade.

Estas linhas pretendem ir além e, como se antecipou, demonstrar de que maneira a jurisprudência do STF tem deparado com o tema e esboçado diretrizes, no todo, ainda em grau de esclarecimentos, cujos contornos comportam quentes discussões igualmente no modo de aplicar o melhor direito postulado.

Após o delineamento de seu conceito e o registro de sua posição jurídica, importa agora analisar a correspondência da teoria com a prática, com particular lastro nos votos da Suprema Corte que penetraram o constitucionalismo fraternal.

Não é fácil a tarefa de eliminar ou suavizar a pecha de utopia, perfumaria ou retórica que lhe costuma ser atribuída. Não são poucas, afinal, as vozes ressonantes que desprezam a eficácia da fraternidade e refutam sua incursão no universo jurídico.

Contra a resistência, o presente capítulo verte-se com dois focos. O primeiro busca iluminar a utilização pragmática do conceito, evidenciando a forma com que a instância máxima do Judiciário brasileiro tem se comportado na seara propugnada. O segundo tem uma tendência educativa e visa aferir a contribuição dessa instituição de poder para a propagação e a implantação do ideário na cultura democrática, requisito indispensável à efetivação do saber constitucional.

Não se tratou de motes banais. Temas sensíveis e interpretações divisivas bateram à porta do STF, instando-o a dirimir antagonismos que permearam especialmente os direitos existenciais de minorias e a autonomia da vontade, esta última também revestida de proteção constitucional.

Por seu atrelamento com os direitos difusos da solidariedade, a esfera da proteção ambiental, de idêntica forma, restou agasalhada nas decisões. Precisou o Supremo definir a constitucionalidade de atos e normatizações diante de um diploma

fundamental que não olvidou a relevância da preservação do meio ambiente no presente para o próprio respaldo das gerações futuras.

Resoluções e apontamentos tomados pelo Judiciário revelam-se capazes de permitir maior aprofundamento das questões postas. Vem a lume, neste particular, a representação argumentativa da Corte, consignada primordialmente na invocação do debate, na apresentação das posições e na reivindicação de soluções.

De fato, mais do que satisfazer direitos fundamentais, o avanço do constitucionalismo fraternal imprimido pelo segmento republicano possui um forte sentido pedagógico. No caso, o raciocínio e os argumentos dos ministros, a exposição dos seus votos e as deliberações alcançadas põem nutrientes sobre a chama do problema.

Uma vez mais, sublinha-se seu eminente papel no manuseio, no tratamento ou na imposição dos direitos e dos deveres, embora, no sistema formal de justiça, responsável precípua pela efetivação dos valores solidários seja o sujeito real, individual ou coletivamente determinado.

O florescimento do altruísmo e do engajamento cívico é deveras importante para a materialização dos objetivos plurais e transformadores perseguidos pelo Estado democrático. A preferência por um empenho de base, numa constitucionalização de baixo para cima movida sobretudo por personagens não estatais, enaltece formas substantivas e plúrimas de satisfação de bens e interesses. É bom lembrar que o Estado pode muita coisa, mas não consegue tanto assim sem que a sociedade se movimente em direção similar.

A amostragem dos julgados, dessa maneira, segundo a estratégia de análise aludida, abarca os dois focos, mas não empana a responsabilização direta e imediata dos indivíduos perante contingências sociais tão sensíveis. Ao contrário, elencar um capítulo cujo objeto seja um arcabouço de decisões que lidaram com a temática escolhida pretende negritar a imprescindível atuação coordenada de todos, poderes público e privado, para a construção cotidiana e paulatina que o projeto constitucional demanda. Atritos e clivagens não ajudam muito no desafio.

### *3.1 Entre a solidariedade e a corresponsabilização: doses de fraternidade aplicadas pelo STF*

É provável que a primeira abordagem direta e expressa do princípio da fraternidade tenha sido desenvolvida pelo STF no julgamento das ADIs 3.105 e 3.128, alusivas à contribuição previdenciária de inativos e pensionistas instituída pelo art. 4º da Emenda Constitucional (EC) 41/2003.

A Associação Nacional dos Procuradores da República – ANPR – que propôs a ação, alegando que os servidores públicos aposentados e os que preenchiam as exigências de aposentação antes da vigência da norma atacada exerceram ou incorporaram ao seu patrimônio jurídico um direito de não pagar contribuição previdenciária. Apontou-se violação à garantia individual do direito adquirido e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da CF), bem como à cláusula pétrea inserida no art. 60, §4º, IV, do texto.

A parte autora também aduziu ter sido ofendido o princípio da isonomia tributária (art. 150, II, da CF), pois estaria sendo consolidado tratamento diferenciado entre os servidores que se aposentaram após a promulgação da EC 41 e os que já estão aposentados. Por fim, alegou-se ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos, a proteger, segundo a autora, o universo das relações privadas e públicas de trabalho.

A discussão foi extremamente longa, mas, ao adentrar o que se reputa oportuno ao nosso escopo, é bastante interessante perceber como a riqueza e a densidade do conteúdo do princípio da fraternidade conseguem propiciar, a partir da leitura dos mesmos dispositivos e da mesma subjacência fática, distintos pontos de vista.

Ouvida no processo, a Advocacia-Geral da União (AGU) rebateu que a contribuição impugnada convive em um contexto de solidariedade, ínsito à seguridade social, para a qual todos os participantes, ativos ou não, precisam oferecer sua cota de sacrifício. A AGU se manifestou no sentido de inexistir razão para a exclusão de alguns do pagamento da contribuição, em desfavor de outros obrigados ao dispêndio.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) manifestou-se em sentido oposto em tal ponto, sustentando que a solidariedade, valor irradiado pela capacidade

contributiva, não deve afastar os princípios da isonomia e da legalidade, ambos limitações constitucionais ao poder de tributar.

A relatora, ministra Ellen Gracie, reportou-se muito brevemente à solidariedade intergeracional. Sem embargo, em seu voto, atribuiu maior peso à garantia contra a bitributação (art. 154, I) e ao princípio do não-confisco (art. 150, IV), concluindo, ao final, pela inconstitucionalidade da cobrança.

O ministro Joaquim Barbosa ofereceu um curto voto, rechaçando os fundamentos de inobservância do direito adquirido e das cláusulas pétreas e, por conseguinte, a tese da aquisição privilegiada de não pagar tributos num Estado dito democrático. Em seu voto pela viabilidade da cobrança previdenciária, sublinhou ter a CF de 1988 elencado, como um dos seus objetivos principais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assente no princípio da solidariedade, essência do sistema de seguridade social. Num juízo de ponderação, entendeu que o princípio deve prevalecer sobre o egoísmo manifestado no suposto direito adquirido de isentar-se de contribuições previdenciárias.

O ministro Ayres Britto delineou a fraternidade em linhas semelhantes às tecidas no primeiro capítulo desta dissertação, apesar de ter chegado a uma conclusão da qual se discorda. Disse ele que a solidariedade, prevista como objetivo fundamental da República no art. 3º, I, da CF, iguala-se à fraternidade, terceiro valor inspirador e fundante da Revolução Francesa, coibidor de condutas discriminatórias e promotor de ações afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente menosprezados, como os das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos e dos negros.

Ao fim, o ministro acompanhou a relatora, compreendendo que a fraternidade não supera a força das previsões constitucionais respeitantes ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada e assinalando que os proventos de aposentadoria e eventuais pensões representam direito subjetivo do servidor público ou de seu dependente.

Também julgando improcedente a ação direta, o ministro Eros Grau repudiou a defendida imunidade dos inativos à incidência da contribuição, defendendo que a dignidade da pessoa humana apenas se torna concreta quando os indivíduos deixam de viver unicamente orientados por seus interesses particulares e reconhecem-se participantes de uma vida coletiva, objetivadora do bem comum. Enalteceu-se, no caso,

o art. 195 da Constituição, segundo o qual a seguridade social será financiada por toda a sociedade, concluindo o ministro pela inadmissão do argumento de direitos humanos que justifique um tipo especial de imunidade.

Redator do acórdão, o ministro Cezar Peluso votou pela constitucionalidade da contribuição e trouxe falas sobre o sistema público de previdência, argumentando que, nos termos do art. 195 da Carta, o regime tem como objetivo a garantia de condições de subsistência, independência e dignidade ao servidor idoso, por meio do custeio de toda a sociedade. Assim, segundo sua interpretação, o art. 4º da EC compatibiliza-se com esse princípio estrutural da solidariedade ao impor aos inativos e aos pensionistas a obrigação de contribuir para o custeio do regime, subvencionando não somente sua aposentadoria como também a dos demais membros da sociedade.

Vários ministros abordaram a temática, mas, neste tópico, procuraram-se enfatizar os votos que puseram maiores luzes na determinação jurídica da fraternidade. Como se viu, distanciando-se de exposições meramente idealistas, comuns nas críticas ao constitucionalismo apresentado, sua eficácia constitucional e normativa foi bem discutida na ação direta sobre a taxaço dos inativos e serviu de base para as delimitações do resultado do julgamento: sete votos a quatro pela aceitação da cobrança.

Na ADI 3.540, provocou-se o Judiciário por meio do Procurador-Geral da Pública, que contestou dispositivos da Medida Provisória (MP) n. 2.166/2001, alteradora de trechos do antigo Código Florestal. O pano de fundo da discussão envolveu o patrimônio ambiental, e debruçaram-se os ministros acerca do regramento jurídico previsto pela Constituição para a alteração e a supressão de vegetação de área de preservação permanente (art. 225, §1º, III).

Em seu voto, o relator, ministro Celso de Mello, expendeu considerações doutrinárias em torno da questão ambiental, constitucionalmente, vale sempre recordar, tutelada. Em harmonia com o que se debateu no capítulo inaugural da presente dissertação, verificou-se tratar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado de típico direito de terceira geração.

Sua subjetividade é indeterminada e intrínseca ao gênero humano, incumbindo a toda a coletividade, e não apenas ao poder público, o dever de resguardá-

lo. Resulta disso o dever de solidariedade na proteção da integridade de bem comum essencial ao *presente* e ao *futuro*. O destinatário desse direito de titularidade coletiva é a humanidade mesma, cuja tutela se amplia inclusive por meio de diplomas internacionais, como se aduziu na citação à Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente. Essas são assertivas extraídas da decisão.

O ministro conferiu bastante ênfase ao direito ao meio ambiente como prerrogativa de titularidade da coletividade social, afastando concepções individualistas ou singularizadas e atribuindo maior valor ao altruísmo e às responsabilidades compartilhadas. Nos demais votos, não houve afirmações dignas de nota quanto aos contornos desse importante direito constitucional.

Encerrado o julgamento, compreendeu-se, por maioria, que a MP impugnada não afrontou o patrimônio ambiental, já que, conforme os ditames constitucionais, somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços protegidos constituem matérias sujeitas à reserva de lei formal, não dependendo de lei o ato administrativo meramente executório de licenças, autorizações ou permissões de obras e atividades no interior desses terrenos especiais.

A decisão nessa ação direta reflete conceituações expostas neste trabalho. O direito ao meio ambiente consagra o postulado da solidariedade e exige de todos os atores, não apenas do Estado, a tarefa de mantê-lo em equilíbrio. Urgem, para sua efetivação, conscientização pública, compromisso republicano e corresponsabilização, noções caras ao constitucionalismo fraternal.

Na ADPF 101, veio à tona outra discussão concernente ao meio ambiente. A ação foi proposta pelo Presidente da República, por meio da AGU, questionando decisões judiciais que estariam permitindo a importação de pneus usados. O Executivo federal requereu ao Supremo a unificação da jurisprudência sobre o assunto e a declaração de constitucionalidade das normas proibitivas dessa importação.

Segundo o argumento da inicial, inúmeras decisões judiciais estariam descumprindo, eminentemente, os artigos 196 e 225 do texto constitucional, preceitos fundamentais representados pelo direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A repercussão que abrangeu o tema levou o STF a realizar audiências públicas, na forma do art. 6º da Lei n. 9.882/99, dispositivo imbuído de contudente

inspiração democrática, tendo sido ouvidos diversos especialistas contrários e favoráveis à importação dos pneus usados e remoldados.

A relatora Cármen Lúcia fez menção à relevante circunstância de que, pela primeira vez no percurso histórico do constitucionalismo brasileiro, insculpiu-se um capítulo próprio para o meio ambiente, do qual se extraem os princípios da responsabilidade e da solidariedade intergeracional.

A existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos do voto, implica não apenas sua preservação para a geração atual, mas igualmente para as vindouras, consubstanciando um primordial e necessário intercâmbio entre os cidadãos do presente e do futuro. Com isso, intenciona-se tornar efetiva a própria existência humana. Na fundamentação, revelou-se clara menção ao art. 170 da CF, afirmando-se que todo empreendimento deve fundar-se tanto na livre iniciativa como na valorização do trabalho do homem, com a finalidade de alcance da existência dignificada e com lastro nos regramentos da justiça social.

Indicou-se, na mesma esteira, uma série de documentos internacionais, fazendo a relatora um esboço histórico acerca da legislação aplicável à matéria: Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre os Direitos do Mar, de 1982, celebrada em Montego Bay, na Jamaica; Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989; Declaração do Rio de Janeiro, de 1992, firmada pelos participantes da Conferência Mundial sobre o Meio Ambiente, e Convenção de Rotterdam ou Convenção PIC sobre o Procedimento de Consentimento Prévio Informado para o Comércio Internacional de Certas Substâncias Químicas, de 1998.

O princípio da defesa do meio ambiente, aduziu-se, juntamente com a função social da propriedade, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego, representam o horizonte a que deve visar toda atividade econômica em território nacional. Ao final de seu voto, consagrado vencedor, a relatora declarou a constitucionalidade, com efeitos retroativos desde a edição da norma, dos diplomas objeto da procedência da demanda, bem como a inconstitucionalidade das decisões judiciais permissivas da importação de pneus usados.

Em oportuna digressão sobre os planos e obstáculos inerentes à discussão entre, de um lado, teoria e conceitos e, de outro, prática e aplicabilidade, o

ministro Ayres Britto atribuiu natureza de direito positivo ao ideal de justiça material, repelindo seu enquadramento no campo estrito da argumentação jurídica e da filosofia. Destacaram-se, segundo sua visão, a seara do constitucionalismo fraternal ou altruísta e a decorrente categoria jurídico-positiva do meio ambiente, cuja missão de preservar é de todos, poder público e coletividade.

O ministro Gilmar Mendes enalteceu o supracitado art. 225 da CF, apresentador de um dever geral que, antecipando futuros danos ambientais, apreende-se juridicamente pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos). Para ele, soa incontroverso que os avanços científicos e tecnológicos precisam ser regulados pelo Estado com base no princípio-responsabilidade, largamente útil para a redução de riscos ambientais e sanitários no problema da utilização e do descarte de pneus, contingência fática em discussão.

O princípio-responsabilidade, convivendo com o princípio-esperança, materializa-se numa nova ética para o atuar humano e abraça a humildade e a prudente contenção. Do voto do ministro infere-se que a ideia encontra associação com o desenvolvimento sustentável, conciliador do desenvolvimento econômico e da preservação do meio ambiente.

Proclamado o resultado do julgamento, tornou-se possível observar, de maneira relativamente semelhante ao que aconteceu na decisão proferida pelo STF na ADI 3.540, o dever de solidariedade como apanágio do direito ao meio ambiente, convindo a todos esforçar-se para protegê-lo e intentar-lhe a harmonia. A prerrogativa jurídica de titularidade coletiva e sua natureza transindividual, típicas desse direito doutrinariamente nomeado de terceira geração, simbolizam um poder atribuído não ao homem individualmente considerado, mas à coletividade social, a qual não deve economizar empenhos para o gozo fraternal desse bem essencial de uso comum das pessoas.

O Supremo retornou à temática do meio ambiente nas ADIs 3.937, 3.406 e 3.470 e, por maioria de votos, reafirmou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei 9.055/1995, que permitia a extração, a industrialização, a comercialização e a distribuição do uso do *amianto* na variedade crisotila no país. Inicialmente, vale dizer que a declaração de inconstitucionalidade desse artigo já havia sido *incidentalmente* exarada no julgamento da primeira ADI, mas, no julgamento

conjunto das duas outras, deu-se efeito vinculante e *erga omnes* (a todos) à decisão, nos termos resumidamente postos a seguir.

Originariamente, as ações foram propostas pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria – CNTI – diante da Lei 3.579/2001, que dispõe sobre a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e dá outras providências.

O autor sustentou a inconstitucionalidade material do diploma normativo estadual atacado, alegando que a proibição, sem razoável justificativa, da fabricação, do comércio e da extração de materiais contendo qualquer espécie de amianto ofende o princípio da proporcionalidade, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o princípio da livre concorrência e o direito fundamental de propriedade (artigos 1º, IV, 5º, *caput*, II, XXII e LIV, e 170, *caput*, II, IV e parágrafo único, da Constituição da República). Sustentou-se ainda a inconstitucionalidade formal da lei, por invadir a competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, direito comercial e recursos minerais, bem como por estabelecer normas de caráter geral sobre a produção e o consumo de materiais contendo amianto, matéria de competência legislativa concorrente já disciplinada em lei federal (artigos 22, I, XI e XII, e 24, V e §1º, da CF).

No julgamento conjunto, pois, das ADIs 3.406 e 3.470, a ministra Rosa Weber, relatora, decidiu pela improcedência das ações e assentou que a lei estadual não ofende a competência da União para definir normas gerais sobre comércio, consumo e meio ambiente. Para a ministra, no campo da competência concorrente suplementar (art. 24, §2º), é plenamente válido ao legislador estadual, numa postura mais cautelosa, editar normas específicas e mais restritivas destinadas a reger o meio ambiente. Em prestígio ao federalismo, reputou-se que as normas federais enunciadoras de “regimes de mera tolerância” ou de “patamares mínimos de proteção” devem ser interpretadas de modo a viabilizar e instigar o “experimentalismo” de regimes normativos nas unidades federadas.

No tocante à alegação de inconstitucionalidade material, a ministra Rosa Weber consignou que a Constituição autoriza o Estado a impor limitações aos direitos fundamentais, dada a necessidade de compatibilizá-los com outros direitos fundamentais também protegidos. Assim, a CF consagrou que a finalidade do

desenvolvimento econômico não se divorcia do processo social e da função coletiva da propriedade, erigindo o art. 170, “caput”, a valorização do trabalho humano como condição de fundamento da ordem econômica (artigos 5º, XXIII, e 170, III).

Registrou-se que os vetores hermenêuticos do *pluralismo* (disposto já no preâmbulo) e da *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) não aceitam a circunscrição do direito à saúde a uma dimensão simplesmente prestacional. Em virtude de sua estatura de direito social de *todos* (art. 6º), compete ao Estado o dever de garantir a saúde mediante agenda positiva concretizadora (art. 196). A relatora acrescentou que a cláusula constitucional proclamadora do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como essencial à sadia qualidade de vida (art. 225) denota a existência de um bem de uso comum do povo, cuja titularidade a todos pertence.

E a Carta Magna, pontuou, determina tanto ao poder público como à coletividade o *dever* de defender e preservar o bem ambiental, protegendo-se gerações *presentes e futuras*. Novamente se citou o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), destinado a interpretar todo o sistema constitucional, numa visão antropocêntrica que abraça, como não poderia deixar de ser, toda a legislação ambiental.

Entendeu-se que a lei questionada se orienta pelo princípio da precaução, evidenciando os cuidados do legislador com o meio ambiente e a saúde humana ao regular aspectos relativos à produção e ao consumo do amianto. Dessa maneira, conforme a relatora, a lei federal impôs um nível de proteção mínima e não obstou a maximização dessa tutela por outros regramentos.

Ao fim do seu voto, a ministra Rosa Weber abordou alguns influxos do direito internacional atinentes à matéria, como a Convenção 162 da Organização Internacional do Trabalho – OIT – a respeito da utilização do asbesto com segurança, ratificada pelo Brasil em 18 de maio de 1990 e aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 51/1989, a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito, de 1989, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 34/1992 e promulgada pelo Decreto 875/1993, e a Convenção de Roterdã, que “regula o comércio internacional de produtos químicos perigosos”, todas voltadas a autorizar medidas restritivas ao comércio que sejam necessárias para proteger a vida ou a saúde humana.

De modo interessante, a expressa referência ao *constitucionalismo fraternal* ficou por conta do ministro Marco Aurélio. Em seu voto minoritário pela procedência das ações, considerou constitucional o art. 2º da lei federal 9.055/1995 e inconstitucional a legislação impugnada. Afirmou-se, por um lado, o conhecimento limitado do Tribunal quanto aos efeitos e às consequências das políticas públicas envolvendo o amianto e enfatizou o predicado da autocontenção, sublinhando-se, por outro, ser o direito ao meio ambiente legítimo direito fundamental de terceira dimensão, produto da fraternidade que precisa envolver as relações entre os povos e os indivíduos das gerações atual e futura. Cuida-se de direito, portanto, prosseguiu o julgador, integrante do constitucionalismo da fraternidade.

É oportuno dizer: poucos temas são mais conducentes ao altruísmo e à solidariedade como os que envolvem o direito a um hígido meio ambiente. Problemas generalizados não se sanam individualmente. De fato, é impossível combater contingências amplas, difusas e globalizadas com lastro no egoísmo ou no insulamento, e uma violação à natureza *aqui*, de maneira inelutável, representa uma ofensa à natureza *em todos os lugares*.

Uma vez mais, colocou-se em evidência o apego constitucional à noção de *corresponsabilidades*, consubstanciada na obrigação jurídica imposta a *todos*, Estado e sociedade, de guarnecer os recursos naturais configuradores da ideia de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não é conveniente falar, pois, de *direito meu* nem de *direito seu*. E, diga-se, sem a força dos deveres sociais, os direitos ligados a um meio ambiente saudável, nutridos por enérgica carga solidária, perdem considerável substância.

Ao término do julgamento, depois de repelir os argumentos que louvavam os valores da livre iniciativa e do direito de propriedade, postos pela parte autora das ações diretas, o Tribunal cristalizou a ideia nuclear de um bem de feição transindividual, atribuído à coletividade social e que ultrapassa o sentido tradicional de direito subjetivo. Ajudou-se a propagar um constitucionalismo da *união* e do *comprometimento* dos sujeitos diante dos desafios imensuráveis que a vida, em sua complexidade, demanda.

Afigura-se às vezes difícil de acreditar, contudo, mesmo diante de previsões tão lamentavelmente atuais e contínuas quanto cientificamente incontroversas,

atentas à urgência de resguardar a natureza, ainda se enxergam invocações a direitos puramente individuais por parte de quem pretende nulificar atos públicos e privados que visam à proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A natureza literalmente grita, e é importante refletir sobre a serventia do egocentrismo diante de uma contingência tão perversa e global.

Do julgamento consegue-se extrair que direitos podem muito pouco sem a correspondência do exercício dos deveres, na linha do que se analisou nos primeiros capítulos desta dissertação. O STF lidou, nessas três ADIs, com uma miríade de teses jurídicas a partir do estudo das disciplinas normativas expedidas por órgãos estatais, tendo sido provocado por entidade privada ao argumento de que a exploração do amianto da espécie crisotila não traz risco a qualquer bem jurídico, inexistindo motivo, alegou o demandante, para justificar a ingerência do Estado no assunto e legitimar as proibições ao seu uso.

Não foi apenas um julgamento em sede de controle repressivo de constitucionalidade. Verdadeiramente, a Corte foi *além*. Alimentou-se uma conscientização coletiva, firmando-se nos votos serem imprescindíveis, com lastro no princípio da precaução, o afastamento do perigo de dano ao meio ambiente e a dotação de segurança aos procedimentos adotados para a garantia das gerações futuras, sem cuja conservação torna-se ineficaz a *sustentabilidade* ambiental das ações humanas, requisito imprescindível à *sociedade digna* que se pretende.

Na ADI 1.003, os ministros julgaram improcedente, por unanimidade, ação proposta pela Confederação Nacional do Comércio (CNC) e pela Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização (Fenaseg) em desfavor do artigo 1º da Lei 8.441/1992, especificamente no trecho que alterou o artigo 7º da Lei 6.194/1974, a prever a criação de novas hipóteses de responsabilidade objetiva dos consórcios de seguradoras que operam o seguro de trânsito DPVAT.

A parte autora argumentou que o dispositivo impugnado teria criado para as operadoras a obrigatoriedade de indenizar as vítimas de acidentes independentemente da vigência de contrato ou do pagamento do prêmio, podendo torná-las responsáveis por obrigações que não assumiram. Alegou-se violação ao livre exercício da atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da CF), confisco de

patrimônio das seguradoras (art. 150, IV, da CF) e desrespeito ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, da CF).

O parecer da PGR ponderou que a norma impugnada, ao buscar proteger as vítimas de acidentes de trânsito que não possuem perspectivas de ressarcimento dos danos que lhes foram causados, prestigiou os princípios constitucionais da solidariedade e da supremacia do interesse público.

