

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM  
HELDER CÂMARA**

**TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI**

**RUI DECIO MARTINS**

**THIAGO LOPES DECAT**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

T314

Teorias dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/  
FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Sérgio Urquhart de Cademartori, Rui Decio Martins, Thiago Lopes Decat –  
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-138-8

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.

I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 :  
Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



# XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

## TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

### **Apresentação**

A publicação que ora apresentamos é o resultado dos trabalhos concentrados no grupo de Teoria dos Direitos Fundamentais, da 24ª edição do CONPEDI. A transversalidade das questões relativas a direitos fundamentais, aliada à relevância prática destas questões e ao tratamento teórico/racional que o tema tem angariado na academia jurídica pátria, explica a diversidade de temas e enfoques presentes nos textos deste volume. Aliando reflexões sobre a fundamentação dos Direitos Fundamentais, sua efetivação e aplicação em contextos diversos, esta obra exerce a importante função de divulgação acadêmica de como o campo jurídico, nos termos de Bourdieu, elabora sua compreensão desta importante classe de direitos subjetivos, na sua função ao mesmo tempo condicionadora do exercício dos demais direitos e contramajoritária. Em constante tensão produtiva com a soberania popular, e equiprimordial em relação a ela, o conjunto dos direitos fundamentais articula a proteção da autonomia privada com a autonomia pública constitutiva da soberania popular, de modo a fornecer o conteúdo mínimo daquilo que se chama hoje de estado democrático de direito. Neste sentido, os direitos fundamentais e o conceito conexo de dignidade, ainda hoje próximo de suas raízes kantianas, pode ser compreendido como topos inevitável da teoria do direito, mesmo que a densificação de seu conteúdo para além dos critérios formalistas/procedimentais kantianos e liberais remeta necessariamente, em sociedades pluralistas e postradicionais, a uma teoria da argumentação. Esta é a razão pela qual não se poderia deixar de incluir no título do grupo de trabalhos que deu origem a esta publicação a questão epistemológica de que tipo de teoria seria apropriada para a concreção do sentido destes direitos em contextos concretos de ação. Os trabalhos que integram a obra tratam de todas estas questões, abordando assuntos que vão desde o tipo de teorias apropriadas para lidar com o tema, passando pela Dignidade da Pessoa Humana, Estado democrático de Direito, a prioridade da proteção das crianças e adolescentes, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, o princípio da laicidade, a concretização tardia do valor iluminista da solidariedade, os direitos da personalidade, a história e a terminologia dos direitos humanos, os direitos humanos na declarações de direitos, a relação entre direitos humanos e o trânsito à modernidade, constitucionalização simbólica e direito de reunião, a contraposição entre a relatividade dos direitos humanos e a ideia de um núcleo conceitual invariável de tais direitos, direito à informação e liberdade de expressão, proibição administrativa, a teoria dos princípios jurídicos, rumos possíveis do processo histórico de compreensão dos direitos humanos, a ideia de ponderação de princípios, a tensão entre direitos humanos e elementos identitários nas práticas sociais de

povos tradicionais até a teoria dos limites aos limites dos direitos fundamentais. Acreditamos que tal diversidade, em vez de revelar ausência de sistematicidade nas reflexões sobre os direitos fundamentais, expõe um dos pilares de toda investigação científica digna deste nome: a liberdade no pensar e a apropriação dos conceitos para reflexões próprias, característica de pesquisadores e de um campo do saber verdadeiramente emancipados.

**O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE SOB A PERSPECTIVA DO DENOMINADO  
CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E A SUA INFLUÊNCIA NA  
JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**THE FRATERNITY PRINCIPLE UNDER THE SO-CALLED FRATERNAL  
CONSTITUTIONALISM PERSPECTIVE AND ITS INFLUENCES ON THE  
SUPREME FEDERAL COURT JURISPRUDENCE**

**Ivonaldo Da Silva Mesquita  
Florenço Alves Brandão Neto**

**Resumo**

A presente pesquisa analisa, por meio de pesquisa documental e bibliográfica, com auxílio da legislação constitucional, infraconstitucional e pactos internacionais método qualitativo a introdução do valor da fraternidade como categoria jurídica e a ascensão do constitucionalismo fraternal, que tem sido citado em recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Como mote central da pesquisa, procura-se entender a origem do princípio da fraternidade e a sua alocação dentro do plano dos direitos fundamentais, além da evolução dos movimentos constitucionais até o momento atual, em que se vislumbra uma face fraterna do constitucionalismo. Verifica-se ser possível enquadrar os direitos de fraternidade como direitos fundamentais de terceira geração, consagrados a partir do fim da Segunda Guerra Mundial. Por conseguinte, detecta-se a influência dos ideais solidários no desenvolvimento das constituições mais recentes, no sentido de considerar o indivíduo como parte da comunidade, estendendo a sua responsabilidade na busca do bem-estar comum. Justifica-se, pois, a pesquisa, pela pretensão de contribuir para a compreensão dessas novas tendências do direito constitucional, as quais têm pautado recentes decisões do Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-chave:** Fraternidade, Solidariedade, Direitos fundamentais, Constitucionalismo fraternal

**Abstract/Resumen/Résumé**

This research analyzes, using documental and bibliographic research, with the assistance of constitutional law, statutes and international agreements - qualitative method - the introduction of the fraternity value as a legal category and the rise of fraternal constitutionalism, which has been cited in recent decisions of the Supreme Court. As a central theme of research, it is sought to understand the origins of the principle of fraternity and its allocation within the plan of fundamental rights, as well as evolution of constitutional motions to the present time, in which one sees a fraternal face of constitutionalism. Thus is possible to frame the fraternity rights as fundamental rights of third generation, consecrated since the end of World War II. Consequently, it detects the influence of the solidarity ideals in the development of the most recent constitutions, to consider the individual as a part of the community, extending its responsibility in the search for common good. The research is

justified by the desire to contribute to the understanding of these new trends of constitutional law, which have guided recent decisions of the Supreme Federal Court.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fraternity, Solidarity, Fundamental rights, Fraternal constitutionalism

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por fim estudar a fraternidade (ou solidariedade) enquanto categoria jurídica e, principalmente, princípio constitucional fundamental, seja na perspectiva da evolução das dimensões/gerações de direitos fundamentais, seja no tocante à ascendência do chamado constitucionalismo fraternal, que tem sido citado em recentes decisões do STF – Supremo Tribunal Federal.

Sabe-se que, até pouco tempo, a fraternidade era vista apenas como um ideal filosófico, religioso e social, sem ganhar a densidade jurídica necessária para a regulação dos comportamentos humanos e, por consequência, para a solução dos conflitos sociais. Contudo, na última década, a Corte Suprema tem dado dimensão real ao valor da solidariedade, reposicionando-o frente aos demais valores indissociáveis do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a liberdade e a igualdade.

Busca-se, portanto, investigar essa tendência contemporânea do direito constitucional, com apoio numa revisão de literatura específica – pesquisa qualitativa –, a partir da análise evolutiva dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, para, ao final, analisar a aplicação judicial pelo STF da solidariedade e do constitucionalismo fraternal.

O problema que se mostra para os fins do presente estudo é saber se o princípio da fraternidade é ou não viável para solucionar os conflitos pautados na interpretação constitucional e se as decisões judiciais nesse sentido atendem às demandas do constitucionalismo.

É certo que a sociedade passa por mudanças constantes, exigindo, em cada momento histórico, a prevalência de concretização de determinados valores. A liberdade e a igualdade são princípios bastante difundidos, regulando, na maioria das vezes, as relações jurídicas intersubjetivas.

Porém, no atual estágio de desenvolvimento jurídico-social, parece ser mais importante a realização de ideais solidários, de forma a estender as responsabilidades individuais no alcance do bem comum. Para tanto, as previsões constitucionais e a edição de textos legais regulamentadores se mostram, por vezes, insuficientes, o que demanda a atuação judicial na concretização desses ideais, sob a perspectiva do princípio da fraternidade.

