



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU  
DOUTORADO EM DIREITO**

**CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

**A FRATERNIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO:  
UM INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS**

**Salvador/BA**

**2016**

**CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

**A FRATERNIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UM  
INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS  
TRANSINDIVIDUAIS**

Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação  
Stricto Sensu – Doutorado em Direito da Universidade  
Federal da Bahia como requisito parcial para  
obtenção do grau de Doutor em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Jorge e Silva Neto.

Linha de Pesquisa: Proteção Constitucional dos  
Interesses Transindividuais.

**Salvador/BA**

**2016**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

### **A FRATERNIDADE NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UM INSTRUMENTO PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS**

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito Público,  
Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

#### **BANCA EXAMINADORA**

Dr. Manoel Jorge e Silva Neto (Orientador) \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP  
Universidade Federal da Bahia

Dr. Edvaldo Brito \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP/SP  
Universidade Federal da Bahia

Dra. Sandra Regina Martini \_\_\_\_\_  
Doutora em Direito pela Università Degli Studi di Lecce - UNILE, Itália.  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Dr. Menelick de Carvalho Netto \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG  
Universidade de Brasília

Dr. Ricardo José de Macedo Pereira Britto \_\_\_\_\_  
Doutor em novos desafios do Direito do Trabalho pela Universidade Complutense de  
Madri com diploma revalidado pela Universidade de Brasília  
Centro Universitário do Distrito Federal - UDF

Salvador, Estado da Bahia, 29 de julho de 2016

*À minha amada filha Letícia, que  
viveu comigo a construção desta tese  
antes mesmo de vir ao mundo.  
Filha, tenho certeza que um dia irás  
entender que as horas que não pude  
te colocar no colo foram dedicadas,  
ainda que de maneira singela, à  
construção de uma sociedade mais  
fraterna.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, Àquele que trilhou o percurso deste doutorado, que arrefeceu minhas inquietudes e agitações, mostrando-me que tudo foi pensado com amor e zelo: Deus, muito obrigada!

Ao meu orientador, professor Dr. Manoel Jorge e Silva Neto, que desde o mestrado despertou em mim o interesse acadêmico pelos direitos fundamentais e por me desafiar continuamente a aproximar o texto constitucional da realidade. Agradeço pelo olhar zeloso, pela paciência e pela preocupação com a construção da tese. Não conseguiria concluir este trabalho sem suas lições. Obrigada!

A meu avô Paulo (*in memoriam*), que antes de partir para os braços do Pai celeste pediu que eu não desistisse, afirmando que cuidaria de mim do local que estivesse. Sua presença espiritual foi fundamental para que eu pudesse superar os obstáculos. Garanto ao senhor que fiz meu 1% (um por cento).

Ao meu amado José Luiz, grande incentivador de meus sonhos, pelo apoio incondicional em todos os momentos, principalmente por ter assumido a função de pai/mãe de Letícia em tantas horas. Sem vocês nenhuma conquista valeria a pena.

Aos meus pais, Paulo e Teresa, principais responsáveis pela minha formação humana e pelo meu desejo de construção de uma sociedade mais fraterna. A vivência fraterna que vejo na vida de vocês me dão certeza de que a fraternidade não é utopia.

A minhas avós Miriam (*in memoriam*) e Alice, símbolos de fortaleza e fontes do amor puro e verdadeiro por cada um dos netos. Minha ausência física se faz presença neste trabalho acadêmico. Obrigada por tudo!

Aos meus amados sogros (pais de coração), irmãos e cunhados, que não mediram palavras de estímulo e de confiança para me incentivar. Senti constantemente o amor de vocês. Não poderia deixar de agradecer especialmente a Paty e Line pelo amor e cuidado com Letícia. Aproveito para registrar minha gratidão a Simone, um anjo que Deus enviou para nossa família. Obrigada por tornar a missão de ser mãe ainda mais leve.

Ao meu tio e eterno mestre Carlos Augusto Alcântara Machado, por servir de fonte de inspiração para minhas pesquisas, pelas sugestões valiosas e por estar ao meu lado em todos os momentos, principalmente nos de incerteza, muito comuns para quem tenta trilhar novos caminhos.

A todos os professores do Doutorado em Direito da Universidade Federal da Bahia em especial ao professor Dr. Edvaldo Brito, pelos ensinamentos ao longo do mestrado e do doutorado. Agradeço por permitir o livre acesso a sua preciosa biblioteca que foi fonte importantíssima para conclusão deste trabalho. Obrigada pelo seu eterno olhar de mestre!

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, pelo empenho na preservação e desenvolvimento do curso, buscando sempre sua excelência.

A Tatiane, sócia e amiga, por viver comigo a construção dessa tese, por nunca ter deixado que desistisse, pelo convívio fraterno, pela amizade irrestrita e por assumir em tantos momentos as dificuldades enfrentadas no escritório a fim de permitir a conclusão desse trabalho. Muito obrigada.

À equipe do Goldhar & Machado advocacia e consultoria, pela colaboração e companheirismo principalmente em minhas ausências. Agradeço especialmente a Letícia Alves, pelos conhecimentos divididos e pelo apoio incessante.

Aos amigos irmãos Lu, Neri, Tiago, Isaurinha, Bia, Felipinho, Dinda, Flavinha, Gabi, Rose, Adilson, Jane Teresa, pelas palavras de estímulo, confiança, carinho e por entender minhas ausências necessárias. Vocês tornaram mais leve essa caminhada.

Agradeço ainda a Mariése Garcia, Helder Penha, América Nejaim, Tiago Bockie, Miriam Coutinho pelas discussões acadêmicas e pela amizade construída.

À Estácio-Fase, na pessoa dos seus dirigentes e a todos os professores do curso de Direito pelo incentivo e apoio.

Enfim, a todos e a cada um e a tantos não individualmente nominados que confiaram e apoiaram a realização desta tese. Ainda não sei se será aprovada, mas tenho convicção de que minha missão foi cumprida, uma vez que, seguindo os ensinamentos de Paulo Freire “não estou no mundo para simplesmente a ele me adaptar, mas para transformá-lo; se não é possível muda-lo sem um certo sonho ou projeto de mundo, devo usar toda possibilidade que tenha para não apenas falar de minha utopia, mas para participar de práticas com ela coerentes”. Com essas palavras convido a todos os leitores para vivência da fraternidade e consequente manutenção da vida terrena.

*“El vivir democrático es una obra de arte, no tiene que ver con eficiencia, no tiene que ver con la perfección, tiene que ver con el deseo de una convivencia en la fraternidad. Hay toda clase de argumentos que se usan para negar la convivencia democrática pero si no comprendemos que tiene que ver con los deseos y que vamos a vivir en democracia en tanto queramos vivir en democracia, sino es así, nunca vamos a vivir en democracia”.* (Humberto Maturana)

*“Ninguém nasce odiando outra pessoa pela cor de sua pele ou por sua origem, ou sua religião. Para odiar, as pessoas precisam aprender. E se podem aprender a odiar, podem ser ensinadas a amar”.* (Nelson Mandela)

*“A mediação é: A inscrição do amor no conflito; uma forma de realização da autonomia; uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos; um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades; uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade; um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito; um modo particular de terapia; uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia”* (Luis Alberto Warat)

## RESUMO

As transformações sociais decorrentes do processo de globalização destacam a preocupação com a qualidade de vida no planeta, o desenvolvimento sustentável, a probidade, a proteção do patrimônio cultural e tantos outros bens de objeto difuso, internalizados no ordenamento jurídico brasileiro como direitos fundamentais transindividuais a fim de viabilizar a proteção do Estado e da sociedade. Verifica-se, no entanto, que, apesar de formalmente positivados, tais direitos carecem de efetividade. Desta forma, partindo-se da premissa do “constitucionalismo brasileiro tardio”, esta tese objetiva romper o paradigma liberal- individualista que alicerçou a teoria dos direitos fundamentais e reconhecer a juridicidade da fraternidade, princípio esquecido na Revolução Francesa, essencial na construção de uma cultura coletiva e fraterna. Partindo das reflexões iluministas originárias do pensamento fraterno para os condicionantes da realidade contemporânea, defende-se que a fraternidade é princípio fundamental do Estado Democrático Brasileiro, que consolida a liberdade e a igualdade, e sua aplicação pode contribuir para proteção dos direitos fundamentais transindividuais, ao atentar para o reconhecimento da dignidade humana, o senso de responsabilidade social materializado nos deveres fundamentais dos indivíduos em comunidade, sem afastar a importante função do Estado na concretização de uma sociedade fraterna.

Palavras-chave: direitos fundamentais transindividuais; princípio da fraternidade; reconhecimento; responsabilidade.



## **ABSTRACT**

The social transformations resulting from globalization process highlight the concern about the quality of life on the planet, the sustainable development, the probity, the protection of cultural heritage and many other diffuse assets, internalized in the Brazilian legal system as transindividual fundamental rights in order to enable the protection of the State and the society. However, although formally accepted, such rights lack of effectiveness. Thus, taking into consideration the assumption of the "Late Brazilian Constitutionalism", this study aims to break the liberal individualism paradigm that was the basis of the theory of fundamental rights and recognize the legality of the fraternity principle forgotten in the French Revolution, which is essential in building a collaborative and fraternal culture. Taking into account the Enlightenment ideas originated from the fraternal thought to the conditioning factors of modern reality, it is argued that the fraternity is a fundamental principle of the Brazilian Democratic State that consolidates freedom and equality, and its implementation may contribute to the protection of the transindividual fundamental rights since it reinforces the recognition of human dignity and the sense of social responsibility embodied in the fundamental obligations of community individuals, without ruling out the important role played by the State in the realization of a fraternal society.

Keywords: transindividual fundamental rights; fraternity principle; recognition; responsibility.

## RESUMÉ

Les transformations sociales devenues du processus de globalisation mettent en exécution la préoccupation avec la qualité de vie à la planète, le développement durable, l'intégrité, la protection du patrimoine culturel et d'autres biens d'objets diffus, compris dans l'ordonnance juridique brésilienne, comme des droits fondamentaux transindividuels, afin de permettre la protection de l'État et de la société. On vérifie, par contre, que même formellement positivés, ces droits ont besoin d'efficacité. Ainsi, d'après la prémisse du "Constitutionnalisme brésilien tardif" cette thèse se propose à rompre le paradigme libéral-individualiste qui a fondé la théorie des droits fondamentaux et reconnaître de forme juridique la fraternité, principe oublié à la Révolution Française, essentiel dans la construction d'une culture collective et fraternelle. D'après les réflexions illuministes originaires de la pensée fraternelle pour les conditionnées de la réalité contemporaine, on défend que la fraternité est le principe fondamental de l'État Démocratique Brésilien qui consolide la liberté et l'égalité, et sa mise en place peut contribuer pour la protection des droits fondamentaux transindividuels, en prise en compte la reconnaissance de la dignité humaine, le sens de responsabilité sociale concrétisé aux droits fondamentaux des individus d'une communauté, sans oublier le rôle important de l'État dans la concrétisation d'une société fraternelle.

Mots Clés: droits fondamentaux transindividuels; principe de la fraternité, reconnaissance, responsabilité.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade  
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental  
AIRR – Agravo de Instrumento em Recurso de Revista  
Art. – Artigo  
Arts.- Artigos  
CDC – Código de Defesa do Consumidor  
Cf. – Conferir  
CONFENEN - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino  
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil  
DUDH - Declaração Universal de Direitos Humanos  
EC – Emenda Constitucional  
Min. – Ministro (a)  
OIT – Organização Internacional do Trabalho.  
PET – Petição  
PPGD – Programa de Pós-graduação em Direito  
RE – Recurso Extraordinário  
Resp – Recurso Especial  
Recl. – Reclamação.  
RMS – Recurso em Mandado de Segurança  
RTJ – Revista Trimestral de Jurisprudência  
RR – Recurso de Revista  
STF – Supremo Tribunal Federal.  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
TST – Superior Tribunal do Trabalho  
TRF – Tribunal Regional Federal  
TRT – Tribunal Regional do Trabalho  
TJ – Tribunal de Justiça  
UFBA – Universidade Federal da Bahia  
UnB – Universidade de Brasília

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| 1 INTRODUÇÃO .....   | 14  |
| 1.1 Delimitação do tema/problema .....   | 14  |
| 1.2 Metodologia e plano da tese .....  | 17  |
| 2 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS NO CONSTITUCIONALISMO<br>CONTEMPORÂNEO .....  | 20  |
| 2.1 “Interesses transindividuais” e “direitos fundamentais transindividuais”: breve<br>exame do aspecto terminológico .....  | 20  |
| 2.2 Direitos fundamentais transindividuais: proteção constitucional, natureza<br>jurídica e dimensão objetiva .....          | 33  |
| 2.3 Constitucionalismo brasileiro tardio como obstáculo à proteção dos direitos<br>fundamentais transindividuais .....       | 46  |
| 3 CONTEXTUALIZANDO A FRATERNIDADE NO DIREITO .....   | 54  |
| 3.1 A (re) inserção da fraternidade no direito .....   | 54  |
| 3.2 O conteúdo jurídico da fraternidade .....  | 66  |
| 3.4 Dignidade humana como elemento estruturador da fraternidade .....  | 74  |
| 3.5 O lugar constitucional da fraternidade .....   | 80  |
| 4 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA E<br>APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA .....                      | 94  |
| 4.1 Construção epistemológica da dimensão jurídica da solidariedade .....  | 94  |
| 4.3 Distinções semânticas e relações possíveis entre fraternidade e<br>solidariedade .....                                   | 102 |
| 4.3 Fraternidade e solidariedade na jurisprudência brasileira .....  | 116 |
| 5 FRATERNIDADE E RESPONSABILIDADE: O RECONHECIMENTO DO DEVER<br>DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS ..... | 125 |
| 5.1 O princípio responsabilidade na sociedade fraterna .....   | 125 |
| 5.2 Por uma mentalidade responsável: o reconhecimento dos deveres<br>individuais e coletivos .....                           | 129 |

|  |     |
|--|-----|
| 5.3 Deveres fundamentais na dogmática constitucional: dever de proteção aos direitos fundamentais transindividuais ..... | 142 |
| 6 PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE .....                         | 155 |
| 6.1 Processo de conscientização para aplicação da fraternidade: uma mudança cultural .....                               | 155 |
| 6.2 Princípio da fraternidade como condição para máxima efetividade dos direitos fundamentais transindividuais .....     | 160 |
| 7 CONCLUSÃO .....  | 169 |
| 8 REFERÊNCIAS .....  | 176 |

# 1 INTRODUÇÃO

## 1.1 Delimitação do tema/problema

Esta tese sustenta a compreensão da fraternidade na seara do Direito Constitucional brasileiro como forma de verificar se o conteúdo jurídico desse preceito magno é instrumento apto à proteção dos direitos fundamentais transindividuais.

Para tanto, visa conferir à fraternidade força normativa pautada nos espaços de liberdade, igualdade e democracia constitucional. Tal concepção tem suas raízes na Filosofia do Direito e, contemporaneamente, se manifesta na visão de um direito não violento, plural, dialógico, que comunga com aspectos de jurisdição mínima, de métodos alternativos de resolução de conflitos e de responsabilidade social.