A relatora, ministra Cármen Lúcia, advertiu que a discussão essencial do caso envolve a colisão dos direitos à propriedade e à livre iniciativa com a solidariedade e a função social do contrato de seguro. No sistema constitucional posto, constou da premissa inaugural do voto, os contratos não se restringem às partes celebrantes, e todos devem cumprir sua função social a fim de harmonizar os interesses dos contratantes com os da coletividade.

O seguro obrigatório, dessa maneira, ostenta conotação de seguro social, que resguarda o conjunto das vítimas potenciais de acidente de trânsito e “visa concretizar o princípio constitucional da solidariedade, erigido a objetivo fundamental da República (art. 3º, I, inc. I, da Constituição da República)”. Seu escopo, sublinhou-se, é a proteção social diante do crescente risco derivado da circulação maciça de veículos.

Repetiu-se trecho da decisão da relatora na ADI 2.649, a seguir estudada, em que se registrou obrigar o princípio da solidariedade não apenas o Estado, mas toda a sociedade, sendo a responsabilidade pela produção dos efeitos sociais ônus igualmente de todos, impondo-se “o dever de amparo àqueles que por infortúnio se tornaram vítimas do incidente e a obrigação de facilitar-lhes o acesso à indenização devida”.

Estabelecendo a obrigação do consórcio das seguradoras de indenizar as vítimas fatais de acidente de trânsito quando o veículo ou a seguradora não forem identificados e também nos casos em que o seguro não for realizado ou estiver vencido, asseverou-se que a norma discutida ampliou seu nível de tutela e cuidou dos que, vitimados em acidente, suportavam sozinhos as consequências dos danos provocados.

Mantendo-se a validade constitucional do artigo questionado, consagraram-se a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental inerente às relações jurídicas públicas e privadas e a solidariedade social como objetivo a ser

atingido. Ao fim, afastou-se o argumento de violação à livre iniciativa e ao direito de propriedade, porquanto a norma discutida garantiu ao consórcio ação de regresso contra o responsável pelo acidente, bem como autorizou o reajuste da tarifa para a cobertura de eventuais custos adicionais.

O STF, da mesma maneira como julgou nas ações diretas 3.768 e 2.649, adiante comentadas, compreendeu que, num Estado de perfil transformador e democrático, prejuízos, desequilíbrios e inferioridades haverão de ser neutralizados em prol da isonomia material. Nesse choque de desejos de empresas postulantes e de segurados, inclinou-se à proteção destes últimos, em observância à solidariedade, à responsabilização coletiva e ao próprio espírito de partilha e justiça social.

A vida em sociedade conduz a vantagens, ônus, riscos, cessões e renúncias: é assim que se socializam direitos e compartilham-se deveres na mesma proporção. Dessa inferência resulta a própria construção da teoria objetiva da responsabilidade, pautada “tão só no risco que a condução de veículos em via pública representa à coletividade (motoristas, passageiros e pedestres)”, como lavrou a relatora. O acolhimento da tese autoral significaria a prevalência dos interesses particulares sobre o provimento social introduzido pelo dispositivo, algo com que o constitucionalismo fraternal não dialoga.

### *3.2 Fraternidade como veículo de inclusão no STF*

Na ADI 3.768, discutiu-se o art. 39, *caput*, do Estatuto do Idoso, que assegura gratuidade nos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. As razões invocadas pela autora da demanda, a Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos, foram no sentido de que, a não prever mecanismo compensatório da gratuidade, o dispositivo romperia com o direito constitucional da preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

A relatora do caso, ministra Cármen Lúcia, rechaçou os fundamentos da postulante, afirmando, em essência, que ao direito à qualidade de vida digna dos idosos, incurso, na hipótese, no transporte gratuito, corresponde um dever a ser assumido pela sociedade em favor de quem não pode pagar ou de quem muito já colaborou com a comunidade no passado.

Em seu voto, ela fixou ser obrigação da família, da sociedade e do Estado garantir a participação dos idosos na comunidade, em harmonia com a ideia de responsabilidade compartilhada aqui desnudada. E, para essa integração, faz-se indispensável possibilitar ou facilitar o deslocamento dessas pessoas já tão carentes de uma miríade de auxílios, a fim de que se permita sua atuação na vida em sociedade.

O suprimento dessa necessidade básica, conforme a relatora, viabiliza a realização da segurança e do bem-estar dos idosos, objetivo que o artigo impugnado mira ao repetir o disposto no art. 230, §2º, da CF, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Dá-se concretude, então, ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Terminando seu voto pela improcedência do pedido, esclareceu a ministra que as concessionárias e as permissionárias, obrigadas que são a respeitar a Constituição republicana, ostentam o dever de contribuir para a efetivação dos direitos de outrem.

O ministro Ayres Britto abordou, de maneira ligeira, o constitucionalismo fraternal ou altruístico, introduzido, disse, a partir do art. 3º, I, do texto constitucional: eis a busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Cuida-se de direito a reivindicar ações afirmativas e compensatórias de desvantagens que afligem minorias. Foi a ótica posta pelo julgador.

Por fim, o ministro Celso de Mello, em sua razão de decidir, também ligou o princípio da solidariedade aos objetivos constitucionais da República, conceituando-o como vetor hermenêutico importante, especialmente em se tratando de cláusulas inclinadas à assistência dos mais vulneráveis. Em suas assertivas, destacou-se o amparo a ser dispensado pela família, pela sociedade e pelo Estado, numa corresponsabilização que se vislumbra num texto constitucional riquíssimo em projeções transformadoras.

Diante do exposto, é possível perceber a relevância atribuída pelo Supremo aos deveres sociais, impondo a toda a coletividade a missão de assegurar os valores do pacto fundamental. A ideia valoriza a irmandade e o plural e repudia a indiferença e o individualismo. O constitucionalismo fraternal, uma vez mais, mostrou seu poder normativo, qualificando-se como bastante útil nas razões de decidir.

Do RMS 26.071 infere-se um recurso ordinário contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que denegou mandado de segurança contra ato

que impossibilitou ao impetrante o direito de concorrer, na condição de portador de deficiência, a vaga em concurso público. O fundamento da recusa baseou-se no fato de que o requerente, embora cego do olho esquerdo, teria plena capacidade visual no olho direito, devendo concorrer em igualdade de condições com os candidatos sem necessidades especiais.

O relator, ministro Ayres Britto, consignou, como indispensável elemento de sua decisão, o preâmbulo da CF de 1988, o qual registra a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna. Acrescentou-se, outrossim, o reconhecimento do valor social do trabalho, fundamento da República (art. 1º, IV), como endosso ao provimento do recurso.

A tese vencedora, acolhida de maneira unânime, estabeleceu que a visão univalente implica limitação superior a uma deficiência parcial que afeta ambos os olhos, legitimando a concorrência de candidato a uma vaga destinada a portador de deficiência física.

Oportuno é dizer que o Supremo Tribunal Federal concretizou verdadeira política de ação afirmativa, reparando, com medidas jurídicas impositivas, elementos de nítida desigualdade fática. Efetivou-se o princípio da isonomia, amenizando dificuldades de acesso às oportunidades de ingresso no serviço público, e valorizou-se a inserção, no seio comunitário, de pessoas vulneráveis e dadas como diferentes. A integração alcançada com o provimento do recurso ordinário mostra-se indispensável ao descortinamento e à construção da solidariedade, pretendida, como aduzido, desde as primeiras linhas da Constituição.

O passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual, conferido às pessoas portadoras de necessidades especiais pela Lei Federal n. 8.899/94, representou o tema de discussão na ADI 2.649. Proponente da ação, a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros (Abrati) alegava violação legislativa, em suma, aos artigos 1º, IV, 5º, XXII, 170 e 195, §5º, da CF.

Aduziu a entidade que a lei não indicou fonte correspondente de custeio do benefício estipulado e desrespeitou o princípio da livre iniciativa, investindo, de maneira confiscatória, no campo privado das empresas de transporte.

Em sede de informações, o Congresso Nacional defendeu a constitucionalidade do ato impugnado, alegando que, consoante o art. 170, “caput”, da Constituição, a ordem econômica se funda na livre iniciativa, mas também na valorização do trabalho, a fim de assegurar a todos existência digna, consoante os ditames da justiça social. Dessa forma, nas mesmas informações, leu-se que o passe livre representa um compromisso de todos, governo e empresas, voltado ao amparo e à transformação social.

Em seu voto, a relatora, ministra Cármen Lúcia, destacou, preliminarmente, que a humanização das relações sociais e o intento da igualdade de oportunidades constituem proclamações do texto constitucional vigente. Trata-se de objetivos a serem implementados por meio de políticas públicas interativas e atentas a grupos específicos carecedores de proteção especial, como ocorre com as pessoas deficientes, que são aquelas “incapazes de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”, definição que desponta na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1975.

A relatora destacou, nessa toada, a responsabilidade que o Brasil assumiu com a matéria ao assinar, em 2007, a Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, hoje revestidos do status de emendas constitucionais, dada sua aprovação pelo rito do art. 5º, §3º, da Constituição.

Desde o início de seu voto, a relatora enalteceu os valores fundamentais norteadores que devem servir de interpretação e aplicação das normas constitucionais, os quais já se encontram presentes no preâmbulo da CF: dentre eles, o bem-estar, a igualdade, a justiça, a fraternidade e o pluralismo.

Extrai-se de sua fundamentação que não somente o Estado deverá ser intimado para formular as políticas públicas condutoras dessas realizações sociais. A sociedade, de igual modo, haverá de organizar-se segundo aqueles valores, com vista à materialização de uma comunidade fraterna e heterogênea. Enuncia-se o princípio jurídico da solidariedade, para a relatora, no art. 3º, I, do texto, em moldes semelhantes ao que preconizado no capítulo inaugural desta dissertação. Dispositivo constitucional

de expressão e efeito juridicamente determinados, obrigando Estado e sociedade à construção conjunta do bem comum.

Sublinhou-se que a livre iniciativa, embora constitucionalmente respaldada, precisa apegar-se à agenda social que os ordenamentos constitucional e legal exteriorizam. A liberdade empresarial de desempenhar uma série de atividades, dessa forma, estaria longe de ser irrestrita.

A concessão do passe livre estabeleceu-se em obediência ao princípio da igualdade, tratando de forma diferenciada usuários do transporte coletivo merecedores de especial distinção, vez que portadores de necessidades que a Constituição não olvidou de agasalhar em inúmeros de seus comandos (art. 7º, XXI, art. 23, II, art. 24, XIV, art. 37, VIII, art. 203, IV e V, art. 208, III, art. 227, §1º, II, e §2º e art. 244). Disse-se que, desigualando os desiguais, a norma questionada objetivou justamente a isonomia jurídica.

Por fim, a ministra rebateu o argumento da necessidade da fonte de custeio, compreendendo que o benefício plasmado no art. 195, §5º, é o da seguridade social, que compõe o conjunto de iniciativas e práticas destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência, inconfundível com o direito ao passe livre em alusão. Julgou-se improcedente o pleito.

Inclusão social e integração comunitária constituíram a ênfase dos argumentos lançados. Desvantagens física, mental, intelectual ou sensorial reduzem as capacidades dos portadores para a participação na vida em sociedade. O entendimento firmado pelo Supremo foi ao encontro dos gritos ecoados por toda a Constituição. Gritos pela humanização das relações firmadas entre o poder público e a sociedade e entre os próprios particulares; gritos por justiça distributiva e retributiva; gritos por responsabilização e senso de pertencimento comunitário. O olhar ao outro e ao diferente foi bem nutrido no julgamento da ação direta, ficando mantida, na íntegra, legislação impulsionadora da isonomia que o constitucionalismo fraternal propugna.

O STF enfrentou as pesquisas com células-tronco embrionárias no julgamento da ADI 3.510, ajuizada pela PGR em face do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). Invocou-se ofensa ao direito à vida, porquanto o embrião humano seria vida humana, e sua utilização para o fim pretendido não se compatibilizaria com a preservação da dignidade do indivíduo.

O Presidente da República e o Congresso Nacional defenderam a constitucionalidade do texto questionado, consignando que a permissão para utilização do material embrionário em via de descarte inclina-se aos direitos à saúde e à livre expressão da atividade científica e encontra amparo na Constituição.

De modo pioneiro na trajetória do STF, designou-se audiência pública para a oitiva de autoridades científicas a fim de que se discorresse sobre os temas respeitantes ao julgamento, e diferentes correntes opinativas manifestaram-se acerca dos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos.

No ponto, o relator da ação, ministro Ayres Britto, anotou que as audiências representam importante mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa, previsto no art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/99. A propósito, 22 (vinte e dois) representantes da ciência brasileira explanaram suas teses no Supremo. De logo, antecipou-se não existirem máculas no regramento legal, cujas disposições sintonizam as linhas de pesquisa científica com a intrínseca dignidade de toda forma de vida humana. É dizer, segundo o voto, conciliam-se os avanços da ciência em defesa da vida e a observância dos padrões morais e éticos da sociedade.

No que mais interessa a estas páginas, vislumbrou-se no voto a afeição da Lei de Biossegurança ao infortúnio dos outros, ou seja, às contingências alheias, olhar que o ordenamento constitucional carrega desde suas primeiras disposições. Chega-se a essa conclusão com lastro na finalidade precípua da lei: procedimentos terapêuticos que podem aliviar ou curar patologias e traumatismos severos que afetam considerável contingente populacional.

É a valorização da integração comunitária e da vida em comum unidade que o falado art. 3º, I, expele quando projetou a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. E, como se tem um projeto, obviamente uma sociedade dotada dessas características ainda não se materializou.

Assim, o relator votou pela total improcedência da ação, registrando que o espírito de sociedade fraternal constitucionalmente prestigiado é similarmente louvado pela legislação propiciadora da utilização de células-tronco embrionárias na pesquisa para a cura de doenças.

Em seu voto pela rejeição da demanda, a ministra Cármen Lúcia reputou atendida, pela lei atacada, a garantia a todos de uma vida digna (art. 1º, III, CF), na medida em que o aproveitamento das células-tronco embrionárias implica sua própria humanização.

A CF autorizou que essa substância humana possa ser manipulada com a finalidade do progresso científico da humanidade e da melhoria da qualidade de vida dos povos, nos termos dos artigos 5º, IX, e 218. É o que se vê, outrossim, no art. 225, §º, II, particularmente em matéria de meio ambiente, mas de bastante valia nessa discussão, a dispor sobre o princípio da solidariedade entre as gerações do *agora* e do *amanhã*.

O ministro Marco Aurélio, em sua decisão, negritou explícita aversão à indiferença, ao egoísmo e à cegueira, afirmando que a ótica dos contrários às pesquisas agride a noção humanística e racional do direito. Lamentou ele o desuso da solidariedade, esquecida, no contexto, por aqueles que desejam proibir a utilização do material biológico propenso a salvar vidas. Desuso, infelizmente, que ainda é atualíssimo. No fim, acompanhou o relator e considerou que o artigo 5º da Lei de Biossegurança está em harmonia com a CF.

A incorporação do constitucionalismo fraternal permeou o cenário das discussões na ADI 3.510, especialmente o voto do ministro relator. O apreço e a reverência ao sofrimento dos homens foram postos em evidência pela declaração de constitucionalidade de uma norma que ofertou as células-tronco embrionárias à ciência. Cumpriram-se, assim, imperativos de ética humanista e justiça material, como definiu o julgador que conduziu o voto vitorioso.

Na sessão de julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 500.171, aferido com um conjunto de outros apelos da mesma espécie, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança de taxa de matrícula pelas universidades públicas, por entender violado o art. 206, IV, da Constituição Federal. A controvérsia fática principal foi embasada por insurgência da Universidade Federal de Goiás (UFG) contra decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) favorável a sete candidatos aprovados no vestibular dessa instituição de ensino superior. Consoante o TRF-1, em suma, as instituições de ensino oficiais possuem a obrigação de prestar ensino gratuito, entendimento com o qual concordou a maioria dos ministros.

Teceram-se linhas sobre a positivação da educação, pela atual Carta Magna, não apenas como direito de todos, mas igualmente como dever do Estado e da família, a ser promovida e incentivada com a colaboração da *sociedade*. Em razão disso, nos termos do voto vencedor, o disposto no art. 208 “assinala ao Estado a obrigação de manter uma estrutura institucional que permita ao cidadão comum, tenha ou não recursos financeiros, o acesso ao ensino superior” em seus vários níveis.

Segundo o relator, ministro Ricardo Lewandowski, o direito à educação é uma das formas de satisfação concreta do ideal da democracia, e a promoção do ensino gratuito, da educação básica à universidade, presta-se justamente à eficiência dessa importante política pública. Em seu voto conclusivo pela negação do recurso, o julgador compreendeu sem razoabilidade a criação de obstáculos financeiros ao acesso dos cidadãos carentes ao ensino gratuito e foi seguido pela maioria dos ministros.

Justificou-se que a gratuidade do ensino público configura *princípio* a ser observado no que toca aos diferentes graus de formação acadêmica, conferindo-se substância ao valor maior da *isonomia material*, cujo implemento exige, em tema educacional, que o poder público proporcione aos alunos carentes condições de igualização, a fim de que eles possam concorrer, em idêntica situação, com aqueles mais privilegiados. Sem essas circunstâncias igualitárias, registrou-se, não se realiza concretamente a democracia, nem muito menos se perfectibiliza vasta gama de direitos fundamentais certamente inalcançáveis sem bom nível de instrução.

A ministra Cármen Lúcia e o ministro Eros Grau reputaram válida a cobrança da taxa por parte da universidade. Ambos se lastrearam nos princípios constitucionais da igualdade e da solidariedade, ao argumento de que “quem mais recebe pode contribuir muito mais”. A cobrança da taxa, disse-se, não se revela incompatível com as disposições constitucionais e intenciona garantir uma universalidade inexistente, já que não haveria vaga para todos os estudantes interessados em ingressar no ensino superior estatal. Dessa maneira, observar-se-ia o art. 205 da CF: educação promovida e incentivada com a colaboração da *sociedade*, cujos membros mais abastados financiariam os estudos daqueles desprovidos de meios para custeá-los.

Ao fim do julgamento dos recursos, os ministros aprovaram, de forma unânime, a redação da súmula vinculante n. 12: “A cobrança de taxa de matrícula nas Universidades Públicas viola o disposto no art. 206, inciso IV, da Constituição Federal”.

Encerrada a leitura dos votos, importa sublinhar ligeira conversação entre a ministra Cármen Lúcia e o ministro Celso de Mello, oportunidade em que a primeira advertiu que a efetivação da Constituição se qualifica como compromisso de cada indivíduo e de toda a sociedade, não apenas, bem se vê, uma obrigação dos poderes públicos. No debate, o ministro Celso de Mello aludiu “à alta responsabilidade político-social de todos os cidadãos da República e, por igual, da própria sociedade nacional no processo de concretização da Constituição do Brasil”, complementando que a CF de 1988 deseja uma sociedade aberta, tolerante, solidária e fraterna, com assento no *postulado da solidariedade social*.

Mais uma observação se faz conveniente. Que o provimento jurisdicional da Suprema Corte assegurou igualdade de acesso e permanência a *todos* também ao ensino superior, outorgando saudável eficácia ao direito constitucional à educação, é indeclinável. Realmente, sendo a matrícula formalidade essencial para ingresso na universidade, a cobrança de uma taxa respectiva consubstancia obstáculo financeiro ao acesso dos hipossuficientes a um ensino pretensamente gratuito, prejudicando, em consequência, o pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para a prática da cidadania, na forma que o art. 205 do texto constitucional delineia.

Curiosamente, todavia, é dos votos vencidos que se inferem as assertivas mais pertinentes ao tema ora exposto. A efetividade constitucional não se opera instantaneamente, demandando tanto deveres do Estado como compromissos de cada indivíduo. A obrigação de realizar a Constituição, por sua vez, “é de cada um de nós”, imbuídos que somos de uma responsabilidade social com nossa própria comunidade.

Acontece que o princípio da solidariedade não tem contornos absolutos e inflexíveis, podendo propiciar difusas interpretações a partir de seu profícuo conceito. Motes profundos ensejam debates complexos e soluções nada simples de alcançar, e prova disso é a divisão extremamente apertada de votos nesse recurso extraordinário. Aliás, afigura-se plausível imaginar que a essência do resultado, nos dias de hoje, pudesse ser outro caso submetido apelo de objeto semelhante ao Plenário de um Supremo Tribunal Federal de composição bastante distinta daquele de mais de 13 (treze) anos atrás.

Em sendo outro o desfecho, o respaldo à cobrança de taxa de matrícula favoreceria a garantia da universalidade no plano educacional, tendo em vista a deficiência de recursos econômicos e a escassez de vagas para o ensino superior? O princípio da solidariedade é satisfeito quando se obriga aquele que mais recebe a ofertar sua contribuição ao sistema?

A resposta, em ambos os casos, parece ser afirmativa, sem que isso signifique imprecisão ou vacilo terminológico da ideia de fraternidade. É própria do estudo do direito a existência de conceitos indefinidos ou indeterminados, seja nos diplomas legislativos aplicáveis, seja nas próprias definições doutrinárias estudadas. É ilusória, por sua vez, a noção de que o intérprete, ao comumente deparar com fórmulas abstratas e estritas, executa tranquila e uniformemente, por silogismo, a subsunção.

A circunstância, então, de o *princípio* ter sido invocado para alimentar conclusões díspares longe fica de ser incomum, refletindo, ao contrário, sua valia jurídica no sistema, na linha já argumentada ao longo dos primeiros capítulos desta dissertação. Para um lado ou para o outro, sua aplicação soa coerente: os ministros que defenderam a inconstitucionalidade da cobrança compreenderam não ser nada justo ou solidário impor a exação, enquanto os ministros que a validaram argumentaram advir da própria ideia de responsabilização e distributividade a fundamentação legitimadora da taxa, em benefício de pessoas que não podem ter acesso a essa educação. Cuida-se de divergências que, de maneira geral, sempre recebem boas-vindas da democracia.

A análise da Petição (Pet) 3.388 consistiu em ação popular proposta contra a União impugnando o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada em Roraima, e pedindo a declaração de nulidade dos efeitos da Portaria n. 534/2005, do Ministro de Estado da Justiça, e do Decreto Homologatório de 15/04/2005, do Presidente da República.

O relator, ministro Ayres Britto, registrou, de início, não haver vícios no processo administrativo demarcatório, o qual teria observado as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. A fundamentação dissertou a respeito do significado do substantivo “índios” na CF, utilizado de modo plural e heterogêneo, protegendo quer índios em processo de aculturação, quer índios em primitivos estádios de habitantes da selva.

Depreendeu-se dos argumentos esposados mais uma homenagem ao constitucionalismo fraternal, posto como catalogador da demarcação contínua. É importante rememorar que, mais uma vez, o ministro explicitou seu interesse pela temática, valorizando a eficácia da solidariedade e a busca pela proteção das minorias e produzindo um humanizado trato jurídico da questão indígena.

Nas linhas da decisão, sobressaíram os artigos 231 e 232 da CF, reputados de finalidade nitidamente fraternal ou solidária e destinados à igualação de minorias historicamente escamoteadas. A ideologia constitucional indicada, falou-se, é essencialmente compensatória e viabiliza-se por mecanismos oficiais de ações afirmativas.

Realçou-se novamente o valor da inclusão social e da integração comunitária, abordado pelo texto constitucional no preâmbulo e mencionado no interior dos objetivos fundamentais plasmados no art. 3º, I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Exaltou-se também o ato demarcatório como instrumento concretizador do espaço fundiário e da identidade dos índios, nominados protagonistas da história brasileira e merecedores de especial proteção. A importância da criação de um espaço interativo na comunidade com os olhos para a troca de afetos e atenções evidencia a relacionalidade que a fraternidade pontua.

Numa justificativa igualitária e altruística, o voto brindou o significado da transmissão e da recepção de conhecimento recíprocas, a partir da proposição de que populações consideradas civilizadas também muito ganharão com sua aproximação com os índios.

O ministro Ricardo Lewandowski abordou o aspecto avançado do constitucionalismo brasileiro em prol dos índios e aprofundou especificações já feitas pelo relator acerca da dignidade da pessoa humana e do pluralismo político (art. 1º, III e V). Em seu voto, no qual acompanhou o relator, conferiu-se nítido destaque à diferença e à tolerância, imprescindíveis à interação e ao progresso de sociedades tão culturalmente distintas. Neste particular, a favor da diversidade sociocultural, indicaram-se objetivos constitucionalmente proclamados: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, indiscriminadamente (art. 3º, já amplamente apontado).

Outrossim, o ministro lembrou ter a CF assegurado aos índios todo um capítulo (artigos 231 e 232), revestido de minudentes dispositivos atentos à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças, às tradições e às terras desses povos autóctones.