Assim, tem-se como objetivo geral deste trabalho estudar a ascensão dos direitos de solidariedade como componentes de uma terceira dimensão/geração de direitos fundamentais e a evolução do constitucionalismo até a sua vertente fraternal.

Especificamente, procura-se perscrutar se a concretização do valor fraternidade atende às demandas jurídicas contemporâneas, analisando algumas das recentes decisões do STF nas quais se decidiu com base no direito fraterno.

Muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha viés fraternal, sobretudo, pela previsão constante do artigo 3º, inciso I, segundo o qual é objetivo da República construir uma sociedade livre, justa e solidária, a materialização de tal valor tem exigido a atuação do Poder Judiciário, justificado muitas vezes pela omissão dos demais poderes constituídos, como em razão do individualismo que predomina nas relações entre os homens, gerando aquilo que se convencionou chamar “síndrome de inefetividade das normas constitucionais”, e, portanto, a inconstitucionalidade por omissão.

Nesse sentido, a pesquisa tem por base o estudo doutrinário, jurisprudencial e legal sobre a temática.

Inicialmente, examina-se a evolução dos direitos fundamentais em gerações, dimensões ou famílias, dando enfoque à terceira delas, na qual estão alocados os direitos de solidariedade ou de fraternidade.

Ato contínuo, adentra-se ao desenvolvimento do constitucionalismo, desde os tempos primitivos, passando pela antiguidade clássica e a Idade Média, chegando à modernidade e à contemporaneidade, até o chamado constitucionalismo fraternal.

Por fim, procede-se ao exame de decisões do STF, comprovando a evidência do viés fraternal da Constituição Federal de 1988, Corte esta que vem decidindo com base em ideais solidários.

## **2 A FRATERNIDADE (OU A SOLIDARIEDADE) COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA GERAÇÃO**

A doutrina costuma empregar uma gama de rótulos para designar um mesmo rol de direitos, quais sejam: direitos fundamentais, direitos humanos fundamentais, direitos fundamentais humanos, direitos do homem, liberdades públicas, direitos subjetivos públicos, direitos naturais, valores superiores ou direitos humanos (SILVA, 2005). Tais termos, até certo ponto análogos, têm sentidos semelhantes, mas significados próprios.

Inicialmente, pela maior relevância para o presente estudo cabe salientar a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Os direitos humanos, em suma, são aqueles inerentes à qualidade do ser humano, basilares para tal condição e essenciais ao alcance de uma vida digna e de pleno



desenvolvimento. São direitos tidos como cláusulas superiores, básicas, que todo indivíduo possui, bastando, para tanto, a simples condição de ser humano. São inerentes à própria natureza humana e devem ser reconhecidos universalmente, em todos os tempos e povos, podendo-se afirmar serem direitos supranacionais.

Os direitos humanos nasceram de uma forma gradual no curso da história, remontando, ainda, à idade antiga, sendo considerados direitos supremos, advindos da qualidade do ser humano (FERREIRA FILHO, 2005).

Ainda sobre a construção dos direitos humanos, é sabido que os mesmos são produto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, compondo todo um constructo axiológico emancipatório (PIOVESAN, 2012).

Esses direitos, à medida que restaram positivados internamente nas ordens constitucionais, receberam a denominação de direitos fundamentais, já que passaram a compor as normas fundamentais dos Estados, adquirindo características peculiares, de acordo com cada ordem estatal. Um dos caracteres marcantes dos direitos fundamentais, que os distinguem dos direitos humanos, é justamente o fato de serem limitados no tempo e no espaço, tendo incidência em determinado território e durante a vigência da constituição de determinado Estado. Nesse sentido, esclarecem Siqueira Jr. e Machado de Oliveira (2010, p. 24):

Os direitos humanos reconhecidos pelo Estado são denominados direitos fundamentais, vez que via de regra são inseridos na ordem fundamental do Estado, a Constituição. [...] Com o intuito de limitar o poder político estatal, os direitos humanos são incorporados nos textos constitucionais, apresentando-se como verdadeiras declarações de direitos do homem, que juntamente com outros direitos subjetivos públicos formam os chamados direitos fundamentais. Essa categoria de direito é na realidade uma limitação imposta aos poderes do Estado. Os direitos fundamentais são essenciais no Estado Democrático: formam a sua base, sendo inerentes aos direitos e liberdades fundamentais.

O constitucionalista italiano Luigi Ferrajoli afirma trazer uma definição teórica e puramente formal ou estrutural, eis suas palavras: “[...] são ‘direitos fundamentais’ todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a ‘todos’ os seres humanos enquanto dotados do *status* de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir” (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

É importante ressaltar que nessa sua definição, em seguida, o mesmo trata de estabelecer o que entende por direitos subjetivos e *status*, presentes em sua definição, dizendo que “Compreendo por ‘direito subjetivo’ qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por norma jurídica”. Já no que se refere ao *status* enuncia que se trata de “[...] condição de um sujeito prevista também esta por uma

norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício”. Portanto, não se trata de definição dogmática no sentido de ser estes direitos somente referenciados e/ou positivados, por exemplo, numa constituição (FERRAJOLI, 2011, p. 9).

Segundo um viés dogmático, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como normas “jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal” (LOPES, 2001, p. 45)<sup>1</sup>.

Bulos (2010, p. 512), enfocando a categoria soberania popular<sup>2</sup>, leciona que os

*Direitos fundamentais* são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres, institutos, inerentes à *soberania popular*, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição humana ou *status* social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.

Portanto, dogmaticamente falando, a positivação e/ou reconhecimento pelo Estado no seu pacto fundante de determinados direitos os fazem ser fundamentais, enquanto os direitos humanos referenciam-se aos direitos do homem em nível supranacional, significando em última análise o pré-positivo, informando a ideologia política de cada ordenamento estatal (LOPES, 2001).

Tendo tais conceitos sido firmados, resta, por conseguinte, versar sobre a alocação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, que acabaram por refletir anseios de determinadas épocas históricas, conforme será explicitado a seguir.

## **2.1 Das Dimensões / Gerações de Direitos Fundamentais**

Costuma-se dividir o estudo dos direitos fundamentais por meio de etapas históricas de desenvolvimento, que, em síntese, são assim reconhecidas: i) 1ª geração – direitos de liberdade; ii) 2ª geração – direitos de igualdade; iii) 3ª geração – direitos de solidariedade ou fraternidade.

A doutrina utiliza pelo menos três vocábulos para descrever essas etapas da evolução dos direitos fundamentais, sempre no intuito de melhor explicar a passagem de um

---

<sup>1</sup> Sobre a conceituação de direitos fundamentais pode se consultar a doutrina alemã ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2 ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1986, p. 56; na doutrina mexicana, CARBONEL, Miguel. *Derechos Fundamentales*. México: Porrúa, 2005, p. 19; na doutrina espanhola LUÑO, Antonio-Henrique. *Derechos Fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 12., só para citar alguns estrangeiros.

<sup>2</sup> É importante ressaltar que, no tocante a soberania popular referenciada, seu principal caráter é o poder de criação das leis. Desta feita, a conceituação de Bulos é também um conceito dogmático. Assim o é também, na doutrina brasileira, a conceituação de SARLET (2001).

momento para o outro, para excluir qualquer entendimento no sentido de que as fases posteriores substituiriam e extinguiriam as anteriores. Fala-se, portanto, em famílias, dimensões ou gerações de direitos fundamentais<sup>3</sup>.

Ferreira Filho (2015, p. 6), esclarece que,

Na verdade, o que aparece no final do séc. XVII não constitui senão a primeira geração dos direitos fundamentais: *as libertades públicas*. A segunda virá logo após a primeira guerra mundial, com o fito de complementá-la: são os *direitos sociais*. A terceira, ainda não plenamente reconhecida: é a dos *direitos de solidariedade*.