Na dimensão jurídica, a fraternidade revela-se uma questão de princípios, cujo sentido é estabelecido diante dos paradigmas e limites do constitucionalismo contemporâneo, apresentando-se, portanto, epistemologicamente, como um conceito<sup>1</sup> que remete à restituição dos vínculos fundamentais das relações humanas e sociais, propiciando práticas emancipatórias que viabilizam o reconhecimento do outro e o respeito à diversidade.

A percepção do descompasso existente entre a quantidade de direitos transindividuais previstos no texto constitucional, a exemplo do meio ambiente, desenvolvimento, patrimônio cultural, saúde pública, proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, e a sua real concretização instigou a pesquisa de possíveis causas para o déficit de efetividade, bem como a busca de meios para realização.

Partindo-se dos pressupostos do “constitucionalismo brasileiro tardio”<sup>2</sup> e da aplicação da fraternidade no Direito Constitucional, pretende-se demonstrar que a

---

<sup>1</sup> O "conceito" é uma unidade formal que reúne a multiplicidade dos fenômenos segundo os vínculos que guardam entre si e a importância de concebê-lo está em que o saber científico é por sua natureza sistemática e um sistema somente é possível mediante "conceitos". BRITO, Edvaldo. O conceito atual de tributo. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA**. DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991, p. 29-20.

<sup>2</sup> Expressão criada por Manoel Jorge e Silva Neto para quem “é o fenômeno, decorrente de causas históricas, políticas e jurídicas, dentre outras, da ausência de cultura constitucional nos estados pós-modernos que são organizados formalmente por meio de uma constituição, o que conduz à ineficácia social dos textos constitucionais”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

proteção de direitos fundamentais transindividuais implica a resolução de aspectos não só jurídicos, mas sociais, econômicos, culturais e políticos, que “reconduz a autêntica revolução sem armas, sem canhões, sem vítimas”<sup>3</sup>, típica de uma sociedade que se pretende fraterna.

Constatando-se que a fraternidade foi deixada à deriva enquanto princípio jurídico de mesmo nível constitucional que liberdade e igualdade em razão do excesso de individualismo jurídico em que foi alicerçada a teoria dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, levantou-se a hipótese de que se a aplicação da fraternidade contribuiria para proteção dos direitos fundamentais transindividuais ao atender para o senso de responsabilidade social materializado nos deveres fundamentais, sem afastar a importante função do Estado na construção da sociedade fraterna.

Partindo das reflexões iluministas originárias do pensamento fraterno para os condicionantes da realidade contemporânea, a fraternidade apresenta-se como uma proposta renovadora que transcende a historicidade. Inelutavelmente, o desenvolvimento de uma estrutura política calcada na fraternidade coaduna-se com o modelo constitucional contemporâneo que centraliza o olhar no ser humano e no caráter intersubjetivo dos direitos<sup>4</sup>. Utilizando a expressão de Giorgio Agamben<sup>5</sup>, a “potência pré-jurídica” da fraternidade mantém-se no modelo político-jurídico contemporâneo e serve de base para alcançar seu espaço nos ordenamentos jurídicos.

Verifica-se que, diante das transformações sociais decorrentes do processo globalizatório, que enfatiza princípios humanistas do cooperativismo e da responsabilidade nas relações jurídicas, a fraternidade vem ganhando espaço nas pesquisas acadêmicas no âmbito do direito interno e internacional, a exemplo dos trabalhos de Eligio Resta, Filippo Pizzolato, Antonio Maria Baggio, Sandra Regina

---

<sup>3</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado**: o dano nacional. In: Menezes, Wagner; Menezes Vieira, Gustavo Adolpho. (Org.). *O Direito Internacional Público em Expansão*. 5ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

<sup>4</sup> Nessa linha de raciocínio, Carlos Augusto Alcântara Machado obtempera: “Com esse novo paradigma, o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos receberá tratamento jurídico diferenciado, exatamente pelo fato de não se conceber uma intersubjetividade excludente. O Direito precisa ser compreendido como um instrumento de pacificação social e deve ser utilizado como uma importante ferramenta que auxilia os seres humanos a viver harmonicamente com o outro. Não, apesar do outro”. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 165.

<sup>5</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: O poder soberano e a vida nua. Editora UFMG, Belo Horizonte, 2010, p. 22.

Martini, Carlos Augusto Alcântara Machado, Josiane Rose Petry Veronese, dentre outros<sup>6</sup>.

A perspectiva da fraternidade no Direito Constitucional carece, entretanto, de um estudo prático voltado a sua implementação. Diante disto é que surgiu o problema a ser enfrentado na tese, sobre a possibilidade de se extrair do princípio da fraternidade um conteúdo jurídico apto à concretização de interesses transindividuais através da ação estatal e da responsabilidade dos indivíduos em comunidade<sup>7</sup>. Para tanto, é necessária não só uma mudança de cunho jurídico, mas também uma transformação cultural da perspectiva individualista-liberal do direito para a coletivo-fraterna.

O princípio da fraternidade afirma-se na proteção a direitos fundamentais transindividuais através da maior participação popular nas escolhas de políticas públicas, na conscientização e observância dos deveres fundamentais, no fortalecimento do “sentimento constitucional”<sup>8</sup>, no reconhecimento e respeito das diferenças, nos laços de solidariedade social e na atuação conjunta e dialógica das funções estatais.

Assim sendo, o objeto desta investigação é demonstrar como a fraternidade está estruturada no direito e na teoria dos direitos fundamentais e, mais propriamente, estabelecê-la como princípio fundamental do Estado Constitucional Democrático, que conduz à tutela de direitos fundamentais transindividuais.

---

<sup>6</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005; PIZZOLATO, Filippo. **Il principio costituzionale di fraternità**: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana. Roma: Città Nuova, 2012; BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2008. BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2**: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2009; VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014; VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica**: da utopia à realidade. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

<sup>7</sup> O sentido de comunidade aqui desenvolvido vai além da questão da territorialidade (dimensão objetiva) e associa-se ao sentimento de pertencimento (identidade) a determinada coletividade e à existência de objetivos comuns. Defende-se, na esteira de Zygmunt Bauman, que diante da liquidez da modernidade em que é difícil conciliar o excesso de individualismo com os interesses coletivos, a comunidade precisa ser alicerçada a partir da corresponsabilidade e do cuidado mútuo. BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 134.

<sup>8</sup> VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.



Diante dessa primeira dedução sobre o desenvolvimento e principal hipótese de trabalho, restam as seguintes hipóteses secundárias a serem investigadas nos capítulos seguintes:

(1) O déficit de eficácia social dos direitos fundamentais transindividuais é característico do “constitucionalismo brasileiro tardio”, que se afastou da fraternidade;

(2) O alcance e o significado constitucional dos direitos fundamentais transindividuais devem ser orientados pelo princípio da fraternidade;

(3) A fraternidade está presente em diversas constituições estrangeiras e é princípio jurídico retirado do preâmbulo da constituição brasileira de 1988 e do art. 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), razão pela qual detém força normativa capaz de transformar a realidade social;

(4) Fraternidade e solidariedade são princípios jurídicos distintos, devendo-se afastar a confusão conceitual entre ambos, de modo a alcançar o âmbito de proteção da fraternidade e, com isso, a exigibilidade de sua aplicação;

(5) A relação entre fraternidade e responsabilidade viabiliza a conscientização e observância dos deveres fundamentais com a consequente edificação de uma cidadania fraterna, sem afastar a necessidade da prestação estatal na realização dos direitos fundamentais;

(6) A fraternidade produz reflexos jurídicos na proteção de direitos fundamentais transindividuais, oferecendo novas possibilidades de implementá-los no âmbito do Estado e das comunidades.

## **1.2 Metodologia e plano da tese**

A tese encontra-se vinculada à linha de investigação do doutorado em Direito: Estado, Direitos Fundamentais e Constituição na área de concentração em Direito Público, inserido na linha de pesquisa “Proteção Constitucional dos Interesses Transindividuais” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. A análise está associada à indagação sobre de que modo a fraternidade, ao dialogar com a teoria dos direitos fundamentais, recria possibilidades hermenêuticas para a proteção de interesses transindividuais.

Muito embora grande parte do estudo desenvolvido esteja alicerçada na dogmática jurídica, a fraternidade não fica limitada às questões epistemológicas do direito, suscitando um diálogo interdisciplinar e investigação zetética<sup>9</sup>, pois dialoga com a Filosofia do Direito e Sociologia Jurídica.

O método predominante será o dedutivo, uma vez que o estudo parte de uma hipótese de trabalho, o conteúdo jurídico da fraternidade no Direito Constitucional brasileiro como instrumento de concretização dos direitos fundamentais transindividuais, cuja validade será testada a partir da análise do material documental, jurisprudencial, bibliográfico (nacional e estrangeiro), levantado e discutido, confirmando-a ou refutando-a.

A perspectiva crítica será edificada através do método de ensaio e erro de Karl Popper<sup>10</sup>, que consiste na reflexão minuciosa do investigador a respeito das tentativas de solução dos problemas apresentados. Nesse passo, a análise da relação fraternidade e solidariedade e também a forma como esses princípios constitucionais deverão ser aplicados para o alcance da máxima efetividade dos direitos fundamentais transindividuais serão imprescindíveis para o alcance de uma solução equânime com a conjuntura jurídico-social-democrática do Brasil.

Conforme sublinhado, o propósito da tese é desvendar a fraternidade, sob o enfoque da Filosofia do direito e do Direito Constitucional, despertando-se tanto pela relevância e pela pouca literatura produzida na área, quanto pela capacidade de contribuição para a sociedade, ao defender a fraternidade como princípio jurídico necessário à proteção integral de direitos fundamentais transindividuais.

O capítulo II traz o alcance e o significado constitucional dos direitos fundamentais transindividuais na contemporaneidade e relata possíveis obstáculos à sua concretização. Após, demonstra que o déficit de efetividade dos direitos transindividuais, além de estar atrelado à ineficiência estatal, está relacionado à ausência de pertencimento, de responsabilidade social, de participação, de cultura constitucional, e ao excesso de individualismo jurídico, característicos do constitucionalismo brasileiro tardio, que se afastou da fraternidade. Diante disto, a (re) inserção da fraternidade no direito é medida que se impõe.

---

<sup>9</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**: Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 41.

<sup>10</sup> POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

O capítulo III estabelece os pressupostos filosóficos e jurídicos da fraternidade, com o intuito de afastar a perspectiva religiosa que edificou o termo e consolidar a força normativa da fraternidade. Para tanto, explicita as bases epistemológicas da fraternidade e sua inserção no direito, constatando que o caráter plural da fraternidade se manifesta em meio aos princípios constitucionais e possui como elemento estruturador a dignidade da pessoa humana. Destaca ainda diversas constituições do mundo que trazem expressamente no seu texto a fraternidade e retrata a expressa opção do constituinte de 1988 ao inseri-la no preâmbulo como valor supremo da sociedade e, portanto, como princípio fundamental do Estado brasileiro.

O capítulo IV cuida da relação entre fraternidade e solidariedade na ciência jurídica, considerando as distinções e os possíveis diálogos, retratando que fraternidade vai além da solidariedade ao exigir do indivíduo o reconhecimento do outro numa perspectiva horizontal e igualitária. A solidariedade, por sua vez, está imersa na fraternidade em sentido estrito, numa perspectiva vertical em que há clara situação de hipossuficiência ou vulnerabilidade na relação jurídica.

O capítulo V contextualiza a relação entre fraternidade e responsabilidade, ao destacar a necessidade de reconhecimento dos deveres fundamentais como forma de conscientizar o indivíduo de sua responsabilidade social e, conseqüentemente, impeli-lo a compreender que os direitos próprios e alheios devam ser aceitos e observados dentro de uma estrutura dialógica fraterna que permita a máxima efetividade dos interesses transindividuais.

O capítulo VI encerra a tese e trata do plano concreto da fraternidade como princípio viabilizador da proteção de direitos fundamentais transindividuais. Nesse sentir, identifica perspectivas pluralistas de alternativas e sugere a criação de uma rede de proteção para esses direitos.

## **2 DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

O presente capítulo oferece a análise dos direitos fundamentais transindividuais na contemporaneidade, demonstrando sua fundamentalidade constitucional e examinando os possíveis obstáculos à efetivação, a partir da percepção de Manoel Jorge e Silva Neto acerca do constitucionalismo brasileiro tardio.

Para tanto, discorre inicialmente sobre a compreensão da categoria “interesses transindividuais” com o intuito de delimitar o sentido da expressão. Após, traz algumas considerações sobre a caracterização dos direitos fundamentais transindividuais no intuito de afastar a interpretação liberal individualista que alicerçou a teoria dos direitos fundamentais e evidenciar a importância da cultura constitucional fraterna.

O capítulo traz, ao final, os meios judiciais previstos para tutela de interesses transindividuais com o objetivo de retratar a necessidade de uma atuação em conjunto Estado e sociedade para a sua implementação, partindo-se da dimensão jurídica da fraternidade no Direito Constitucional.

### **2.1 “Interesses transindividuais” e “direitos fundamentais transindividuais”: breve exame do aspecto terminológico**

Com o intuito de preservar o rigor semântico contido em cada expressão, antes de discorrer sobre “direitos fundamentais transindividuais”, convém registrar a compreensão desta tese a respeito dos “interesses transindividuais”.

O estudo dos interesses transindividuais é desenvolvido por Mauro Cappelletti como superação da doutrina individualista do processo, propiciando nova categorização de interesses e sua justiciabilidade em decorrência das transformações ocorridas no mundo contemporâneo, do surgimento da “sociedade de massa”<sup>11</sup> e da

---

<sup>11</sup> Compreende-se sociedade de massa, aquela surgida após a Revolução Industrial, marcada, sobremaneira, pela intensa litigiosidade interna a envolver diversos interesses emergentes da própria sociedade, não represados em sujeitos determinados e, cujos objetos tocam, indistintamente e de maneiras diferentes essas pessoas.

necessidade de proteção de realidades juridicamente relevantes marcadas por interesses pulverizados pela sociedade ou por parcelas sociais, a exemplo do meio ambiente e do desenvolvimento.

Em razão do surgimento de direitos de natureza difusa que superam a dicotomia público/privado, brotou a necessidade de construir um modelo de proteção específico a tais direitos. De acordo com Mauro Cappelletti, “os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos”<sup>12</sup>.

Por se situarem na zona intermediária entre interesse privado e público, Mauro Cappelletti denominou essas situações jurídicas de interesses transindividuais uma vez que dizem respeito a toda coletividade, referindo-se a categorias, grupos ou à própria humanidade<sup>13</sup>.

A questão central dos interesses transindividuais reside na tentativa de incluí-los entre os interesses públicos e privados durante a evolução histórica do estado. À época do estado liberal, era nítida a visão individualista do direito e do processo, não existindo espaço para teorização de interesses transindividuais.