Derradeiramente, em face dessas considerações, a Corte legitimou a portaria e o decreto que homologaram a demarcação da reserva. Afigura-se que o julgamento, ao assentar manifestações da fraternidade jurídica, enobreceu a superação da desigualdade e do preconceito, correspondendo à escolha da CF pela ideia de que os índios são formadores da cultura nacional e coautores da história e da ideologia da nação, importantes personagens, por conseguinte, da vivificação do Estado democrático.

No julgamento conglobado da ADI 4.277 e da ADPF 132, o tema foi a validade das uniões estáveis para casais do mesmo sexo. Inicialmente, cuidou-se de ADPF proposta pelo governador do Estado do Rio de Janeiro alegando que decisões judiciais proferidas em todo o território nacional estariam negando às uniões homoafetivas estáveis o conjunto de direitos incontroversamente reconhecidos às pessoas ditas heterossexuais.

Na fundamentação da demanda, arguiu-se ofensa aos princípios da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da razoabilidade ou da proporcionalidade. Em síntese, postulou o autor, no mérito, a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas.

Tanto a AGU como a PGR posicionaram-se pela legitimidade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo. O relator das ações, ministro Ayres Britto, considerando a complexidade e a relevância do tema, deferiu o ingresso de 14 (catorze) *amici curiae* no feito, o que serviu para densificar os debates e argumentos expostos.

A ADPF e a ADI enumeradas, por apresentarem convergência de objetos, foram submetidas a julgamento conjunto, compreendendo o relator que a segunda, proposta pelo procurador-geral da República, possuindo regime jurídico mais amplo, abarcou os pedidos da primeira. Dessa forma, conheceu-se da ADPF como ação direta de inconstitucionalidade, nos termos da jurisprudência da Corte.

No mérito, fez-se alusão, de início, à vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em virtude do sexo dos seres humanos e à

desigualação jurídica que a nossa Constituição rechaça. A perseguição ao “bem de todos”, implantada no art. 3º, IV, encampa a eliminação do preconceito de sexo, reforçando o relator a remissão ao constitucionalismo fraternal pelo preâmbulo da Carta Magna. Fraternidade, vale sublinhar, que reputa imperiosa a adoção de políticas públicas afirmativas favorecedoras de estratos sociais historicamente vilipendiados – negros, índios, mulheres, portadores de deficiência e homoafetivos.

O ministro deu pleno destaque a políticas públicas igualitárias combatentes do preconceito e compatíveis com a experimentação do pluralismo multifacetário no qual se funda a República (art. 1º, V). Consagrou-se, assim, a noção substancialista de democracia, à qual são ínsitos os princípios da diferença e da fraternidade e a convivência dos contrários.

Conferiu-se relevância, em igual linha, à livre disposição da sexualidade do indivíduo, tipo de liberdade configurador de um autêntico bem de personalidade e, por conseguinte, realizador da autonomia da vontade. Aqui, a preferência sexual coloca-se como emanção imediata do direito à intimidade e à vida privada (art. 5º, X) e do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), elementos de afirmação, valorização, elevação e felicidade individual.

O relator apregou não ter empregado a Constituição Federal qualquer significado ao substantivo “família”, tornando indistinguíveis as formações pessoais por sujeitos heteroafetivos ou homoafetivos. Termo ganhador, segundo explicação constante de seu voto, da mais extensa rede de proteção constitucional, consubstanciadora da isonomia em favor do direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Segundo sua interpretação *não-reducionista*, o art. 226 trata a família como forma superior de vida coletiva, um fato cultural, espiritual e não necessariamente biológico, revestido de vocação amorosa, solidária e protetora. Corresponde ela à base da sociedade, que cumpre a todos, não só ao Estado, guarnecer.

Elaborada essa argumentação, julgaram-se procedentes as ações, e deu-se interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil (CC) para deste ser excluída qualquer significação impeditiva do reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. À unanimidade, seguiu-se o relator, mas é importante tecer algumas linhas atinentes à fundamentação utilizada pelos demais julgadores nos votos, em razão da importância e da amplitude das conversações.

O ministro Luiz Fux abordou a teoria dos deveres de proteção do Estado no início de seu voto, consistente na obrigação de o poder público adotar medidas positivas com o objetivo principal de proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais. E, dentro das finalidades do Estado brasileiro, encontram-se a construção e a manutenção das liberdades fundamentais, bem como a busca contínua por níveis razoáveis de isonomia material, justiça social e solidariedade entre as pessoas.

Nessa perspectiva, é oportuno citar as afirmações do ministro no que diz respeito ao papel reservado às jurisdições constitucionais como instância contramajoritária, responsável pela guarda dos direitos fundamentais no duelo contra a ação de maiorias. Prosseguindo na decisão, o ministro se reportou à explicitação, pela CF, da família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do autônomo exercício de seus direitos fundamentais, independentemente de sua formação, na medida em que a essência dessa entidade é a tríade *amor familiar, comunhão e identidade*, presente em qualquer relação fraternal voluntariamente constituída para esses fins. E não importam os rótulos que lhe deem.

Aludiu-se, igualmente, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (art. 3º, IV, CF), dispositivos a inadmitir, em absoluto, a discriminação e a intolerância. O ministro Luiz Fux, antes de encerrar seu voto e acompanhar integralmente o relator, acrescentou que a temática de fundo se embasa na autonomia privada dos indivíduos e na dignidade da pessoa humana, traduzidas na estipulação de que o indivíduo mereça do Estado e dos particulares um igualitário tratamento de sujeito, e não de simples objeto de direito.

Entendeu-se impositiva, nessa abordagem, a adoção da política de reconhecimento dos direitos dos parceiros homoafetivos. Vislumbrou-se, no voto, a ausência de qualquer mácula de inconstitucionalidade ou ilegalidade no estabelecimento de uniões homoafetivas. Muito pelo contrário, elas foram reputadas manifestamente constitucionais.

A ministra Cármen Lúcia, em linha semelhante, também julgou procedente a pretensão. Afirmou ela, inicialmente, que a CF firmou seu sustentáculo normativo no princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe a tolerância e a convivência harmônica de todos, com integral consideração às livres escolhas de cada

um. Os princípios constitucionais, dessa maneira, mostram-se relevantes por assinalarem que todos, homens e mulheres, precisam ser tratados com igualdade em sua humanidade, respeitando-se a intimidade e a privacidade, por um lado, e, por outro, proibindo-se qualquer modo de preconceito.

Obstar qualquer discriminação, nos termos do voto, é satisfazer objetivos constitucionais, como aquele expresso na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF), já bastante citado até este instante da presente dissertação. Mais uma vez, deu-se destaque ao preâmbulo, consagrador dos ideais de cidadania e pluralismo político e social, ambos inerentes às múltiplas possibilidades de manifestação das vocações e tendências de indivíduos livres. Cidadania e pluralismo também postos, reiterou-se, no art. 1º, II e V, da Constituição.

Embora fazendo uso de outros argumentos, o ministro Ricardo Lewandowski enquadrou o convívio duradouro e ostensivo entre pessoas do mesmo sexo numa forma de entidade familiar merecedora da proteção do Estado, a partir de uma interpretação sistemática e da indispensabilidade de concretizar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da vedação à discriminação.

O ministro Joaquim Barbosa, em ótica parecida com a do ministro Luiz Fux, enalteceu, inicialmente, o papel das Cortes constitucionais na travessia entre o direito e a sociedade, protegendo direitos de minorias e acompanhando as profundas mudanças sociais. Aludiu-se, outrossim, ao acolhimento, no nosso sistema jurídico, dos postulados do reconhecimento, derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, e do pensamento diferencialista ou da igual consideração, apontando-se, outrossim, o compromisso da Constituição de 1988 com a igualdade material ou substantiva e com a promoção da justiça social.

O ministro Gilmar Mendes, no começo de sua argumentação, também falou da inércia do Congresso Nacional em deliberar a respeito do tema das uniões homoafetivas, situação legitimadora da intervenção judicial em campo delicado dos direitos fundamentais elementares. Entra em cena, de novo, o dever de proteção de que o Estado não deve se eximir, comentado pelo ministro Luiz Fux em seu voto neste caso das uniões homoafetivas.

Nessa especificidade, consignou-se a representação argumentativa do Tribunal, condutora de reflexões e possíveis convencimentos, a despontar sobretudo quando o órgão competente – no caso, o Congresso Nacional – não logrou alcançar um modelo institucional de proteção das minorias lesionadas.

É válido adicionar a referência do ministro no sentido de que o limbo jurídico no tema colabora para um quadro de maior violência e para o cometimento de atividades danosas contra grupos desprotegidos. Nesse cenário de legislação inexistente, pareceu-lhe conclusivo ser a jurisdição constitucional adequada para decidir um caso respeitante a direitos fundamentais. Em sociedades pluralistas marcadas pela diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferenciados, disse o ministro, cabe à Constituição, em vez de preestabelecer um projeto comum de vida, efetivar as múltiplas condições de possibilidade dessa irmandade.

Diversos dispositivos constitucionais foram citados no voto para robustecer o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como: os fundamentos da cidadania e da dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III); os objetivos fundamentais mirando construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas discriminatórias (art. 3º, I e IV); a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantida a inviolabilidade do direito à liberdade e à igualdade (art. 5º, “caput”); a punição a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI); a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º) e a não exclusão de outros direitos e garantias decorrentes do regime constitucional e dos princípios por ele adotados ou incorporados por tratados internacionais (art. 5º, §2º).

No voto do ministro Marco Aurélio, enxergou-se a modificação paradigmática proporcionada pela CF de 1988 no direito de família, que passa a ser o direito “das famílias”, diversas e plurais, desvinculadas do necessário elo matrimonial resultante do casamento, como acontecia em ordenamentos jurídicos anteriores. Segundo ele, ao invés do patrimônio, elencaram-se o amor, o carinho e a afetividade como elementos caracterizadores de uma entidade familiar agora superadora dos modelos tradicionais. E o reconhecimento dessa entidade depende somente da livre opção dos que desejam constituir uma vida em comum: cada um com suas respeitáveis

orientação sexual e diferenças. Com a constitucionalização do direito civil e a consequente filtragem constitucional que o fenômeno engendra, esse ramo jurídico foi afetado, como não poderia deixar de ser, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento maior da República, nos termos do art. 1º, III, CF, colacionado pelo ministro.

Defendeu-se uma interpretação ampliativa do art. 226, §3º, da CF, conciliando o reconhecimento das uniões de pessoas do mesmo sexo com o objetivo fundamental, plasmado na Constituição, de promover-se o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e outras formas discriminatórias (art. 3º, IV).

Votou também o ministro Celso de Mello, decano do STF à época da sessão plenária realizada. No começo da sua explanação, destacou que o julgamento oportunizou a realização dos valores da igualdade, da liberdade e da não discriminação, essenciais à configuração de uma sociedade democrática e inclusiva.

O ministro fez menção à importância de atribuir cidadania às uniões estáveis homoafetivas, constitucionalmente qualificadas como entidade familiar. Visão que se espelha nos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da solidariedade (art. 3º, I), bem como na consagração do direito de buscar a felicidade. Examinou o ministro, outrossim, o papel incumbido ao STF de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões imputáveis a grupos majoritários que resultem em lesões aos direitos de excluídos. Mister que se destrincha em decisões de caráter contramajoritário desse jaez.

Antes de encerrar seu voto, imbuído de uma perspectiva nitidamente pluralística e favorável aos pedidos autorais, concedeu-se primazia ao *afeto* como valor jurídico-constitucional preponderante nas relações familiares, inclusive no âmbito das uniões entre pessoas do mesmo sexo. E não deixou de citar o ministro que, no plano do direito internacional, os Princípios de Yogyakarta recomendam aos Estados nacionais o respeito à constituição de família independentemente da orientação sexual firmada.

Ao final, o então presidente Cezar Peluso também proferiu voto pelo reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, inserível no art. 226, §3º, da CF, levando em consideração os princípios da dignidade, da igualdade e da não discriminação.

Foi um julgamento emblemático. Torna-se cristalino que o STF realizou, de maneira substancial, seu mister de guardião constitucional, atentando para os direitos de segmentos histórica e socialmente tão inferiorizados que não receberam abrigo no rito ordinário do processo legislativo.

A decisão se demonstrou progressista, mas prudente e cautelosa diante da circunstância de que a intercessão judicial ocorreu em um contexto de evidente inexistência de atuação legislativa, de verdadeira inércia ou inapetência do Parlamento brasileiro na regulamentação da matéria. E o Congresso, deixou-se claro, deve proceder a regulamentações e a disciplinas dentro do seu natural espaço de legiferação, detalhando ou suprindo controvérsias peculiares de que o julgamento não cuidou, num característico *diálogo institucional*.

Ao final, deram-se guarida, reconhecimento e amplificação a valores deveras enobrecidos pelo texto constitucional: dignidade humana, igualdade, liberdade, fraternidade, diversidade, tolerância e altruísmo. E, é sempre conveniente dizer, vencem a Constituição e a sociedade quando a convivência com os contrários é homenageada.

No HC 106.212, a Defensoria Pública da União questionou decisão do Superior Tribunal de Justiça e alegou, em suma, a inconstitucionalidade do art. 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), o qual violaria o art. 89 da Lei 9.099/95 (dispositivo permissivo da suspensão condicional do processo), bem como a incompetência do juízo, que deveria caber a um juizado especial criminal, nos termos do art. 98 da CF, e não a um juizado especial da mulher

O caso envolveu condenado pelo Judiciário do Mato Grosso do Sul às penas do art. 21 da Lei 3.688 (prática de vias de fato – Lei das Contravenções Penais), por ter desferido tapas e empurrões em sua companheira.

O relator, ministro Marco Aurélio, votou no sentido de denegar a ordem e foi acompanhado por todos os demais ministros presentes à sessão. Em síntese, disse que o aludido art. 41 concretiza o art. 226, §8º, do texto constitucional e representa mecanismo para coibir a violência no campo das relações domésticas. Para ele, o dispositivo atende a ordem constitucional e representa um avanço cultural, harmonizando-se com a máxima de tratamento desigual para os desiguais, pois a mulher sofradora de violência em seu lar encontra-se em situação inferiorizada perante seu agressor.

O ministro Dias Toffoli recordou a desigualdade histórica da mulher frente ao homem e defendeu a indispensabilidade de ações afirmativas destinadas a converter a lei formal em lei material, assegurando-se, no plano dos fatos, a igualdade entre os dois sexos.

Por sua vez, a ministra Cármen Lúcia disse que a violência sofrida inflige a autoestima e a dignidade, irradiando-se o preconceito por todos os lugares. Embasou seu voto na violação causada sobretudo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sublinhando que a lei invocada deu instrumentos impulsionadores da igualação das mulheres e, portanto, é constitucional.

Mais uma vez, falou o ministro Ayres Britto do constitucionalismo fraternal, no qual, para ele, insere-se a matéria de proteção à mulher. Constitucionalismo que busca a integração comunitária de pessoas integrantes de segmentos historicamente desfavorecidos ou menosprezados, como o das mulheres, e, conseqüentemente, a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (art. 3º, I e IV).

Também se abordou, no voto, a importância da legislação impugnada para a realização da almejada isonomia, na conhecida fórmula de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas singularidades. Asseverou-se ter sido a Constituição muito cuidadosa no trato jurídico da condição feminina, a fim de compensar as desvantagens sobejamente experimentadas por essa espécie do gênero humano. Daí a expressa proteção assinalada pelo texto do art. 226, §8º, destinado a combater a violência nesse íntimo ambiente, defendendo e promovendo, assim, a mulher.

O Supremo declarou, ao final, a constitucionalidade do art. 41 do diploma, que afastou, como se viu, a aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95 quanto aos delitos praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, impossibilitando a invocação dos institutos despenalizadores nela previstos. Entendeu-se que uma válida opção político-legislativa retirou esse tipo de crime do rol dos delitos de menor potencial ofensivo, porquanto atinge um valor muito caro à Constituição: a proteção da família, base da sociedade, como preceitua o art. 226.

Interessante observar a advertência feita particularmente no voto do ministro Dias Toffoli, quando mencionou a incapacidade de a Lei Maria da Penha, por si só, resolver o drama da violência doméstica. Ele defendeu que a responsabilidade

deve ser de *todos*, não apenas, por intermédio da criminalização, do Judiciário e do Ministério Público. Erigiu, assim, a importância da produção cotidiana de campanhas públicas, educativas e conscientizadoras hábeis a apontar para a urgência de reverter essa chaga social.

As linhas vão ao encontro do que foi exposto nos primeiros capítulos desta dissertação. A atuação estatal se mostra imprescindível para a prevenção e a repressão desse ilícito penal, mas “ela sozinha não basta”, como sublinhou o ministro. A corresponsabilização é, de fato, premente. Um nível cultural e educacional satisfatório faz sempre suas vezes na travessia para uma maturidade democrática que nos capacite para o compartilhamento das obrigações comunitárias, objetivo que a fraternidade persegue.

A ADC 19, julgada procedente por unanimidade, também disse respeito à Lei Maria da Penha e lastreou-se em argumentos bem similares aos utilizados no julgamento do HC 106.212, tendo diversos ministros feito alusão ao que já restara por eles exposto neste último processo. Sem embargo, principalmente devido ao acréscimo de alguns fundamentos por parte de julgadores que não participaram daquela primeira decisão, torna-se importante a feição de comentários adicionais.

A ação foi ajuizada pela Presidência da República buscando propiciar uma interpretação judicial uniforme dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), pois, enquanto alguns pronunciamentos judiciais reputavam a constitucionalidade desses dispositivos, outros os reputavam ofensivos à Constituição.

Também relator para a demanda, o ministro Marco Aurélio abraçou a constitucionalidade do art. 1º, dizendo que a criação de mecanismos específicos para coibir e prevenir a violência doméstica contra a mulher e estabelecer medidas especiais de proteção, assistência e punição cumpre o disposto no art. 226, §8º, do texto constitucional.

Segundo o voto, qualifica-se como proporcional e legítimo o uso do sexo como elemento de diferenciação, pois, sendo nítida a vulnerabilidade da mulher, a adoção de legislação compensatória intencionou promover a igualdade material ao assegurar a essas vítimas o acesso efetivo à reparação, à proteção e ao sistema de justiça. Destacou-se a compatibilização da lei com alguns tratados internacionais

ratificados pelo Brasil na seara da violência contra a mulher, de que é exemplo a Convenção de Belém do Pará.

A ministra Rosa Weber, já no começo de seu voto, mencionou a origem da Lei Maria da Penha: denúncia apresentada na Comissão Interamericana de Direitos Humanos contra o Estado brasileiro por negligência, omissão e tolerância no que tange à violência contra a mulher. No caso, o Estado brasileiro foi considerado responsável por ter descuidado do dever de observância das obrigações por ele assumidas nessa área.

Destacou ela que a aprovação da lei teve a participação de inúmeros segmentos da sociedade civil e contou com o respaldo do sistema regional de proteção internacional dos direitos humanos. Disse também a ministra que a Lei 11.340/2006 inaugurou importante fase das ações afirmativas em prol da mulher, indivíduo especialmente vulnerável, destinadas, então, a concretizar o princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Fundamental) e a equacionar poderes numa sociedade brutalmente desigual.

Do voto do ministro Luiz Fux é importante consignar sua referência à igualdade material e à solidariedade como derivações do sobreprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como a inserção do regramento impugnado na ideologia do *neoconstitucionalismo*.

Em sua argumentação, o ministro Celso de Mello enalteceu a origem histórica da lei e a consolidação internacional de um reconhecimento dos direitos das mulheres, citando a Declaração e Programa de Ação de Viena, texto acolhido pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos da ONU (1993), a Declaração de Pequim, adotada na IV Conferência Mundial Sobre a Mulher (1995), e a Convenção Interamericana realizada em Belém do Pará (1996) como ordenamentos voltados a afirmar, expandir e implantar direitos desse grupo historicamente desfavorecido.

Dessa forma, assim como já havia operado no julgamento do HC 106.212, a Corte compreendeu, em suma, que a proteção singularizada à mulher se impõe como dever ao Estado, constitucionalmente incumbido de efetivar o princípio da igualdade entre os gêneros, ensejar a convivência respeitosa entre os contrários e repelir a opressão e a exclusão.

Na ADPF 186, a Corte julgou improcedente pedido formulado pelo Partido Democratas (DEM) e considerou constitucional a política de instituição de cotas

com base em critério étnico-racial (20% - vinte por cento) no processo de seleção para ingresso de estudantes na Universidade de Brasília (UnB). A parte autora sustentou, em resumo, que a discriminação pretensamente existente no país constitui uma questão social, e não racial, e que as diretrizes traçadas pela universidade ao estabelecer as cotas não se justificariam constitucionalmente.

A PGR se manifestou pela improcedência da demanda, afirmando inserir-se a CF de 1988 no modelo de constitucionalismo social, a cobrar do poder público não só a observância da igualdade por meio da abstenção de privilégios ou arbitrariedades, mas também por atos comissivos voltados ao proveito de grupos desfavorecidos. Defenderam-se, em parecer, argumentos em prol da justiça compensatória e da justiça distributiva. Também a AGU opinou pela integral constitucionalidade das medidas impugnadas, destacando a incontroversa discriminação racial na sociedade e a relevância de se buscar, a partir dos critérios étnico-raciais fixados, a facilitação do ingresso de estudantes pertencentes a grupos socialmente inferiorizados.

Marcou-se audiência pública, e estabeleceu-se forte contraditório entre os defensores das teses da constitucionalidade e da inconstitucionalidade das políticas de reserva de vagas para o acesso ao ensino superior, o que, como já dito acima em outros julgamentos que se valeram desse instrumento democrático, enriqueceu os debates e ampliou as vozes do auditório público, possibilitando que enorme cadeia de valores e argumentos fossem sopesados. A decisão definitiva se formou por unanimidade, tendo compreendido os ministros que as ações afirmativas devem ser usadas como modelo a fim de suplantar desigualdade histórica manifesta entre negros e brancos.

Em seu voto, o relator, ministro Ricardo Lewandowski, iniciou argumentando que a CF de 1988 não se restringiu a proclamar a igualdade de todos perante a lei, buscando, ao contrário, conferir máxima realização à isonomia material, para cujo alcance pode legitimamente usar ações afirmativas inclinadas a superar desigualdades sociais historicamente reconhecidas. O ministro destacou que tais políticas visam à realocação de bens e oportunidades em benefício da coletividade e inserem-se no conceito de democracia e na ideia de justiça social, distributiva e inclusiva.

No plano internacional, o relator citou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, da Organização das Nações Unidas, endossada pelo Brasil em 1968, conforme a qual as ações afirmativas destinam-se a assegurar, em condições de igualdade, desenvolvimento e proteção a grupos raciais de indivíduos.

Enalteçando o princípio da igualdade material que permeia o texto constitucional, o ministro Ricardo Lewandowski fez lembrar que o critério de acesso às universidades públicas precisa considerar os objetivos gerais declarados pelo Estado brasileiro já no preâmbulo da CF, consistentes em garantir o exercício de direitos e liberdades e “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

A essa leitura, continuou, devem unir-se os termos do artigo 205, referenciado no item 1.3 desta dissertação, a partir do qual a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da comunidade, intencionando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

O pluralismo de ideais, um dos fundamentos do Estado democrático que o art. 1º, V, da Constituição exalta, é sublinhado no voto, entendendo-se que a metodologia de seleção diferenciada pode levar em conta critérios particularizados. Ao fim, em relevante alusão ao cerne do *constitucionalismo fraternal*, viu-se o benefício que as políticas de ação afirmativa são aptas a proporcionar ao nutrir o convívio com o *outro* ou com o *diferente*, ensejando a construção de um espaço plúrimo, heterogêneo e recheado de alteridade.

Com essas linhas, o relator concluiu que as políticas de ação afirmativa adotadas pela UnB se revelam proporcionais e razoáveis e objetivam estabelecer, a partir de métodos compatíveis com o princípio da dignidade da pessoa humana, um ambiente acadêmico plural e diversificado. Julgou-se improcedente a ADPF.

Em seu voto, o ministro Luiz Fux falou, ao início, da importância do reconhecimento da dimensão substantiva de igualdade, em contrário à concepção puramente formal da ideia, acrescentando que a CF pugna por efetividade social, não podendo ser apenas um conjunto de *promessas insequentas*.

Asseverou-se que a construção de uma sociedade justa e solidária exige de toda a sociedade, por meio do adimplemento de obrigações jurídicas, a reparação de danos historicamente perpetrados por nossos antepassados. Obrigação, negritou o ministro, não apenas moral, mas também *jurídica*, que satisfaz objetivos fundamentais (art. 3º) da República e promove diversidade étnica e regional (art. 215, §3º, V, também da Constituição).