Conforme entende este autor, inicialmente, os direitos fundamentais eram apenas pontuais, buscando proteger o indivíduo de arbitrariedades estatais, restando reconhecidos, assim, como direitos à liberdade<sup>4</sup>, como o são os direitos individuais ou civis e políticos, como a vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança, liberdade de consciência e de expressão, representando os ganhos do chamado modelo de Estado liberal (LOPES, 2001).

Para Bulos (2010, p. 515),

A *primeira geração*, surgida no final do século XVII, inaugura-se com o florescimento dos direitos e garantias individuais clássicos, os quais encontravam na limitação do poder estatal seu embasamento. Nessa fase, prestigiavam-se as cognominadas *prestações negativas*, as quais geravam um dever de não fazer por parte do Estado, com vistas à preservação do direito à vida, à liberdade de locomoção, à expressão, à religião, à associação etc.

Posteriormente, superando a visão liberalista através do processo histórico-dialético das condições econômicas, desenvolveu-se a ideia de que o Estado seria obrigado a desenvolver meios de garantir um mínimo necessário para o indivíduo ter uma vida digna, ocasião em que foram consagrados os direitos sociais e econômicos, bem como os culturais, embasados na igualdade entre os homens<sup>5</sup> (LOPES, 2001). Sobre essa segunda geração de direitos fundamentais, expõe Bulos (2010, p. 515):

A *segunda geração*, advinda logo após a primeira guerra mundial, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem estar e a igualdade, impondo ao Estado uma *prestação positiva*, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Passadas a primeira e a segunda geração de direitos fundamentais, surgiu a necessidade de direitos tidos por fraternos ou de solidariedade. Bulos (2010) cita como exemplos de tais direitos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, a autodeterminação

---

<sup>3</sup> Lopes (2001) diz tratar-se de uma confusão de ordem apenas terminológica sem que haja, a rigor, contradição, haja vista que não há, inicialmente, discussão em relação a permanência ou ao conteúdo das dimensões ou gerações de direitos.

<sup>4</sup> Nesse sentido, é também o pensamento de José Afonso da Silva (SILVA, 2015).

<sup>5</sup> Durante este processo de “socialização” do Estado cite-se que o mesmo é corolário das novas ideias antiliberais, deflagradoras dos movimentos marxistas e a social-democracia na Alemanha.

dos povos e o progresso. Lopes (2001, p. 64), acrescenta o direito à paz, ao patrimônio comum da humanidade e ao progresso das ciências biológicas, como o da não-manipulação genética. Dentro desta geração está o interesse maior do presente trabalho, razão pela qual será abordado em tópico separado. Ela representa os ganhos e consolidação do modelo de Estado democrático de direito ou Estado constitucional.

Há quem reconheça a existência de uma quarta geração<sup>6</sup> ligada ao direito dos povos, compreendendo a democracia, a informação e o pluralismo. Trata-se de decorrências introduzidas no âmbito jurídico em razão da globalização política, referindo-se às biociências, à informática, à eutanásia, aos alimentos transgênicos, às clonagens etc. No Brasil, um exemplo de proteção desses direitos no plano legislativo é a edição da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, chamada Lei de Biossegurança.

Existiria, ainda, uma quinta geração<sup>7</sup>, consagradora do direito à paz. A rigor, o direito à vida pacífica estaria ligado à fraternidade, sendo componente, assim, da terceira geração. Contudo, a sua colocação como direito autônomo e fundamental no mundo contemporâneo reflete a necessidade de conferir-lhe maior densidade e importância, impedindo a sua renegação ao esquecimento. Sobre o tema, assim explana Bulos (2010, p. 517):

Vale enfatizar que o enquadramento do direito à paz, enquanto direito componente da quinta geração das liberdades públicas, não é por capricho intelectual, mas por uma necessidade premente nos dias correntes. Tudo, absolutamente tudo, está conturbado. Vivemos a crise da crise. O caos, em todos os quadrantes da vida, tornou-se corriqueiro. As constituições são incapazes de regular os absurdos de todo jaez, que se sucedem todos os dias no mundo globalizado, onde as soberanias são relativizadas, as economias estouradas e os poderes do Estado manietados.

Importante ressaltar que, como bem lembra Ferreira Filho (2005), as dimensões ou gerações de direitos fundamentais não são sobrepostas umas pelas outras, nem substituem as que sucedem, apenas coexistem, se integram e se completam em um todo intransponível.

Convém destacar, ainda, criticamente com José Emílio Medauar Ommati (2014) sobre a compreensão de que seria possível classificar de modo antecipado os direitos fundamentais em cada uma das gerações mencionadas. Segundo o autor, só o fato de se referir a um direito como sendo direito de igualdade não leva, necessariamente, ao entendimento de que o Estado deva se abster de praticar determinado ato. Da mesma forma, a alusão pelo texto constitucional a um direito à saúde não importa na sua alocação entre os direitos de segunda geração. Ommati alerta, ademais, para a ideia de que a concretização de todos os direitos

---

<sup>6</sup> No Brasil, quem defende esta tese é o constitucionalista Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2010).

<sup>7</sup> No Brasil, quem defende este entendimento é o constitucionalista Paulo Bonavides (BONAVIDES, 2010).

fundamentais, sejam eles de liberdade, igualdade ou fraternidade, implicam encargos para o Estado. Nas suas palavras (2014, p. 44):

[...] não se pode afirmar que haveria direitos prestacionais e outros que exigiriam mera abstenção por parte do Estado. A realização de todos os direitos fundamentais exige atuação do Estado. Pense-se, apenas para exemplificar, na realização do direito de propriedade: o Estado precisa criar todo um aparato policial e de justiça para que as pessoas não invadam a propriedade dos outros.

Relevante salientar ainda que, conforme alertam Siqueira Jr. e Machado de Oliveira (2010, p.57),

O desafio dos direitos humanos é a sua conscientização, o meio mais eficaz da sua plena realização. O Direito como instrumento de atuação do Estado deve se pautar pelos dois pontos basilares da concepção de direitos humanos: 1. dignidade da pessoa humana; 2. limitação da atuação estatal. A eficácia dos direitos fundamentais tem lugar no Estado.

Nessa esteira de entendimento, tem-se que cabe a cada Estado resguardar os direitos alocados em cada geração de direitos fundamentais, os quais, ao mesmo tempo, servem de limitação à sua atuação, protegendo o indivíduo das suas arbitrariedades. Daí acreditar-se que as gerações de direito, ao contrário do pensamento de Bonavides, nascem e se consolidam de acordo com o modelo de Estado vivenciado ao longo dos tempos, possuindo apenas três gerações, já que um quarto modelo de Estado ainda não se consolidou e/ou estruturou<sup>8</sup>. Aqueles bens ou direitos que se intitulam como pertencentes a uma quarta ou quinta geração são na verdade perfeitamente alocados no atual estágio consolidado do Estado democrático de Direito<sup>9</sup>.

## 2.2 Sobre os Direitos de Fraternidade (ou de Solidariedade)

Muito embora a Revolução Francesa seja bastante conhecida pelo lema composto das três expressões liberdade, igualdade e fraternidade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 só faz menção à liberdade e à igualdade. A fraternidade só veio a ser incorporada com a Constituição Francesa de 1791 e a tríade só veio a ser proclamada com a Constituição Republicana de 1848.

Naquele momento, a igualdade foi o valor que mais ganhou destaque, configurando o ponto central da revolução. Isso porque o momento histórico demandava mais

---

<sup>8</sup> Ressalte-se que é importante lembrar que o mundo vem desenhando um quarto modelo de Estado – o cosmopolita, supranacional ou transconstitucional, baseado no movimento constitucionalista denominado transconstitucionalismo estrito, cujo exemplo mais claro é o da União Europeia.