A decadência do Estado liberal ensejou a mudança de perspectiva de proteção de direitos individuais, através do absentéismo estatal, para realçar interesses da sociedade por meio da intervenção positiva do Estado, através das prestações sociais. Após a crise do Estado liberal, o princípio da não neutralidade foi materializado em comandos constitucionais tendentes a mitigar a desigualdade social<sup>14</sup>. Boris Mirkine Guetzévitch sublinha que no pós-guerra os textos constitucionais começaram a reconhecer não mais o homem em abstrato, mas o

---

<sup>12</sup> Este trabalho utiliza a versão em português do artigo de Mauro Cappelletti “*Formazioni sociali e interessi di grupo davanti alla giustizia civile*”. Nesse sentido conferir CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977, p. 131.

<sup>13</sup> “Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente, ao palco novos interesses difusos, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é “titular”, ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro?” (CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977, p. 135).

<sup>14</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999, p. 61.

cidadão social, como reflexo da racionalização do poder no Direito Constitucional moderno<sup>15</sup>.

Com o surgimento do Estado social, a vocação gregária do ser humano veio à tona, fomentando o aparecimento de “corpos intermediários” entre o indivíduo e o Estado (sindicatos, associações, partidos políticos) para busca de melhores condições de vida, trabalho, saúde, habitação. O bem-estar social passou a ser perseguido pelo indivíduo-coletividade. A percepção de que tais interesses excedem o âmbito individual, mas não chegam a constituir interesse público, fez com que eclodisse a categoria interesses transindividuais como um *tertium*<sup>16</sup>. Desta maneira, transindividuais são aqueles interesses que vão além da órbita individual do sujeito de direito.

Para compreender melhor a categoria<sup>17</sup> “interesses transindividuais”, é mister discorrer, ainda que sumariamente, sobre a noção de interesse, a fim de verificar se há equívoco no tratamento equivalente entre direitos e interesses transindividuais.

De início, cumpre apontar que parcela significativa da doutrina defende a identidade entre as expressões, sob o argumento de que não há relevância prática na distinção, haja vista as consequências no plano normativo material e processual para a tutela jurisdicional serem as mesmas<sup>18</sup>.

Contudo, seguindo os ensinamentos de Manoel Jorge e Silva Neto, ainda que não haja repercussão prática, é forçoso diferenciar os termos em respeito à linguagem técnica e pelo fato de “a noção de direito, de modo particular a de direito subjetivo, estar atrelada à concepção liberal-individualista que não presenciava a possibilidade de existência de direito que não estivesse preso a um sujeito certo, preciso e determinado”<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. **As novas tendências do Direito Constitucional**. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933, p. 146.

<sup>16</sup> MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 47.

<sup>17</sup> Edvaldo Brito esclarece que categoria é um conceito básico que compreende outros, porque a ele se subordinam e dele se inferem outros conceitos. (BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 28).

<sup>18</sup> Nesse sentido cf. LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: RT, 2002, p. 89; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 58-59; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1996.

<sup>19</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e homogêneos**. São Paulo: LTr, 2001, p. 23.

A questão que se apresenta é a de saber se os interesses transindividuais revelam-se como interesses simples, interesses legítimos ou se a relação jurídica por eles apresentada gera direito subjetivo.

É inquestionável que interesse jurídico e direito subjetivo revelam situações jurídicas subjetivas<sup>20</sup> distintas. Conquanto sem proceder a um exame profundo sobre essas categorias – que demandaria uma longa análise da evolução das noções de direito subjetivo e interesse jurídico – dada a importância dos conceitos para a tese, cumpre, ao menos em linhas gerais, lançar olhar sobre esta problemática, clarificando e atualizando estes conceitos e o nexos entre eles, especialmente no contexto da teoria dos direitos fundamentais, que trabalha com a perspectiva subjetiva desses direitos.

Calcada sobre as bases do Estado Liberal, a formulação de direito subjetivo encontra raízes no século XIX e está atrelada a duas teorias contrapostas<sup>21</sup>: a teoria da vontade-eleição, idealizada por Savigny e Windscheid, que compreende direito subjetivo como poder da vontade<sup>22</sup>, e a teoria do interesse-beneficiário, tributária de Jhering, que entende direito subjetivo como “interesse juridicamente protegido”<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> A expressão situação jurídica subjetiva designa a posição de cada um dos sujeitos na relação jurídica Miguel Reale pontua: “Como se situam os sujeitos em face do sistema das normas jurídicas? Ou, por outras palavras, que é que cabe aos membros da comunidade perante as regras de direito e em razão delas? As regras jurídicas têm, como seus destinatários, sempre as pessoas que compõem a sociedade. Resta, agora, esclarecer em que consiste essa possibilidade que têm as pessoas físicas e jurídicas de ser, de pretender ou de agir com referência ao sistema de regras jurídicas em um determinado País. É este o problema do direito subjetivo ou, mais amplamente, das situações subjetivas”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 249.

<sup>21</sup> Existem várias teorias sobre o direito subjetivo, mas, no presente trabalho, optou-se pelas teorias clássicas de Savigny e Windscheid e Jhering. Além dessas, merece registro a teoria de direito público subjetivo de Georg Jellineck e a compreensão de Hans Kelsen para quem: O Direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um ‘Direito’ no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo pode, por sua vez, – no âmbito de uma ordem jurídica – ter uma significação especificamente técnica. O ‘Direito’ de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é seu Direito. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 174.

<sup>22</sup> Para Friedrich Karl Von Savigny: *Si contemplamos los hechos jurídicos que en la vida real nos rodean y dominan, nos aparece en primer lugar el poder correspondiente a la persona particular: una esfera en la cual su voluntad reina con nuestro consentimiento. Denominamos este poder un derecho de esta persona, en el sentido de facultade. Algunos lo llaman derecho en sentido subjetivo*. SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **La ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949, p. 29.

<sup>23</sup> Nas palavras de Jhering: *Pero los derechos non son el fin de la voluntad, sino que le sirven de médio. Si la voluntad unicamente fuera el objeto del derecho, cómo podrían tener derechos las personas sin voluntad? [...] Pero los derechos no existen para realizar la idea de la voluntad jurídica abstracta, sino para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines. Los derechos no producen nada inútil; la utilidad, no la voluntad, es la sustância del derecho. La voluntad no es más*

No Brasil, destacam-se as lições de Pontes de Miranda, para quem o direito subjetivo é “a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fáctico”<sup>24</sup>. Com fundamento nestas teorias, elaborou-se uma reconstrução mais afinada do conceito de direito subjetivo, sob uma perspectiva civilística individual como “poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento da obrigação, a que outrem esteja sujeito”<sup>25</sup>. De acordo com a formulação de José Carlos Vieira de Andrade, o direito subjetivo está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de autorregulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”<sup>26</sup>. Ou ainda, nas palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso, direitos subjetivos compreendem “posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado”<sup>27</sup>.

Apesar de a doutrina clássica dos direitos subjetivos ser francamente individualista, uma vez que os relaciona à prerrogativa de um sujeito individualmente considerado exigir a fruição de um bem, é necessário ir além para abranger o campo da conflitualidade de ordem coletiva<sup>28</sup>. Dito de outra forma: o pensamento sobre direito subjetivo foi delineado nos moldes do direito privado de cunho liberal-individualista e não teve como foco relações publicísticas complexas, marcadas pela sujeição do Estado a um dever de determinação de certa conduta em benefício da sociedade<sup>29</sup>.

---

*que la fuerza motriz de los derechos. Dos elementos constituyen del derecho: uno substancial, que es fin práctico del derecho, la utilidad, las ventajas y ganancias; outro formal, que es médio para este fin: la protección del derecho; la acción de la justicia. Los derechos son, pues, intereses jurídicamente protegidos.”* JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano**. 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962, p. 443-445.

<sup>24</sup> MIRANDA, Francesco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 226.

<sup>25</sup> SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 269.

<sup>26</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 163.

<sup>27</sup> MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 80.

<sup>28</sup> Nesse sentido assevera José Luiz Bolzan de Moraes: “Abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se-ia, então, inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo, mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao espécime isolado”. MORAES, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. 1995.

<sup>29</sup> Joaquim José Gomes Canotilho tece fundadas críticas às teorias da vontade e do interesse e obtempera que “através de uma análise modal que tome a posição do titular e a posição do sujeito do



Essa ressalva ganha ênfase na apreciação dos interesses coletivos, que, por estarem projetados para grupos, categorias ou classes de pessoas vinculados a uma relação jurídica base, merecem tratamento especial quanto ao direito subjetivo.

Observe-se que o ponto crucial da discussão de direito subjetivo é de natureza processual no sentido de averiguar em que medida ou proporção os direitos podem ser exigidos pelos legitimados numa relação jurídica.

No âmbito da teoria dos direitos fundamentais, em razão da perspectiva subjetiva inerente a eles, Robert Alexy recomenda que direito subjetivo seja compreendido nas posições jurídicas fundamentais: direitos a algo (englobam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares); liberdade (no sentido de negação de exigências e proibições) e poderes (competências ou autorizações)<sup>30</sup>. Logo, sempre que houver uma posição jurídica que permita ao titular do direito (seja individual ou coletivo) fazer valer juridicamente o direito fundamental em questão haverá direito subjetivo.

Diante da perspectiva de Robert Alexy, pode-se ampliar o conceito de direito subjetivo para as situações jurídicas subjetivas que envolvam grupos de pessoas vinculados a uma relação jurídica base, em que haverá um legitimado para representá-los judicialmente<sup>31</sup>.

Em relação aos interesses, Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho indicam a existência de interesses simples, que não são tutelados pelo Estado, e interesses diretamente protegidos pelo Estado. Na visão dos autores, os interesses diretamente protegidos pelo Estado surgem quando “há uma norma especial, que os contempla particularmente, mas, interesses particulares se conjugam com os gerais, ficando conseqüentemente, protegidos pela tutela própria desses últimos sem que se faça depender da vontade do interessado, a sua satisfação”<sup>32</sup>.

---

dever como dimensões fundamentais para a caracterização do direito subjetivo, é possível descortinar o grande ausente de uma teoria individualista do direito subjetivo”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, p.46.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 192.

<sup>31</sup> Em tese de doutorado Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela defende que os direitos coletivos geram direito subjetivo na medida em que o direito subjetivo não pode mais ficar atrelado à ideia do indivíduo, e sim do sujeito de direito que é definido em lei ou reconhecido pelo juiz. VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. **O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social**. Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia, 2014.

<sup>32</sup> ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos**. v. 9. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 639.

Dentre os interesses diretamente protegidos, destacam-se os interesses legítimos, assim compreendidos aqueles que envolvem grande interesse social em face de sua repercussão na coletividade. Tais interesses situam-se entre os interesses simples e os direitos subjetivos e, embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, devem ser protegidos não podendo ser ignorados ou preteridos<sup>33</sup>.

Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, a distinção entre interesse protegido e direito subjetivo consiste no fato de que o interesse protegido se refere à coletividade e não a um indivíduo, enquanto no direito subjetivo a relação jurídica envolve interesse individual<sup>34</sup>. Seguindo essa linha de raciocínio, Pontes de Miranda afirma que os interesses transindividuais estão no âmbito dos interesses protegidos<sup>35</sup>.

A fim de verificar se os interesses transindividuais podem ser incluídos na categoria direitos subjetivos ou interesses legítimos, convém delinear os interesses dessa natureza segundo o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Por oportuno, cumpre alinhar desde já que a Constituição Federal de 1988 criou instrumentos processuais para exigibilidade concreta dos interesses transindividuais como mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, controle de constitucionalidade. Em razão da proteção judicial

---

<sup>33</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e legitimação para agir**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 81.

<sup>34</sup> Transcreve-se o pensamento dos autores: “No caso do interesse protegido, o titular não exerce um poder, não lhe é dado fazer que, por intermédio dos órgãos competentes, se movimente a ação protetora do direito objetivo, para garantia do seu interesse; no caso do direito subjetivo, só ele pode ter a iniciativa de por em movimento essa ação assecuratória da ordem jurídica. No caso do interesse protegido, o poder público age, de ofício, para dar-lhe garantia, e essa função própria não perde o seu caráter, pela circunstância de haver o particular apresentado uma reclamação, ou um pedido, nesse sentido. No caso do direito, a proteção da ordem jurídica se exerce, para servir ao interesse exclusivo e excludente de outros, do titular. No caso do interesse, mesmo quando tenha havido reclamação ou solicitação, a autoridade pública faz atuar a proteção, não só no interesse do reclamante ou solicitante, mas no de todos”. ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos**. v. 9. São Paulo: Freitas Bastos, 1941, p. 639.

<sup>35</sup> “O Estado, pesando interesses transindividuais, por vezes estatui que fatos não-humanos ou fatos humanos não volitivos, sejam suporte fático de regras jurídicas; e daí emanam direitos e deveres. [...] Se certo direito público subjetivo não toca aos particulares, e sim ao Estado, e da regra jurídica, por ser sobre interesses gerais, tiram proveito particulares, essa eficácia é reflexa. Casos há em que a regra jurídica é concebida em termos tais que assim ao Estado como aos particulares cabem direitos subjetivos. Outros, ainda, em que, sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interesse geral sugeriu que a esses se atribuísse ação dita popular (*actio popularis*). Destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, a subjetivação” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 1, p. 231.

assegurada, a distinção entre interesse legítimo e direito subjetivo perdeu a relevância na prática, subsistindo, entretanto, a distinção teórica<sup>36</sup>.

Segundo o art. 81, parágrafo único, I, do CDC, são interesses ou direitos difusos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Além dessas características, esses interesses possuem intensa litigiosidade interna já que estão disseminados entre segmentos sociais sem vínculo jurídico e exsurtem de aglutinações contingenciais normalmente contrapostas entre si, refletindo verdadeiras escolhas políticas. O recurso a exemplo clarifica a compreensão da litigiosidade interna: trata-se de um caso concreto verídico que ainda não foi solucionado pelo Poder Judiciário. O Ministério Público Federal do Estado de Sergipe ingressou com ação civil pública objetivando a demolição e a retirada de todas as edificações em que funcionam os bares e restaurantes na região costeira denominada “orlinha da Atalaia” por terem sido construídos em área de preservação permanente. Nesse caso, vê-se com clareza a característica da conflituosidade intrínseca já que a tutela do interesse difuso ao meio ambiente acarretará na extinção de estabelecimentos comerciais que geram renda e empregos além de atingir o turismo da região<sup>37</sup>.

Ademais, os interesses difusos possuem duração efêmera, pois surgem e desaparecem em situações repentinas e imprevisíveis<sup>38</sup>. Tem-se, como exemplo, a opção política pela construção da usina hidrelétrica de Belo Monte com conseqüente impacto ambiental e social na região. Após a edificação, não há que se falar na defesa e preservação de interesses difusos ecológicos, por ter sido consumada a alteração da situação fática, prevalecendo, no caso, a escolha política pelos interesses econômicos de produção de energia em detrimento de interesses dos indígenas e das comunidades circunvizinhas. No caso do interesse difuso, a relação estabelece-se entre coletividade (sujeito) e um bem da vida “difuso” (objeto).