Do voto da ministra Cármen Lúcia é possível destacar a circunstância, por vezes enobrecida nesta dissertação, de que nossa Constituição de 1988, desde seu preâmbulo, aborda a questão da responsabilidade *social e estatal* de realizar o princípio constitucional de uma *igualdade dinâmica*, “dessa igualdade que muda para transformar a sociedade e que está posta no art. 3º da Constituição – que não é apenas um aviso, um conselho, mas uma norma”. Em seu voto no mesmo sentido da improcedência da ação, disse-se caber a todos e a cada um dos atores sociais uma intercessão direcionada à construção e à reconstrução de uma sociedade que possibilite o *igual* e a conformação do *princípio da dignidade da vida*.

Por sua vez, o ministro Joaquim Barbosa sublinhou que essas ações afirmativas se projetam como políticas públicas efetuadas para concretizar o princípio constitucional da igualdade material e combater flagrantes discriminações socialmente enraizadas.

O ministro Cezar Peluzo reforçou a existência desse *dever ético e jurídico*, quer do Estado, quer da “*sociedade toda*”, de cumprir, frente a tanta desigualdade, os objetivos fundamentais da República que o art. 3º inscreve: construir uma sociedade solidária, erradicar a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos sem preconceito de raças.

Em sua fundamentação, o ministro Gilmar Mendes abriu tópico próprio para avaliar as ações afirmativas à luz da liberdade, da igualdade e da fraternidade, advertindo que, a despeito de muita coisa já ter sido falada sobre os dois primeiros, “pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789”, o qual pode “constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade”. O julgador destacou, em suas assertivas, o cerne da *tolerância* nas sociedades multiculturais, arrematando que, no contexto das ações

afirmativas, pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa prestigiar singularidades e diferenças, com igual consideração do *outro* e com o intuito de promoção de justiça social.

O ministro Marco Aurélio também aludiu ao preâmbulo, sublinhando o caráter pioneiro do texto de 1988, a sinalizar “uma nova direção”, “uma mudança de postura” em favor da instituição de um Estado democrático, com alicerce na cidadania e na dignidade da pessoa humana. Em seu voto, realçaram-se os objetivos fundamentais da República (art. 3º) e o status eficaz e dinâmico que os verbos “construir”, “garantir”, “erradicar” e “promover” denotam, na busca por atitudes afirmativas e transformadoras, necessitando a dívida das discriminações e da desigualdade ser saldada tanto pelas políticas de Estado como pelo *dever cívico* de sociedade.

Em seu voto reconhecendo que as cotam possuem embasamento constitucional, o ministro Ayres Britto, uma vez mais, mencionou a fraternidade, pontuando que a Constituição, desde o preâmbulo, quis promover a integração e possibilitar igualdade de condições e respeito nos espaços institucionais de que a sociedade se compõe. Para o ministro, o constitucionalismo social exige do Estado o dispêndio de recursos a fim de “encurtar distâncias sociais” e fomentar segmentos amplamente desfavorecidos, daí a importância assumida pela justiça compensatória e pelas ações afirmativas nesse cenário tão deficitário, com o qual a CF, já a partir do início de seu texto, preocupou-se.

Ao término do julgamento, foi possível enxergar, nas razões da Corte, importante vinculação das ações afirmativas com os conteúdos humanizados, inclusivos e transformadores que a fraternidade agasalha. O STF refletiu o entendimento de que o constitucionalismo democrático dificilmente se perfaz sem o combate às desigualdades e às discriminações impeditivas da fruição das promessas de igualitarismo e dignidade.

Categorizou-se, diretamente, o conceito como norma impositiva e obrigação jurídica *de todos*, não consistindo, pois, e longe disso, em conselho moral e desvestido de imperatividade. E, convém complementar, não passou ao largo das discussões a urgência de mudanças culturais e de conscientização, foco do nosso item 1.4, hábeis a inculcar, na comunidade acadêmica e nos demais estratos sociais, a valia de realidades amplamente diversificadas.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – Confenen – ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da MP 213/2004, convertida na Lei 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade Para Todos (ProUni) e passou a regular a atuação de entidades de assistência social no ensino superior. Alegaram-se desrespeito aos pressupostos constitucionais da *urgência* e da *relevância* (art. 62) e ausência de competência legislativa da União para dispor sobre educação mediante normas específicas, assim como que o ato questionado dispõe sobre matéria reservada à lei complementar. A parte autora invocou também desrespeito aos princípios da legalidade, da isonomia, da autonomia universitária e do pluralismo de ideias e concepções pedagógicas.

No mérito da ADI 3.330, após superar alguns pormenores processuais, o relator, ministro Ayres Britto, afirmou ser a educação direito social alcançável a todos e relevante dever estatal. Asseverou-se que a concretização do valor constitucional da igualdade se faz pelo enfrentamento dos fatores reais de desigualdade, sendo “típico da lei” estabelecer distinções e impor desigualação compensatória, a fim de promover o equilíbrio social.

Nessa ótica, se a axiologia constitucional tutela segmentos sociais historicamente desfavorecidos, concessões em favor de estudantes que cursaram o ensino médio em escolas públicas e de egressos de escolas privadas que tenham sido contemplados com bolsa integral, disse-se, não violam o texto constitucional. Pelo contrário, o relator destacou que a atuação a favor desses desfavorecidos potencializa os *valores humanistas* que a CF sintetizou no objetivo fundamental de construir uma sociedade justa, livre e solidária (inciso I do art. 3º)

Concluiu o relator, em sua manifestação pela improcedência do pedido, ser o ProUni um programa de ações afirmativas operacionalizado por promoção de bolsas a alunos de baixa renda e reduzido patrimônio, concebido para desenvolvimento por ato de adesão voluntária, daí não haver que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da autonomia universitária (art. 207) e da livre iniciativa (art. 170), mormente porque a ordem econômica, nos termos deste último dispositivo, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O ministro Joaquim Barbosa igualmente refutou os argumentos autorais, compreendendo que o programa, inserido num conceito mais amplo de ação

afirmativa, é coerente com diversos dispositivos constitucionais inclinados à redução das desigualdades sociais, representando importante fator de inserção de hipossuficientes na comunidade e de luta contra a discriminação de “fundo cultural, estruturada, enraizada na sociedade”. Acrescentou o julgador que essa política, além de possuir um caráter pedagógico, visa “gerar transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano”.

Afastou ele, ainda, o argumento de que o ProUni violaria o conteúdo do art. 207, pois, além de a adesão das universidades ao programa ser facultativa, “a autonomia universitária não é um objetivo que se esgota em si própria. Ela existe para que se atinjam outros objetivos, de natureza educacional, social e cultural”. A lei atacada, portanto, segundo o ministro, não ofende o princípio constitucional da isonomia e busca, ao contrário, efetivá-lo.

A ministra Rosa Weber e o ministro Gilmar Mendes enfatizaram não haver inconstitucionalidade no sistema de adesão do programa para a concessão de bolsas de estudo, o qual criou regramentos de estímulo à participação em uma importante ferramenta de inclusão social. Ao seu tempo, o ministro Luiz Fux, votando pela constitucionalidade do programa, igualmente defendeu a instituição dessa ação afirmativa, sublinhando que a isonomia reclama tratamento isonômico em cada caso concreto, num “tratamento igual para os iguais e desigual para aqueles que desigualam”, bem como que um dos subprincípios da isonomia, conforme a Constituição Federal, está previsto no art. 206: igualdade de condições para acesso e permanência na escola.

As razões expostas no julgamento da ADI 3.330 assemelharam-se àquelas incrustadas nos debates da ADPF 186 e da ADC 41, ambas relacionadas à sistemática do regime de cotas. Concluída a decisão do Plenário, enxergou-se a legitimação conferida pelo STF ao investimento estatal financiador de bolsas de estudos universitários aos de menor possibilidade econômica.

Realizador, por sua própria natureza, de ação afirmativa, o ProUni foi ovacionado como política pública inclusiva e transformadora, que permite a entrada no ensino superior de alunos geralmente bastante excluídos do sistema em virtude das extremas dificuldades de custear os estudos. Fomentou-se a educação, direito social por excelência, real pressuposto para o desabrochamento dos demais interesses

fundamentais: “primeira das necessidades coletivamente sentidas, porque é condição, praticamente, para o desfrute mais qualificado, mais consciente de todos os demais direitos”, como apregoou o ministro Ayres Britto.

Igualizações e pluralismos são fundamentos do Estado democrático, e um programa político que objetiva o ingresso de indivíduos pertencentes às camadas sociais mais humildes no ensino universitário quer ajudar na criação dessa sociedade justa e solidária, idealizada pelo preâmbulo constitucional. Quer ajudar, da mesma maneira, na construção de uma comunidade diversificada, em que influxos e valores diferentes se mesclam e ensejam a dinamização das relações entre as pessoas e entre estas e as instituições.

A formação de guetos não se compatibiliza com uma cidadania heterogênea e participativa. Entrar em faculdades e universidades, quer pública, quer privada, particularmente no Brasil, é extremamente árduo: estruturas carentes, raríssimas vagas, mensalidades caríssimas. A análise da concorrência dos estudantes de escolas públicas com aqueles oriundos das escolas particulares aguça o gravame, além de escancarar as desigualdades na própria qualidade da educação oferecida. O convívio comunitário de segmentos abastados e pobres, clara pretensão do ProUni, favorece o heteroconhecimento e a reciprocidade, enobrecendo a capacidade de tolerar e enxergar o *outro* e o *diferente*. Essa rica coexistência abre o catálogo de direitos e deveres e alimenta nossa conscientização sobre *o que somos* e necessitamos fazer para lograr êxito no empreendimento da fraternidade, empreitada difícil, a despeito de realizável e, felizmente, reverenciada pelo Tribunal.

Na ADI 5.357, o Plenário declarou constitucionais os regramentos do Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 – que impõem às escolas privadas a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e dispõem sobre medidas adaptativas necessárias sem onerar mensalidades, anuidades ou matrículas. A ação foi provocada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) e questionou a compatibilidade do parágrafo primeiro do artigo 28 e do *caput* do artigo 30 daquela lei com diversos dispositivos constitucionais (artigos 5º, *caput*, incisos XXII, XXIII, LIV, 170, incisos II e III, 205, 206, *caput*, incisos II e III, 208, *caput*, inciso III, 209, 227, *caput*, §1º, inciso II). Afirmou o autor, resumidamente,

que as medidas normativas causam alto custo para as escolas privadas e levariam ao fechamento de diversas atividades.

O relator, ministro Edson Fachin, destacou, já no início de seu voto, a necessidade de analisar o tema sob a ótica da *responsabilidade pela alteridade*, compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional. Deixou-se evidente que a *inclusão* representa política pública estável incorporada pela CF de 1988 como *regra* explícita e imperativa, não podendo as escolas negar-se a cumprir as determinações legais com base no argumento de que o serviço público de educação é livre à iniciativa privada. Limites e responsabilidades existem, como fez questão de destacar o relator.

Por mandamento constitucional, prosseguiu, insta que todos os agentes econômicos procedam a adaptações para acolhimento das pessoas com deficiência, executando serviços educacionais superadores de barreiras e privilégios odiosos, sendo dever das escolas *ensinar, incluir e conviver*, nunca, ao contrário, escolher, segregar e separar. A esse respeito, listou-se uma série de dispositivos constitucionais destinados à proteção da pessoa com deficiência: art. 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, §4º, I, 201, §1º, 203, IV e V, 208, II, 227, §1º, II e §2º, e 244.

Esse compromisso de inclusão foi reforçado, falou-se no voto, com a ratificação da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Congresso Nacional, a conferir-lhe status de emenda constitucional (art. 5º, §3º, CF), assunto já preconizado nestas linhas na abordagem do tema de discussão posto na ADI 2.649. Satisfaz o Brasil, assim, o compromisso constitucional e internacional de proteção e ampliação progressiva dos direitos fundamentais e humanos das pessoas com deficiência, e a Lei 13.146/2015 é indicativa dessa trajetória.

Votando pela improcedência do pedido, o relator se reportou à harmonia entre o estatuto atacado e o planejamento ético, plural e acolhedor que o texto constitucional consagra, exurgindo legítimo reivindicar dos estabelecimentos educacionais privados – assim como se reivindica dos públicos – orientações e ministérios pautados por todas as potencialidades do direito fundamental à educação.

Seguindo o relator, o ministro Teori Zavascki louvou o convívio das crianças sem deficiência com aquelas portadoras de alguma necessidade diferenciada, ressaltando a importância da preparação dos alunos para a vida, para além, assim, da

questão financeira inerente ao tema da educação. A convivência plúrima em um ambiente fraternal, falou o ministro, representa “lição fundamental de humanidade”.

Rosa Weber e Luiz Fux analisaram a legislação focada com base no texto constitucional vigente, que possui como um de seus primeiros preceitos a promoção de uma sociedade justa e solidária. Para a primeira julgadora, a Lei 13.146/2015 encontra-se em sintonia com os princípios da igualdade substancial e da dignidade humana, espelhando o dever imposto a todos os estabelecimentos de ensino de matricular o conjunto de crianças, adolescentes e jovens indiscriminadamente. Para o julgador, a resolução do problema humano das diferenças e do preconceito perpassa o entendimento de que o “ser humano é o centro da Constituição”, estando em jogo sua dignidade.

Em seu voto, a ministra Cármen Lúcia fez lembrar que o direito à educação das pessoas com deficiência, esboçado na Constituição da República, decorre da incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, tendo sido a educação inclusiva também tratada na Declaração de Salamanca sobre Princípios, Política e Práticas na seara das necessidades educativas especiais (1994).

Fundamentou-se que a promoção do bem-estar e o respeito ao *princípio da solidariedade* justificam exigir da sociedade, inclusive dos prestadores de serviços públicos, esforços para a realização máxima da Constituição, não merecendo sustentáculo a aplicação irrestrita dos princípios da livre iniciativa, da propriedade e da livre concorrência.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski, em seu voto pela improcedência do pedido com lastro nos valores da inclusão social e da promoção da igualdade, mencionou que a eficácia dos direitos fundamentais também deve ser assegurada nas relações privadas, não consistindo tão somente em uma obrigação do Estado. Disse o julgador acerca da importante construção doutrinária operada pelo Tribunal no sentido de realizar, no caso concreto, princípios da Carta Magna frequentemente enunciados de modo genérico e pouco verticalizado.

Assegurando a constitucionalidade das normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o STF guarneceu, aplicou e instigou os compromissos de promoção do bem de todos e integração comunitária delineados na Constituição. Os postulados da

dignidade humana e da solidariedade, largamente utilizados nos votos, foram alçados com sua força jurídica impositiva, mostrando que a qualificação *democrática* do Estado de direito não dispensa a construção diária de uma sociedade justa e receptiva, simpática às minorias e às diversidades e avessa a qualquer forma de preconceito.

Na ADC 41, o Plenário, de modo unânime, considerou constitucional a Lei 12.990/2014 (Lei de Cotas), que reserva aos negros 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas em concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), proponente da ação, afirmou que decisões conflitantes estariam, em diversas instâncias do país, pondo em xeque a validade da política de cotas, de sorte que a intenção da causa seria gerar uniformidade a múltiplos provimentos judiciais respeitantes à constitucionalidade da lei.

A OAB posicionou-se pela constitucionalidade da lei com base em três fundamentos principais. Primeiramente, porque o diploma busca reduzir a discriminação racial, manifestada tanto na seara da educação quanto na seara do mercado de trabalho. Segundo, porque objetiva promover a igualdade material, proporcionando idênticas oportunidades para negros e brancos no país. E, por fim, a postulante referiu-se ao ideal de maior representatividade a negros e pardos no serviço público federal, garantindo que os números passem a refletir a realidade miscigenada da população brasileira.

Em informações, a Presidência da República sustentou a integral constitucionalidade da Lei 12.990/2014, a qual seria uma deliberação normativa destinada à realização dos direitos fundamentais da igualdade, em sua dimensão material, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, assim como do princípio da justiça social.

O Senado também defendeu a constitucionalidade da lei e a procedência do pedido formulado na ADC, afirmando que o ato normativo confere efetividade aos objetivos fundamentais da República enumerados nos incisos I, III e IV do art. 3º da CF, quais sejam a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza com a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor ou quaisquer outras formas de discriminação.

A AGU e a PGR, de idêntica maneira, manifestaram-se pela validade da lei questionada, a qual se encontra, disseram os pareceres, em conformidade com os princípios e valores consagrados na Constituição de 1988 e com os objetivos gerais do Estado democrático de direito. Aduziu-se que as medidas de ações afirmativas implementadas pela Lei 12.990/2014 visam minorar desigualdades fáticas entre candidatos e, por conseguinte, promover a inclusão de grupos sociais faticamente excluídos do serviço público, o que seria exigência do princípio da isonomia constitucionalmente agasalhado.

O relator, ministro Luís Roberto Barroso, afirmou que a lei, apesar de criar uma vantagem competitiva para um grupo de pessoas, não ofende o princípio da isonomia e compatibiliza-se com a Constituição, porquanto é movida pelo dever de reparação histórica derivado da escravidão e de um racismo estrutural existente na sociedade brasileira. Os números de uma discriminação socialmente difundida justificam, para o julgador, a validade do tratamento legalmente desequiparado, legitimando-se a igualdade material que as políticas de ação afirmativa assentam.

Soma-se a isso, nos termos do voto, a igualdade como reconhecimento, ligada à dignidade humana das minorias e ao “tratamento da diferença de uma maneira geral”, com o respeito às pessoas nas suas peculiaridades e a sua aproximação a partir da igualização de oportunidades. A ordem constitucional, enxerga-se, não só rejeita todas as formas de preconceito e discriminação, como também impõe ao Estado o dever de agir positivamente no combate a esses vícios e na redução da desigualdade de fato.

Para ele, não ocorre, igualmente, ofensa à regra constitucional do concurso público, dada a existência de um desempenho mínimo exigido para que os candidatos sejam investidos nos cargos públicos. A compreensão do *outro* e das variadas realidades da vida foi destacada quando o julgador afirmou que o princípio da eficiência será estimulado pelo *pluralismo* e pela *diversidade* que passarão a vicejar no espaço público, com ricas trocas de convivência entre todos os estratos da população.

Em linha semelhante, o ministro Alexandre de Moraes comentou que a questão precisa ser abordada com lastro no aspecto material do princípio da igualdade, sendo válidos tratamentos diferenciados quando o elemento discriminador possua uma finalidade específica e compatível com a Constituição Federal: aproximar *diferenças*.

O ministro Edson Fachin também julgou no sentido da constitucionalidade da lei, compreendendo que a previsão de desequiparação não agride o princípio da igualdade, dando-lhe, ao contrário, efetivo cumprimento, nos termos de precedente da própria Corte – ADPF 186 – e de documentos internacionais, tais como a Convenção de Durban. Destacou-se que a própria CF reconhece a compatibilidade do percentual de reserva de vagas com o princípio do concurso público, ao dispensar, no art. 37, VIII, bastante atenção a pessoas com deficiência.

Viu-se, no voto da ministra Rosa Weber, o projeto constitucional de construção de uma sociedade plural, livre de preconceitos e solidária. Conferiu-se ênfase aos objetivos previstos na CF, cuja força normativa proporciona o “caminhar incansavelmente em busca do aperfeiçoamento da sociedade e da ampliação dos espaços democráticos”, permitindo a “promoção do bem de todos, essência da vida em sociedade”. E essa tarefa, firmou-se, é de *todos*, especialmente do Estado, impondo-se aos intérpretes e aos demais envolvidos o dever de adotar instrumentos eficazes na redução das desigualdades e na inclusão social, com responsabilidade e deferência em relação aos objetivos perseguidos pelo constituinte.

Para justificar a harmonia do sistema de reserva de vagas com os vetores constitucionais, a ministra se valeu quer do preâmbulo, cujos votos miram a instituição de um Estado democrático destinado a assegurar os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, quer dos objetivos da República Federativa do Brasil de diminuição de iniquidades e persecução de bens coletivamente desejáveis, nos moldes já evidenciados ao longo deste capítulo.

Em argumentos parecidos, depois de ressaltar que a igualdade simplesmente formal não consegue transformar a realidade, o ministro Luiz Fux também abordou o preâmbulo, integrante da sistemática de regras e princípios constitucionais, tachando-o de fonte inspiradora do constituinte lavrador do texto de 1988. Para o julgador, repousa o fundamento do pedido principal já nessa parte inaugural da Constituição, “porque a desigualação é necessária na medida em que o Brasil precisa efetivamente promover o necessário resgate histórico”.

O ministro Dias Toffoli, em seu voto, recordou a compatibilidade das ações afirmativas com o princípio da igualdade, destacando que, mais do que harmônicas com a CF, as cotas constituem exigência do próprio texto constitucional, em

virtude da isonomia prevista no *caput* do art. 5º. Rememorou-se que o STF já confirmou a constitucionalidade da instituição da reserva de vaga para portador de deficiência física, bem como do sistema de cotas para acesso a ensino superior público. Trata-se, respectivamente, dos julgamentos proferidos no RMS 26.071 e na ADPF 186, ambas ações enfrentadas ao longo deste capítulo.

O ministro Marco Aurélio enfatizou que uma sociedade justa e solidária repousa no tratamento igualitário, mostrando-se *notória* a falta de oportunidade para negros e *vergonhosas* as estatísticas sobre o tema racial no Brasil.

O decano do Supremo à época do voto, ministro Celso de Mello, falou a respeito do longo processo de emancipação dos negros, defendendo as políticas de inclusão e enfatizando, ao fim, a importância do suporte e do apoio de mecanismos institucionais compensatórios para a proteção de direitos e liberdades. Seu voto contemplou a circunstância de o Estado brasileiro ter buscado implementar medidas, ações e programas referenciados em propósitos internacionais, de que são exemplos a Convenção das Nações Unidas para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Conferência Internacional de Durban.

O ministro lembrou que a Constituição compele o Estado a atuar em prol daqueles que se situam à margem do sistema de conquistas do país, oferecendo-lhes dignidade, felicidade e respeito social. Sem o usufruto dessa essencialidade, disse no voto, “não se tornará possível construir a igualdade nem realizar a edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, frustrando assim um dos objetivos fundamentais da República, a que alude o inciso I do art. 3º da Carta Política”.

Votando por último, a ministra Cármen Lúcia pontuou que a previsão expressa de atuação concreta do Estado brasileiro para assegurar o desenvolvimento ou a proteção de minorias raciais pode ser extraída diretamente da Constituição de 1988, que “tem no princípio da igualdade material um de seus principais fundamentos”. Mencionaram-se, nos fundamentos de sua decisão, a força interpretativa do preâmbulo, reconhecida na já propositada ADI 2.649, e os objetivos constitucionais elencados no art. 3º da CF, dispositivo que estabelece “a determinação de se construir uma nova sociedade brasileira, segundo paradigmas constitucionalmente traçados”.

A ministra comentou que apenas mediante conduta ativa, positiva e afirmativa poder-se-á alcançar a transformação social almejada como objetivo maior,

lembrando ela que, na própria CF, visualiza-se a execução de ações específicas na contratação de portadores de necessidades especiais (art. 37, VIII), na forma exposta pelo ministro Edson Fachin. Cuida-se, arrematou, da adoção estatal de medidas concretas direcionadas a garantir o desenvolvimento humano de minorias historicamente inferiorizadas.

De forma assemelhada ao acontecido no julgamento da ADPF 186, a decisão nesta ADC operou-se por unanimidade, sem divergências conclusivas quanto ao mérito do assunto. O racismo estrutural, a massacrante desigualdade social e o consequente encargo de reparação histórica da minimização secular de alguns segmentos populacionais legitimam, para a Corte, o tratamento díspar que as ações afirmativas se inclinam a irradiar.

Justificou-se nos votos que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária não se forma sem o respeito e o convívio entre as diferentes idiosincrasias reinantes na comunidade. *Estado democrático*, com efeito, é o ambiente das ricas singularidades dos sujeitos e do pluralismo dinâmico das ideias. Para o Tribunal, as cotas para ingresso no serviço público materializam a igualdade de oportunidades e fomentam a harmonia, a tolerância e o respeito, requisitos imprescindíveis ao projeto de justiça intencionado pela CF, texto conhecedor de um Brasil que não é livre, não é justo e não é solidário.

O *constitucionalismo fraternal* admite a existência do preconceito e empenha-se em repudiá-lo, conscientizando-se de que a irmandade e a cooperação colaboram para a solução pacífica das controvérsias, como ensina o preâmbulo de 1988. Litígios que, não poucas vezes, giram em torno de tarefas de bem-estar e transformação que nem todos parecem querer ver aflorar. Uma vez mais, o conceito de fraternidade apresentou-se como norma impositiva e dever *de todos*, para cuja realização é indispensável a incorporação à sociedade de valores culturais mais diversificados.

Por derradeiro, em homenagem às noções de deveres e cumprimento espontâneo das obrigações ínsitas à *fraternidade jurídica*, convém sublinhar o dito pela ministra Cármen Lúcia quando dissertou esperar “que chegue um dia em que o que está posto como igualdade material se cumpra independentemente das ações afirmativas, entre as quais as de cotas”. Raríssimas vezes se viu resumido tão precisamente o cerne da fraternidade.