<sup>9</sup> LOPES, Ana Maria D'Ávila, em aula de **Direitos e Garantias Fundamentais** a 03-04-12, no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da universidade de Fortaleza – UNIFOR-CE.

a extinção das desigualdades do que a concretização das liberdades individuais. Sobre o tema, assim descreve Comparato (2010, p. 148-149):

Em pouco tempo, aliás, percebeu-se que o espírito da Revolução Francesa era, muito mais, a supressão das desigualdades estamentais do que a consagração das liberdades individuais para todos. Daí, porque, ao contrário do que ocorrera nos Estados Unidos, a ideia de separação dos poderes, malgrado a afirmação peremptória do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, foi rapidamente esquecida. É que a supressão dos privilégios, na lei e nos costumes, exigia a organização de uma forte centralização de poderes, sem rígidas separações entre os diversos ramos do Estado e sem qualquer concessão de autonomia federativa aos entes locais. [...] Na luta contra as desigualdades, não apenas foram extintas de um só golpe todas as servidões feudais, que vigoravam havia séculos, como também se proclamou, pela primeira vez na Europa, em 1791, a emancipação dos judeus e a abolição de todos os privilégios religiosos. Por um decreto da Convenção de 11 de agosto de 1792, proibiu-se o tráfico de escravos nas colônias. Esse movimento igualitário só não conseguiu, afinal, derrubar a bandeira da desigualdade entre os sexos.

O movimento revolucionário francês teve grande importância na superação do antigo regime e na proclamação de direitos do homem, ainda que desacompanhados de instrumentos judiciais que os garantissem (COMPARATO, 2010). Todavia, a declaração de direitos subjetivos teve relevante papel no esclarecimento da consciência jurídica universal, acabando por propagar o espírito revolucionário para outros países da Europa e de outros continentes.

Por sua vez, a ideia da terceira fase de direitos fundamentais, como lembram Siqueira Jr e Machado de Oliveira (2010), é ainda mais recente, remontando ao ano de 1979, ocasião em que Karel Vasak, na abertura dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, abordou a temática, dando-lhe a nomenclatura de direitos de solidariedade ou direitos de fraternidade, e agregando-a ao afamado lema da revolução francesa.

A fraternidade tem origem no latim *fraternitas*, e traduz a ideia de união entre indivíduos que vivem em proximidade e defendem a mesma causa. Muito embora seja geralmente lembrada como uma expressão de vínculo moral, erigiu-se como uma categoria jurídica de valor fundamental, impulsionada pela demanda social de proteção dos direitos transindividuais.

A partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a fraternidade foi positivada em diversas constituições e generalizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, *in verbis*:

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade<sup>10</sup>.

Os Estados denominados democráticos passaram a eleger em suas constituições a fraternidade ou a solidariedade como valores fundamentais a serem protegidos e resguardados. São exemplos disso os textos contidos no preâmbulo da Constituição Portuguesa de 1976 e da Constituição Brasileira de 1988, os quais se transcrevem a seguir:

Preâmbulo [...] A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno<sup>11</sup>.

Preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL<sup>12</sup>.

Além do preâmbulo, o artigo 3º, inciso I, da CRFB/88 reconhece a construção de uma sociedade solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Pois bem. Como já dito, os direitos ligados à fraternidade (ou à solidariedade) são componentes da terceira geração de direitos fundamentais. Tais direitos surgiram, a princípio, da necessidade de abrandar as diferenças entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, por meio da disseminação da ideia de colaboração mútua entre os povos. Enquadram-se nessa categoria os direitos relacionados ao desenvolvimento (progresso), ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, o direito de comunicação, o próprio direito à paz e ao progresso das ciências biológicas, como o da não-manipulação genética.

Uma característica marcante dessa família de direitos fundamentais é a transindividualidade, uma vez que contém em sua essência direitos de titularidade coletiva. Houve um transbordamento dos limites dos direitos individuais e até mesmo coletivos em sentido estrito, para alcançar direitos com titulares indeterminados.

---

<sup>10</sup>Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em 18 de junho de 2015.

<sup>11</sup>PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

<sup>12</sup>BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

Sobre o tema, já decidiu o Supremo Tribunal Federal<sup>13</sup>:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade.

Na mesma linha de entendimento, expõe Virgílio Afonso da Silva (2005, p. 551):

A característica comum que uniria uma gama de direitos tão diversos como o direito à paz, ao desenvolvimento, ao patrimônio comum da humanidade ou ao meio-ambiente seria o fato de que todos eles, além de não terem titularidades definíveis, como ocorre com as liberdades públicas e os direitos sociais, destinar-se-iam a realizar o terceiro dos pilares da Revolução Francesa. Assim, enquanto as liberdades públicas realizariam a *liberdade* e os direitos sociais, a *igualdade*, os direitos de terceira geração tenderiam a realizar a *fraternidade*.

Em arremate, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 52) leciona que os direitos de fraternidade e de solidariedade:

[...] trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

Em suma, os direitos de fraternidade traduzem a ideia da comunidade composta de indivíduos que unem forças para o bem-estar comum. Por tal razão, as responsabilidades individuais são ampliadas, de forma que os indivíduos mais privilegiados devem socorrer os mais necessitados, mantendo, assim, o equilíbrio do grupo social.

Ideias como a de preservação do meio ambiente e de desenvolvimento (progresso), surgem justamente do pensamento extensivo da sociedade, que não se restringe aos viventes naquele momento histórico, mas compreende todas as gerações presentes e futuras.

Em trabalho autoral, entendendo a solidariedade enquanto princípio jurídico atrelado à dignidade da pessoa humana, Mesquita (2014) imputa-lhe uma alta carga de humanismo e universalidade, que agrega aos direitos do homem a garantia e a promoção da coexistência humana em suas diversas manifestações. Trata-se do “reconhecimento da dignidade do outro que demanda certa dificuldade, exigindo a necessária solidariedade da comunidade, [...], implicando diretamente na formação dos direitos humanos de carga universalista” (MESQUITA, 2014, p. 158).

---

<sup>13</sup>STF,MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155.



As características que envolvem os direitos fundamentais de tal categoria, como a transindividualidade citada acima, têm marcado profundas alterações no modo de salvaguardar os direitos, constituindo-se em um verdadeiro desafio na busca de criar mecanismos eficazes para a tutela dos interesses de titularidade coletiva, na perspectiva do direito constitucional.

### **3 A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO ATÉ O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL**

O termo constitucionalismo tem ascendência recente no mundo jurídico ocidental, sendo geralmente associado às revoluções francesa e americana do século XVIII. Significa, de forma sintética, a ideia de limitação do poder e supremacia da lei, características marcantes do Estado de Direito.

Por sua louvável generalidade, o conceito de constitucionalismo formulado por Canotilho (2003, p. 51) preleciona que este é “a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Muito embora a expressão “constitucionalismo” insinue a existência de uma constituição escrita em documento formal e único, pela proximidade lexical dos vocábulos, a lei fundamental escrita e positivada não está presente em todas as suas formas, podendo ser reconhecida a existência do constitucionalismo em Estados com fontes difusas de direito constitucional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2013, p.27):

Há pelo menos um caso notório em que o ideal constitucionalista está presente independentemente da constituição escrita – o do Reino Unido – e outros, muito mais numerosos, em que ele passa longe, apesar da vigência formal e solene de Cartas escritas. Exemplo inequívoco é o fornecido pelas múltiplas ditaduras latino-americanas dos últimos quarenta anos. Não basta, portanto, a existência de uma ordem jurídica qualquer. É preciso que ela seja dotada de determinados atributos e que tenha legitimidade, a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários.

Como bem ensina Canotilho (2003, p. 51), não existe um único constitucionalismo, mas várias formas de sua manifestação. Mas, para o referido autor, existiriam apenas dois movimentos constitucionais, que seriam o constitucionalismo antigo e o moderno. Em suas palavras:

Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários movimentos constitucionais do que vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de constitucionalismo. [...] Nesse sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.

Já para André Ramos Tavares (2006, p. 1), é possível se identificar quatro acepções para o constitucionalismo:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado como a imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para identificar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado.