---

<sup>36</sup> José Carlos Barbosa Moreira destaca que “o problema, aliás, muito relevante em nível teórico, já o é menos ao ângulo prático: desde que se esteja persuadido - e o consenso, a tal respeito, vai-se tornando universal – da necessidade de assegurar aos titulares proteção jurisdicional eficaz, “não importará tanto, basicamente, saber a que título se lhes há de dispensar tal proteção. Afinal de contas, inexiste a princípio *a priori* segundo o qual toda situação jurídica subjetiva que se candidate à tutela estatal por meio do processo deva obrigatoriamente exibir carta de cidadania entre os direitos, no sentido rigoroso da palavra”. BARBOSA, José Carlos Moreira. **Temas de Direito Processual Civil**: primeira série. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 111.

<sup>37</sup> Nesse sentido cf. ACP n.º 0802581-96.2014.4.05.8500 que tramita na 3ª vara federal da seção judiciária do Estado de Sergipe.

<sup>38</sup> MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 8 ed. rev., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

Especificamente em relação a tais interesses, a proteção vai além de eventual direito subjetivo do indivíduo ou da coletividade dado que não há um titular determinado ou determinável para exigir em face de outrem um bem da vida. Há, nesses interesses, uma relação de reciprocidade entre os membros de uma comunidade e até mesmo de toda coletividade. O caráter fraterno/solidário dos interesses difusos aponta a necessidade de construção de uma sociedade calcada na corresponsabilidade indivíduo/Estado, conscientizando o indivíduo do destino comum em que está inserido<sup>39</sup>.

Não se trata, portanto, de interesses que devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico para fazer frente apenas ao arbítrio do Estado ou a demandar pretensões a grupos determinados. Os interesses difusos têm como valor fundante a fraternidade e a sua violação pode afetar toda a humanidade, além, inclusive, dos limites do próprio Estado. Tem-se, na realidade, a proteção do direito objetivo que deve ser concretizado pelo Estado e pelos particulares<sup>40</sup>, por se revelar como interesse juridicamente protegido como interesse legítimo<sup>41</sup>. No Brasil, os interesses legítimos possuem o mesmo amparo processual que os direitos subjetivos, diferentemente do que ocorre na Itália, onde a tutela se faz pela justiça administrativa<sup>42</sup>.

Desta maneira, os interesses difusos serão protegidos pela ordem jurídica como interesses legítimos que resguardam direitos objetivos, sem lhes conferir, necessariamente, o caráter subjetivo<sup>43</sup>. O dever de proteção ao meio ambiente, por

---

<sup>39</sup> No entender de José Luiz Bolzan de Moraes: “Emerge, assim, o caráter solidário dos mesmos, apontando para a construção de uma ordem calcada no compromisso comum, na identidade recíproca, o que aponta para um rearranjo dos intercâmbios com o Estado, não mais visto como um assegurado de pretensões particularizadas mas, agora, um sintetizador da solidariedade social, no intuito de assegurar uma melhor qualidade de vida para todos”. MORAES, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. 1995, p.245.

<sup>40</sup> Em sentido diverso, Rodolfo de Camargo Mancuso preconiza que o interesse difuso é categoria própria que se situa entre os interesses legítimos e os interesses simples. MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>41</sup> Ricardo José Macedo de Britto Pereira define interesse legítimo como a “possibilidade de adquirir vantagens ou repelir vantagens, como decorrência do cumprimento de disposições de caráter objetivo, que não possuem destinatários identificados e precisos”. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 110.

<sup>42</sup> MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

<sup>43</sup> Em sentido diverso ao defendido nesta tese, Ana Cristina Costa Meirelles defende que, a depender do fato gerador e das repercussões daí advindas, os direitos subjetivos que se originam das normas de direitos sociais poderão caracterizar-se como difusos, coletivos ou individuais homogêneos, além,

exemplo, deve ser assegurado pelo Estado e pelas comunidades, independentemente de interesses individuais subjetivamente tutelados, garantindo-se um mínimo de existência ecológica.

Quanto aos interesses ou direitos coletivos, o art. 81, parágrafo único, II, do CDC, estabelece que são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A distinção entre interesses coletivos e difusos é de ordem quantitativa, uma vez que o interesse difuso resulta da própria condição humana, podendo abranger um universo mais amplo, enquanto o interesse coletivo considera o homem na sua projeção corporativa restringindo o universo a uma relação jurídica base<sup>44</sup>.

Compreendendo o indivíduo como parte da comunidade em que vive, pode-se identificar no direito coletivo um traço da individualidade. Neste sentido, é possível defender que interesses coletivos gerem direitos subjetivos ou interesses legítimos<sup>45</sup>.

Por fim, no tocante aos interesses individuais homogêneos, o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, dispõe que são aqueles decorrentes de origem comum. Na realidade, esses interesses situam-se na órbita jurídica de cada indivíduo, caracterizando-se pela divisibilidade de seu objeto e pela determinação de seus titulares. Nesse caso, por existir atrelamento ao indivíduo isolado, não há dúvida na existência de direito subjetivo.

Registre-se que há parcela da doutrina que entende que os direitos individuais homogêneos representam um feixe de direitos individuais reunidos de forma coletiva para fins processuais, não se enquadrando, portanto, na categoria dos interesses transindividuais por revelar somente uma tutela coletiva de direitos<sup>46</sup>. Esta tese filia-se à corrente contrária defendida por Manoel Jorge e Silva Neto<sup>47</sup>, Ricardo

---

do direito subjetivo individual clássico. MEIRELLES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 215.

<sup>44</sup> SILVA NETO, Manuel Jorge. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo: LTr, 2001, p.42.

<sup>45</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: a defesa do usuário e do administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. III -13.

<sup>46</sup> Nesse sentido Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>47</sup> Ao tratar dos interesses individuais homogêneos Manoel Jorge e Silva Neto destaca que são “interesses transindividuais vinculados a uma situação fática, porém divisíveis, isto é, torna-se viável a quem foi atingido pelo ato lesivo recorrer ao Poder Judiciário para, mediante ação individual, buscar a devida reparação”. SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e homogêneos. São Paulo: LTr, 2001, p. 40.

José Macedo de Britto Pereira<sup>48</sup>, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.<sup>49</sup>, que compreendem os direitos individuais homogêneos como espécies do gênero interesses transindividuais.

É possível afirmar, na contemporaneidade, que, em razão da redefinição e alargamento de sentido do conceito de direito subjetivo para abranger a prerrogativa do indivíduo ou de uma coletividade representada, a depender da categoria analisada (interesses coletivos e individuais homogêneos), a expressão “direito” ganhou contornos mais amplos. Os interesses difusos, por sua vez, não geram direitos subjetivos, mas direitos objetivos que devem ser protegidos juridicamente pelo Estado e pelas comunidades por revelarem interesses legítimos.

Tecidas essas considerações, convém explicitar a opção pela expressão “direitos fundamentais transindividuais” para fins de delimitar o objeto desta tese.

No Brasil, os interesses transindividuais foram inicialmente protegidos pela lei 6.938/81, ao prever a possibilidade de ação de responsabilidade civil ou criminal por danos causados ao meio ambiente e pela lei 7.347/85, que instituiu a ação civil pública. Antes, porém, havia uma proteção fragmentária dos interesses transindividuais no âmbito dos interesses coletivos relacionados aos direitos sociais.

Com a Constituição de 1988, houve o reconhecimento efetivo de alguns desses interesses através da positivação dos denominados direitos humanos de 3ª geração, que incluíram na agenda jurídico-política do ordenamento jurídico brasileiro o princípio da fraternidade já que não buscam a garantia do indivíduo em face do Estado, tampouco visam à obtenção de prestações estatais, mas têm como destinatário o gênero humano, exigindo, portanto, corresponsabilidade. Tais direitos emergem da compreensão da necessidade de preservação ambiental como garantia de sobrevivência, do direito ao desenvolvimento, da busca da paz, da manutenção do patrimônio comum da humanidade.

São direitos que tutelam constitucionalmente interesses transindividuais, que podem ser de caráter difuso (interesse legítimo), coletivo (interesse legítimo ou direito subjetivo) ou individual homogêneo (direito subjetivo). Como tais direitos envolvem tanto interesses legítimos como direitos subjetivos, optou-se pela

---

<sup>48</sup> PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 124.

<sup>49</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direitos processual civil**. Volume 4, 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

nomenclatura “direitos fundamentais transindividuais”, revelando a posituação de direitos humanos de 3ª geração.

A proximidade entre interesses difusos e direitos humanos de 3ª geração é nítida, especialmente em razão do princípio comum a ambos: a fraternidade. Decerto, tanto os interesses difusos como os direitos fundamentais transindividuais evocam o princípio da fraternidade na medida em que, ante a inevitabilidade da comunhão de destinos, demonstram a relevância de uma ação responsável, sustentável e fraterna. Tal fato não impede, todavia, a projeção dos interesses transindividuais sobre a 1ª ou 2ª geração, alterando-se, substancialmente, o conteúdo desses direitos.

Na prática, vislumbram-se ofensas a direitos individuais ou sociais que afetam a coletividade, assumindo caráter de lesão transindividual. Cite-se como exemplo uma ofensa à liberdade religiosa, que, apesar de ser direito fruível individualmente, sua lesão pode ter repercussão transindividual já que, nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto, a liberdade religiosa é, em substância, “um fenômeno comunitário”<sup>50</sup>.

Convém lembrar o fato, bastante veiculado nos meios de comunicação, dos impactos causados nos muçulmanos pelo jornal satírico Charlie Hebdo aos que professam a fé islâmica. Apesar de existir uma clara colisão entre liberdade de expressão e liberdade religiosa, a depender da perspectiva do intérprete, o direito que irá prevalecer ao final será distinto, e, conseqüentemente, repercutirá na proteção aos interesses transindividuais dos que professam a fé ou daqueles que entendem que liberdade de expressão não pode ser limitada sob pena de ofensa ao Estado Democrático. Este exemplo retrata a intensa litigiosidade interna dos interesses difusos. A partir do equilíbrio entre liberdade, igualdade e fraternidade, vê-se que, neste caso concreto, não se vislumbra observância da fraternidade no exercício da liberdade de expressão, devendo prevalecer o direito transindividual à liberdade religiosa. Como se observará, o princípio da fraternidade exige reconhecimento do outro e responsabilidade em comunidade, servindo de vetor interpretativo na resolução de problemas envolvendo direitos fundamentais.

Outro desdobramento importante dos interesses transindividuais está na relação com direitos sociais prestacionais, uma vez que a natureza desses direitos está vinculada a interesses de uma coletividade e não a de indivíduos isoladamente

---

<sup>50</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas**: difusos, coletivos e homogêneos. São Paulo: LTr, 2001, p. 106.

considerados, apesar de poderem ser exigíveis individualmente, o que não distorce a ideia de que, no que tange a tais direitos, a judicialização deve ser prioritariamente “coletiva” e não “individual”<sup>51</sup>. Luiz Guilherme Marinoni afirma que as ações coletivas, que tutelam os interesses transindividuais, têm importante relação com os direitos sociais prestacionais. Para o autor: “tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde etc.) e adequada proteção – inclusive contra os particulares (direito ambiental etc.) –, mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais”<sup>52</sup>.

Já na década de setenta, Mauro Cappelletti defendia que os direitos sociais sempre estiveram presentes no horizonte dos interesses transindividuais, destacando a postura difusa dos direitos à saúde, à segurança social, a não sofrer discriminação, dentre outros<sup>53</sup>. Consta-se, por conseguinte, situações jurídicas que envolvem direitos de 1ª e 2ª geração com repercussão transindividual.

A projeção dos interesses transindividuais nos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais não os enquadra didaticamente na terceira geração, que abrange direitos específicos que surgiram em razão da necessidade de proteção do gênero humano. Desta maneira, reconhece-se, na linha de raciocínio de José Luiz Bolzan de Moraes, que há uma difusidade que é imanente aos direitos fundamentais de terceira geração visto que, enquanto os interesses difusos “apontam espraiamento subjetivo dos interesses”, os direitos fundamentais de 3ª geração “objetivam em seus conteúdos o disciplinamento de temas próprios a este pertencimento universal”<sup>54</sup>.

Diante do exposto, verifica-se que a categoria interesses transindividuais é gênero e abrange interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Referida categoria surge com o objetivo de proteger bens jurídicos que transcendem a órbita do indivíduo através de instrumentos processuais específicos, superando-se a feição liberal e individualista do processo. Destacam-se, dentre os interesses

---

<sup>51</sup> Esta afirmação decorre da tentativa de enfatizar a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos. Nesse sentido, conferir VIAL, Sandra Regina Martini. *Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?*. In: **Stato e diritti nell'età della globalizzazione**. Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

<sup>52</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115-116.

<sup>53</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

<sup>54</sup> MORAES, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. 1995.



transindividuais, os de objeto difuso<sup>55</sup> (meio ambiente, desenvolvimento, paz), cuja titularidade pertence a toda a humanidade. Na tentativa de tutelar constitucionalmente alguns interesses transindividuais, surgem direitos de 3ª geração dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, aqui denominados de “direitos fundamentais transindividuais”.

## 2.2 Direitos fundamentais transindividuais: proteção constitucional, natureza jurídica e dimensão objetiva

Antes de adentrar no exame específico dos direitos fundamentais transindividuais, considera-se oportuna breve digressão a respeito de algumas premissas teóricas, a fim de compreender o alcance e significado destes direitos.

A teorização de direitos humanos e fundamentais de objeto transindividual é marco do direito internacional e das constituições do segundo pós-guerra, ao inserirem em seus textos interesses difusos destinados à proteção do gênero humano.

Tais direitos são usualmente identificados como de terceira geração<sup>56</sup> e revelam a preocupação com a proteção da própria humanidade, em razão dos riscos de destruição do homem pelo próprio homem, característicos do estado de beligerância que marcou as guerras mundiais e do impacto tecnológico<sup>57</sup>.

Com o olhar voltado para o futuro da humanidade, surgiram discussões no âmbito internacional de problemas relacionados ao meio ambiente ecologicamente

---

<sup>55</sup> Essa expressão é utilizada por Rodrigo Coimbra. Cf. COIMBRA, Rodrigo. **Efetividade dos direitos e deveres de objeto difuso**. Disponível em <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/7885/4470>>. Acesso em 20 jan. 2016.

<sup>56</sup> A maior parte da doutrina critica o termo ‘gerações’ de direitos fundamentais e opta por ‘dimensões’, alegando que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a equivocada ideia de substituição gradativa de uma geração por outra. Nessa linha, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 54; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001, p. 39; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. *Concessa venia*, não se vislumbra a impossibilidade de subsistência, em um mesmo momento histórico, de duas ou mais gerações. Os direitos vindos de certa época recebem o influxo dos novos direitos, vislumbrando-se uma interpenetração mútua entre as gerações. Deste modo, não há razão para afastar o termo ‘gerações’. Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>57</sup>A comprovação da capacidade de autodestruição está relatada na história mundial, a exemplo do holocausto, dos crimes bárbaros contra a humanidade cometidos por regimes totalitários e a utilização de bombas atômicas.

equilibrado, ao patrimônio comum da humanidade, ao desenvolvimento, à paz, à comunicação, à solidariedade universal, à autodeterminação dos povos. Surgem, assim, os direitos de titularidade transindividual com fundamento ético no humanismo como expressão da vida coletiva civilizada<sup>58</sup>, em defesa da dignidade humana e da proteção de grupos humanos e do próprio Estado<sup>59</sup>.