Na ADI 4.275, o Tribunal reputou admissível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A maioria entendeu que, para essa modificação, não é necessária autorização judicial. Ajuizou-se o pleito por meio da PGR, que postulou interpretação conforme o texto constitucional ao art. 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, a fim de se tornar possível a alteração de prenome e gênero mediante simples averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

A ação demandada, alegou-se na petição inicial, envolve o direito de transexuais à substituição do prenome e do sexo sem a imposição dessa cirurgia e lastreia-se em um direito fundamental à identidade de gênero, com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da vedação de discriminações odiosas e da privacidade, todos com embasamento constitucional. O Ministério Público afirmou que esse direito é fundamental, pois “imaneente à personalidade”, de forma a não se poder exigir do indivíduo “uma verdadeira mutilação física” para assegurar direito constitucional básico de todo cidadão, não podendo, aduziu-se, a transgenitalização ser pressuposto para o exercício desses direitos da personalidade.

O relator da demanda, ministro Marco Aurélio, manifestou-se pela parcial procedência do pedido, dando interpretação conforme a CF ao art. 58 da Lei 6.015/1973, para considerar possível, mediante averbação no registro original, a modificação de nome e prenome no registro civil, mesmo que não efetuada a cirurgia. O voto estabeleceu alguns requisitos para a mudança: idade mínima de 21 (vinte e um) anos e diagnóstico médico em observância aos critérios do art. 3º da Resolução 1.955/2010, do Conselho Federal de Medicina, feito por equipe multidisciplinar constituída por médico psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social, após, no mínimo, dois anos de acompanhamento conjunto. Segundo o relator, esses pressupostos devem ser aferidos pelo Poder Judiciário, mediante procedimento de jurisdição voluntária (sem litígio).

No mérito, o ministro Marco Aurélio fez constar, essencialmente, que a alteração do registro, quando incompatível a morfologia sexual com a identidade de gênero, advém da dignidade da pessoa humana. Para ele, revela-se dever do poder público, no Estado democrático de direito, “promover a convivência pacífica com o

outro na seara do pluralismo” e possibilitar que cada pessoa “possa viver plenamente em sociedade tal como se percebe”.

Em seu voto, o ministro Alexandre de Moraes, além de ampliar sua decisão aos transgêneros, e não somente aos transexuais, fixou, na linha do entendimento do relator, a necessidade de decisão judicial para a mudança no assentamento. Acrescentou-se, no ponto, não haver necessidade de estabelecer idade para a alteração, bem como a importância da análise caso a caso dos pedidos de alteração, porquanto longas esperas por laudos médicos poderiam gerar danos psiquiátricos e psicológicos.

O ministro Edson Fachin consignou que o direito à igualdade sem preconceitos abarca a identidade ou a expressão de gênero, compreendida como manifestação da própria personalidade da pessoa humana, “e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la”. Julgou-se, então, a ADI procedente, para dar interpretação conforme ao art. 58 da Lei 6.015/73, reconhecendo aos transgêneros o direito à substituição de nome no registro sem autorização judicial e sem cirurgia.

Os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux aderiram a essa tese, ampliando o direito aos transgêneros e compreendendo ser desnecessário um comando judicial para a alteração do registro nos demais órgãos estatais. O último mencionou que o direito à retificação “concretiza a dignidade da pessoa humana na tríplice concepção da busca da felicidade, do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento”.

O ministro Celso de Mello, em seu voto, destacou a importância do julgamento no sentido de combater a discriminação e o tratamento excludente que flagelam grupos marginalizados, como a comunidade de transgêneros. Para o então decano, os novos valores em jogo consagram uma concepção de direito que muda paradigmas “em ordem a viabilizar, até mesmo como política de Estado, a instauração e a consolidação de uma ordem jurídica genuinamente inclusiva”.

Por sua vez, a ministra Cármen Lúcia embasou sua manifestação pela procedência da ação nos princípios da igualdade, no sentido da não discriminação e do não preconceito, da liberdade e da dignidade, bem como no direito à honra, à imagem e à vida privada.

Quanto ao RE 670.422, com repercussão geral reconhecida, o STF aplicou o entendimento firmado no julgamento da ADI 4.275 e deu provimento ao apelo para autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da efetivação de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A tese proposta pelo relator, ministro Dias Toffoli, usou, de modo primordial, as fundamentações expostas no julgamento operado em controle abstrato e foi aprovada pelo Plenário com algumas minudências.

Em suma, confirmou-se que o transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo a via judicial para a materialização da manifestação de vontade do indivíduo. Ademais, entendeu-se que a alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, proibida a inclusão do termo “transgênero”.

Ao fim, o STF reforçou um provimento igualitário e inclusivo, deixando evidente que o regime democrático não suporta a opressão da minoria por grupos dominantes de poder. A dignidade e o direito de ser diferente estiveram presentes, alimentando o voto dos ministros pelo acolhimento da ação e pelo reconhecimento desse direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade a segmentos tão constrangidos, discriminados e humilhados na sociedade, desdém que se intensifica quando necessitam mostrar documento com nome e gênero não correspondentes àqueles com que se identificam.

A possibilidade dessa mudança de prenome e de sexo, aspectos tão íntimos de cada individualidade, é condicionante da própria interlocução desses cidadãos com terceiros nos ambientes públicos e privados, de forma que a imposição de procedimentos invasivos para o usufruto de direitos de personalidade atenta contra a dignidade e esvazia a prática da cidadania. Na omissão do legislador, a resposta foi buscada na justiça.

Na ADI 5.617, o Supremo Tribunal Federal debateu, de novo, conjuntos normativos introdutórios de questionamentos sobre posições de gênero. O objeto da ação foi o artigo 9º da Lei 13.165/2015, que estabelece percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais de mulheres e fixa prazo de vigência da regra. Segundo o artigo, nas três eleições seguintes à publicação da lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas, 5% (cinco

por cento) no mínimo e 15% (quinze por cento) no máximo do montante do fundo destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação na campanha de suas candidatas.

A PGR foi a autora da ação e invocou violação ao princípio constitucional da igualdade na estipulação do limite máximo de 15%, já que a norma, aduziu a Procuradoria, produziria mais desigualdade e menos pluralismo nas posições de gênero. Alegou-se, outrossim, que o patamar mínimo de 5% protege de forma deficiente o direito feminino, de modo que o princípio da proporcionalidade só restaria atendido caso o percentual correspondesse a 30% (trinta por cento), nível mínimo de candidaturas das mulheres legalmente previsto— a chamada cota partidária.

Na posição de amigos da corte, foram ouvidos representantes da Academia Brasileiro de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) e da Cidadania, Estudo, Pesquisa Informação e Ação (CEPIA), que defenderam a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado com lastro em seus efeitos discriminatórios e na ofensa a princípios fundamentais relacionados à democracia, ao pluralismo político e à diversidade de representação. Destacou-se, nesse ponto, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

O relator, ministro Edson Fachin, pontuou, logo no início, ser tributário do direito à igualdade a possibilidade de desequiparação legítima no sentido de superar descompassos históricos. O ministro compreendeu, então, que o artigo mencionado é inconstitucional, já que a estipulação de um piso mínimo significaria, na prática, que, na distribuição de recursos públicos pelas legendas, os homens poderiam receber até 95% dos recursos do Fundo Partidário.

Para o julgador, as legendas partidárias também precisam assumir seu compromisso com a transformação social da realidade, dedicando-se à promoção e à difusão da participação política do segmento feminino. Nesse particular, sublinhou-se que o respeito à igualdade não constitui obrigação apenas aplicável à esfera pública, despontando, nesse rumo, a ideia de *eficácia horizontal dos direitos fundamentais*: na medida em que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, às quais as plenas autonomia e liberdade revelam-se contundentemente garantidas, aplica-se a tese de que os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados vinculam diretamente

não apenas os poderes públicos, direcionando-se também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

O resgate do *princípio* da *solidariedade* apareceu na base constitucional de que se valeu o relator quando fincou as premissas de seu voto. Robustecer a proibição da discriminação por gênero, sublinhou, intenciona realizar a promoção de uma sociedade plenamente livre, equânime e solidária, “e não haverá verdadeira democracia enquanto não se talharem as condições para tornar audíveis as vozes das mulheres”. E isso é fraternidade.

Nesse sentido, para o relator, cujo voto foi seguido pela maioria dos ministros, o caso admite, como única interpretação constitucional possível, que a distribuição dos recursos necessita ser feita na exata proporção das candidaturas de ambos os sexos, obedecido o patamar mínimo de 30% de candidaturas femininas, em equiparação ao art. 10, parágrafo 3º, da Lei 9.504/1997. Também considerou inconstitucional o ministro a fixação de prazo de três eleições, pois, segundo se fundamentou, a distribuição não discriminatória deve perdurar, ainda que transitoriamente, enquanto for justificada a composição mínima das candidaturas.

Os demais votos abordaram a participação feminina mínima na política brasileira e a indispensabilidade de políticas públicas pedagógicas e incentivadoras do aumento dessa representação, assegurando-se, por meio de instrumentos de ações afirmativas, a igualdade no plano dos fatos. A propósito, do voto do ministro Alexandre de Moraes depreende-se que uma maior participação feminina no processo eleitoral pode ensejar a redução de outras contingências sociais, como a violência contra a mulher, e contribuir para a efetivação de políticas de proteção da maternidade e da primeira infância, minorando-se, por conseguinte, as desigualdades de gênero no mercado de trabalho.

O ministro Dias Toffoli comentou que a decisão do Supremo é um endosso à igualdade de gênero insculpida no art. 5º, I, da CF, a incluir o processo eleitoral e partidário, acrescentando o julgador que, “dentre os direitos fundamentais da pessoa humana, evidentemente, como seres humanos que somos, de gêneros diversos, está a igualdade dos gêneros”.

Ao final, brindaram-se a dignidade humana, a igualdade material, a solidariedade e o pluralismo político. Venceu o pensamento de que materializar o

exercício pleno da cidadania por grupo costumeiramente excluído das representações políticas – as *mulheres* – é uma das tarefas de uma jurisdição constitucional democrática, à qual se soma o relevante e inafastável papel que podem representar os atores privados, de que são exemplos os partidos políticos.

A menção à teoria da *eficácia horizontal* dos direitos fundamentais foi bastante oportuna e corrobora o que aqui se propõe. Que a proteção particularizada à mulher é dever do Estado resulta indiscutível, mas convém não esquecer que a ordem jurídico-constitucional brasileira, sob a perspectiva das competências institucionais, não é suficiente para resolver os dilemas de gênero, com todas as trágicas implicações decorrentes da estrondosa desigualdade entre homens e mulheres no país. Os encargos aplicam-se a *todos*, impondo-se, mais uma vez, apreender a ideia de *corresponsabilização*: cada um pode fazer sua parte na perseguição aos objetivos do Estado democrático.

Nesse tocante, a eficácia horizontal se une, novamente, a essa pretensa *fraternidade*, com explícitos alicerces, cabe esclarecer, na Constituição. Afinal, a autonomia partidária não consagra regra que exima os partidos do pleno respeito aos direitos fundamentais, na linha do art. 17 da CF, de forma que o espaço de autonomia privada garantido “não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição”, como constou do voto do relator.

Como se viu no parecer da Procuradoria-Geral da República, uma participação feminina aguçada no dia a dia da agenda político-eleitoral tem carga simbólica elevada no empoderamento das mulheres e no seu reconhecimento como sujeito de direitos no ambiente público. O prestígio a grupos minoritários tende a influenciar as relações também na própria esfera privada, prevenindo-se a ofensa a bens e valores inerentes a esse segmento inferiorizado. Como consequência, engendra-se uma consolidação mais múltipla e altruística da sistemática mutualista de direitos e deveres.

Numa assertiva imbuída de manifesta *relacionalidade*, é válido dizer que, sem o conhecimento dos meandros de *um*, é bastante difícil desincumbir-se de atender o *outro*. Num universo ainda bastante masculino, *admitir* e *reconhecer* a pauta feminina é simplesmente imprescindível à cessação das violações maciças aos direitos

das mulheres e à satisfação da igualdade plena que a ordem constitucional quer construir.

A convivência harmônica e o respeito entre as diversidades necessitam sobrepujar a ignorância, o preconceito, a injustiça, a opressão e a indiferença, com vista a uma realização mais efetiva do próprio texto constitucional, documento plural e igualitário. A paridade ajuda, lembre-se, no apreço à *alteridade*, consubstanciada na conseqüente compreensão sobre os direitos e os interesses desses grupos geralmente afastados dos debates políticos.

Por fim, a equidade de direitos irmana sujeitos em forte *desigualdade* nas várias esferas da comunidade, quer no contexto íntimo e doméstico das familiaridades, quer no tratamento pessoal e profissional, quer nas remunerações empregatícias, quer na ocupação dos espaços de poder, apenas para citar alguns exemplos de desequiparações constitucionalmente inadmissíveis. Desequiparações que, vale comentar, não configuram fraternidade.

No julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e do Mandado de Injunção (MI) 4.733, a Corte analisou suposta omissão do Congresso Nacional em não editar lei criminalizadora de atos de homofobia e transfobia. A primeira foi demandada pelo Partido Popular Socialista, antigo nome do partido Cidadania, em face do Congresso Nacional, a fim de obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, sobretudo quanto a agressões e discriminações movidas pela orientação sexual e pela identidade de gênero da vítima. O segundo foi ajuizado pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros igualmente em face do Legislativo.

O relator da ADO, ministro Celso de Mello, reputou omissos o Congresso Nacional ao deixar de expedir lei que criminaliza atos de homofobia e transfobia e reconheceu a inconstitucionalidade dessa demora. Deu-se, ao final de seu voto, interpretação conforme a Constituição Federal para o enquadramento da homofobia e da transfobia, ou qualquer que seja a forma da sua manifestação, nos vários tipos penais delineados em legislação já existente, como é o caso da Lei 7.716/1989 (definidora dos crimes de racismo), até a edição de lei própria.

Na sua fundamentação, destacou-se que as práticas homofóbicas configuram racismo social, consignado em atos de segregação que inferiorizam

membros integrantes do grupo LGBT. Como a orientação sexual e a identidade de gênero, aduziu, são essenciais à *dignidade* e à *humanidade* de cada indivíduo, a multiplicidade das formas de vida e o direito à *diferença* não devem ensejar preconceitos raciais. O Estado, nessa linha, de acordo com o relator, possui o *dever* de atuar na tutela da dignidade da pessoa humana e dos valores da igualdade e da tolerância. Dever que, disse-se, também se evidencia no plano internacional, como mostram a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Declaração de Durban e os Princípios de Yogyakarta.

O ministro Celso de Mello enalteceu que *cada um de nós* é pessoa dotada de iguais dignidade, razão e consciência, marcadas pelo vínculo comum e inseparável do gênero humano. Falou-se, no longo voto, acerca dos valores da solidariedade, do respeito, da tolerância, da alteridade e do multiculturalismo, “fundamentos ético-jurídicos no combate incessante ao racismo, à discriminação racial, à xenofobia e a todas as modalidades correlatas de intolerância”.

Em linhas parecidas com as assinaladas no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, veiculou-se que a proibição do preconceito representa capítulo do *constitucionalismo fraternal*, assinalando o relator que o direito à autodeterminação do próprio gênero ou à definição de sua orientação sexual traduz poder fundamental de qualquer pessoa, “um essencial direito humano cuja realidade deve ser reconhecida pelos Poderes Públicos”. A proibição do racismo e a orientação pela sua criminalização versam, nos termos da decisão, sobre o direito fundamental à igualdade e à dignidade da pessoa humana, sendo esse dever de tolerância pressuposto pleno da vida em sociedade.

O relator do mandado de injunção, ministro Edson Fachin, também fez uma relevante exposição acerca do tema. Considerou o julgador ser atentatório ao Estado democrático de direito qualquer tipo de discriminação, inclusive a fundamentada na orientação sexual das pessoas ou em sua identidade de gênero. Com lastro no direito à igualdade sem preconceitos e nos tratados internacionais de que faz parte o Brasil, reputou-se que o texto de 1988 possui um mandado constitucional de criminalização nessa esfera protetiva de minorias, nos moldes do art. 5º, XLI: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Registrou-se que a sexualidade constitui dimensão inerente à *dignidade da pessoa humana*, princípio constitucional fonte e fundamento de outros direitos fundamentais, como aquele atinente à igualdade. Ao conteúdo desse princípio o voto associou o valor intrínseco da *pessoa*, como *fim em si mesmo*, nunca como instrumento ou objeto. É dizer, o direito à igualdade sem discriminação abarca a identidade ou expressão de gênero e representa manifestação da própria personalidade da pessoa humana, impondo-se ao Estado reconhecê-lo e protegê-lo.

Em seu voto conjunto nas ações, o ministro Luís Roberto Barroso anotou, inicialmente, que, apesar da atividade do Parlamento, nenhuma lei de combate à homofobia chegou a ser aprovada no Brasil após mais de 20 (vinte) anos de discussões, circunstância que reputou bem distinta do ocorrido no cenário mundial. Por essa razão, disse o ministro que a vida presente está a exigir do Estado uma resposta jurídica “contra essa violência institucionalizada de pessoas que, muitas vezes, passam como invisíveis na percepção da sociedade”.

Advertiu-se a respeito da regra geral de dever o STF comportar-se com autocontenção e respeitar o espaço de conformação legislativa e, pois, as escolhas políticas do Congresso Nacional. Ocorre, entretanto, disse o relator, que, estando em cena a proteção de direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, legitima-se uma atuação mais proativa da Corte, mesmo em contraposição à vontade das majorias. Essa linha de pensamento foi igualmente seguida no julgamento conglobado da ADI 4.277 e da ADPF 132, cujo tema foi a validade das uniões estáveis para casais do mesmo sexo. Na oportunidade, como se viu, restou bastante destacado o papel das Cortes constitucionais na travessia entre o direito e a sociedade, protegendo interesses de minorias e acompanhando as mudanças sociais.

O ministro falou de agressões e preconceitos, mencionando que a “verdadeira espiritualidade é fraterna, tolerante e acolhedora”. Registrando, outrossim, que a lei deve punir condutas atentatórias de direitos e liberdades fundamentais, na linha do art. 5º, XLI, supradestacado, concluiu que o princípio da proporcionalidade, em sua dimensão de vedação à proteção insuficiente, exige que a proteção da integridade física e psíquica da população LGBTI+ opere por meio de criminalizações, na forma postulada nas demandas em evidência. Do voto se enxerga que essa exigência busca

tutelar esse grupo vulnerável naquilo que há de mais essencial em sua *dignidade*: seu valor intrínseco como ser humano.

Por fim, reportando-se à Lei 7.716/1989 e às punições por esta estabelecidas para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, o ministro Luís Roberto Barroso endossou inexistir qualquer fator razoável de diferenciação que justifique que somente algumas dessas espécies de discriminação sejam condutas criminosas, enquanto outras provenientes do preconceito fundado em orientação social e identidade de gênero permanecem desguarnecidas. Assim, “eventual tratamento diferenciado constituiria forma de hierarquização de opressões sociais inadmissível à luz do princípio da isonomia”.

A ministra Rosa Weber, em sua decisão, aludiu à necessidade de concretizar o princípio constitucional da igualdade em relação às identidades minoritárias de gênero e de orientação sexual, a demandar a adoção de ações e instrumentos afirmativos destinados a neutralizar situações de desequilíbrio. Salientou-se que o direito à individualidade “traduz um dos elementos constitutivos da noção de pessoa humana titular de direitos fundamentais” e que, a partir do reconhecimento dessa identidade, capacita-se o indivíduo a desenvolver sua personalidade e sua autonomia na comunidade que integra.

A ministra traçou ainda uma analogia dessa assertiva com o *direito de participação* na arena política, cuja adequada tutela, justificou, propicia o desenvolvimento de todas as outras condições para a construção da democracia e, por conseguinte, para o exercício dos demais direitos. E, ao final, em seu voto no sentido de acompanhar o relator e julgar procedente a ADO e o MI, consignou que o direito à autodeterminação sexual deriva diretamente do princípio da *dignidade da pessoa humana*, “tomada como valor-fonte a informar e conformar todo o ordenamento constitucional (art. 1º, III, CF) ”.

O ministro Luiz Fux iniciou seu voto afirmando que a generalização da homofobia no país é capaz de consagrar um *estado de coisas inconstitucional*, dada, especialmente, a inércia legislativa específica quanto aos “níveis epidêmicos” dessa discriminação. O julgador se reportou aos limites da jurisdição constitucional, registrando que, a despeito de a instância hegemônica no Estado democrático de direito

ser o Congresso, precisa o constitucionalismo se impor quando se cuidar de defesa das minorias contra as violências de uma maioria ocasional.

Votando igualmente a favor dos pleitos das ações, o ministro Luiz Fux considerou que, na hipótese, o dever constitucional de legislar possui primordial lastro na *dignidade da pessoa humana* e nas normas voltadas a concretizar o princípio constitucional da *igualdade*, inscrito no art. 5º, “caput”, da Constituição, assim como nos compromissos internacionais que denotam o engajamento do país no tema.

Por sua vez, a ministra Cármen Lúcia aduziu ser a *homofobia* prática racista, crime, pois, contra a humanidade, não submetido ao esquecimento (art. 5º, XLII), a despertar a vigilância do poder público nos sentidos preventivo e repressivo e a firmação de uma educação “cívica e humanista das futuras gerações para evitar sua manutenção”. Abriu-se tópico sobre uma proteção constitucional deficiente frente às circunstâncias de agressão, violência e homicídio de homossexuais e transexuais, demonstrando a urgência de se executar providência estatal para “impedir, dificultar ou estagnar o quadro de agressões que se multiplicam contra aqueles grupos e a inaceitabilidade de se manter aquela omissão (quando não condescendência)” sem a mão rigorosa do poder público.

O ministro Ricardo Lewandowski aludiu às demandas por reconhecimento, componente essencial do princípio da igualdade e “uma das principais reivindicações de grupos minoritários e de direitos humanos em todo o mundo”. Fez ele comentários a respeito de justiça social, diferenças, respeito e felicidade, asseverando que mudanças no simbólico e transformações culturais revelam-se indispensáveis à minoração das desigualdades sociais.

Justificou-se que os direitos concernentes à orientação sexual e à identidade de gênero são reconhecidos como essenciais para a dignidade e a humanidade da pessoa humana, completando os núcleos dos direitos à igualdade e à não discriminação. O ministro Lewandowski acrescentou terem os poderes públicos, no que atine à desigualdade de gênero, uma dívida histórica com os vários grupos oprimidos, daí a indispensabilidade da punição criminal da homofobia e da transfobia, ato *simbólico* que, para o julgador, representa somente “um primeiro passo”, porquanto são as complexas mudanças culturais que possibilitam a incorporação do apreço e da equidade no sistema formal de justiça.

Dessa maneira, considerada a omissão legislativa em tipificar essa discriminação, julgou-se procedente o mandado de injunção para reconhecer a mora inconstitucional do Congresso Nacional e aplicar, até que venha legislação a respeito, a Lei 7.716/89, ajustando-se à tipificação prevista para os crimes derivados de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero.

A Corte carimbou, por maioria, a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT. À exceção dos ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que compreenderam que a conduta somente pode ser punida por lei aprovada em seu rito regular, os demais votaram por inserir a homofobia e a transfobia nos tipos da Lei do Racismo, até que o Congresso Nacional legisle sobre o tema.

Breves comentários precisam ser feitos. “Um primeiro passo”, bem disse o ministro Ricardo Lewandowski no esmero de suas fundamentações. Talvez não houvesse necessidade de ativação da jurisdição constitucional para efetivar direitos de grupos incontroversamente agredidos nos mais diversos círculos sociais. É, talvez.

*Idealmente*, num Estado democrático, concórdia, respeito e alteridade aflorariam, pois, afinal, todos são iguais e merecedores de idêntico tratamento numa sociedade manifestamente heterogênea e plural. O cumprimento dos deveres e a realização do direito substancial eclodiriam voluntariamente, tornando-se despicienda qualquer provocação do aparelho estatal para o rechaço a atos discriminatórios e ofensivos ou o referendo de condutas dignas e solidárias. Infelizmente, contudo, não é singelo o abismo entre o *ideal* e o *real*, vislumbrando-se, no dia a dia dos fatos, um abismo extremamente difícil de ultrapassar.

Todo preconceito é conceitualmente odioso, mas o massacre consciente às identidades LGBT tem sido, infelizmente, muito mais visível, incisivo e chocante. Sem embargo, poucas aversões iluminam com tamanha contundência personalidades de enormes estratos da sociedade brasileira que, travestidas do discurso moralista e conservador, destilam o ódio, a ojeriza e a indiferença. E, convém lamentar, são agressões tão exponenciais quanto absurdas. A letargia legislativa reconhecida pelo STF no acolhimento da ação direta e do mandado de injunção não indica somente a omissão do Parlamento brasileiro e *vai além*, refletindo o que pensa, de forma

preocupante, considerável parcela da população que inadmitte alguns caracteres do *diferente* e da *alternatividade*. De fato, legisladores não são alienígenas e tendem a abarcar as ideias de grupos representativos de sua base eleitoral.