Assim é que para estudar o constitucionalismo é necessário explorar a evolução histórica dos ideais constitucionais, na perspectiva das diversas experiências nacionais, de forma a chegar até a atual conformação desse movimento. Passa-se, pois, a analisar brevemente a evolução histórica do constitucionalismo.

### **3.1 Da Antiguidade Clássica ao início da Idade Moderna**

A ideia que remonta ao significado do constitucionalismo pode ser detectada desde os primórdios, de modo que o constitucionalismo primitivo foi assim caracterizado por Bulos (2010, p. 67):

Apresentava-se, tão somente, em sua manifestação mais singela, sob a forma das organizações consuetudinárias, em que os chefes familiares ou os líderes dos clãs traçavam as normas supremas que deveriam nortear a vida em comunidade, estabelecendo a estrutura-mestra, a essência, o cerne da ordenação jurídica daqueles povos.

Em se tratando do constitucionalismo durante a antiguidade, Luís Roberto Barroso (2013) atribui a Atenas a primeira experiência de limitação do poder político e de participação dos cidadãos nas decisões políticas. Segundo o autor, ideias como a de divisão de funções estatais em órgãos diversos (Assembleia, Conselho, Cortes etc.), a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e a supremacia da lei, criada por um processo formal e válida para todos, tiveram ali sua concepção e ainda permanecem atuais.

Segundo o mesmo autor, essa semente constitucionalista foi partilhada por Roma durante o período em que se instalou a República, em 529 a.C., onde se estabeleceu uma estrutura jurídica e política dividida em órgãos diversos, como a Assembleia, os Cônsules, os Pretores, os Questores, os Tribunos da Plebe e o Senado. Esse ideal constitucional, porém, ruiu juntamente com a República e só viria a reaparecer com o fim da Idade Média.

No período feudal, conforme lembra Barroso (2013), houve uma pulverização da força política, na qual as relações de poder se estabeleciam entre o dono da terra e seus

vassalos, restando autoridade mínima para os reis. Tal situação só veio alterar com o processo de concentração do poder que levaria à formação do Estado Moderno, fundado na ideia de soberania (supremacia interna e independência externa) indispensável para sobrepor o Estado Nacional sobre as influências de poder dos senhores feudais.

No entanto, como esclarece Bulos (2010, p. 69-70):

É engano pensar que na Idade Média o constitucionalismo ficou sufocado, em virtude do feudalismo, da rígida separação de classes e do vínculo de subordinação entre suseranos e vassalos. [...] Deveras, na idade média, encontramos a ideia de constitucionalismo jungida aos reclamos de limitação do poder arbitrário. Nesse particular, eclodiam as concepções jusnaturalistas, pondo o direito natural no patamar de norma superior. E, se os atos dos soberanos fossem de encontro ao *jus naturale*, eram declarados nulos pelo juiz competente, perdendo seus efeitos vinculatórios.

O autor ainda menciona a importância da Magna Carta de 1215<sup>14</sup>, outorgada na Inglaterra pelo Rei “João Sem Terra”. Tal documento representa um marco para o constitucionalismo durante a idade média, estabelecendo formalmente proteção a importantes direitos individuais, aspectos que antecederam a própria disciplina constitucional das liberdades públicas, modernamente disciplinadas e expostas a seguir.

### 3.2 Constitucionalismo Moderno

Segundo Bulos (2010), o constitucionalismo somente se tornou um movimento consistente no fim do século XVIII, com o advento das constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América (14 de setembro de 1787) e da França (03 de setembro de 1791).

Novelino (2014) informa que a experiência norte-americana teve grande influência das concepções individualistas e liberalistas do filósofo inglês John Locke, bem assim da ideia de limitação dos poderes do Barão de Montesquieu. Nas palavras de Novelino (2014, p. 22-23), podem ser destacadas entre as inovações e principais características do constitucionalismo norte-americano:

I) a criação da primeira Constituição escrita e dotada de rigidez; II) a ideia de supremacia da constituição; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803); IV) a forma federativa de Estado; V) o sistema presidencialista; VI) a forma republicana de governo; VII) o regime político democrático; VIII) a rígida separação e o equilíbrio entre os poderes estatais; IX) o fortalecimento do Poder Judiciário; e X) a declaração de direitos da pessoa humana.

---

<sup>14</sup> Resalte-se que tal carta não implicou numa constituição estatal, mas significou um pacto entre a Coroa e os barões e burguesia ascendente, reconhecendo a estes determinados direitos, e, portanto, privilegiando apenas uma camada do povo. Porém, sua importância reside em ser embrião dos direitos fundamentais.

Já a constituição francesa foi a primeira escrita na França. Manteve a monarquia constitucional, muito embora com limitação aos poderes reais, e estabeleceu o princípio da separação dos poderes, não tão rígido quanto no modelo americano. Dessa forma, o constitucionalismo francês possui duas premissas básicas: a separação dos poderes e a garantia de direitos.

Novelino (2014, p. 25) cita dentre as principais características do constitucionalismo francês:

I) a manutenção da monarquia constitucional; II) a limitação dos poderes do Rei; III) a consagração do princípio da separação dos poderes, ainda que sem o rigor com que foi adotado nos EUA; e IV) a distinção entre Poder Constituinte originário e derivado, cujo principal teórico foi o Abade Emmanuel Joseph Sieyès, com seu panfleto “*Qu’est-ce que le Tiers État?*” (“O que é o Terceiro Estado?”).

A junção dessas duas experiências constitucionais forma praticamente a base do constitucionalismo moderno, cujas características amadureceram até o fim da Segunda Guerra Mundial.

Além delas, imputa-se ao constitucionalismo moderno o início do reconhecimento de uma dimensão normativa principiológica do direito, como bem esclarece Bulos (2010, p. 74):

Seja como for, os princípios foram reconhecidos normativamente, sintetizando a tábua dos valores que viriam influenciar os ordenamentos jurídicos de todo o mundo. É o caso dos pórticos da legalidade, da igualdade, da separação de poderes, do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da reserva de jurisdição, da solidariedade e da equidade. Todos eles, alguns tidos como clássicos, outros como modernos, evoluíram significativamente, sofreram releituras para espelhar as necessidades da vida moderna.

O mesmo autor sintetiza o constitucionalismo da modernidade, caracterizando-o nos seguintes pontos: a) as constituições passaram a ser escritas e serem dotadas de coercitividade; b) surgimento da ideia do Poder Constituinte (originário e derivado), distinto dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário); c) rigidez das normas constitucionais, inclusive com a possibilidade de instituição de cláusulas pétreas; d) supremacia formal e material das constituições; e) limitação das funções estatais; f) primazia do princípio da separação dos poderes; g) tutela reforçada dos direitos e garantias fundamentais; h) força normativa da constituição; i) reconhecimento normativo da dimensão principiológica do direito.

### **3.3 Constitucionalismo Contemporâneo**

O constitucionalismo contemporâneo é a fase experimentada atualmente, sendo assinalada pela existência de constituições prolixas, com textos amplos e analíticos.

Tal movimento constitucional abrange o neoconstitucionalismo<sup>15</sup>, também chamado de constitucionalismo pós-positivista ou constitucionalismo neopositivo, que, segundo Novelino (2014), surgiu de mudanças significativas operadas na Europa continental após o fim da Segunda Guerra Mundial, quando as nefastas experiências nazistas e a barbárie ocorrida durante a guerra animaram o pensamento coletivo para a proteção da pessoa humana, com o escopo de evitar a utilização do ser humano como meio, assim como refrear posteriores tentativas de distinguir os homens em camadas hierarquizadas.