Os direitos denominados de 3ª geração são provenientes do processo de globalização e ainda estão em processo de positivação em decorrência da contínua transformação por que passa a sociedade. É válido sublinhar que a maioria desses direitos encontra amparo no âmbito internacional, que vem elaborando tratados com objetivo de criar standards mínimos obrigatórios para garantia de direitos para a humanidade. Diante disto, Miguel Angel Ekmekdjian utiliza a expressão “direito da integração humanitária” para fazer referência a esses direitos<sup>60</sup>.

Por serem direitos que exigem esforços e responsabilidades em escala mundial para sua efetivação, são chamados direitos-fraternidade<sup>61</sup>, porque consagram o terceiro ideal da Revolução Francesa e representam o marco unificador dos direitos fundamentais com os direitos humanos uma vez que revelam direitos que vão além dos limites do Estado exigindo proteção integral em nível mundial.

Com isso, delineiam-se as três categorias de direitos fundamentais com paralelismo no lema da Revolução Francesa: os direitos-liberdade (direitos individuais civis e políticos), direitos-igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e direitos-fraternidade (direitos transindividuais). Essa perspectiva foi difundida por Karel Vasak, em aula inaugural perante o Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo, quando relacionou o ideário da Revolução Francesa a três gerações de direitos humanos, de modo que os direitos de 1º geração (direitos civis e políticos) estariam relacionados à liberdade; os de 2ª geração (direitos sociais, econômicos e

---

<sup>58</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

<sup>59</sup> No âmbito dos direitos humanos, a Declaração Universal de 1948 deu ênfase à dignidade humana, referência que passou a constar nas constituições democráticas. Em pesquisa no site [www.constituteproject.org](http://www.constituteproject.org) constatou-se que 88 (oitenta e oito) constituições democráticas fazem referência expressa à dignidade humana.

<sup>60</sup> EKMEKDJIAN, Miguel Angel. **Tratado de derecho constitucional**. Tomo 1. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 86.

<sup>61</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 49.

culturais) à igualdade e por fim, ocupando a 3ª geração, os direitos difusos vinculados à fraternidade<sup>62</sup>.

Registre-se que há ferrenha crítica formulada por Antônio Augusto Cançado Trindade e outros estudiosos dos direitos humanos, dentre eles Carlos Weiss, Valério Mazzuoli, Jairo Schäfer, em relação à perspectiva geracional dos direitos fundamentais, por não se adequar à realidade histórica de proteção internacional<sup>63</sup>. Não obstante a consistência da crítica, compreende-se, *data maxima venia*, que a sistematização em gerações não prejudica sua importância propedêutica, desde que se perceba que há uma integração harmônica entre as gerações, mediante influências recíprocas entre direitos e deveres de liberdade, igualdade e fraternidade.

Não há que se falar, contudo, em quarta ou quinta geração. Com o avanço da globalização, Paulo Bonavides defende a existência de direitos fundamentais de quarta geração, a exemplo do direito à democracia, à informação e ao pluralismo e propõe também o reconhecimento do direito à paz como de quinta geração, a fim de conferir maior visibilidade a esse direito e assim garantir sua efetividade<sup>64</sup>. Apesar de se respeitarem os ensinamentos de Paulo Bonavides, não se vislumbra necessidade no reconhecimento de direitos de quarta ou quinta geração, já que tais direitos gravitam em torno da fraternidade. A democracia, por exemplo, ao ressaltar a iniciativa de participação popular no processo decisório, como ocorre nos conselhos de saúde, nos conselhos de direitos das crianças e adolescentes ou no orçamento participativo, revela a responsabilidade dos indivíduos em comunidade e o dever para com o próximo e está em plena harmonia com o princípio da fraternidade, podendo ser incluída na terceira geração<sup>65</sup>.

Com efeito, apesar de a classificação geracional ser meramente didática, não se verifica racionalidade na criação de outras gerações, visto que as demandas

---

<sup>62</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 24-25.

<sup>63</sup> Cf. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997; WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016; SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>64</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>65</sup> Manoel Jorge e Silva Neto defende a existência da quarta geração fundamentada na busca da isonomia substancial (direitos das minorias). Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673. Entende-se, com a devida vênia, que os direitos das minorias também integram a terceira geração, em razão da relação com o princípio da fraternidade.

na esfera dos direitos fundamentais giram em torno, direta ou indiretamente, dos princípios liberdade, igualdade, fraternidade.

Como direito é objeto cultural<sup>66</sup> que acompanha as aspirações da sociedade, sempre existirão novos direitos fundamentais que, a depender da predominância do elemento valorativo, serão reconhecidos como direitos de liberdade, de igualdade ou de fraternidade, e deverão ser interpretados de acordo com o movimento constitucional e a realidade cambiante. O avanço biotecnológico, por exemplo, fez com que se reconhecesse direito à identidade genética, que possui tanto uma dimensão individual ligada à intimidade, quanto uma dimensão social e transindividual ao proibir discriminação fundada na identidade genética do indivíduo.

Em verdade, a inserção de direitos nas Constituições acompanha a história do constitucionalismo, de modo que é preciso reconhecer a necessidade de redefinição do sentido e conteúdo dos direitos de acordo com o movimento constitucional, de forma que, com a inserção de direitos de fraternidade, urge a reinterpretção dos direitos de liberdade e igualdade. Na linha desse raciocínio, Paulo Bonavides anuncia que a “nova universalidade dos direitos fundamentais não exclui os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade”<sup>67</sup>. Este estudo demonstrará que o princípio da fraternidade deve ser encarado como componente constitutivo da liberdade e da igualdade, exigindo-se do Estado e dos indivíduos responsabilidade para efetivação dos direitos fundamentais, principalmente no que se refere aos de dimensão difusa.

A título de exemplo, o advento do Constitucionalismo Social, ao inserir direitos sociais, econômicos e culturais, atribuiu novo sentido à propriedade, incluindo a função social, bem como a vários direitos individuais que, na visão de José Afonso da Silva “são contaminados de dimensão social”<sup>68</sup>. Da mesma forma, o constitucionalismo contemporâneo<sup>69</sup>, ao incorporar direitos de fraternidade, atribui

---

<sup>66</sup> Reconhece-se que o direito é um fenômeno cultural, e, como tal, traz em si aspectos provenientes da influência direta da atmosfera sócio-política que o envolve, fato que implica uma realidade cambiante, dinâmica, incompatível com conhecimentos estáticos e irrefutáveis.

<sup>67</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 573.

<sup>68</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p.187.

<sup>69</sup> Optou-se pela expressão constitucionalismo contemporâneo, em detrimento do termo “neoconstitucionalismo”, pelo fato de o termo “neoconstitucionalismo” incorporar diversas posturas teóricas que nem sempre podem ser aglutinadas em um mesmo sentido. Paolo Comanduci, por exemplo, sustenta as concepções ideológica, metodológica e teórica do neoconstitucionalismo. Num viés metodológico, defende a tese da conexão necessária entre direito/moral, e o neoconstitucionalismo

novo sentido aos direitos de liberdade e de igualdade, ressignificando-os<sup>70</sup>. Por certo, não adianta conferir ao cidadão direitos individuais (liberdade) quando não oferece pressupostos fáticos mínimos para exercê-los, como moradia, saúde, educação, (igualdade) e não exige responsabilidade na preservação e construção de um meio ambiente saudável e sustentável garantidor de sua sobrevivência e da humanidade (fraternidade). Reconhece-se, portanto, a interdependência e complementariedade dos direitos fundamentais, fato que exige o equilíbrio entre os princípios liberdade, igualdade e fraternidade, que alicerçam a ordem objetiva de valores.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, os direitos transindividuais fundamentais estão previstos em vários dispositivos, a exemplo do art. 225, que prevê o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>71</sup>, o art. 216 que dispõe sobre o patrimônio histórico e cultural, o art. 37, parágrafo 4º, que trata da preservação da probidade administrativa, o art. 5º, XXXII, que dispõe sobre a proteção do consumidor, o art. 227, que traz a proteção à criança e ao adolescente, o art. 3º, II, que traz o direito ao desenvolvimento, o art. 4º, VI, que dispõe sobre a defesa da paz. Compreendem-se também como direitos fundamentais transindividuais aqueles que decorrem dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja

---

ganha espaço ao destacar a importância da normatização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, exatamente como ponte entre direito/moral<sup>69</sup>. Do ponto de vista teórico, neoconstitucionalismo representa uma novel teoria jurídica, alternativa à teoria positivista tradicional, que aspira descrever as conquistas da constitucionalização do direito e ressaltar as peculiaridades da interpretação constitucional. (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um analisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trota, 2003, p. 83-84). Todas as vertentes são importantes para compreender as transformações do Estado brasileiro, caracterizado por um constitucionalismo dirigente e compromissório com a sociedade, pelo retorno da ética e dos valores e pela subordinação dos poderes estatais e da sociedade à Constituição. Na acepção aqui empreendida constitucionalismo contemporâneo é o fenômeno evolutivo que caracteriza o Estado Constitucional Democrático, concebido como Estado Fraternal.

<sup>70</sup> Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti assinalam que “muitas alterações constitucionais profundas verificaram-se na história do constitucionalismo mediante alterações na gramática das práticas sociais de tal sorte que passamos a lê-los consoante a ressignificação dos próprios direitos fundamentais. (...) é que cada geração só é capaz de revisitá-lo sob sua ótica, sempre renovada, marcada, é claro, pela vivência herdada das gerações anteriores, bem assim por seus próprios desafios, aflições, desejos e temores – inerentes e constitutivos de sua específica temporalidade social”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36-37.

<sup>71</sup> O STF, ao julgar a ADI n. 3540-1, pronunciou que “todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima geração dimensão), que assiste a todo gênero humano (RTJ 158-205-206). Incumbe, ao Estado e a própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164-158-161)”. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3540 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 15 out. 2015).

parte (art. 5º, parágrafo 2º), bem como aqueles que já ingressaram pelo procedimento de emenda constitucional (art. 5º, parágrafo 3º), a exemplo da proteção às pessoas com deficiência<sup>72</sup>.

Além disso, a Carta Magna elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses direitos a exemplo da ação popular (art.5º, LXXIII), ação civil pública (art. 129, III), ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º), mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX)<sup>73</sup>.

Registre-se que os direitos transindividuais, enquanto direitos fundamentais de terceira geração, não comportam rol exaustivo, existindo novos direitos pertencentes a grupos cuja tutela se revele necessária e inafastável à afirmação da cidadania<sup>74</sup>. Seguindo os ensinamentos de Menelick de Carvalho Netto, os direitos fundamentais e a Constituição formal são permanentemente abertos, e, por isso, mutáveis, visto que precisam ser construídos e reconstruídos de modo a abarcar as vivências e exigências constitucionais dos indivíduos e da sociedade<sup>75</sup>.

No Brasil há uma proteção constitucional adequada a esses direitos tanto no aspecto material quanto no processual. Ocorre que, não obstante formalmente positivados, muitos direitos fundamentais transindividuais carecem de eficácia jurídica e social<sup>76</sup>, fato que impõe um olhar específico em razão das peculiaridades

---

<sup>72</sup> Compreende-se como interesse transindividual a proteção às pessoas com deficiência prevista no Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, que incorporou à Constituição brasileira a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

<sup>73</sup> Ricardo José Macedo de Brito Pereira destaca que a “Constituição de 1988 é o grande divisor de águas na consagração do sistema de tutela coletiva, prevendo diversos instrumentos voltados à efetividade dos direitos em geração e rompendo definitivamente com a tradição normativa individualista, praticamente exclusivista de acesso à justiça”. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. **Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 26.

<sup>74</sup> Depreende-se das lições de Edvaldo Brito que o Direito Constitucional hoje deve ser um instrumento de exercício da cidadania, razão pela qual o autor opta pela expressão “Direito Constitucional da Cidadania”. Cf. BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>75</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163, p. 145. Em outro texto Menelick de Carvalho Netto afirma que permanente “é o que é capaz de ser relido e ressignificado consoante uma sempre renovada gramática de práticas sociais”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Entrevista. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição 2008. Disponível em [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em: 13 jun 2016.

<sup>76</sup> É interessante observar que, ao se considerar o plano pragmático da comunicação normativa, resta imprescindível a combinação entre eficácia jurídica ou sintática, que é aquela que possui todas as condições técnicas de atuar, e eficácia social ou semântica, que se verifica a partir das condições fáticas de atuar, por ser adequada à realidade. Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119-120. Seguindo essa linha de raciocínio conferir PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das**

apresentadas pelo seu objeto de natureza difusa para o alcance da máxima efetividade.

Tomando como base a distinção entre princípios e regras teorizada no constitucionalismo contemporâneo<sup>77</sup>, compreende-se que os direitos fundamentais transindividuais possuem natureza jurídica de princípio apresentando-se como normas abertas e indeterminadas que devem ser concretizadas de acordo com as situações fáticas e jurídicas existentes.

Essencialmente, os direitos fundamentais transindividuais assumem a perspectiva da corresponsabilidade (direitos de proteção e de participação), ligada ao princípio da fraternidade, na medida em que a proteção desses direitos depende da ação integrada Estado e indivíduos, envolvendo inclusive o âmbito internacional. Somadas a essa perspectiva, têm-se, no âmbito de proteção, funções de defesa (liberdade) e de prestação (igualdade) a depender do caso apresentado. À guisa de exemplo, cite-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que envolve tanto a pretensão de preservação das florestas através da não intervenção como a política de proteção ambiental.

O caráter difuso do bem jurídico tutelado do direito fundamental transindividual aponta a necessidade de proteção do conteúdo essencial como garantia em face da intervenção ou da omissão do estado e da coletividade. Na percepção de Manoel Jorge e Silva Neto, “há um conteúdo essencial em todo direito fundamental cuja garantia torna incompatível à constituição qualquer limite que invada o referido conteúdo”<sup>78</sup>.

---

**normas constitucionais programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 103-106; DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos.** 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 39.

<sup>77</sup> A diferença conceitual entre princípios e regras ganhou relevo no âmbito jurídico, e inúmeros doutrinadores no Brasil e no exterior discorreram sobre o assunto. O jurista norte-americano Ronald Dworkin e o jus-filósofo alemão Robert Alexy foram os responsáveis pela difusão do debate acerca da distinção entre princípios e regras. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. Na doutrina pátria, destacam-se os ensinamentos com perfil crítico empreendidos por Humberto Ávila, Virgílio Afonso da Silva e Marcelo Neves. Nesse sentido, cf. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios.** 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. SILVA, Luis Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In BONAVIDES, Paulo (org.). **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, jan- jun/2003. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico.** São Paulo: Martins Fontes, 2013. A concepção adotada nesta tese está baseada nos trabalhos de Ronald Dworkin e na sua concepção de integridade do direito. Essa concepção não é imune a controvérsias, mas, em razão do corte epistemológico da tese, optou-se por não entrar nesse debate.