É bastante plausível imaginar que as coisas permaneceriam exatamente como estavam caso o Supremo não tivesse decidido favoravelmente ao pleito esboçado. Projetos legislativos em passos lentíssimos, arquivados e esquecidos e Poder Executivo pouquíssimo interessado em proceder às reformas necessárias para atender esse menosprezado grupo social. Como produto, violência que não se combate, gritos que não se ouvem e direitos que não *pegam*.

Não que o Judiciário consiga ou deva resolver os problemas incontáveis do mundo, na medida em que a “lei pode muito, mas não pode tudo”, como se apregou. O julgamento da Corte, porém, é paradigmático ao clarear demandas de grupos que, muitas vezes, não conseguem penetrar os debates parlamentares. O STF se tornou, dessa maneira, importante lócus de discussão, abrindo a arena dos debates e propiciando o acompanhamento pela plateia de assuntos não raras vezes obstruídos. A Corte, de maneira inequívoca, mais do que promover uma concepção social e engajada de justiça, reacendeu e instigou importante polêmica no domínio dos direitos fundamentais.

A participação livre e oportuna de grupos vilipendiados satisfaz os alicerces e as intenções de uma sociedade pretensamente igual, justa e solidária. Homossexuais, travestis e transgêneros *desejam* reconhecimento, *querem* dignidade e *precisam* participar dos debates da contemporaneidade política. Desapreço, inferiorização e ausência de reconhecimento têm acompanhado as andanças dessa parcela estigmatizada, seja na seara das relações privadas, seja na ambiência pública.

A ordem constitucional prospecta transformação e igualdade irrealizáveis quando parcelas populacionais desvestidas da mínima dignidade sequer conseguem usufruir seus direitos. Agressões e minimizações à sua essência somam-se a atitudes que escanteiam esses indivíduos das deliberações, interferindo nas experiências de autorrealização, estima e solidariedade que nutrem o tecido social.

A maior legitimidade do sistema democrático exige o acolhimento fraternal e alargado dos inúmeros sujeitos histórica e individualmente determinados, descabendo falar-se de sociedade harmônica e de Estado pluralista quando o que se têm

são a *inação* e o *descompromisso* em face de individualidades destoantes de identidades ditas convencionais. A jurisdição constitucional, entende-se, nos dois casos sublinhados, exerceu seu papel na defesa de minorias contra a ostensividade das maiorias, em prol da garantia de valores constitucionais que, obscurecidos por intercorrências morais, sociais e políticas, encontram-se em nítido déficit de efetividade.

O *constitucionalismo fraternal* averba a proibição do preconceito em seu dicionário, homenageando, como tantas vezes já se destacou, a diversidade como valor sociopolítico cultural. A absorção de suas ideias e a prática de suas proclamações, não custa rememorar, alimentam acepções de humanismo, dignidade, responsabilidade compartilhada e altruísmo. E mais: possuem serventia para a solução pacífica das controvérsias que a CF enuncia e, desde seu preâmbulo, destina-se a assegurar.

Estado e sociedade, de fato, têm um dever a cumprir diante de dissídios e desapeços discriminatórios de tanta magnitude. Obviamente, transformações culturais não são imediatas, e os direitos e os deveres não se realizam como derivação automática de fórmulas postas de poder. O compromisso dos atores sociais com os valores do constitucionalismo é o núcleo que se pretende, mas os experimentalismos democráticos de base não suprimem a importância dos arranjos institucionais, do que decorre o realce às funções das Cortes constitucionais como guardiãs de direitos e agentes concretizadores das metas estabelecidas nos textos fundamentais.

Democracia não se completa quando minorias são alijadas dos firmamentos institucionalmente estabelecidos. Democracia não se atinge em ambientes de ódio, desprezo e intolerância. Democracia, em absoluto, não se confunde com governo de maioria, mero cômputo matemático destituído de substancial significação. Que democracia, afinal, é desejável?

Em termos de interpretação, como disse o ministro Luiz Fux, urge a interação dos movimentos sociais com a Constituição, num ciclo capaz de *remodelar* os sentidos interpretativos das leis e de fomentar a atuação orquestrada dos populares e dos intérpretes oficiais a favor da realização plena da democracia. Nitidamente, a obediência aos princípios da liberdade e da igualdade, elementares para uma cidadania transformadora, foi o que o STF buscou fazer na apreciação da ADO e do MI estudados. Aquinhoou-se a Constituição.

Igualdade, inclusividade e minorias apareceram ao Supremo Tribunal Federal recentemente, na apreciação da ADI 5.543, em que o Plenário, por maioria, reputou inconstitucionais normatizações do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que excluía do rol de habilitados para doação de sangue “os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes”.

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) questionou a Portaria n. 158/16 do Ministério da Saúde e a Resolução RDC n. 34/14 da ANVISA, que restringem a doação de sangue por homossexuais. Para a parte autora do pedido, em síntese, o comportamento sexual é que deve ensejar o risco de obtenção de doenças sexualmente transmissíveis – DST, jamais a orientação sexual.

Em seu voto, o relator, ministro Edson Fachin, acolheu o pedido, compreendendo que a firmação de grupo de risco com lastro em orientação sexual não se legitima, de modo que os critérios para seleção de doadores de sangue devem basear-se na apuração de condutas arriscadas: nos atos por ela praticados, mas não na forma de ser e existir das pessoas. O julgador adotou, em sua fundamentação, alguns dos argumentos apresentados pelos *amici curiae* que defenderam a inconstitucionalidade das regras em evidência, negritando que restrições desmedidas baseadas no preconceito se afastam do “verdadeiro conhecimento sobre os fatores de risco a que o doador foi exposto”, culminando em tratamento desigual e desrespeitoso com relação aos homossexuais.

Considerou-se impossível desprezar a violência física e simbólica que inflige a população LGTB no país, a tolher parcela da população de sua humanidade e recusar-lhe a possibilidade de exercício da empatia e da alteridade. Essa alteridade, para o ministro, demanda um exercício prévio de compreensão sobre o lugar do *outro* no direito e deve representar o “embasamento ético do fazer decisório”.

É possível vislumbrar, na fundamentação, o enaltecimento da *responsabilidade* com o *outro*, instando uma reconfiguração do direito no sentido de mais bem concretizar a justiça e incutir, nesse universo, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas socialmente inferiorizadas. Afinal, registrou-se, “somos responsáveis pela resposta que apresentamos a esse apelo”. Noções de ética e

responsabilidade, dessa maneira, restaram bem valorizadas ao longo do voto do ministro Edson Fachin.

Os atos normativos em debate, mencionou-se, debilitam a autonomia pública desses sujeitos e enfraquecem sua possibilidade de participação na execução de uma política pública de saúde importante, resultando, ao final, em extremos prejuízos no alcance de um interesse tão precioso, qual seja, na hipótese, o auxílio aos que necessitam de uma transfusão de sangue. Lê-se, em sequência, que os dispositivos impugnados ofendem o direito daquele grupo atingido de ser *solidário* e *participar* da comunidade política, bem como a dignidade da pessoa humana na sua dimensão de autonomia e reconhecimento: “discriminação injustificável”, nas palavras do relator.

A demanda jurisdicional em tela, conforme o relator, pugna pela alteridade como incentivo ao entendimento da CF sob a perspectiva do outro sujeito, a saber, o movimento LGBT, elevando-o a verdadeiro intérprete de uma dogmática constitucional mais legítima, democrática, aberta e emancipatória.

Por fim, sublinhou-se que os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade, essenciais à análise do caso, fortalecem-se, no plano internacional, com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância e os Princípios de Yogyakarta, documentos citados por muitas vezes nesta dissertação.

O Ministro Luís Roberto Barroso, a Ministra Rosa Weber e o Ministro Gilmar Mendes afirmaram que os dispositivos não observam o princípio constitucional da proporcionalidade, pois não levaram em conta, como exemplos, possíveis uso de preservativo e existência de parceiro fixo, informações, disse-se, importantes para a análise do grau de risco da conduta. Do voto do último julgador ainda se extrai a ideia do *dever estatal* de promoção de políticas públicas de igualdade, impondo-se aos poderes públicos a execução de um largo conjunto de medidas de orientação, educação e prevenção atreladas às concepções de gênero e sexualidade.

O Ministro Luiz Fux também aderiu ao critério do comportamento de risco, o qual preservaria a sociedade e possibilitaria a realização desses atos inclinados à construção de uma sociedade solidária, sendo o ato de doar sangue, falou-se,

manifestação de caridade e até de cidadania. Rechaçou-se, ao fim, a estigmatização de certos grupos e a discriminação de camadas tidas como de risco.

As divergências se iniciaram com o voto do ministro Alexandre de Moraes, para quem as restrições apontadas baseiam-se em dados técnicos, e não na orientação sexual. O ministro votou pela parcial procedência da ação, destacando que a política nacional de sangue, componentes e derivados no país ampara-se na Lei 10.205/2001 e no Decreto 3.990/2001 e respalda a necessidade de proteção específica ao doador, ao receptor e aos profissionais envolvidos. Em linha similar, o ministro Ricardo Lewandowski asseverou que o Tribunal deve adotar uma postura de autocontenção quando as determinações das autoridades sanitárias estiverem fundadas em dados técnicos e científicos devidamente demonstrados, argumento seguido pelo ministro Celso de Mello.

Terminado o julgamento, algumas ligeiras palavras. Não é tão comum, infelizmente, ato caritativo ou benevolente por parte dos brasileiros. Parece contraditório, dada a gigante desigualdade que assola nossas relações sociais, políticas e econômicas, apta, em tese, a impulsionar medidas compensatórias ou reversivas para combater esse plano, mas é provável que o ethos individualista e o câncer da corrupção nos afastem de acenos e materializações naturalmente solidárias. Comparações nem sempre são desejáveis, mas é impossível olvidar que outros países muito mais carentes de recursos econômicos possuem cultura solidária relativamente estruturada e robusta, diferentemente do que se vê por aqui.

A esse propósito, um importante destaque foi esboçado pelo ministro Gilmar Mendes em trecho do seu voto, quando mencionou que, na atual circunstância de enfrentamento da calamidade provocada pela covid-19, em que se intensificam problemas de toda sorte de grandeza especialmente nas esferas social e econômica, urge analisar com bastante acuidade atos normativos restritivos de gestos de humanidade e altruísmo e impeditivos da nossa capacidade individual de espelhar acepções de deveres e responsabilização cidadã e, por conseguinte, minorar ou reverter danos coletivos.

A assertiva não é banal. Se não anda bem o nível de conscientização sobre as obrigações cívicas, carecendo de concretude nossas percepções comunitárias, torna-se completamente desarrazoado conferir guarida a normatizações limitadoras de atitudes fraternais. Quão legítimo é repelir manifestações de pessoas desejosas de atuar

em prol do bem e, simplesmente, *fazer a diferença*? Essa pergunta não deixou de ser feita pelo Tribunal.

A restrição à forma individual de *ser* e *existir* não é apenas discriminatória e iníqua, atingindo tanto a individualidade como o próprio bem comum, sendo o alcance deste último vilipendiado por atos normativos desproporcionalmente proibitivos de um exercício empático: *doar* sangue. Trata-se de um fazer garantidor da própria *vida*, sem cujo usufruto qualquer rol contemplativo do catálogo de direitos fundamentais não tem qualquer serventia prática. Além disso, é possível que muitos homossexuais, temendo ser tolhidos de generosamente participar dessa concessão, optem por ocultar sua identidade e suas preferências sexuais no momento dos questionários de candidatos a doadores de sangue, contribuindo para enterrar, mais ainda, a idiosincrasia de grupo já tão ofendido por intensos preconceitos históricos.

Surge uma dupla lesão: a robustez das restrições à doação de sangues endossa a discriminação por orientação sexual e a cultura de não doar sangue, e o banimento dos homossexuais masculinos da possibilidade desse gesto prejudica os avanços individuais na assunção da própria sexualidade, obstando a pauta do movimento LGBTI, como bem destacou o Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCIVIL), *amicus curiae* na ADI 5.543.

As normas atacadas, dessa maneira, ofendem os princípios da dignidade e da igualdade ao se basearem primordialmente no gênero ou na orientação sexual do doador. O STF, ao declarar inconstitucionais os dispositivos questionados, reputou-os afrontadores da autonomia e do reconhecimento daqueles que querem doar sangue e deparam com limitações normativas desmedidas e injustas e cravou a inadmissão da pecha de “perigoso” ou “inferior” atribuída a homens que fazem sexo com outros homens ou a suas parceiras.

Ao fim, com a abertura das portas à solidariedade, à integração e à participação na comunidade política, homenagearam-se o pluralismo e a diversidade, conceitos inatos à democracia fraternal. Apreciados como membros e partícipes da rica cidadania que a Constituição projeta, os homossexuais viram-se protegidos como pessoas viventes em sua existência concreta, respeitados na sua dignidade e afeiçoados em sua liberdade sexual.

A deferência aos seus direitos é *dever* estatal e comunitário, incumbência, na verdade, que deveria executar-se de modo espontâneo, como valor socialmente desejável. Nem sempre, entretanto, isso acontece, e, apesar de algum progresso no combate a esses fenômenos de evidente desequiparação, ainda convém prosseguir muito mais. Provimentos jurisdicionais inclusivos ostentam esse dom de alavancar o bom debate e revelar a uma sociedade dividida em torno de certos assuntos a abundância da *coexistência diversificada* dos iguais, idônea a promover o bem de todos, sem quaisquer formas de preconceito ou condicionantes injustificáveis. Em cenários de isonomia, aceitação e altruísmo, comumente se catam bons frutos: direitos fundamentais se observam, deveres se cumprem, tolerância se pratica, justiça social se exterioriza.

A Corte tem enfrentado, em diversas arguições de descumprimento de preceito fundamental, pormenores sociológicos e jurídicos da nomeada *ideologia de gênero*. Representativa do assunto é a ADPF 461, proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 3º, X, parte final, da Lei 3.468/2015, do Município de Paranaguá, Estado do Paraná, trecho que proibiu política de ensino com informações sobre gênero ou orientação sexual.

Primeiramente, o relator, ministro Luís Roberto Barroso, arguiu ter restado violado o art. 22, XXIV, da Constituição, pois a norma impugnada, ao proibir a adoção dessa política, suprime campo do saber das salas de aula e do norte informacional de crianças e jovens, dispondo sobre matéria objeto da competência privativa da União. Disse-se que a norma viola a Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases de Educação), editada pela União e que prevê o respeito à liberdade, o apreço à tolerância e a vinculação entre educação e prática sociais como princípios que devem orientar as ações educacionais.

Destacou-se ainda que, segundo o art. 2º dessa última lei, a educação tem como lastro os ideais de *solidariedade humana* e, como finalidade, o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, conteúdos que, na mesma linha, conflitariam com a lei municipal.

O ministro reforçou que a educação assegurada pelo texto de 1988 é aquela voltada a promover o pleno desenvolvimento da pessoa, a sua capacitação para o

exercício da cidadania e o desenvolvimento humanístico do país (artigos 204 e 205). *Educação emancipadora*, sublinhou, fundada no pluralismo de ideias e na liberdade de aprender e de ensinar, habilitando as pessoas para os mais diversos ramos da vida, “como ser humano, como cidadão e como profissional (CF/88, art. 206, II, III e V)”. Do voto constou que essas disposições fundamentais se alinham com normas internacionais ratificadas pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo Adicional de São Salvador à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Entendeu-se, pois, que impedir as escolas de tratar da sexualidade em sala de aula ou de educar seus alunos sobre gênero e orientação sexual obsta que a educação desempenhe seu papel de transformação cultural e de promoção da igualdade. O relator negritou que, sendo a educação o principal instrumento de superação da incompreensão, do preconceito e da intolerância, “proibir que o assunto seja tratado no âmbito da educação significa valer-se do aparato estatal para impedir a superação da exclusão social e, portanto, para perpetuar a discriminação”. Além disso, enxergou-se ofensa ao princípio da proteção integral da criança, do adolescente e dos jovens, disposto no art. 227 da CF, porquanto abordar tais temas implicaria auxiliá-los a compreender a sexualidade e tolher discriminação e violência no ambiente escolar.

Em conclusão, o julgador declarou a inconstitucionalidade do dispositivo impugnado por violação à igualdade e à dignidade humana, estabelecendo o dever do Estado de assegurar um ensino plural preparador dos indivíduos para a vida em sociedade e a inviabilidade de utilização do poder público para manter grupos minoritários em condições de invisibilidade, entendimento que foi seguido por unanimidade pelo Tribunal.

O ministro Alexandre de Moraes delineou que o exercício da jurisdição constitucional pelo STF tem, como ponto elementar, a defesa dos valores fundamentais de todos, igualmente e, pois, sem quaisquer discriminações entre grupos majoritários e minoritários. Considerou-se que a lei de Paranaguá excede os limites da competência suplementar reconhecida aos municípios e contraria as diretrizes e bases da educação nacional estatuídas pela União (art. 30, II, da CF), em especial as que impõem “a observância dos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar

e divulgar o pensamento, do pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas e da promoção humanística, científica e tecnológica”.

Mencionou-se que a norma impugnada traz a marca da censura prévia e “adere à imposição do silêncio” e do obscurantismo, ofendendo ainda um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, associado à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF), e, conseqüentemente, ao princípio da igualdade (art. 5º).

Fez-se referência à decisão do STF proferida na ADI 4.277, já estudada nestas linhas, em que a proibição à discriminação em virtude do sexo, gênero ou orientação sexual foi afirmada no capítulo de um constitucionalismo fraternal que homenageia o pluralismo como valor sociopolítico cultural e consagra o direito à preferência sexual como emanção da dignidade da pessoa humana. Por fim, o ministro Alexandre de Moraes sublinhou ter a ONU editado o documento “Nascidos Livres e Iguais: Orientação Sexual e Identidade de Gênero no Regime Internacional de Direitos Humanos”, que esmiúça tópicos para efetivação da proteção legal aos direitos e liberdades fundamentais em virtude de orientação sexual e identidade de gênero.

Abrindo os caminhos para o livre debate de um tema que o legislador municipal escolheu afogar, o Judiciário floresceu conhecimento e participação, protegendo, com isso, a própria democracia. Ainda que não se pretenda, um dos maiores custos de viver numa sociedade democrática corresponde à coexistência respeitosa e equânime de inúmeros valores e mundividências, todos merecedores de digna consideração.

Fechar os olhos para o universo exterior e buscar imunizar crianças, adolescentes e jovens contra alguns conteúdos sob pretensos argumentos de prejuízos num contexto de aprendizagem é não só inconstitucional, mas também contraproducente e ineficaz. Há contingências da vida que não deixarão de existir por sua negação e por seu escondimento: é assim com a transexualidade e a homossexualidade.

A escola constitui, juntamente com a família, um dos principais lócus de discriminação e estigmatização de crianças e jovens imbuídos de preferências *simplesmente diferentes*. A inércia no ensinamento de gênero e orientação sexual muito

mais atrapalha do que contribui no que diz respeito ao processo de aprendizado humanístico, livre, plural e cívico com o qual pais e mães deveriam sonhar. Dessa forma, a omissão em combater as infelizes segregações e as ridicularizações das variadas identidades replica a discriminação e perpetua a violência.

Quer se queira ou não, crianças e adolescentes homo ou trans, não importa a denominação, existem e, felizmente, estão conosco e ao nosso lado: o repúdio às informações educacionais e o incentivo à formação de bolhas ou ilhas protegidas dos *inimigos* não mudarão esse quadro. Na realidade, eles sempre existiram, bastando simples consultas a levantamentos históricos ou literários para perceber a naturalidade com que as mais distintas orientações sexuais se relacionaram ao longo do tempo. O preconceito e a ojeriza, por outra via, não precisam ser os de sempre, havendo espaço para uma mudança de atitude no nosso papel de progredir como seres humanos de iguais dignidade, apreço e deferência. É possível fazer diferente.

As comunidades são mais complexas e abrangentes: ensinamento e orientação nas escolas deveriam ser preferíveis à ignorância e ao rechaço a respeito de um fato da vida social. O Supremo Tribunal Federal, ciente de que a tolerância e a pluralidade nem sempre estão presentes, especialmente em contextos polarizados de “eu contra tu”, “demônios”, “comunistas” e “invisíveis”, efetuou justiça inclusiva ao densificar a dignidade e apostar no convívio sadio das distintas crenças e valorações. Numa atuação também pedagógica, resguardou, de modo patente, os direitos da minoria e favoreceu, com isso, um dos mais nobres objetivos da Constituição da República: o logro da verdadeira igualdade.

Debruçando-se sobre a ADPF 738, o Supremo referendou a medida cautelar inicialmente concedida pelo ministro Ricardo Lewandowski para determinar a aplicação, nas eleições municipais de 2020, dos seguintes incentivos às candidaturas de pessoas negras: distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e do tempo de propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão de maneira proporcional à quantidade de candidatos negros de cada partido.

No caso concreto, em resposta a uma consulta da deputada federal Benedita da Silva, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) decidira que essas medidas só seriam aplicadas na eleição de 2022, porquanto, em virtude do princípio da

anterioridade (art. 16 da CF), alterações legislativas no processo eleitoral não se aplicam às eleições que ocorram até um ano da data de sua vigência.

Em seu voto concessivo da liminar, o ministro sublinhou que a determinação do TSE não procede à alteração do processo eleitoral, já que se mantiveram a disciplina das convenções partidárias, os coeficientes eleitorais e a extensão do sufrágio universal, tendo sido somente aperfeiçoadas regras de caráter procedimental com a intenção de ampliar a participação de pessoas negras nas eleições.

Reportou-se à jurisprudência firmada pelo STF na ADPF 186, também de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, acerca da constitucionalidade da estipulação de cotas raciais para o ingresso de estudantes em universidades públicas, adicionando-se que a obrigação de tratamento equitativo dos candidatos por parte dos partidos políticos deriva do dever constitucional de proteger o regime democrático e os direitos fundamentais e de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor ou idade (art. 3º, IV, CF).

Do voto constou que políticas públicas tendentes a incentivar a apresentação de candidaturas de pessoas negras aos cargos eletivos homenageiam os valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da cidadania e louvam a construção de uma sociedade fraterna, tolerante e pluralista, referida pela CF desde seu preâmbulo. Mencionou-se que a *justiça distributiva* se volta a superar desigualdades irrompidas no mundo dos fatos, por meio de intervenções estatais que realocam os bens e as oportunidades existentes na sociedade em prol da coletividade como um todo.

O ministro Marco Aurélio votou contra o referendo da liminar, sob a justificativa de que a adoção de ações afirmativas compete ao Congresso Nacional, não se justificando a atuação do STF como legislador positivo no sentido de prescrever medidas direcionadas a promover candidaturas de pessoas negras. Nada obstante, traçou o julgador relevantes assertivas concernentes à urgência de uma mudança cultural, plasmada num aprimoramento da conscientização dos brasileiros, alçando-se a busca do tratamento igualitário a *dever cívico* incontornável.

O ministro Alexandre de Moraes acompanhou o relator e advertiu não se tratar o provimento jurisdicional exarado pelo STF de atuação substitutiva ao Congresso Nacional. Com efeito, destacou-se competir ao Legislativo fixar política de ação afirmativa capaz de ampliar a participação política dos negros, a despeito de ser

plenamente legítima a atuação do Poder Judiciário para resguardar direitos fundamentais de grupos muito vulneráveis, como já se destrinchou em assertivas expostas ao longo deste capítulo quando se abordaram representatividades das mulheres e dos homossexuais.

A ADPF foi julgada prejudicada em decorrência da perda de seu objeto, pois houve o exaurimento do pedido pela execução da medida cautelar deferida. Como o mérito da ação não restou apreciado, os votos terminaram não avaliando, de modo mais aprofundado, o tema de fundo. Ainda assim, restou possível observar as menções ao objetivo constitucional de construir um Estado democrático e assegurar os valores superiores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

*Dever de cidadão*, disse o ministro Marco Aurélio em seu voto, salientando não se poder falar em Constituição Federal sem levar em conta a *dívida* do igualitarismo. O julgamento referido se coaduna com as decisões já estudadas que consagraram a responsabilidade compartilhada e pugnaram pela consequente *obrigação da sociedade* com a transformação que se deseja. Especialmente na análise da ADI 5.617, quando se estudaram percentuais mínimo e máximo de recursos do Fundo Partidário para aplicação em campanhas eleitorais de mulheres, escreveu-se que entidades privadas como os partidos políticos necessitam de comprometimento com as modificações sociais de uma realidade cruelmente desigual, não sendo a efetivação de direitos fundamentais, logo, obrigação aplicável apenas à seara dos poderes públicos. Isso vale para idosos, portadores de deficiência, índios, mulheres, negros e homossexuais, notórias minorias tantas vezes aqui enaltecidas.