Mesquita (2011, p. 3) bem explica o marco histórico do surgimento do Neoconstitucionalismo:

Historicamente, tem-se na denominada “reconstitucionalização” da Europa continental, no mundo pós-guerra (Segunda Grande Guerra e segunda metade do século XX), especialmente nos países: Alemanha (Constituição alemã – Lei Fundamental de Bonn, de 1949, bem como a instalação do Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951) e Itália (Constituição italiana, de 1947 e criação da Corte Constitucional Italiana em 1956), a construção desse novo paradigma jurídico-constitucional (neoconstitucionalismo), onde se iniciou, nesses Estados em suas Cortes Constitucionais, uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, ascendendo cientificamente o direito constitucional nos países tradicionalmente romano-germânicos.

Nesse novo paradigma, a dignidade da pessoa humana passou a ser o cerne do constitucionalismo contemporâneo, tendo sido consagrada em várias declarações internacionais de direitos humanos e em praticamente todos os textos constitucionais elaborados no pós-guerra, acertadamente com a finalidade de proteger e promover esse núcleo essencial - a dignidade da pessoa humana – e erigir a sociedade a patamares mais elevados de civilidade e respeito recíproco, contrastando com os movimentos pontuais vivenciados na Europa e que abalaram o mundo, quais sejam, nazismo e fascismo.

Por consistir numa etapa que corresponde ao momento atual do desenvolvimento constitucional, ainda sem a moldura integralmente definida, são diversas as acepções e características dadas pelos estudiosos ao neoconstitucionalismo<sup>16</sup>.

Conforme ensina Bulos (2010, p. 81):

O *neoconstitucionalismo* como modelo axiológico de constituição normativa reconhece, no panorama do constitucionalismo atual, a existência de **constituições invasoras**, as quais impregnam os ordenamentos de normas constitucionais,

---

<sup>15</sup> A expressão “neoconstitucionalismo” foi cunhada em 1993, inicialmente, pela jurista italiana Suzanna Pozzolo, numa conferência em Buenos Aires (MESQUITA, 2011).

<sup>16</sup> Sobre a temática no Brasil tem-se como expoente DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna.

**Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico. As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição.** 2 ed. São Paulo: Landy, 2010.

promovendo o fenômeno da “constitucionalização do Direito”. [...] Seria, melhor dizendo, uma constituição extremamente invasora, que se mistura com todos os assuntos e setores da vida política, social, econômica, cultural, religiosa e jurídica do Estado, condicionando a atividade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Já sob a perspectiva do neoconstitucionalismo como modelo de Estado de Direito, o referido movimento constitucional se apoiaria nas seguintes premissas, agrupadas por Bulos (2010, 82):

[...] na força normativa e vinculante das constituições; na supremacia e rigidez constitucional diante do sistema de fontes do Direito; na eficácia e aplicabilidade integrais da carta magna; e na *sobreinterpretação* constitucional, de sorte a impedir a existência de espaços em branco, sujeitos à discricionariedade legislativa.

Por fim, na linha do neoconstitucionalismo como um conjunto de ideias extraídas de uma “nova” Teoria do Direito, Bulos (2010) sintetiza essa vertente como defensora de maior respeito aos princípios, de mais direito constitucional, ao invés de conflitos jurídicos desnecessários, de mais trabalho judicial, em detrimento da criação de novas leis pelo Legislativo e de maior importância aos valores, no lugar de dogmas indiscutíveis.

## 2.4 Constitucionalismo Fraternal

Hoje se fala, muito em função do grande destaque que lhe deu o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, na ascensão do constitucionalismo fraternal, como uma fase mais avançada do desenvolvimento dos movimentos constitucionais.

Como já visto no presente trabalho, os direitos fundamentais passaram por etapas de consagração gradativas, pautadas nas demandas constitucionalistas de cada momento histórico.

Em um primeiro momento, os direitos fundamentais tinham um caráter libertário, ou seja, visavam proteger os indivíduos da atuação estatal, impondo ao Estado um dever de abstenção. Consistiam nas chamadas liberdades públicas. Modelava-se o Estado Liberal.

Posteriormente, o Direito se ressentiu das desigualdades produzidas pelo exagero do liberalismo, reclamando a materialização da igualdade, até então um valor concretizado apenas na sua vertente formal. Surgem, após a Primeira Guerra Mundial, as primeiras manifestações do Estado Social, com constituições estabelecendo direitos positivos aos cidadãos, capazes de lhes garantir a exigência de prestações materiais e jurídicas do Poder Público.

É fácil perceber que essas duas gerações de direitos fundamentais preocuparam-se apenas com os aspectos fundamentais do indivíduo isoladamente considerado, justamente, porque o momento histórico de seu surgimento reclamava essa posição.

No entanto, o passar do tempo mostrou que os pórticos da liberdade e da igualdade não eram bastantes para resguardar a dignidade da pessoa humana em todas as suas facetas. Protestava-se por um valor que unisse as conquistas individuais com a tutela de interesses coletivos, vale dizer, dos interesses das formações sociais, do indivíduo enquanto partícipe da comunidade.

Nessa linha, Machado (2010, p. 15) esclarece que:

A sociedade, os ordenamentos jurídicos, os Estados, enfim, ao consagrarem os princípios da igualdade e da liberdade, traduzidos no plano jurídico, [...], reforçaram somente os direitos individuais. Tal postura não é suficiente e não fornece respostas satisfatórias para assegurar uma vida de relações e de comunidade, pois se ressentem de outro valor fundamental: a **fraternidade**.

É nesse contexto que surgiram os direitos de fraternidade ou de solidariedade. O amadurecimento desses direitos, por sua vez, desembocou no chamado constitucionalismo fraternal.

Clara Cardoso Machado (2011) explica que não se trata de uma suplantação dos valores da liberdade e da igualdade, mas sim de uma agregação das conquistas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social, para consolidar um Estado Fraternal.

Carlos Ayres Britto (2003, p. 216) bem explica a evolução histórica do constitucionalismo até a sua fase fraternal:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do desenvolvimento, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia e até certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Complementando esse entendimento, assim expõe Clara Cardoso Machado (2011, p. 6):

No constitucionalismo fraternal, o ser humano ocupa o centro do sistema jurídico e as atividades dos poderes estatais devem ter em vista a garantia de sua dignidade. É neste contexto que se inserem as compreensões em torno do direito ao mínimo existencial, assim entendido como “direito às condições mínimas de existência

humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”, e a necessidade de realização da justiça social e distributiva, em que se lida com a distribuição de bens comuns para a coletividade.

Em suma, sem afastar outras nuances que possam ser extraídas do constitucionalismo fraternal, este se pauta em uma compreensão do homem no núcleo dos sistemas jurídicos, elevando-se a dignidade da pessoa humana como vetor axiológico maior do ordenamento e relativizando a compreensão individualista dos direitos fundamentais para uma abordagem mais voltada à justiça social e distributiva, alinhada ao valor da solidariedade.

#### **4 O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ALGUNS CASOS CONCRETOS**

Durante uma palestra na Universidade de Münster, em novembro de 2008, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (2008), à época presidente do Supremo Tribunal Federal, expôs que a história do constitucionalismo se confundia com a história da afirmação da liberdade e da igualdade, já que estes são valores sobre os quais está fundado o Estado Constitucional. O Ministro, porém, ressaltou que pouco se fala sobre a fraternidade, princípio que parece ser essencial no que tange à tolerância nas sociedades multiculturais. Para ele, seria necessário fazer uma releitura da liberdade e da igualdade, de forma a atender às demandas atuais. Nas palavras de Gilmar Mendes (2008, p. 2):

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re) pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade 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.

Como já visto, a necessidade de proteção mais ampla do ser humano levou à evolução dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, de forma que, hoje, mais que assegurar a liberdade e a igualdade dos indivíduos, reclama-se uma maior aproximação da dimensão da fraternidade.

Nessa linha, em atenção às novas tendências do direito constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem adotado o princípio da fraternidade e o constitucionalismo fraternal como parâmetros para a solução de casos de repercussão que lhe são submetidos.