<sup>78</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 674.

A consequência lógica é que qualquer restrição ou omissão que possam atingir o conteúdo essencial do direito restringido ou não implementado deve ser devidamente justificada. Com fundamento nas lições de Lorenzo Martín- Retortillo Baquer e Ignacio de Otto y Pardo, pode-se afirmar que o conteúdo essencial é afetado quando não se vislumbra uma justificação adequada com base em um juízo de razoabilidade da limitação<sup>79</sup>.

Ao aplicar essa linha de raciocínio ao conteúdo essencial do direito fundamental transindividual, verifica-se a obrigatoriedade de uma fundamentação constitucional adequada para a restrição, bem como para eventuais não realizações desse direito. Em razão da imbricação dos direitos fundamentais transindividuais com a fraternidade, defende-se que a justificação adequada passe também por parâmetros definidos pelo princípio da fraternidade e que serão delineados ao longo da tese.

Os direitos fundamentais transindividuais são, em essência, direitos de fraternidade que pressupõem reconhecimento e interação com o outro e exige responsabilidade social. Seu ambiente de consolidação é o espaço democrático, pluralista e participativo, em que liberdade, igualdade e fraternidade permitem ao ser humano construir o seu progresso existencial, sem o qual estaria comprometida a ordem objetiva de valores estabelecida na Constituição. A proteção e promoção de tais direitos, em grande parte assumidas pelo Estado, também devem ser imputadas aos particulares. Exigem-se ações conjuntas, dialogais e relacionais a fim de que se encontrem soluções e alternativas para concretização de direitos fundamentais transindividuais.

Para construção de um modelo de proteção integral, é mister, por conseguinte, sistematizar critérios que favoreçam o diálogo entre os poderes, entre Estado e particulares e entre os indivíduos em comunidade. Desde logo, percebe-se que o dever de promoção e proteção dos interesses transindividuais ultrapassa os limites do Estado, assumindo, muitas vezes, caráter supranacional, como se vislumbra na defesa do meio ambiente e do desenvolvimento numa sociedade globalizada.

Ocorre que, em razão do objeto difuso dos direitos fundamentais transindividuais (meio ambiente, desenvolvimento, patrimônio histórico e cultural), há inúmeros problemas no tocante à eficácia jurídica e social que respingam diretamente

---

<sup>79</sup> BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1992, p. 129.



na sua proteção. Para tanto, é necessário delinear o entendimento deste trabalho sobre a dimensão objetiva dos mesmos.

A constatação de que os direitos fundamentais possuem dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) constitui, na percepção de Ingo Wolfgang Sarlet, uma das mais relevantes formulações do Direito Constitucional contemporâneo<sup>80</sup>. Essas dimensões são autónomas e revelam que os direitos fundamentais são fonte de direito subjéctivo e podem ser exigidos judicialmente e são elementos fundamentais da ordem objectiva da colectividade<sup>81</sup>.

Ultrapassadas as questões relativas à dimensão subjéctiva dos direitos fundamentais transindividuais no tópicó anterior, cumpre analisar a perspectiva objectiva, de suma importância para esta tese, uma vez que consagra o significado dos direitos fundamentais para a colectividade<sup>82</sup>.

Segundo a dimensão objectiva, os direitos fundamentais condensam os valores mais importantes para a comunidade e, portanto, precisam ser observados tanto pelo Estado como por toda a sociedade. Assim, no plano objectivo, os direitos fundamentais estão ligados a uma perspectiva comunitária que geram efeitos para todo o ordenamento jurídico, expandindo necessariamente seu significado e seu campo de atuação (eficácia irradiante).

Resulta da dimensão objectiva a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Apesar de terem existido inúmeros questionamentos sobre a vinculação dos indivíduos aos direitos fundamentais, compreende-se que a revolução paradigmática do constitucionalismo contemporâneo não abre mais espaço para incertezas quanto à possibilidade de aplicação directa e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Inelutavelmente, a teoria adotada nos Estados Unidos, a qual nega a referida eficácia (*state action doctrine*<sup>83</sup>), sob o argumento de que o texto

---

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed, 2012, p. 183.

<sup>81</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 228.

<sup>82</sup> A ideia de uma dimensão objectiva dos direitos fundamentais apareceu pela primeira vez na jurisprudência constitucional alemã, no ano de 1958, através do caso Luth. SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 381 – 394.

<sup>83</sup> Em artigo que tem por escopo repensar a *state action* Erwin Cherminksy registra: “It is firmly established that the Constitution applies only to government conduct, usually referred as ‘state action’. The behavior of private citizens and corporations is not controlled by the Constitution.” (CHERMINKSY, Erwin. Rethinking state action. Northwestern University Law Review. Vol. 80, nº 03, Fall 1985, Chicago,

constitucional é direcionado apenas ao Poder Público, não atribuindo aos particulares direitos frente a outros particulares, não encontra espaço no sistema constitucional brasileiro, que contempla o fenômeno da constitucionalização do direito, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e refuta, em sua essência, o extremo individualismo que caracteriza a Constituição dos Estados Unidos.

A teoria da eficácia indireta ou mediata, por sua vez, somente admite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares após um processo de mediação legislativa, não permitindo a vinculação direta do particular ao texto constitucional, sob pena de conspurcar o princípio da autonomia privada<sup>84</sup>. Segundo a teoria, na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete ao juiz dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado<sup>85</sup>.

Daniel Sarmiento assinala que a referida teoria parte da premissa de que “a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas que ela contém normas objetivas, cujo efeito de irradiação leva à impregnação das leis civis por valores constitucionais”<sup>86</sup>. Registre-se que a teoria foi desenvolvida originariamente no direito alemão, tendo como precursor Günther Dürig.

Considerando-se o sistema constitucional brasileiro e buscando a efetiva proteção de direitos fundamentais, a teoria da eficácia indireta e mediata apresenta

---

p. 503-557. Disponível em [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty_scholarship). Acesso em: 20 maio 2016). É importante registrar que a Suprema Corte norte-americana ampliou a interpretação para a state action para abranger quatro situações: 1) quando o Estado (ou qualquer de seus agentes) está presente; 2) quando o particular exerce alguma função pública (*public function theory*); 3) quando há significativa participação ou envolvimento do poder público na atuação do particular (*significant involvement/joint participation*); e 4) quando há incentivo, encorajamento, aprovação ou autorização por parte do poder público (*encouragement, authorization and approval*). Muito embora tenha havido essa ampliação artificial para abarcar algumas relações entre particulares, ainda persiste o entendimento negativo da eficácia. Nesse sentido, conferir SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

<sup>84</sup> Nesse sentido destaca Konrad Hesse: *Al legislador del Derecho Privado corresponde constitucionalmente la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, de modo diferenciado y concreto, em Derecho inmediatamente vinculante para los participantes em una relación jurídico-privada. A el compete fundamentalmente cuidar de las múltiples modificaciones a las que obliga la influencia de los derechos fundamentales sobre el Derecho Privado. El legislador debe tener em cuenta que ello no puede reducirse a recortar la autodeterminación y la responsabilidad individuales, que la autonomía privada comprende también la posibilidad de contraer por libre decisión obligaciones que los poderes públicos no podrían imponer al ciudadano*. HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad.: Ignacio Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995, p. 63-64.

<sup>85</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 137-138.

<sup>86</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

problemas na medida em que condiciona a aplicação dos direitos fundamentais à intermediação legislativa ou judicial.

A teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais foi defendida inicialmente por Hans Carl Nipperdey, a partir da constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais no mundo contemporâneo não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. Diante disto, admite-se que os direitos fundamentais previstos constitucionalmente devem ser observados não só pelo poder público, como também por toda a coletividade.

É imperioso registrar também a doutrina dos deveres de proteção do Estado, em relação aos direitos fundamentais, desenvolvida por Claus-Wilhelm Canaris, em obra dedicada ao estudo das relações entre direitos fundamentais e direito privado. O catedrático da Universidade de Munich defende a natureza “imediata” da vinculação do legislador de direito privado aos direitos fundamentais e a eficácia normativa destes como proibições de intervenção e imperativos de tutela<sup>87</sup>. Para o autor, não há vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, mas o Estado, além de abster-se de violar direitos fundamentais (proibição de intervenção), tem o dever de protegê-los diante de ameaças ou lesões provenientes dos particulares (imperativo de tutela). A única situação que Claus-Wilhelm Canaris admite eficácia imediata em relação a terceiros é quando os direitos fundamentais dirigem-se imediatamente contra sujeitos de direito privado, como no caso do art. 9º, nº 3, 2ª frase, da Lei Fundamental alemã, ao determinar expressamente que acordos que limitem ou impeçam a liberdade sindical são nulos e que as medidas que visem a eles são ilícitas<sup>88</sup>.

Malgrado o acerto da teoria no que concerne a imputar ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais nas relações entre particulares, entende-se que os sujeitos de direito privado não se vinculam aos direitos fundamentais apenas quando a Constituição expressamente dispõe. Diante disto, a corrente da eficácia direta e imediata é a mais adequada à realidade do Direito Constitucional Brasileiro,

---

<sup>87</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 28-36.

<sup>88</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p.53.

por apregoar a máxima efetividade e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais<sup>89</sup>.

Especificamente em relação aos direitos fundamentais transindividuais, não se veem óbices à vinculação aos particulares. Ao revés, a corresponsabilidade dos indivíduos e do Estado em relação a estes direitos é crucial para a sua proteção e promoção. Tanto é verdade que a própria Constituição estabeleceu expressamente deveres para os indivíduos e comunidade (coletividade) em relação ao meio ambiente (art. 225) e ao patrimônio cultural (art. 215), por exemplo. Em relação ao meio ambiente, a Constituição impôs ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. No tocante ao patrimônio cultural, o § 1º do art. 216 prescreveu que o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Desta maneira, não há dúvidas quanto à aplicação dos direitos fundamentais transindividuais nas relações privadas. Com efeito, seguindo a linha de raciocínio de Daniel Sarmiento, “seria inócua a garantia constitucional destes direitos, que tutelam bens jurídicos que podem ser afetados e comprometidos por todos, se a eles só ficassem diretamente vinculados os poderes públicos”<sup>90</sup>. A partir dessa

---

<sup>89</sup> No Brasil o Supremo Tribunal Federal já se manifestou favoravelmente à teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nos julgamentos dos recursos extraordinários n. 158215-4/RS, n.161.243-6/DF e RE 201819/RJ. A doutrina também tem se manifestado favoravelmente. Nesse sentido cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Registre-se que Wilson Steinmetz é favorável à vinculação direta dos particulares, mas defende a aplicação de forma graduada através do princípio da proporcionalidade. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. Virgílio Afonso da Silva, por sua vez, defende uma teoria mista na linha de Robert Alexy aduzindo que, em regra, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão indiretos, através da mediação do legislador privado, mas, quando isso não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005. Essa tese segue o posicionamento de Daniel Sarmiento segundo o qual “o reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não importa em amesquinamento do papel do legislador nesta seara. Cabe ao legislador, num primeiro momento, concretizar os direitos fundamentais na esfera privada, empreendendo a ponderação de interesses necessária com a autonomia individual dos particulares. As ponderações, do legislador, em princípio, devem ser respeitadas pelo Judiciário, diante da presunção de constitucionalidade das leis, que deriva do reconhecimento da sua intrínseca legitimidade democrática. Porém, em face da ausência de norma adequada, ou quando a que tiver sido editada pelo legislador afastar-se dos parâmetros axiológicos extraídos da Constituição, deverá o Judiciário aplicar diretamente os direitos fundamentais na resolução dos litígios privados. SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.328-329.

<sup>90</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 320.

afirmativa, compreende-se que, muito embora o Estado seja o responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais transindividuais, os indivíduos também devem realizar direitos fundamentais transindividuais em observância à força irradiadora do princípio da fraternidade<sup>91</sup>.

Como se demonstrará ao longo da tese, a fraternidade, princípio basilar para os direitos fundamentais transindividuais, faz com que o indivíduo assuma responsabilidades em comunidade, contribuindo assim para edificação democrática e pluralista do Estado Constitucional.

A título de exemplo, existem algumas situações ocorridas no ambiente do trabalho em que se vislumbra violação à saúde dos trabalhadores. Condutas ilícitas do empregador, como a do descumprimento de normas relativas à segurança e saúde do trabalho, transcendem o interesse jurídico das pessoas diretamente envolvidas no litígio, para atingir, difusamente, toda a universalidade dos trabalhadores que se encontram ao abrigo da tutela jurídica ao meio ambiente do trabalho<sup>92</sup>. Outro exemplo

---

<sup>91</sup> Na percepção de Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti a força irradiadora dos princípios impõe que os direitos fundamentais sejam levados a sério, não somente como meros limites, mas como condição de possibilidade da liberdade. Para os autores “esse conteúdo moral do Direito só pode ter curso quando assumido da perspectiva interna do participante, do cidadão”. CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme (2009). 20 anos da constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos, In: CATTONI DE OLIVEIRA, M.A.; MACHADO, F.D.A. (orgs). **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

<sup>92</sup>AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL COLETIVO - DESCUMPRIMENTO DE NORMAS RELATIVAS À SEGURANÇA E SAÚDE DO TRABALHO. O dano moral coletivo, compreendido como a "lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados por toda a coletividade (considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões - grupos, classes ou categorias de pessoas) os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade" (Xisto Tiago de Medeiros Neto. O dano moral coletivo. São Paulo: LTr, 2006), ampara-se em construção jurídica diversa daquela erigida acerca do dano moral individual, não sendo possível enquadrar o instituto a partir dos modelos teóricos civilistas clássicos. **A ofensa a direitos transindividuais, que demanda recomposição, se traduz, objetivamente, na lesão intolerável à ordem jurídica, que é patrimônio jurídico de toda a coletividade, de modo que sua configuração independe de lesão subjetiva a cada um dos componentes da coletividade ou mesmo da verificação de um sentimento coletivo de desprezo ou repulsa, ou seja, de uma repercussão subjetiva específica.** É nesse contexto que resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por moralmente ofendida a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. No caso, impossível afastar da conduta da ré o caráter ofensivo e intolerável. Isso porque a demanda volta-se ao descumprimento de normas trabalhistas relativas à higiene, logística, medicina e segurança no trabalho, algumas das quais permaneceram sendo descumpridas mesmo após as diligências realizadas no local. Ademais, demonstrada nos autos de forma inequívoca que a ré, embora pretensamente tenha adequado parte de sua conduta às disposições legais no curso do processo judicial, ainda incorreu em violação da ordem jurídica, o que é suficiente para caracterizar o dano moral coletivo e, por conseguinte, justificar a recomposição da coletividade mediante pagamento de indenização. BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. AIRR - 187500-06.2004.5.01.0201 Data de Julgamento: 22/10/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data

seria a ausência de observância do dever jurídico de fraternidade a exemplo da implementação de cotas para pessoas com deficiência<sup>93</sup>.

Isso posto, é hora de identificar possíveis obstáculos à efetivação de direitos fundamentais transindividuais a fim de proceder em seguida ao estudo do princípio da fraternidade.