É difícil deixar de lamentar que assuntos desse tipo não se resolvam natural e internamente, sem intermediação dos poderes constituídos. Enorme parte da litigância envolvendo direitos fundamentais de minorias deriva de intransigências das próprias agremiações, para as quais a indiferença perante segmentos inferiorizados parece assunto que não lhes pertence.

A verdade é que ainda somos uma sociedade prenhe de preconceitos, e, enquanto a satisfação desses direitos não ocorrer por iniciativa arquitetada e substancial dos próprios partícipes da comunidade, a jurisdição constitucional tem o potencial de se utilizar de interpretações baseadas em discriminações positivas que se prestem a oportunizar realização pessoal a determinados grupos de indivíduos.

A Corte, assim agindo, não apenas provê o pedido autoral, exercendo seu mister constitucional, como também educa, instigando uma postura ativa, equitativa e construtora dos cidadãos e dos grupos privados e enxertando-lhes na mente seu encargo no empreendimento de uma sociedade fraterna. Atitudes estáticas ou neutras, vale repisar, não se encontram conforme o Estado de direito qualificado com o *plus democrático*, termo que demanda intercessão e engajamento, nunca abstinência e descompromisso.

### *3.3 Fraternidade e humanização do sistema penal de justiça na casuística do STF*

Algumas polêmicas de direito penal que resvalaram na Corte embasaram asserções sobre a proposta estudada, revelando a filtragem assinalada pelo princípio da fraternidade na interpretação da lei com base na cidadania e na dignidade da pessoa humana, dois dos fundamentos da República (art. 1º, I e III).

É o que se deu no HC 94.163, impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao prover o apelo do Ministério Público, fixou a data da recaptura do paciente como termo inicial da contagem do prazo para o livramento condicional.

Escrevendo sobre os fins regeneradores da sanção criminal, o relator do HC, ministro Ayres Britto, asseverou que o instituto do livramento representa a última etapa da execução penal, cujo objetivo é proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado (art. 1º da Lei n. 7.210/1984). Na fundamentação do voto, mencionou-se a importância da cooperação entre Estado e comunidade nas atividades de execução de penas e medidas de segurança (art. 4º do mesmo diploma).

A interpretação levada a efeito, acolhida por todos os ministros da Primeira Turma, marcou que o requisito temporal do livramento condicional é medido a partir da quantidade de pena efetivamente cumprida, que não sofre alteração com eventual prática de falta grave.

Dessa forma, entendeu-se ofender o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX) a decisão que fixa a data da fuga do paciente como nova data-base para o cálculo do requisito do livramento condicional. Reportou-se aos objetivos fundamentais de erradicação da marginalização e de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º da Constituição republicana), motivação que o

preâmbulo liga à fraternidade e que a decisão se encarregou de satisfazer ao conceder amparo à dignidade penal da pessoa humana e restabelecer o direito do apenado.

Ainda no âmbito penal, o Supremo debateu, no HC 97.256, a impossibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, prevista no art. 44 da Lei n. 11.343/2006 (Lei de Drogas). Tratou-se de *habeas corpus* impetrado contra acórdão do STJ que validou a proibição acima mencionada. A Defensoria Pública da União (DPU) impetrou a ação invocando ofensa às garantias constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI), à inafastabilidade de apreciação de lesões ou ameaças de lesões a direito pelo Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) e à proporcionalidade da resposta estatal ao crime (art. 5º, LIV).

Em seu voto, o relator, ministro Ayres Britto, consignou não poder a lei subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao criminoso a sanção que, no caso concreto, revelar-se expressão de razoável ponderação entre circunstâncias objetivas e subjetivas. Aduziu-se que o direito é produzido para a vida concreta dos homens em sociedade, numa complexidade que a descrição legislativa jamais conseguirá abarcar inteiramente.

Dessa maneira, o núcleo semântico da garantia à individualização da pena, reflexo da busca pela *justa medida*, não pode ser nulificado por abstratas disposições. Defendeu-se no voto competir ao magistrado aferir, na especificidade de cada caso, o tipo de reprimenda suficiente para castigar, recuperar socialmente o apenado e, simultaneamente, inibir a reiteração delitiva. Cabe a ele, numa ponderação em concreto, conciliar segurança jurídica e *justiça* material.

O ministro expôs luzes sobre o preâmbulo da Constituição, que qualifica os valores supremos de uma sociedade pluralista, fraterna e sem preconceitos. Sociedade esta inspirada no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e subjacente ao sistema humanista de direito penal.

Também não se esqueceu de citar que, no plano internacional, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas conferiu tratamento diferenciado ao tráfico ilícito caracterizado pelo menor potencial ofensivo, a fim de possibilitar alternativas ao encarceramento.

Concluindo seu voto, o relator concedeu parcialmente a ordem e declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação de substituição da pena

privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos. Seus argumentos foram seguidos por uma maioria apertada de ministros, ao passo que os outros viram como constitucional e razoável a proibição.

Pelo que se colheu, a decisão no HC humanizou o sistema penalista e permitiu, com fulcro na dignidade da pessoa humana e na feição solidária desejadas pelo constituinte, a análise casuística pelo juiz quanto à possibilidade de converter a pena de cárcere noutra alternativa.

A ADPF 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para afastar a constitucionalidade de interpretações fixadoras do entendimento de que a interrupção da gestação de fetos anencéfalos é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

É oportuno frisar a participação, no julgamento, de entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, em audiência pública designada com lastro no art. 6º, §1º, da Lei 9.882/99.

Relator da ação, o ministro Marco Aurélio defendeu a descriminalização da antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, compreendendo que a imposição estatal da manutenção da gravidez viola direitos fundamentais básicos das mulheres: vida, saúde, dignidade humana, privacidade e autonomia.

Descabe, nos termos da fundamentação do voto, falar de direito à vida ou de garantias do indivíduo quando em jogo está o natimorto, com ínfimas condições de sobrevivência. Ao contrário, para o ministro, a proteção necessita ser conferida a quem se encontra no outro lado da balança, ou seja, à mulher, sujeita a gravíssimos riscos físicos e psicológicos uma vez exortada a continuar com a gestação.

O voto estabeleceu linhas a respeito das previsões do Código Penal, que não menciona os casos de anencefalia como autorizadores da prática interruptiva da gravidez, mas somente aqueles inculpidos no art. 128, I e II (“aborto necessário” para salvar a vida da gestante e “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”).

Fez-se registrar que a proteção ao feto saudável oriundo do estupro é ponderada pelo legislador com os direitos da mulher, não se punindo o aborto nessas hipóteses derivadas de um crime sexual, razão pela qual haveria mais fortes razões para a tutela a um feto lamentavelmente fadado à morte.

Finalmente, rebatendo o argumento de que a possibilidade de doação de partes do organismo do anencéfalo justificaria a manutenção da gravidez, disse-se que obrigar a mulher a geri-lo corresponderia a acolher uma perspectiva utilitarista, a qual se valeria da gestante como instrumento de geração de órgãos a doar, numa clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).

Neste último ponto, é interessante notar ter o relator rejeitado a imposição à mulher, com fundamento na solidariedade, do seguimento da gestação, o que seria enxergá-la como simples objeto, em violação à sua condição humana. Com essas considerações, o ministro Marco Aurélio votou pela possibilidade legal de interromper a gravidez nos casos de anencefalia, declarando a inconstitucionalidade de qualquer interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal criminalizadora da prática referida.

Em suas manifestações de acompanhamento ao voto do relator, vencedor por maioria, a ministra Rosa Weber e o ministro Luiz Fux também se utilizaram do princípio maior de direito da dignidade da pessoa humana, enfatizando a prevalência da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Entendeu-se que as liberdades da mulher superam um suposto direito à vida de feto desvestido de atividade cerebral, incapaz de desenvolver-se com capacidade psíquica, física e afetiva inerente ao ser humano.

A ministra Cármen Lúcia e o ministro Joaquim Barbosa também abordaram o direito à vida e à saúde, bem como a dignidade da pessoa humana. Em linha semelhante aos outros votos, destacou-se a liberdade de escolha da mulher acerca dos caminhos da gravidez, seja por uma continuidade, seja por uma interrupção. Deu-se ênfase à preservação da dignidade da vida em um aspecto amplo, nos termos assegurados pelo constitucionalismo contemporâneo. Para a julgadora, que se uniu à procedência do pedido feito na arguição, quando se fala de dignidade, é preciso todos envolver: mãe, pai, irmãos e demais parentes, humanos com expectativas no nascimento do bebê.

A ministra acrescentou que, na democracia, a vida impõe respeito a uma vasta gama de valores que a Constituição agasalha, os quais circundam, no caso discutido, as livres deliberações tomadas por uma família afligida por circunstâncias muito difíceis. Dessa forma, concluiu ela, diferentemente de um feto sem perspectiva de

vida, há outras vidas dependentes exatamente dessa árdua escolha por uma interrupção de gestação que se deseja. Vidas que precisam dignamente continuar.

O ministro Ayres Britto, em seu voto pela procedência da ADPF, reconheceu que a mulher possui o direito a interromper esse tipo de gravidez anômala, mediante uma decisão respaldada por uma Constituição principiológica e humanista.

Ao seu tempo, o ministro Celso de Mello declarou a possibilidade, por desejo da mãe, da interrupção do parto em caso de gestação de feto anencéfalo, justificando que, na ausência de vida a ser protegida, não existe chance para a tipificação penal. Apoiou-se ele em vários direitos atribuídos especialmente à mulher, como os direitos reprodutivos, a liberdade, a autodeterminação pessoal e a intimidade, assim como na eficácia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Assim como aconteceu nos pormenores da ADI 3.510 (pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos), valorizou-se a inviolabilidade do amor, da sensibilidade, do afeto, das inquietações e da angústia do *homem*. Que mais adequadamente se diga, *da mulher*, passível de enormes lesões físicas e psicológicas desde que a interpretação efetuada pelo Supremo tivesse sido outra. Deu-se a ela simplesmente *dignidade*.

A decisão colegiada respeitou a ótica humanitária que serve de fonte ao constitucionalismo fraternal, engrandecendo a saúde e a liberdade da mulher. E, em vez de legitimar sua punição a partir de uma repressão penal desarrazoada, o Judiciário ofereceu-lhe assistência e, talvez o mais relevante, conforto e esperança possíveis, inclinando-se à harmonia social e à consecução do bem comum.

Na ADPF 291, de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso, a Corte debateu os argumentos trazidos pela PGR em desfavor do art. 235 do Código Penal Militar – CPM, que trata como crime sexual a “pederastia ou outro ato de libidinagem” e estabelece pena de detenção de seis meses a um ano ao militar que “praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar”.

Alegou o autor ofensa aos princípios da isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana e pluralidade, bem como violação ao direito à privacidade, pedindo a declaração de não recepção do dispositivo pela Constituição e,

subsidiariamente, a declaração de inconstitucionalidade do termo “pederastia” e da expressão “homossexual ou não”, constantes do tipo penal.

Embora tenha apresentado voto inicial pela integral procedência do pedido, com especial embasamento no princípio da intervenção mínima do direito penal, o relator aderiu à compreensão majoritária: fixou-se que o dispositivo deveria ser mantido, mas com a invalidação das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, dado o seu conteúdo discriminatório. Deu-se guarida, por um lado, à disciplina normativa militar, rejeitando-se o afastamento integral de artigo que busca proteger a disciplina e a hierarquia, e, por outro, afastaram-se proclamações lesivas a direitos de minorias.

Em seu voto, o relator analisou a evolução histórica do art. 235 e o contexto de sua edição, afirmando que a atual redação incluiu o *nomen iuris* “pederastia ou outro ato de libidinagem” e a expressão “homossexual ou não” como forma de reprovar condutas relacionadas à orientação sexual dos agentes e, especialmente, de vedar-lhes o acesso e expulsar homens homossexuais das Forças Armadas. Afirmou o julgador que a diferenciação fundada na orientação sexual machuca os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade (artigos 1º, III; 3º, IV, e 5º, “caput”).

O ministro Edson Fachin advertiu que as referências a “pederastia” e a ato libidinoso “homossexual ou não” carregam sentidos preconceituosos e pejorativos incompatíveis com a vigente ordem constitucional. Para ele, o sexo das pessoas não pode se prestar a desigualações jurídicas, colidindo o preconceito com o objetivo constitucional de promoção do bem de todos (art. 3º, IV).

No ponto, é interessante visualizar ter traçado o relator uma analogia entre a rubrica referente ao tipo penal em alusão (“Pederastia”) e o preâmbulo constitucional, assentando que o controle concentrado de constitucionalidade pode ambos alcançar, já que tanto o enunciado da norma contestada como o trecho preambular são passíveis de exame interpretativo no momento de subsunção da conduta concreta ao modelo abstratamente previsto: prestam-se, pois, à orientação hermenêutica.

Citou-se, cumpre sublinhar, a ADI 2.649, aqui escrutinada, quando se comentou a admissão, pelo STF, do preâmbulo como componente do texto

constitucional, revestido de validade e capacidade vinculativas e orientador da interpretação e da aplicação das normas da CF.

Em seu voto, o então decano Celso de Mello se reportou aos “longos séculos” de repressão, intolerância e preconceito que atingem a questão da homossexualidade, afetando pessoas em razão de sua orientação sexual, “marginalizando-as, estigmatizando-as e privando-as de direitos básicos, em contexto social que lhes é claramente hostil e vulnerador do postulado da essencial dignidade do ser humano”.

O ministro afirmou que refutar o dispositivo em discussão permitirá a realização dos valores da liberdade, da igualdade, do pluralismo e da tolerância, essenciais à formação de uma sociedade “verdadeiramente” democrática. O reconhecimento da invalidade do art. 235 do CPM, prosseguiu, incentiva a união da sociedade em volta de um objetivo comum, encerra divisões preconceituosas e reverencia novos paradigmas, ensejando, com isso, a consolidação de uma ordem jurídica “genuinamente” inclusiva.

Todos os julgadores resolveram pela não recepção dos fragmentos legislativos destacados. Ao final, reconheceu o STF a impossibilidade de discriminações com fundamento na orientação sexual, a qual constitui projeção da liberdade e da dignidade do indivíduo, e lembrou o rechaço ao preconceito como capítulo do *constitucionalismo fraternal*, nos termos explicitados pelos ministros Luís Roberto Barroso e Edson Fachin.

Outro assunto de repercussões penais veio à baila no julgamento do HC 143.641, impetrado pelo Coletivo de Advogados em Direitos Humanos sob o fundamento de que confinar mulheres grávidas em estabelecimentos prisionais precários retira delas o acesso a programas de saúde pré-natal e assistência regular na gestação e no pós-parto e priva as crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento. O impetrante alegou violação aos postulados constitucionais relacionados à individualização da pena, à vedação de sanções cruéis e ao respeito à integridade física e moral da presa.

No exame de fundo do *habeas corpus*, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, reiteraram-se a situação degradante dos presídios brasileiros e o quadro de sistemática restrição de direitos daqueles encaminhados à custódia estatal, já

reconhecidos pela jurisprudência do STF, deficiência estrutural que estaria privando mães e crianças dos necessários cuidados médicos.

O relator considerou ser urgente impedir que a pena se transmita das mães para os filhos, em obediência ao disposto no art. 5º, XLV, segundo o qual nenhuma sanção punitiva passará para terceiro. Os cuidados com a mulher presa, continuou o relator, também se direcionam para seus filhos, sendo necessário prestigiar o art. 227 da CF, que estabelece, como *dever* da família, da sociedade e do Estado, assegurar prioridade absoluta aos direitos elementares das crianças. Nesse ponto, inúmeros dispositivos constitucionais voltados especialmente à tutela das mulheres e das crianças em situação de maior vulnerabilidade foram citados: art. 5º, II, art. 5º, XLI, art. 5º, XLV, art. 5º, L, art. 5º, XLVIII e art. 5º, XLIX.

O ponto-chave dos argumentos residiu na tutela jurídica da dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e na busca incessante em satisfazê-la no plano dos fatos, bem como no humanismo iluminador da democracia estabelecida pela Constituição de 1988. Ao aludir às falhas sistêmicas geradoras da “cultura do encarceramento”, o ministro Ricardo Lewandowski consignou que a imposição exagerada de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, enorme maioria dos sujeitos alcançados pela persecução penal, enseja situações bastante lesivas a gestantes e mães submetidas a fenômenos degradantes que a CF não negligenciou.

Lesões que também infligem as crianças filhas de mães presas, já que a segregação, disse-se, seja nos presídios, seja em entidades de acolhimento institucional, “terá grande probabilidade de causar dano irreversível e permanente”, prejudicando-lhes o desenvolvimento pleno e impossibilitando-lhes o completo bem-estar.

Não olvidou o julgador de abordar textos normativos reputados condizentes com a proteção conferida pelo constitucionalismo brasileiro aos indivíduos colocados sob a custódia do Estado, quais sejam: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, os Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, a Convenção das Nações Unidas contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e as Regras das Nações Unidas para o

Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok).

No voto, destacou-se a atenção do legislador à delicadeza do tema, com ênfase às modificações ao art. 318 do Código de Processo Penal – CPP, com a consequente autorização para que o juiz converta a prisão preventiva em domiciliar quando a mulher estiver grávida ou quando for mãe de filho de até 12 (doze) anos incompletos, ao Estatuto da Criança e do Adolescente e à Lei de Execução Penal, implicações relevantíssimas no campo da vida e da saúde das crianças que subsidiaram o julgamento do *writ* em evidência.

O relator votou no sentido de conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar – sem prejuízo da aplicação simultânea das medidas alternativas insculpidas no art. 319 do CPP – de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças com até doze anos sob sua guarda ou de pessoa com deficiência, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em circunstâncias excepcionálíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que rejeitarem o benefício. Estendeu-se, ao final, a ordem para as demais mulheres e adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica situação no território nacional.

Como se deu no julgamento dos HCs 94.163 e 97.256, a presente decisão logrou aguçar o sistema penal de justiça com doses de altruísmo e solidariedade. Partindo da constatação inequívoca de que a imposição do cárcere não atinge apenas a custodiada, a Segunda Turma do STF procurou realizar o desígnio de tutela dos sagrados direitos da vida, da saúde e da liberdade, patenteando o que o legislador e a própria Constituição elevaram a valores inafastáveis à construção de uma sociedade mais justa e harmoniosa. Enriqueceu-se, é bom dizer, o direito penal, intrinsecamente severo e punitivo, com a maleabilidade e o construtivismo irradiados pela principiologia social.

Empreendeu-se também a deferência ao *outro sujeito*, estabelecendo a Corte que formas alternativas de punição distintas do cárcere conseguem dar concretude às disposições prospectivas que a Constituição traçou: consecução de uma sociedade fraterna, erradicação da marginalização e promoção do bem de todos. Com isso,

salvaguardam-se minorias costumeiramente postas de lado e combatem-se indiferenças e negligências que tanto ofendem a noção de Estado democrático pretensamente plural, abrangente e acolhedor. Efetiva-se, dessa maneira, o pacto constitucional.

Na situação vertente, a busca pela efetivação da própria *dignidade* de seres tão inferiorizados, mormente os infantes, engendra ganhos imensuráveis à coletividade. Punições criminais desmedidas não têm o efeito de proteger a sociedade, mas sim o contrário. A inconsistência do afeto e o déficit de desenvolvimento sensorial e emocional, não há como escapar, obstruem a formação de pessoas saudáveis e capazes de estabelecer frutíferas relações sociais e amplificam a probabilidade de incursões criminosas. Crianças que nascem no cárcere ou que logo se separam da sua genitora machucam-se de forma grave demais, crescendo em ambientes desvantajosos onde a noção de cidadania constitui quase ilusão. Como abordar a Constituição em situações desse jaez?

Essas palavras podem soar excessivamente benevolentes, mas não é disso que se trata. Seja sob a ótica incontestável da proteção dos direitos humanos, cuja perseguição deve ser por *todos* implementada principalmente em países de desigualdade abissal, seja sob a ótica utilitarista, não é comezinho justificar a situação atual de privação de muitas mulheres. Maiores oportunidades a elas e às crianças inocentes privadas do convívio razoável das boas experiências do mundo proporcionam “uma economia mais robusta e uma sociedade mais saudável”, como explicitou o relator do HC.

É claro que o amparo a sujeitos vilipendiados deveria partir dos círculos sociais em que eles se inserem, sendo a pacificação dos conflitos e a desincumbência dos deveres *morais* e *jurídicos* responsabilidade de *cada um*. Onde estão o respeito, a misericórdia e a esperança? Que justificativas para o cárcere remanesçam para circunstâncias nas quais a privação de liberdade, longe de contribuir para a concórdia social, ocasiona desavenças e esgarçamentos dos convívios pessoais e das instituições?

Não há espaço aqui para digressões mais alongadas sobre razões criminológicas ou econômicas dos cometimentos delitivos. De fato, o tema é complexo. Sem embargo, as flagrantes desigualdades de gênero que acometem as mulheres em todos os quadrantes da sociedade descortinam o lado pernicioso da opressão e do

abandono, quer pelos maridos, companheiros e familiares, quer pelos empregadores e demais atores das relações socialmente estabelecidas. O dia a dia é bastante cruel.

Chega o momento, não é fácil impugnar, de compreender o *constitucionalismo fraternal* e sua potencialidade democrática e transformadora. Firmar compensações em prol de grupos desfavorecidos é tarefa da sociedade e do Estado, e o STF não descumpriu os compromissos que a Constituição lhe outorgou, incentivando, ao contrário, novas ideias e ricas interpretações que contribuem para a ótica aqui defendida. Foi o que aconteceu na aceitação pela Corte da própria admissibilidade processual do *habeas corpus* coletivo, conferindo o Tribunal, ao aquilatar a existência de relações sociais tão massificadas, a maior amplitude possível a esse remédio processual, rejeitando provimentos individualizados de escassa utilidade sistêmica.

Catálogo algum de direito se materializa com desenhos engessados e cegos aos fenômenos dinâmicos que se exteriorizam nas bases da comunidade. Já há um tempo se reconhece que o direito tem pouca serventia sem as contingências cotidianas que se buscam regulamentar. É relativamente fácil arrogar-se de aplicador da Constituição e dizer a lei com foco no enquadramento jurídico que determinado fato propiciou, valendo-se das mesmas teorias e das mesmíssimas adequações. Difícil é visualizar as entranhas das relações de poder e as sutilezas dos firmamentos entre os indivíduos e perceber que a concretização de direitos depende, eminentemente, da tomada de posições mais avançadas, seja por parte dos agentes políticos, seja por parte dos sujeitos individualmente considerados. A intenção é alcançar deliberações consentâneas com o espírito de um novo momento.

A espontaneidade dos bons gestos está em falta no mercado, e, quando a fraternidade enfraquece, incrementa-se a obrigação do Estado de desvelar o problema, somando ao seu papel indispensável de formulador e executor de políticas públicas de proteção e integração social a força do efeito pedagógico de suas legítimas intercessões. Sim, as instituições oficiais possuem tarefa relevantíssima nessa empreitada, e o Supremo, no contexto estudado, não se desapegou de suas atribuições: deu-se o exemplo.

O *otimista* costuma ser intitulado ingênuo ou utópico, até que suas divagações ou inquietudes convertem-se naquilo que o senso comum começa a atribuir o rótulo de *convencional*. É preciso enfrentar o fato de que os modelos constitucionais

tradicionais não dão conta dos problemas hodiernamente enfrentados, especialmente, como não se cansou de dizer, em tempos de lastimável pandemia. É preciso, pois, levar a sério os fatores primários de realização constitucional.

### 3.4 Quadro síntese das análises jurisprudenciais

Neste último instante, verifique-se o quadro abaixo, do qual constam as categorias, o resumo das teses e a configuração dos provimentos jurisdicionais firmados pelo Supremo Tribunal Federal no trato da fraternidade.

A análise exige lembrar que as definições e as categorias oriundas do conteúdo da fraternidade não se desnudaram de forma isolada e impenetrável. A similaridade e o intercâmbio irrompidos entre os termos mostraram-se, ao avesso, comuns, cumprindo sublinhar que a especificação em tópicos se baseou na frequência e na intensidade com que se empregaram os elementos conceituais no desenrolar dos julgamentos.