Com Cristiano Salmeirão (2013, p. 12):

A cooperação mútua entre os homens é requisito essencial para que todos possam conviver em harmonia, com liberdade e igualdade, orientados pelo Direito promovendo a pessoa humana com a efetivação dos Direitos Fundamentais. A inclusão social está relacionada diretamente com o Princípio da Fraternidade e com a função do direito em promover a pessoa humana, pela forma participativa da criação da lei, por demonstrar que existem direitos a determinados segmentos sociais, que a conscientização é um processo de mútua cooperação e todos



igualmente podem colaborar para o bem-estar comum. O Supremo Tribunal Federal tem agido positivamente na inclusão social de determinados segmentos da sociedade, quando utiliza como fundamento para decidir determinada questão de interesse nacional, a estrutura oferecida pelo Princípio da Fraternidade.

Salmeirão destaca, portanto, o viés do Princípio da Fraternidade correlacionando-o com a mútua cooperação entre os homens e chegue-se ao desejo de convivência harmônica a coletividade, promovendo a pessoa humana e efetivando os Direitos Fundamentais, enfocando, ainda, a importância do Poder Judiciário nesse processo. Acrescente-se que essa participação do Judiciário não diminui o papel das demais funções do Poder Público – Executivo e Legislativo, que, cada qual, dentro das suas atribuições constitucionais, andam de concerto buscando este desiderato, mas é claro com falibilidades, próprio do ser humano. Infere-se disso um amadurecimento da democracia.

Com Machado (2011, p. 7) chega-se a afirmar que

O enfrentamento de questões relacionadas ao direito constitucional contemporâneo, como a judicialização da política e o ativismo judicial, a partir de uma leitura do constitucionalismo fraterno, não é uma opção para os aplicadores do direito, mas uma imposição do sistema jurídico pátrio. Tecer delineamentos para o ativismo judicial, ou mesmo, fomentar discussões, sob a perspectiva da fraternidade, são formas iniciais para concretização da justiça social e fraterna.

Passa-se, a partir deste momento, à análise de alguns julgados da Corte Suprema em que foram adotados fundamentos baseados no valor da solidariedade e na evolução fraterna do constitucionalismo.

#### **4.1 Petição nº 3.388 – O Caso Raposa Serra do Sol**

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Petição nº 3.388, considerou válidos a portaria e o Decreto Presidencial que homologaram a demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, fixando 19 condições para regular a situação do território da União ocupado pelos índios e garantir a soberania nacional sobre as terras demarcadas. Eis parte da ementa do julgado<sup>17</sup>:

ACÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO-DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI Nº 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA,

---

<sup>17</sup>STF - Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 REPUBLICAÇÃO: DJe-120 DIVULG 30-06-2010 PUBLIC 01-07-2010 EMENT VOL-02408-02 PP-00229 RTJ VOL-00212- PP-00049. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos>. Acesso em 23 de julho de 2015.

ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. [...] 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. [...].

Na ocasião, o STF entendeu que os artigos 231 e 232 da Constituição Federal teriam uma finalidade fraternal ou solidária, destinada à efetivação da igualdade civil-moral das minorias, com base no protovalor da integração comunitária. Para a Corte, estamos em uma “era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas”, a qual se viabiliza por meio de instrumentos oficiais de ações afirmativas, que, no caso em alusão, seria permitir aos índios o desfrute de “um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural”. Os dispositivos constitucionais citados, indubitavelmente, concretizariam o valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica, resvalando no viés fraternal.

Não restam dúvidas que nesse processo dialético em que se considerou válidos a Portaria e o Decreto Presidencial em apreço, tais atos normativos realçam a preocupação do Executivo, dentro das suas competências constitucionais, resolver o impasse e que fora confirmado a sua constitucionalidade pela Corte Suprema.

## 4.2 ADI 3510 – O Caso das Células-Tronco Embrionárias

Em maio de 2008, o STF decidiu que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana. O tema foi discutido na ADI nº 3510, que buscava a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005). O Relator Ministro Carlos Ayres Britto votou pela total improcedência da ação, fundamentando seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica. Transcreve-se parte da ementa do acórdão<sup>18</sup>:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade

---

<sup>18</sup>STF - ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos>. Acesso em: 23 de julho de 2015.

mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). [...]

O Relator também destacou o espírito de fraternidade preconizado pela Constituição Federal, positivado no art. 3º, inciso I, ao defender que a utilização de células-tronco embrionárias nas pesquisas para curar doenças, longe de representar desprezo pelos embriões congelados, tem por fim a ajuda aos seres humanos afligidos por graves enfermidades. Em suma, a opção do legislador estaria afinada com a ideia de solidariedade entre os homens, na busca do bem-estar comum.

Ademais, destaque-se o papel do Legislativo que teve seu trabalho de preocupação com a fraternidade através da referida lei, confirmando seus atos de vontade pelos atos de razão do Judiciário ao decidir pela sua constitucionalidade.

#### **4.3 ADPF 132 convertida na ADI 4277 – União Estável Homoafetiva**

No julgamento da ADPF 132 (convertido em ADI 4277)<sup>19</sup>, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, dando interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre casais do mesmo sexo como entidade familiar.

---

<sup>19</sup> É interessante citar que Lenio Streck *et all* (2009, p. 83), muito antes desse julgamento alertavam o seguinte: “Como nota final – e que isso fique bem claro – voltamos a lembrar que não somos contrários à regulamentação da união homoafetiva. Desde já, colocamo-nos à disposição para a discussão no plano da elaboração legislativa (por lei ou por emenda constitucional). Entendemos, tal qual entende a Procuradoria Geral da República, que a regulamentação é necessária para proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais que vivem como consortes. Porém, pelos motivos amplamente expostos acima, estamos convictos que não é através do exercício de um ativismo judicial que essa regulamentação deve ser levada a efeito. Em nome do direito não podemos fragilizar o direito. Não se pode confundir a jurisdição constitucional, absolutamente necessária para concretizar direitos previstos na Constituição, com um apelo indevido à jurisdição para que atue nas hipóteses que não estão previstas na Constituição (aliás, no caso, a Constituição aponta para outro sentido).”

Segue parte da ementa do julgado<sup>20</sup>:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...]

No voto condutor do acórdão, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto deixou claro que a desigualação entre as pessoas, com base no sexo, além de encontrar óbice no próprio texto constitucional (art. 3º, inciso IV), estaria desalinhada com o constitucionalismo fraternal, que se volta para a “integração comunitária das pessoas, a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”. Para o Ministro, a igualdade de tratamento entre heterossexuais e homossexuais, no que tange à constituição familiar, representa a inclusão destes enquanto estrato ou segmento social minoritário perante a comunidade.

De outra banda, sem embargo à decisão exarada, em que ficou assente o constitucionalismo fraternal, nessa questão, estaria o Judiciário a caminhar para um sentido de

---

<sup>20</sup>STF - ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180731&base=baseAcordaos>. Acesso em: 24 de julho de 2015.

se fazer substituir o poder constituinte derivado reformador, atribuído ao Legislativo<sup>21</sup>, numa concepção decisionista da jurisdição, fazendo ilegitimamente o STF de um poder constituinte permanente (STRECK, OLIVEIRA e LIMA, 2007). Apenas um alerta para que não se trave uma cruzada desnecessária de luta de poderes no Brasil, com desrespeito à Constituição, afinal, na teoria do direito, o combate à discricionariedade, ativismo, positivismo fático, etc. – facetas do subjetivismo – é compromisso com a Constituição e legislação que foram democraticamente construídas, no interior da qual há uma discussão, no plano da esfera pública, das questões ético-morais da sociedade (STRECK, 2010), o que se aponta para o caráter jurídico de que a correção normativa do Direito é ante de tudo uma questão legislativo-democrática (STRECK, OLIVEIRA e LIMA, 2007).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se percebe hoje, não só no Brasil, mas em grande parte das nações ocidentais, é a existência de sociedades ainda impregnadas de individualismo. Muito embora já se tenha avançado bastante com as conquistas do Pós-guerra de 1945, ainda há muito caminho a percorrer até que os próprios grupos sociais incorporem e possam por em prática os ideais de solidariedade e de fraternidade.