### **2.3 Constitucionalismo brasileiro tardio como obstáculo à proteção dos direitos fundamentais transindividuais**

Um problema recorrentemente abordado nos estudos dos direitos fundamentais é aquele relacionado à sua proteção. É inegável que, apesar de

---

de Publicação: DEJT 24/10/2014. Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 15 out. 2015.

<sup>93</sup> Nesse sentido, tem-se a decisão do Tribunal Superior do Trabalho: “[...] INDENIZAÇÃO POR DANO IMATERIAL COLETIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL - EVOLUÇÃO JURÍDICA - DESENVOLVIMENTO DE CATEGORIAS APTAS A LIDAR COM VIOLAÇÕES DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS - REPARAÇÃO DE LESÃO OFENSIVA AOS VALORES FUNDANTES DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - NÃO PREENCHIMENTO DAS VAGAS RESERVADAS PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA - ART. 93 DA LEI Nº 8.213/91 - OFENSA A DIREITO DIFUSO - DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE MATERIAL - EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. A evolução das concepções jurídicas acerca da responsabilidade civil, que caminha desde o reconhecimento restrito do dano material, passando pela admissibilidade do dano moral individual, até o reconhecimento, à luz dos marcos da Constituição Federal de 1988, da necessidade de reparação da coletividade, quando atingidos, por meio de conduta ilícita, valores assentados na Carta de 1988 e que detém titularidade transindividual, torna imperativa a afirmação do direito à reparação por dano imaterial coletivo, que, de forma tecnicamente inadequada vem sendo denominado dano moral coletivo. É importante que se ressalte que, assim como a denominação, que se refere aos direitos de natureza individual, os pressupostos para o reconhecimento da responsabilidade em razão dessa espécie de dano são diversos, revelando a insuficiência dos paradigmas do direito liberal clássico para lidar com as novas categorias jurídicas transindividuais. Nesse contexto, resulta incabível perquirir, na conduta da ré no caso concreto, a existência de incômodo moral com gravidade suficiente a atingir não apenas o patrimônio jurídico dos trabalhadores envolvidos, mas o patrimônio de toda a coletividade. O que releva investigar, no caso em tela, é a gravidade da violação infligida pela ré à ordem jurídica. A coletividade é tida por ofendida, imaterialmente, a partir do fato objetivo da violação da ordem jurídica. Assim, verificado nos autos que a ré, não obstante instada pelo Ministério Público do Trabalho a firmar termo de ajuste de conduta, resistiu por quatro anos em não cumprir a cota de portadores de deficiência prevista no art. 93 da Lei nº 8.213/91, descumprindo, injustificadamente, norma garantidora do princípio da igualdade material e da não discriminação das pessoas portadoras de necessidades especiais e, por conseguinte, furtando-se à concretização de sua função social, é devida a reparação da coletividade pela ofensa aos valores constitucionais fundamentais. Recurso de revista não conhecido”. BRASIL. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO**. RR - 65600-21.2005.5.01.0072, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/06/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 22/06/2012. Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 15 out. 2015.

formalmente positivados na Constituição de 1988, inúmeros direitos fundamentais e, especificamente, os de natureza coletiva carecem de efetividade<sup>94</sup>.

Podem ser apontadas inúmeras causas para a ineficácia social destes direitos, sendo as mais recorrentes: ineficiência do Estado, limitação de recursos públicos, má gestão da coisa pública, falha na formação e aplicação de políticas públicas, descumprimento dos termos de ajustamento de conduta, carência de instrumentos preventivos.

Como se vê, são obstáculos à efetivação vinculados à perspectiva do Estado enquanto garantidor dos direitos fundamentais. Ocorre que, no âmbito dos direitos de natureza transindividual, a concretização não depende apenas do Estado, mas da ação conjunta dos indivíduos em comunidade cooperando com o Estado e dos Estados em cooperação internacional, uma vez que se trata de direitos e deveres cuja lesão e benefício atingirão a coletividade em nível interno e internacional. Em razão disso, são direitos vinculados ao princípio da fraternidade. A proteção ao meio ambiente para as presentes e futuras gerações, por exemplo, só será efetivamente observada com essa ação conjunta guiada pela corresponsabilidade pelo bem comum.

Diante da realidade de serem direitos relacionados a toda a humanidade, surgem outros obstáculos no contexto brasileiro: pouca participação da população, escassa responsabilidade social, deficiência na conscientização e reconhecimento dos direitos e dos deveres fundamentais dos indivíduos, excesso de individualismo, ausência de cooperação para solução dos conflitos, dentre outros.

A resistência de inúmeros brasileiros à afirmação dos direitos dos trabalhadores domésticos é exemplo claro de embaraço à efetividade de direitos fundamentais transindividuais. Tal fato deriva da falta de reconhecimento dos referidos trabalhadores por parte da sociedade decorrente da “herança histórica de uma relação social construída e moldada sob a égide do sistema escravagista”<sup>95</sup>.

---

<sup>94</sup> Ao lembrar as resistências para a implementação dos direitos humanos obtempera Norberto Bobbio que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23.

<sup>95</sup> Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Renata Queiroz Dutra e Laís Maranhão Santos Mendonça destacam que “a questão do reconhecimento emerge na problemática das trabalhadoras domésticas e figura como pano de fundo de grande parte das discussões a respeito da profissionalização e proteção jurídica desse tipo de trabalho. O exercício da atividade por grupos sociais historicamente oprimidos e que já contam com uma certa “naturalização” de sua opressão, moldada historicamente e confirmada convenientemente na sociedade capitalista, aprofunda o desvalor simbólico que é atribuído a esta

Os obstáculos à eficácia social dos direitos fundamentais transindividuais decorrem do fenômeno que Manoel Jorge e Silva Neto denominou de “constitucionalismo brasileiro tardio”<sup>96</sup> e da conseqüente ausência de reconhecimento do princípio da fraternidade, previsto no preâmbulo da Constituição de 1988. Tal fato resulta, dentre outros motivos, da escassa cultura constitucional do povo brasileiro, definida pelo autor como comportamentos e condutas tendentes a “i) preservar a “vontade de constituição”; ii) efetivar, no plano máximo possível, os princípios e normas constitucionais; iii) disseminar o conhecimento a respeito do texto constitucional”<sup>97</sup>.

Apesar da disseminação da teoria da constitucionalização do direito, Manoel Jorge e Silva Neto defende que o referido fenômeno ainda não é realidade no ordenamento jurídico brasileiro já que não se verifica, até o momento, um “despertar constitucional”, mas, ao revés, constata-se a utilização do texto constitucional como forma de “libertar o aplicador do direito do jugo omissivo e irresponsável do legislador, ou, ainda, libertá-lo do império de normas que reputa injustas para, com suposto fundamento nos princípios constitucionais, promover a dicção do direito à sua moda, delineando a figura do ativismo judicial”<sup>98</sup>.

Posto que reconheçam avanços advindos do constitucionalismo contemporâneo para o Direito Constitucional brasileiro, ainda há, em decorrência do constitucionalismo tardio, muita estrada a percorrer para que se possa efetivamente alcançar a constitucionalização do ordenamento jurídico.

Para explicar o fenômeno do “constitucionalismo brasileiro tardio”, Manoel Jorge e Silva Neto destaca como possíveis causas históricas a ausência de pertencimento, o “homem cordial” e o personalismo.

Causas históricas, como a formação do povo brasileiro por portugueses, indígenas e negros escravos explicam a ausência da ideia de pertencimento e responsabilidade pelo destino do país, por razões distintas. Os portugueses, por serem guiados por interesses eminentemente econômicos e de cunho explorador, os

---

atividade”. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; DUTRA, Renata Queiroz; MENDONÇA, Laís Maranhão Santos. Trabalho doméstico: avanços, resistências e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 80, n.1, jan/mar 2014, pp. 268-293.

<sup>96</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>97</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>98</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.



indígenas e negros escravos pela condição de explorados, cujas culturas não foram consideradas, antes foram alijadas de qualquer conteúdo social ou político.

Na percepção de Manoel Jorge e Silva Neto, a ausência de pertencimento das comunidades nativas relativamente ao modelo de organização social imposto pelo colonizador resulta na “consolidação de sentimento de repulsa, indignação quanto ao sistema normativo”, estendendo-se o sentimento para o modelo de sistema jurídico imposto pelos portugueses e culminando com a presente resistência nacional à efetivação da vontade de constituição. Semelhante consequência se deu com o negro africano, que conservou suas tradições milenares, ofereceu resistência ao modelo escravista e injusto a ele imposto e a qualquer sentimento ou consciência constitucional<sup>99</sup>.

Dessas causas históricas ressai, também, a ausência de fraternidade desde a origem do Brasil. Um país “achado” em 22 de abril de 1500 pelos portugueses<sup>100</sup> com o objetivo precípua de atender aos interesses econômicos da colônia, que não reconhece os nativos e explora a mão de obra dos negros escravos, confronta, desde sua origem civilizatória, com o ideário do bem comum e com o princípio da fraternidade.

Os reflexos políticos e jurídicos de tal formação, que se prolongam no tempo, com outras formas de exploração, subserviência e ostracismo político participativo justificam o modelo individualista de organização do sistema jurídico. Foram poucos os anos de vivência democrática no Brasil, se comparados aos períodos de regimes tirânicos<sup>101</sup>. Os regimes déspotas ao longo de tantos anos e a imatura ideia de democracia encontram ressonância no modo de criação e aplicação do direito já que a ausência de cultura democrática resvala na escassa cultura constitucional.

Ademais, a figura do “homem cordial” no Brasil, criada por Sérgio Buarque

---

<sup>99</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>100</sup> Logo no início do tópico das possíveis causas históricas Manoel Jorge e Silva Neto adverte “O Brasil não foi descoberto em 22 de abril de 1500; foi *achado*”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>101</sup> Manoel Jorge e Silva Neto refere que “Se, no desassossegado correr histórico desta Nação, experimentamos formalmente a democracia tão-só de 1891 a 1937, de 1946 a 1964 e de 1988 em diante, temos, no placar da democracia *versus* tirania, uma goleada dos sistemas despóticos de governar, ao menos se contabilizados os anos de vivência democrática: Democracia - 91; Tirania – 422”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

de Holanda<sup>102</sup>, é compreendida como concausa histórica para o constitucionalismo tardio. Na visão de Manoel Jorge e Silva Neto, o “homem cordial” desconhece a impessoalidade e personaliza todos os atos de acordo com os próprios interesses, inclusive o da vida pública<sup>103</sup>.

No Brasil, o “homem cordial” e seus erros enquanto administrador público são excessivamente tolerados. As “conquistas” sociais, políticas e jurídicas não retratam uma vivência social harmônica, uma cultura ou desenvolvimento democrático do país. O ordenamento jurídico positivado colide com a práxis, com a efetivação dos direitos fundamentais sociais e transindividuais, seja em decorrência do seu reconhecimento ou até resistência ao seu reconhecimento como também pelo excesso de individualismo jurídico decorrente de interesses egoísticos que regem as ações do “homem cordial”.

Verifica-se, na cultura constitucional brasileira, a ausência de fraternidade e solidariedade, que desemboca, na dilação de Manoel Jorge e Silva Neto “na resistência à efetividade de tudo quanto provém do sistema constitucional, que é o mais perfeito apanágio do ideal solidarista, aqui transportado para a realidade do direito”<sup>104</sup>.

Diante deste cenário, constata-se que o fenômeno do constitucionalismo tardio, reflexo da falta de uma cultura de preservação da “vontade da constituição” e da não observância do princípio da fraternidade, atinge a efetividade dos direitos fundamentais transindividuais.

Vê-se, ao longo e na recente história brasileira, uma forte presença da cultura individualista, da inexistência de limites entre o público e o privado e da escassa consciência dos direitos e deveres pelos próprios administrados. Ricardo José Macedo de Britto Pereira destaca que a ausência de consciência generalizada

---

<sup>102</sup> Em raízes do brasil, Sérgio Buarque de Holanda se utiliza da expressão “homem cordial” para ressaltar o hábito de agir - e reagir do brasileiro - mais com o coração (do latim *cordis*) do que com a razão. O objetivo do historiador foi demonstrar que as convicções do “homem cordial” se adequam aos interesses privados, mesmo quando se está diante de temas de interesse público. Eis a passagem que ilustra essa compreensão: “No Brasil pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal”. HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146.

<sup>103</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>104</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

por parte da sociedade em relação aos direitos existentes e aos mecanismos de proteção inviabiliza, por exemplo, o combate ao trabalho escravo, fato que, sem dúvida, atinge toda a humanidade<sup>105</sup>.

O desrespeito aos princípios liberdade, igualdade e fraternidade, alicerces do estado democrático, nem sempre é compreendido ou censurado pelos governados, diante da ausência de pertencimento, de reconhecimento da Constituição e das leis, de si próprio e do outro como membros de uma grande família, de uma comunidade, de um povo, de um país.

Constata-se, por conseguinte, que as dificuldades para o desenvolvimento democrático do Brasil e a efetividade dos direitos transindividuais partem do pressuposto e do reconhecimento de causas históricas, ideológicas, políticas e jurídicas que geram individualismo jurídico, ausência de consciência constitucional e letargia cívica, típicas do constitucionalismo brasileiro tardio.

Tais dificuldades são, igualmente, material para construção de uma nova cultura voltada ao amadurecimento da jovem democracia brasileira e à realização da vontade constitucional.

Diante desse contexto, a promoção e a proteção dos direitos fundamentais transindividuais encontram espaço aberto ao debate, já que somente superando o individualismo jurídico, conscientizando a sociedade brasileira dos deveres em comunidade para que exista corresponsabilidade, é que referidos direitos serão implementados. O sentido de comunidade, enquanto comunhão de objetivos, associado ao sentimento de pertencimento (identidade) a determinada coletividade, também precisa ser recuperado, afastando-se, para tanto, o individualismo excessivo que marca a contemporaneidade<sup>106</sup>. Numa verdadeira comunidade há o respeito pela

---

<sup>105</sup> O autor acrescenta ainda uma barreira ideológica proveniente da “herança cultural que naturaliza determinadas ideias e atitudes. Elas estão presentes de maneira tão forte na sociedade, como se fossem fenômenos naturais e contra elas não se pode fazer nada. Geram uma sensação conformista de que as coisas são como são e não podem ser diferentes. A convicção em torno delas é tão arraigada que nem a lei, nem mesmo o poder constituinte derivado e originário são capazes de transformá-las. São como espécies de cláusulas pétreas culturais que acabam dotando algumas questões jurídicas de um componente ideológico muito acentuado”. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. O combate ao trabalho escravo na perspectiva do constitucionalismo. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul**, v. 2, pp. 135-148, 2008, p. 136-137.

<sup>106</sup> Apesar de reconhecer a dificuldade em se falar em comunidade na contemporaneidade Zygmunt Bauman obtempera que: “Se vier a existir uma comunidade no mundo dos indivíduos, só poderá ser (e precisa sê-lo) uma comunidade tecida em conjunto a partir do compartilhamento e do cuidado mútuo; uma comunidade de interesse e de responsabilidade em relação aos direitos iguais de sermos humanos e igual capacidade de agirmos em defesa desses direitos”. BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 134.

diferença, os indivíduos se reconhecem como livres e iguais e os deveres recíprocos nascem do “senso de pertencimento a uma comunidade que compartilha os mesmos princípios”<sup>107</sup>. Trata-se, na perspectiva de Ronald Dworkin, de uma comunidade de princípios, concebida a partir da integridade do direito<sup>108</sup>.