<b>Categorias</b>	<b>Síntese das teses</b>	<b>Formação dos provimentos no STF</b>
Fraternidade entre a solidariedade e a corresponsabilização	<i>Altruísmo</i> , comprometimento, responsabilidade compartilhada. Obrigações cívicas e realização de deveres sociais ( <i>meus</i> diante do <i>outro</i> ).	Parte dos julgados se perfez com <i>decisões apertadas</i> , caso das ADIs 3.105 e 3.128 – contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. Lado outro, na ADI 1.003 (responsabilidade objetiva do consórcio de seguradoras que operam o DPVAT), houve <i>unanimidade</i> .
Fraternidade como fundamento da inclusão	Direito <i>inclusivo</i> como valorização da <i>dignidade</i> da <i>pessoa humana</i> e da indispensabilidade de garantir a <i>igualdade</i> .	Grande parte dos julgados se perfez com a <i>unanimidade</i> da Corte: RMS 26.071 (reserva de vaga a candidato portador de deficiência visual); ADI 4.277 e ADPF 132 (uniões homoafetivas);

		<p>HC 106.212 e ADC 19 (violência doméstica); ADPF 186 (cotas em instituições públicas de ensino superior); ADC 41 (reserva de vagas para negros em concursos públicos); ADPF 461 (ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas). Na ADI 3.330 (ProUni) e na ADI 5.357 (ensino inclusivo das pessoas portadoras de deficiência), somente o Ministro Marco Aurélio restou vencido.</p>
<p>Fraternidade e humanização do sistema penal de justiça</p>	<p>Busca de um paradigma de direito mais consentâneo com o <i>humanismo</i>. Reconstrução da justiça penal a partir de uma <i>filtragem</i> constitucional que mira a <i>fraternidade</i>.</p>	<p>HC 94.163 (execução penal e livramento condicional) – unanimidade alcançada. ADPF 54 (aborto de fetos anencefálicos) – <i>juízo por 8x2</i>. Apenas dois ministros se manifestaram contra o aborto de fetos sem cérebro; ADPF 291 (tipificação penal da pederastia ou da libertinagem no âmbito militar) – a <i>unanimidade</i> dos ministros entendeu não recepcionada parte dos dispositivos legais apontados. Em outras decisões, houve apertada maioria, como se deu no HC 97.256 (conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no tráfico de drogas).</p>

Esmiuçada a tabela, vê-se que, na primeira categoria, inexistiu homogeneidade na produção dos provimentos por parte do Supremo. Porção dos julgados, ao deparar com as teses das obrigações cívicas e da satisfação de deveres sociais, perfez-se com decisões apertadas, como é o caso das ADIs 3.105 e 3.128 – contribuição previdenciária de inativos e pensionistas. Por outra via, na ADI 1.003 (responsabilidade objetiva do consórcio de seguradoras que operam o DPVAT), os ministros rejeitaram o pedido por unanimidade.

Avaliando-se o manuseio da segunda categoria, registra-se que, em inúmeros julgamentos, o STF alcançou unanimidade: RMS 26.071 (reserva de vaga a candidato portador de deficiência visual); ADI 4.277 e ADPF 132 (uniões homoafetivas); HC 106.212 e ADC 19 (violência doméstica); ADPF 186 (cotas em instituições públicas de ensino superior); ADC 41 (reserva de vagas para negros em concursos públicos); ADPF 461 (ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas). Na ADI 3.330 (ProUni) e na ADI 5.357 (ensino inclusivo das pessoas portadoras de deficiência), somente o Ministro Marco Aurélio restou vencido.

Por derradeiro, intencionando a construção de um modelo de direito mais compatível com o humanismo e a fraternidade, o STF se voltou ao sistema penal de justiça a partir de uma filtragem constitucional relevante. Cuida-se da terceira categoria estudada, a saber, *fraternidade e humanização do sistema penal de justiça*. Também emergiram cisões nos resultados proclamados, pois, enquanto no HC 94.163 (execução penal e livramento condicional) e na ADPF 291 (tipificação penal da pederastia ou da libertinagem no âmbito militar) atingiu-se unanimidade quanto aos dispositivos legais apontados, com ligeiras variações de amplitude na conclusão da arguição de descumprimento de preceito fundamental, na ADPF 54 (aborto de fetos anencefálicos) o julgamento se operou por 8x2, com apenas dois ministros se manifestando contra o aborto de fetos sem cérebro. Em outras decisões, diga-se, houve apertada maioria, como se deu no HC 97.256 (conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos no tráfico de drogas).

O encerramento do capítulo demanda pequenos comentários adicionais. A análise desenvolvida nos votos e as conclusões alcançadas pelos ministros revelaram uma Corte Suprema, por um lado, incisiva e consciente de seu papel na

jurisdição constitucional e, por outro, fragmentada no que atine à leitura de certos dispositivos à luz da Lei Maior.

A guarda da Constituição e o resguardo de direitos fundamentais representam funções que o Tribunal logrou preencher. De fato, ao invalidar atos normativos dos poderes republicanos considerados ofensivos ao núcleo fundamental de valores e interesses de grupos inferiorizados ou cancelar aqueles outros inclinados à direção acolhida, nada mais fez o STF senão observar o próprio texto constitucional, sobretudo no que se refere à efetivação de suas cláusulas promotoras de igualdade substancial. Em outros momentos, quando centrou sua intervenção na noção de corresponsabilidade e pugnou pelos deveres sociais, agasalhou o meio ambiente e auxiliou na ascendência do constitucionalismo altruístico.

Os julgamentos não foram simples e abrangeram temáticas cercadas por grande complexidade: contribuição previdenciária de inativos e pensionistas, proteção ao meio ambiente, gratuidades a idosos e portadores de deficiência, pesquisas com células-tronco embrionárias, cobrança de matrículas e cotas em universidades públicas, demarcação de terra indígena, reconhecimento das uniões homoafetivas, constitucionalidade do aborto de fetos anencefálicos, reserva de vagas para negros em concurso públicos, série de assuntos do direito penal e ensino sobre gênero e orientação sexual nas escolas configuram exemplos dessa constatação.

Era até previsível, na verdade, que, diante de conceitos normativos difusos e indeterminados e de cláusulas amplas e abertas que sobressaem no interior de textos constitucionais analíticos como o de 1988, não houvesse compreensões judiciais uniformes. Acrescentem-se as naturais divisões axiológicas ínsitas às democracias plurais, as quais, logicamente, influenciam comportamentos e deliberações dos julgadores.

É difícil contestar o fomento e a materialização que o Judiciário, por força dos casos decididos, imprimiu aos elementos do constitucionalismo fraternal. O protagonismo dos indivíduos no empreendimento da solidariedade não apaga nem ofusca as prerrogativas e a capacidade das instituições de poder no desenlace dessa tarefa, assertiva que aqui já se repetiu várias vezes.

A apresentação deste capítulo, pois, realizou-se em reforço à indispensável defesa de uma atuação coordenada de todos os atores na realização do

ideário fraternal: a sociedade civil tem incumbência genuína no ponto, a despeito da pedagogia e da proatividade indiscutíveis que o Supremo pode professar.

Símbolos e exemplos tanto destroem objeções como movem sonhos e expectativas, mas a Corte não se limitou à descrição de promessas: foi além e colocou praticidade nas fundamentações arguidas. Na linha da força normativa ostentada pelo princípio jurídico da fraternidade, inseriu-o no domínio do direito e conferiu-lhe útil execução.

Nesse passo, embora as linhas desta dissertação já requeiram esgotamento, é alvissareiro observar que aos fatores primários de realização constitucional uniu-se um Poder Judiciário socialmente comprometido e alentador da corresponsabilização e da solidariedade, binômio que a teoria já ensina e que a aplicação necessita aprimorar.

## CONCLUSÃO

Quando cogitei escrever sobre estes tópicos há algum tempo, os maiores obstáculos residiam em conferir juridicidade a inclinações conhecidamente idealísticas e filosóficas, luta que, francamente, permanece. Entretanto, a vivência numa era pandêmica já ensinou o valor das *ideias* que simbolizavam meras fantasias antes de, trabalhadas com otimismo e afinco, virar aceitações quase incontroversas. Novas fórmulas e maiores esperança e ousadia pediram, então, passagem, e é urgente fornecer travessia adequada ao destino que se almeja.

Esse legado, previsivelmente, conseguiu interferir nas convicções jurídicas e pessoais dos ministros do STF, como se observou, mais recentemente, no julgamento das ADIs 6.586 e 6.587 – possibilidade de vacinação compulsória contra a covid-19 – e da ADPF 898 – validade de demissão por justa causa de trabalhadores não vacinados. Acaloradas discussões concernentes a esses dois temas ainda se encontravam em tramitação no Supremo Tribunal Federal quando formalmente encaminhadas estas páginas à banca examinadora da dissertação, mas as observações trazidas pelos julgadores já evidenciaram uma inadiável tese: no caso, está em jogo a saúde pública, direito de todos, prevalecente sobre os direitos individuais.

A orientação contra o mito da inviolabilidade das escolhas individuais, adicione-se, tem sido seguida por autoridades de incontáveis países do mundo, da América à Oceania, a despeito do extraordinário negacionismo que ainda grassa em alguns setores do globo, inclusive instigados por mandatários máximos da República, caso, sempre tristíssimo lembrar, do Brasil. Isso é um fato, e não uma opinião.

Expectativa do momento: imunização como bem público coletivo e vacinação, pois, como ato solidário. Imaginar liberdades absolutas, contra tudo e contra todos, é inadmissível. A dignidade da pessoa humana entrou novamente na cena, com suas mais consagradas irradiações: responsabilidade consigo mesmo e com o outro, conjugada com o princípio da solidariedade. No ponto, como dito pela ministra Cármen Lúcia ao proferir seu voto na ADIs, “a Constituição não garante liberdade para todos para a pessoa ser soberanamente egoísta”. Em definitivo, limites existem porque vivemos em sociedade: simples assim.

Se a Constituição brasileira, desde seu preâmbulo, afirma e repete o princípio da fraternidade, cumpra-nos realizá-lo. Seja por espontaneidade, com

fundamento numa ética de respeito ao outro, seja por dever, com lastro na eficácia normativa e obrigatória, certo é que ele precisa ser deflagrado, cada vez mais e irreversivelmente. Se, por um lado, o percurso dos julgamentos deixou óbvio não ser de hoje que a última instância do Judiciário tem debatido o conteúdo da irmandade e das responsabilidades coletivas, por outro, a guerra à disseminação de uma doença concreta e ameaçadora à vida da humanidade acelerou ousadia e coragem, unindo, não importa a dureza da torcida contrária, a grande maioria das instituições e da sociedade diante do adversário verdadeiramente comum e poderoso: o vírus.

Em tempos de desânimo e desesperança, o Supremo Tribunal Federal mostrou que embasadas teorias podem fundamentar as mais decisivas resoluções a favor do bem da vida e consubstanciar felizes exemplos de jurisdição constitucional guardiã de direitos fundamentais. A fraternidade está temerosa, mas não sozinha, e o auxílio a seus conseqüentários permite enxergar a aurora e a calma posterior aos estágios mais dificultosos da existência terrena.

A dissertação buscou aclarar e desenvolver o mote do constitucionalismo fraternal, sem pretender esgotar os meandros e as possibilidades de um tema em contínuo movimento. Importa, neste momento, sintetizar algumas das proposições levantadas ao longo do presente estudo.

A tríade do movimento revolucionário francês produziu os influxos de valores hoje intensamente caros às civilizações, sem os quais se torna mesmo difícil conceber os pressupostos elementares das constituições. Liberdade, igualdade e fraternidade serviram de motor aos conhecimentos mais hodiernos de direitos fundamentais e separação dos poderes, assim como às prescrições mais humanizadoras no ambiente das relações entre os indivíduos. *Liberdade e igualdade*, respectivamente, foram guias do Estado liberal e do Estado social anunciados. Algo, porém, afigurava-se escondido.

A previsão da disciplina fraternal executou-se de forma sintética e branda em alguns ordenamentos jurídicos da época, porém a sua ligação com o humanismo, a irmandade e o respeito esteve longe de ser impulsionada. A relevância do *princípio jurídico da fraternidade* obtém destaque neste quadro.

Primeiro, por refletir e impulsionar o conceito de deveres sociais, consistente na assunção de obrigações solidárias, cívicas e comunitárias. Segundo, por

unir autorresponsabilização e responsabilidade coletiva: *não estamos sozinhos no mesmo barco* e não podemos atuar de modo isolado. Terceiro, por configurar a fraternidade um *princípio jurídico* revestido de força normativa, servindo, a um só tempo, de diretiva hermenêutica e mecanismo de imposição, sendo igualmente comum, nessa visão, a anunciação do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. Quarto, porque a fraternidade, encaixando-se nos direitos de titularidade transindividual, torna indispensável a reconfiguração de significância dos direitos de liberdade e igualdade.

O constitucionalismo fraternal e democrático conduz a uma abordagem da noção de deveres fundamentais. Pondo-se de lado o individualismo, prestigiam-se a conscientização, a autorresponsabilização e a irmandade, elevando-se o povo ao papel de protagonista do pacto estabelecido. Exaltam-se, pois, os experimentalismos impulsionados de baixo para cima.

A internacionalização e a juridicidade da fraternidade costumam ser enaltecidas a partir do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, dispositivo que afirma o *dever* dos seres humanos de atuação uns para com os outros em espírito de fraternidade. O preâmbulo e a parte reputada dogmática de diversas constituições aludem ao princípio constitucional da fraternidade, indicando um compromisso estatal voltado à adoção de políticas públicas respeitosas, solidárias e inclusivas.

Aqui no Brasil, nos ordenamentos constitucionais anteriores, o termo *fraternidade* não surgiu, mas há feições solidárias em alguns dispositivos de destacada menção. Dessa maneira, a valia da *fraternidade* pode ser comprovada com fulcros jurídicos e especificados, e a própria CF preocupou-se com essa ideologia, existindo uma série de dispositivos constitucionais caminhando em tal sentido. Repelem-se, portanto, argumentos que ligam o conceito à abstração e à retórica e consideram-no de baixa eficácia jurídica.

Conscientização, cultura, educação e bem-estar social em geral exibem uma importância significativa no desabrochar da fraternidade. Cidadãos desprovidos de razoável nível de instrução ou desguarnecidos de dignos patamares de gozo social não reúnem propícias condições de preencher etapas indispensáveis ao

processo de amadurecimento democrático. Informação, fiscalização e participação urgem nesse cenário.

Impõe-se entender a relevância da consolidação cultural para o desenvolvimento saudável, seguro e estável das formas de poder, pois a inclusão formal da fraternidade em sistemas estatais instáveis e conflituosos é incapaz, por si só, de modificar tradições, hábitos e desejos de incursão e mobilização cívicas. O Estado não deve preceder a sociedade, e sim o contrário. Trata-se de virtudes a serem ensinadas mediante os talentos do uso e do exercício: matérias pedagógicas são imprescindíveis para o amadurecimento e a vivência democrática que se pretendem. Em assunto de deveres, convém conjugar prática e teoria.

Fraternidade diz com interação, comprometimento e responsabilidade. Participação e fiscalização ativas conducentes à cidadania direta configuram o ideal que o Estado democrático objetiva ver presente. O constitucionalismo fraternal impulsiona deferência, reconhecimento e agir solidário, valorizando os deveres e o cumprimento espontâneo das obrigações cívicas. Sem fundamento democrático, sem participação da sociedade e sem povo consciente de seu poderio no vislumbre e no resguardo de direitos e interesses da própria comunidade, a força normativa da Constituição não emerge.

A invocação do princípio da dignidade da pessoa humana como elemento configurador da fraternidade é recorrente entre os que se propõem a estudar o assunto. A fraternidade intenciona reverter um opressivo *status quo* e promover merecimento e inclusões em favor de segmentos alijados do sistema. Em tal compartimento, ela faz as vezes de princípio jurídico de expressas finalidades: promover igualdades e reconhecimentos.

A humanização do sistema penal perfaz-se com temperança, deferência, reciprocidade e acolhimento. Enquadrar a justiça penal com o colorido do humanismo significa torná-la vívida, pulsante e contingencial, oferecendo sustentáculo à filosofia fraternal. Amenizam-se, dessa forma, os rigores do direito penal, ramo jurídico incompatível com a imutabilidade.

Isso tudo não constitui utopia ou logro inviável, por mais árduo que seja o desafio. A penetração principiológica demanda, todavia, releituras e repaginações, a fim de que se construam interpretações que concentrem os olhos nos objetivos da igualdade, da pacificação e da harmonia.

Por derradeiro, ao se mirarem holofotes na utilização pragmática do conceito, foi possível evidenciar a forma com que o Supremo Tribunal Federal abordou, em casos práticos que lhe chegaram para apreciação, o constitucionalismo fraternal. Além da tendência nitidamente educativa exposta nas demandas, nas discussões e nos votos, aferiu-se a contribuição dessa instituição de poder para a propagação e a implantação do ideário na cultura democrática, requisito indispensável à efetivação do saber constitucional.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução, introdução e notas de Maria Aparecida de Oliveira Silva. São Paulo: Edipro, 2019.

ABBOUD, Georges; NERY JUNIOR, Nelson. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BARBOSA, Jucelaine Angelim. O humanismo na visão de Ayres Britto. In: OLIVEIRA, Tatiana Reinehr de (Coord.); ROCHA, Bruno Frota da (Coord.); SÁ, Acácia Regina Soares de (Coord.). *Direitos Fundamentais sob a ótica do Humanismo Jurídico: uma homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

\_\_\_\_\_. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

\_\_\_\_\_. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Yale University Press; 2nd edition (September 10, 1986).

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Do estado liberal ao estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da constituição*. Curitiba: Juruá, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.076*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Carlos Velloso. Julgamento em 15 de agosto de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.105 e n. 3.128*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Ellen Gracie. Redator do acórdão: ministro Cezar Peluzo. Julgamento em 18 de agosto de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Celso de Mello. Julgamento em 1º de setembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 16 dez. 2021.

em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 19 de setembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.071*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 13 de novembro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.649*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 08 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 29 de maio de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 500.171*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 13 de agosto de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=557455>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 94.163*, Primeira Turma. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 02 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição n. 3.388*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 24 de junho de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 97.256*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 1º de setembro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 106.212*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio. Julgamento em 24 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 5 de maio de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 19*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio. Julgamento em 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5719497>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio. Julgamento em 12 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 26 de abril de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.330*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ayres Britto. Julgamento em 3 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 291*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Roberto Barroso. Julgamento em

28 de outubro de 2015. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10931627>.  
Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.357*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Edson Fachin. Julgamento em 9 de junho de 2016. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>.  
Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 41*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Roberto Barroso. Julgamento em 8 de junho de 2017. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>.  
Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.937*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio. Julgamento em 24 de agosto de 2017. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749028439>.  
Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3.406 e n. 3470*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgamento em 29 de novembro de 2017. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>.  
Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 143.641*, Segunda Turma. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 20 de fevereiro de 2018. Disponível em:  
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Marco Aurélio. Redator do acórdão: ministro Edson Fachin. Julgamento em 1º de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749297200>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.617*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Edson Fachin. Julgamento em 15 de março de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748354101>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.003*, Tribunal Pleno. Relatora: ministra Cármen Lúcia. Julgamento em 1º de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749169037>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 670.422*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Dias Toffoli. Julgamento em 15 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752185760>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Celso de Mello. Julgamento em 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 4.733*, Tribunal Pleno.

Relator: ministro Edson Fachin. Julgamento em 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753957476>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Edson Fachin. Julgamento em 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 461*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Roberto Barroso. Julgamento em 24 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753886751>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 738*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 5 de outubro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239593>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.586 e 6.587*, Tribunal Pleno. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Julgamento em 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755517337>. Acesso em: 16 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 898*, medida liminar. Relator: ministro Roberto Barroso. Julgamento em 12 de novembro de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF898Liminar.pdf>.

Acesso em: 16 dez. 2021.

BREGMAN, Rutger. *Humanidade: uma história otimista do homem*. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Planeta, 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDUCCI, Michele. *Por um Direito Constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARNIO, Henrique Garbellini; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria política do direito: a expansão política do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. Tradução e notas de João Mendes Neto. São Paulo: Edipro, 2019.

COELHO, Vera Schattan P. (Org.); NOBRE, Marcos (Org.). *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: 34, 2004.

CORRAL, Luis Diez Del. *El liberalismo doctrinario*. 4. ed. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1984.

COSSEDDU, Adriana. Rumo às “fontes” do Direito, entre norma e vida. In: LOPES, Paulo Muniz *et al.* *Fraternidade e humanismo: uma leitura interdisciplinar do*

pensamento de Chiara Lubich. Tradução de Alexandre Magno de Araújo e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito fraterno humanista: novo paradigma jurídico*. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017.

DAHL, Robert A. *Poliarquia: Participação e Oposição*. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2005.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Indaiatuba, São Paulo: Foco, 2021.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTEVES, João Luiz Martins. *Direitos fundamentais sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FUX, Luiz; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. *Constituições e Cultura Política: Para Além do Constitucionalismo Contramajoritário*. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO; Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto Para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um Constitucionalismo Difuso: Cidadãos, Movimentos Sociais e o significado da Constituição*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O juiz e o direito: o método dialógico e a magistratura na pós-modernidade*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Rosina D' Angina. São Paulo: Martin Claret, 2014.

IGHINA, Domingo. Anotações para uma pesquisa sobre o princípio da fraternidade no pensamento latino-americano. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Tradução de Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução do original alemão de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC-Rio, 2006.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*. Tradução de Marsely de Marco Dantas. Apresentação e notas de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2014.

MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Rafael Freitas. A liquidez da democracia. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO; Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto Para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARRAFON, Marco Aurélio. Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINHAGO, Fernando Barros; NUNES, Francisco Pizzette. A Democracia sob a perspectiva da trilogia da Revolução Francesa. In: MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. *O direito no século XXI – o que a Fraternidade tem a dizer – Estudos desenvolvidos no Programa*

de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Organização e tradução de Ari R. Tank Brito. São Paulo: Hedra, 2011.

MIRANDA, Jorge. Valores Permanentes da Constituição Portuguesa. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto Para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. *Constitucionalismo e cidadania: por uma jurisdição constitucional democrática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORIN, Edgar. *Fraternidade: para resistir à crueldade do mundo*. Tradução de Edgard de Assis Carvalho. São Paulo: Palas Athena, 2019.

MOURA, Grégore Moreira de. *Direito Constitucional Fraternal*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

\_\_\_\_\_. A Constitucionalização da Fraternidade Jurídico-Contemporânea. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos. *Liberdade e Fraternidade: A Contribuição de Ayres Britto Para o Direito*. Salvador: Juspodivm, 2017.

MUDROVITSCH, Rodrigo. *Desentrançamento da jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, Série IDP.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Mulheres e Trabalho – A Falta de Igualdade de Oportunidades e de Tratamento no Emprego e na Profissão – O Resgate do Princípio da*

Fraternidade como Expressão da Dignidade Humana. In: VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* *Direito, Justiça e Fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

\_\_\_\_\_; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. O Princípio da Fraternidade e o Pacto Transgeracional: a Sustentabilidade na (e da) Civilização Tecnológica. In: VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* *Direito, Justiça e Fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PONTES, João Gabriel Madeira. *Democracia militante em tempos de crise*, 2020.

RICHTER, Daniela. O outro enquanto sujeito de direitos: um olhar fraterno sobre o conceito de sustentabilidade. In: MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. *O direito no século XXI – o que a Fraternidade tem a dizer – Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC*. Florianópolis: Insular, 2016.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou Princípios do Direito Político*. Tradução de Eduardo Brandão. Introdução de Maurice Cranston. São Paulo: Penguin, 2011.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Danielle Maria Espezim. Os Direitos Sociais da Criança e do Adolescente: a Fraternidade como Força Moral no Brasil da Virada para o Século XXI. In: VERONESE, Josiane Rose Petry *et al.* *Direito, Justiça e Fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

\_\_\_\_\_. *Comentário contextual à Constituição*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA FILHO, Diógenes Luiz da. Deveres decorrentes do princípio da cidadania. In: OLIVEIRA, Tatiana Reinehr de (Coord.); ROCHA, Bruno Frota da (Coord.); SÁ, Acácia Regina Soares de (Coord.). *Direitos Fundamentais sob a ótica do Humanismo Jurídico: uma homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. *Processo penal fraterno: o dever de fundamentar o provimento acusatório pelo Ministério Público no sistema processual brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo democrático e governo das razões: estudos de direito constitucional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STEIN, Lorenz Von. *The history of the social movement in France, 1789-1850*. Introduced, edited and translated by Kaethe Mengelberg. The Bedminster Press. Totowa, 1964.

SUSTEIN, Cass R. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts. London, England, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Sao Paulo: Saraiva, 2007.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO, Luciano. *Justiça Restaurativa e Crimes Culposos: contributo à construção de um novo paradigma jurídico-penal no estado constitucional de direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Tradução de Caio Farah Rodriguez e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VATTEL, Emer de. *O direito das gentes*. Prefácio e tradução de Vicente Marotta Rangel. Brasília: UNB, 2004.

VOLTAIRE, François-Marie Arouet. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas*. Tradução de William Lagos. Porto Alegre: L&PM, 2019.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. *Um conceito de fraternidade para o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, n. 6, ano 4, jan. 2007.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.