O estudo do desenvolvimento dos direitos fundamentais permite concluir que estes passaram por uma evolução gradativa ao longo da história do homem, podendo ser enquadrados em pelo menos três gerações, dimensões ou famílias, quais sejam: a primeira geração, correspondente aos direitos de liberdade; a segunda geração, atinente aos direitos de igualdade; e a terceira geração, ligada aos direitos de fraternidade ou de solidariedade, seguindo cada qual um modelo de Estado nas vertentes liberal, social e democrático de direito.

As decorrências da fraternidade (ou da solidariedade) no mundo jurídico compõem, portanto, a terceira dimensão de direitos fundamentais, que abriga direitos de titularidade coletiva (transindividuais), cuja origem reside na compreensão do ser humano dentro da comunidade, ou seja, na perspectiva da união dos indivíduos para a consecução do bem-estar comum.

---

<sup>21</sup> Lenio Streck (2010, p. 93 e 111) leciona que: “Na verdade, o ‘drama’ da discricionariedade que critico residem no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. [...] esse ‘poder discricionário’ propicia a ‘criação’ do próprio objeto de ‘conhecimento’, típica manifestação do positivismo. No entanto, adverte que: “Legislativos irresponsáveis – que aproveitam leis de conveniência – *merecerão a censura da jurisdição constitucional*. No Estado Democrático de Direito, nenhum ato do Poder Executivo ou Legislativo está imune à sindicabilidade de cariz constitucional.”

A afirmação desses direitos veio a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, com a expressa previsão nas constituições e declarações de direitos mais recentes.

A Constituição Federal de 1988 é um exemplo disso, trazendo em seus artigos 1º e 3º, fundamentos e objetivos a serem seguidos pela República, entre eles figurando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Ademais, o exame da construção dos movimentos constitucionais autoriza aferir-se que o constitucionalismo também evoluiu, desde os primórdios, até chegar à sua atual conformação, costumeiramente chamada de Neoconstitucionalismo, que elevou a dignidade da pessoa humana ao patamar central do sistema jurídico e reconhecendo o caráter de força normativa das constituições, além de se manifestar em outros ramos do direito como a hermenêutica e a teoria do direito.

Tem-se hoje, ainda, a ascendência do constitucionalismo fraternal, fruto da influência da fraternidade e da solidariedade nos movimentos constitucionais, que se baseia na afirmação do desenvolvimento e meio ambiente ecologicamente equilibrado, da democracia, da paz, do patrimônio comum da humanidade e de outros valores como direitos fundamentais.

Mas entre a previsão normativa de um preceito constitucional e a sua materialização no plano fático, existe um intervalo de efetividade que, em certas hipóteses, leva até mesmo a um sentimento de descrédito em relação à Lei Fundamental, fenômeno este chamado por Karl Loewenstein de “erosão da consciência constitucional”.

É dever dos poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário) dar cumprimento aos mandamentos constitucionais. Quando o Poder Executivo deixa de realizar determinadas políticas públicas ou de atender determinadas metas traçadas pela lei maior do Estado (como, por exemplo, a educação básica obrigatória e gratuita – art. 208, I, CRFB/88), a Constituição sofre uma desvalorização funcional, sobretudo, no pensamento da coletividade. Da mesma forma, quando o Poder Legislativo se omite quanto à elaboração de determinada lei regulamentadora de direito fundamental, cujo exercício fica comprometido, também há perda de força normativa da Lei Maior.

Todavia, em último caso, existe uma solução, ainda que sua aceitabilidade seja por vezes contestada na doutrina: recorrer ao Poder Judiciário. Omissões dos Poderes Executivo e Legislativo têm sido constantemente contornadas nas Cortes de justiça brasileiras.

E ainda que haja críticas, sobre as quais não cabe aqui discorrer, o certo é que a presença de um remédio não unânime soa melhor que a ausência completa de tratamento.

Nessa linha, a concretização da fraternidade, enquanto objetivo da República Federativa do Brasil, em certos hiatos acaba ficando por conta do Poder Judiciário, diante da omissão dos demais poderes constituídos.

E a importância da materialização da solidariedade não se restringe aos casos concretos submetidos a julgamento nas casas de justiça. Quando o Poder Judiciário julga uma causa tendo por base o princípio da fraternidade (ou da solidariedade), esta decisão tem impacto no sentimento social de confiança na Constituição, vale dizer, representa um sinal de que os preceitos constitucionais estão sendo cumpridos e que o Estado caminha em busca de uma sociedade solidária.

Daí a relevância das decisões do Supremo Tribunal Federal dando dimensão real à fraternidade e evidenciando o avançar do constitucionalismo fraternal. Mas ficou evidente também o trabalho dos demais poderes Legislativo e Executivo que, em exemplos paradigmáticos, respectivamente, Lei de Biossegurança e Caso Raposa Serra do Sol, contribuíram, inicialmente, com a concretização da fraternidade/ solidariedade enquanto princípio fundamental, sendo confirmados constitucionais pela Corte Suprema.

Tais medidas são louváveis, já que consideram o indivíduo dentro da comunidade, compreendendo o ser humano como parte de formações sociais, cuja união tem como propósito justamente o bem-estar comum. Este, como se sabe, escopo maior do Estado.

É imperioso ter em mente a concepção de que a deficiência de um homem deve ser remediada pela excelência dos demais. O todo deve corrigir os defeitos da parte. Essa é a ideia de fundo que representa a fraternidade e que deve ser difundida entre os homens.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo direito**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) . Acesso em 20 de junho de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MS 22164, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995 PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição 3388. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos> . Acesso em 23 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168856&base=baseAcordaos> . Acesso em: 23 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000180731&base=baseAcordaos>. Acesso em: 24 de julho de 2015.  
BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Alexandre Salim *et all* (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Constitucional**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Nº 23, Salvador - Bahia - Brasil (2010).

Disponível em: [http://www.direitodoestado.com/revista/\\_RERE-23-SETEMBRO-2010-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/_RERE-23-SETEMBRO-2010-CARLOS-AUGUSTO-MACHADO.pdf). Acesso em: 15 de julho de 2015.

MACHADO, Clara Cardoso. **Limites ao Ativismo Judicial à luz do Constitucionalismo Fraterno.** EVOCATI Revista nº 64 (15/04/2011). Disponível em: [http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=477](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=477). Acesso em 18 de julho de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade.** Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster\\_port.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/munster_port.pdf). Acesso em: 07 de abril de 2015.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva. **Uma Introdução ao Neoconstitucionalismo como compreensão ao Novo Constitucionalismo na América Latina.** Caderno de Estudos Ciência e Empresa, Teresina, Ano 8, n. 2, nov. 2011. Disponível em: <http://www.faete.edu.br/revista/UMA%20INTRODU%C7%C3O%20AO%20NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. **A Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento da República Federativa do Brasil e o Impacto na Teoria dos Direitos Fundamentais.** Revista Científica da OAB/PI. Teresina. v. 1. n. 2. jan./jul. 2014, p. 137-163.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma Teoria dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos e reforma do Poder Judiciário.** In: SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (orgs.). **Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 405- 429.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 131-214.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.** Madri: Tecnos, 1995, p. 132-184.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 20 de junho de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SALMEIRÃO, Cristiano. **O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13090&revista\\_caderno=9](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090&revista_caderno=9). Acesso em abr 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Evolução dos Direitos Fundamentais**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 6 (2005): 541-558. Disponível em: <http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2005-RLAEC06-Evolucao.pdf>. Acesso em 12 de julho de 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e Cidadania**. 3ª ed rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre Controle Difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1498, 8 ago. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/10253>. Acesso em: 09 agosto de 2015.

STRECK, Lenio Luiz *et all*. **Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”**. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 1, n. 2, p. 75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47>. Acesso em: 09 de agosto de 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.