A proteção ao direito transindividual ao desenvolvimento, por exemplo, revela essa necessidade. A política pública para o desenvolvimento não pode ser elaborada de forma unilateral pelo Estado sem a participação da sociedade e sem o diálogo no âmbito internacional, sob pena de se tornar inócua.

Nas fichas técnicas da União Europeia (UE) do ano de 2016, que tratam dos princípios gerais da política de desenvolvimento, tem-se que o principal objetivo da política de desenvolvimento da UE é a “redução e, a longo prazo, a erradicação da pobreza”. A este objetivo acrescentam-se “a defesa dos direitos humanos e da democracia, a promoção da igualdade entre homens e mulheres e, mais recentemente, a resolução de desafios ambientais e climáticos”<sup>109</sup>.

Na mesma linha, o art. 3º da CRFB traz como objetivos da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade, livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a garantia do desenvolvimento nacional. Desse modo, assim como o Estado deve buscar o desenvolvimento econômico para poder realizar o bem-estar social<sup>110</sup>, a própria sociedade também deve ser protagonista na garantia desse direito transindividual e na realização da cidadania.

Em relação ao desenvolvimento, além dessa corresponsabilidade devem ser levados em consideração fatores econômicos, sociais, culturais e políticos. No entender de Manoel Jorge e Silva Neto, para se atingir o almejado nível de desenvolvimento econômico é necessária “uma revolução concebida a partir e com fundamento no ideal de fraternidade que é a substância de sociedade solidária, pois

---

<sup>107</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62-63.

<sup>108</sup> Consoante Ronald Dworkin: “Aceitamos a integridade como um ideal político porque queremos tratar nossa comunidade política como uma comunidade de princípios, e os cidadãos de uma comunidade de princípios não têm por único objetivo princípios comuns, como se a uniformidade fosse tudo que desejassem, mas os melhores princípios comuns que a política seja capaz de encontrar. A integridade é diferente da justiça e da equidade, mas está ligada a elas da seguinte maneira: a integridade só faz sentido entre pessoas que querem também justiça e equidade”. DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. (Trad. de Jefferson Ruiz Camargo). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.314.

<sup>109</sup> **Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2016**. Disponível em [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_6.3.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_6.3.1.pdf). Acesso em 26 de maio de 2016.

<sup>110</sup> BRITO, Edvaldo. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

além de não inimizar os indivíduos, faz com que a riqueza produzida pelo sistema econômico possa ser fruída por todos os integrantes da sociedade política estatal”<sup>111</sup>.

Por certo, há outros fatores que devem ser analisados para proteção e promoção de direitos fundamentais transindividuais, mas parece inequívoco defender que o princípio da fraternidade é capaz de balizar as ações do Estado (interna e internacionalmente) e dos indivíduos alterando-se ao longo da história a cultura individualista instaurada no cenário brasileiro e, implementando-se, portanto, os direitos fundamentais transindividuais.

---

<sup>111</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado: o dano nacional**. In: Menezes, Wagner; Menezes Vieira, Gustavo Adolpho. (Org.). *O Direito Internacional Público em Expansão*. 5ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

### 3 CONTEXTUALIZANDO A FRATERNIDADE NO DIREITO

Tecidas as considerações sobre direitos fundamentais transindividuais na contemporaneidade, com indicação de obstáculos a sua efetivação e na tentativa de se alcançar maior proteção, é mister dedicar um capítulo ao estudo da fraternidade no direito, com o intuito de demonstrar a relevância deste princípio como mecanismo de criação de novas possibilidades de concretização dos direitos fundamentais transindividuais.

Constatou-se que a ausência da fraternidade na teoria dos direitos fundamentais e na pragmática dos direitos transindividuais é uma das causas justificadoras do déficit de efetividade desses direitos, razão pela qual faz-se necessário examinar a inserção da fraternidade no direito, bem como seu conteúdo jurídico, a relação com a dignidade da pessoa humana e, por fim, o lugar constitucional da fraternidade.

Não se pretende com o capítulo esgotar os fundamentos filosóficos e jurídicos que permeiam a fraternidade, mas verificar como a fraternidade encontra-se inserida no ordenamento jurídico pátrio, para demonstrar que ela influencia a consecução do projeto constitucional brasileiro e os modelos das instituições jurídicas, de modo a repensar a teoria dos direitos fundamentais e a criar possibilidades hermenêuticas que efetivem direitos fundamentais transindividuais.

#### 3.1 A (re) inserção da fraternidade no direito

A fraternidade, proclamada conjuntamente à liberdade e à igualdade no contexto da Revolução Francesa (1789), é ideal político essencial na consolidação da modernidade. Decerto, a tríade revolucionária “*Liberté, Egalité, Fraternité*” já anunciava no século XVIII a dimensão política da fraternidade e sua necessária interação com liberdade e igualdade, categorias centrais do pensamento democrático e da formação do Estado liberal de direito.

O que se observa, todavia, é que, diferentemente do que ocorreu com os outros dois princípios da divisa revolucionária, que tiveram reconhecimento político e jurídico, a fraternidade não logrou a mesma sorte. Percebe-se que, apesar de existirem estudos da fraternidade no aspecto filosófico, religioso e político, no âmbito jurídico foi colocada à deriva, comparativamente à liberdade e à igualdade<sup>112</sup>.

Uma possível justificativa para esse afastamento e esquecimento reside na perspectiva liberal e individualista da Revolução Francesa, que limitou liberdade e igualdade à dimensão meramente formal, afastando, portanto, a ideia de fraternidade enquanto vínculo universal da humanidade e princípio responsável pelo equilíbrio entre liberdade e igualdade. Ademais, os valores religiosos que permeiam a fraternidade contrariavam a secularização do Estado, justificando assim o repúdio à dimensão fraterna.

Apesar de tal evidência, pode-se afirmar que fraternidade, em conjunto com a liberdade e igualdade, é essencial para edificação do Estado Constitucional Democrático<sup>113</sup>, razão pela qual é necessário (re) inseri-la no ambiente jurídico.

Como a realidade do direito é linguagem<sup>114</sup>, faz-se necessário examinar o sentido da fraternidade a partir das perspectivas religiosa, ética e filosófica para, posteriormente, alcançar o conteúdo jurídico.

As origens históricas da fraternidade reportam-se à doutrina cristã. No Cristianismo, repousa o caráter polissêmico da fraternidade, remetendo-a inicialmente a laços de consanguinidade<sup>115</sup>, dado que o “frater” comporta o significado de “irmão”

---

<sup>112</sup> No livro “Liberdade, igualdade e fraternidade” Peter Häberle constatou que na dogmática constitucional muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre a fraternidade. HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

<sup>113</sup> Amartya Sen assinala que liberdade, igualdade e fraternidade são condições éticas essenciais para o desenvolvimento do Estado democrático de direito. Em se tratando da fraternidade, evidencia-se no pensamento desse autor, o reconhecimento do indivíduo para agir além do autointeresse, reconstruindo a via do modelo econômico em comunhão com a experiência ética. Neste aspecto, utiliza-se, portanto, a equidade como instrumento para fraternidade. SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 33.

<sup>114</sup> Na percepção de Edvaldo Brito “A realidade do Direito é, em si, linguagem, uma vez que se expressa por proposições prescritivas no ato intelectual em que a fonte normativa afirma ou nega algo ao pensar a conduta humana em sua interferência intersubjetiva; bem assim, é linguagem, uma vez que, para falar dessas proposições, outras são enunciadas mediante formas descritivas. É, ainda, linguagem, porque há um discurso típico recheado de elementos que constituem o repertório específico que caracteriza o comportamental da fonte que emite a mensagem normativa e de organização que se incumbe de tipificar na sua *facti specie* a conduta dos demais destinatários (receptores de mensagem) quando na sua interferência intersubjetiva”. BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 16.

<sup>115</sup> “O conceito de fraternidade ou, mais precisamente de irmão, no Antigo Testamento, designa todos aqueles que nascem do mesmo seio materno (Cf. Gn 4,2), aplicando-se, por extensão, aos membros

e, conseqüentemente, edifica a construção do parentesco entre irmãos, que se amplia para a ideia de fraternidade universal<sup>116</sup>, evidenciando laços humanos e sociais.

O “irmão” é o próximo com o qual se têm deveres em comunidade. A tradição cristã difunde o amor fraterno como base de todas as relações humanas. Vê-se, portanto, que o Cristianismo inaugura a ética da fraternidade, ao apresentar a responsabilidade para com o “outro”.

Antes da referência cristã, há quem encontre pontos de afinidade entre fraternidade e *philia* (amizade política) no sentido greco-romano. A construção ética da *philia* está dimensionada na obra aristotélica *Ética a Nicômaco*, compreendida como uma forma de excelência moral ou virtude extremamente necessária à vida<sup>117</sup>. Ao tratar das formas de associação<sup>118</sup>, a lógica aristotélica apresenta constructos para pensar a amizade como forma de justiça e, portanto, como forma política exercida numa comunidade de iguais<sup>119</sup>.

Para Aristóteles, o amigo é sempre outro “eu”, mas apenas em relação ao homem bom e no tocante a sua comunidade, fato que restringe a dimensão da fraternidade, que, como visto na dimensão cristã, ultrapassa questões políticas e sociais. Apesar disso, a prática da *philia* possibilitaria a *diké* (justiça) e, a partir desse meio específico de vinculação das relações humanas e políticas, a fraternidade se manifestaria como diálogo estabelecido desde a condição de *philia*.

Rodrigo Mardones põe em diálogo os conceitos de amizade política e fraternidade com os de confiança e coesão social, afirmando que fraternidade é como

---

de uma mesma família (Cf. Gn 13,8), de uma mesma tribo (Cf. 2 Sam 19,13) de um mesmo povo (Cf. Dt 25,3), por oposição a estrangeiros (Cf. Dt 1,16) e, finalmente, aos povos descendentes de um mesmo antepassado, como Edom e Israel (Cf. Dt 2,4). O conceito de fraternidade universal começa cedo a delinear-se no Antigo Testamento. Deus, ao criar o gênero humano, depositou em Adão a aspiração a uma fraternidade que se rompe nos seus filhos: Caim mata Abel por inveja, não querendo saber onde está o seu irmão (Cf. Gn 4,9)”. (COSTA, Antonio Filipe. **A Fraternidade. Análise filosófica-teleológica e pedagógica – didática da unidade letiva 5 do programa de Educação Moral e Religiosa Católica do 5 ano de escolaridade**. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Teologia. Instituto de Ciências Religiosas. Mestrado em ciências Religiosas. Especialização: Educação Moral e Religiosa Católica, Porto, 2012, p. 9).

<sup>116</sup> A passagem bíblica da carta de São Paulo aos Gálatas (Gl 3,28) destaca o universalismo da fraternidade cristã ao afirmar: “Já não há judeu nem grego, nem escravo nem livre, nem homem nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus”.

<sup>117</sup> Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nassetti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

<sup>118</sup> Nas palavras de Aristóteles “[...] Todas as formas de associação, portanto, parecem construir partes da comunidade política, e a s espécies particulares de amizade correspondem às espécies particulares de associações em que elas se originam”. Aristóteles. **Ética a Nicômaco**. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nassetti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 64.

<sup>119</sup> Aristóteles. **Política**. Brasília: editora UNB, 1988.



semente ou amálgama de uma comunidade política local, nacional e/ou global que se observa como confiança generalizada<sup>120</sup>.

Apesar da tentativa de identificação entre fraternidade e *philia* aristotélica, é importante ressaltar que a compreensão universal da fraternidade vai além do sentido restrito de cidadania da comunidade política grega, atingindo todos os indivíduos sem exclusões de qualquer natureza.

Ao teorizar sobre direito fraterno, Eligio Resta destaca que a fraternidade é a face transmutada da amizade política grega, que se tornou mais complexa em razão da amplitude da comunidade política na modernidade, razão pela qual defende que, na contemporaneidade, há um reaparecimento do universalismo da amizade política sob as vestes da fraternidade, a fim de legitimar as Constituições e estabelecer fins coletivos a serem perseguidos pela comunidade<sup>121</sup>.

Na visão de Eligio Resta, a fraternidade das constituições redimensiona o tema da amizade política grega, sem eliminar seus paradoxos, dado que no direito fraterno “*la costituzione tra uguali deve presupporre un atto originário di soppressione del padre*”<sup>122</sup>. Esse sentido arquetipo da autoridade, antes estruturada na dimensão da figura paterna como identidade comum, volta-se para a comunidade contemporânea no sentido de unidade de vínculos políticos como forma de união fraterna e construtora da esfera pública.

Muito embora a permanência do paradoxo da amizade em razão da fronteira da vida pública e privada, defende-se, na linha de raciocínio de Eligio Resta, que, enquanto direito/dever, a fraternidade propõe-se a restaurar a esfera ética na vida pública e conscientizar os indivíduos da responsabilidade que possuem pelos outros e, conseqüentemente, pelo bem da comunidade.

Tecidas essas rápidas considerações sobre a origem cristã da fraternidade e a perspectiva ética da *philia* grega, cumpre discorrer sobre a referência ao termo

---

<sup>120</sup> Nas palavras de Rodrigo Marcondes: “*La fraternidad política se funda sobre un consenso político que incluye dos componentes esenciales. Primero, la existencia de unos procedimientos democráticos legitimados de participación, representación y toma de decisiones políticas, los cuales también tienen reconocimiento constitucional y que en general favorecen la inclusión política. Segundo, la existencia de una actitud de empatía, preocupación o solidaridad entre ciudadanos; actitud que se expresa en el reconocimiento constitucional de derechos sociales e en mayores grados de equidad social*”. MARDONES, Rodrigo. Hacia una precisión conceptual de la fraternidad política. In: BARRENECHE, Osvaldo (comp.) **Estudios recientes sobre fraternidad**: De la enunciación como principio a la consolidación como perspectiva. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2010, p.34.

<sup>121</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, p. 36.

<sup>122</sup> A constituição entre iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai (tradução livre). RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, p. 15

pelos iluministas a fim de se compreender o processo de secularização e juridificação da fraternidade.

O movimento revolucionário burguês de 1789 lançou a tríade “liberdade, igualdade e fraternidade” como fundamento das reações sociais contra o arbítrio e opressão que marcavam a cultura europeia à época. É de se evidenciar, entretanto, que o discurso revolucionário francês circunscrevia-se basicamente à luta pela liberdade e igualdade (ainda que meramente formal), sendo o valor fraternidade verdadeiro símbolo invocado como álibi para provocar sentimento/sensação de confiança no Estado que estava se formando juridicamente<sup>123</sup>.

Os iluministas franceses procuraram afastar-se da fraternidade universal cristã, desenvolvendo, desta maneira, um discurso simbólico de fraternidade<sup>124</sup> para difundir a ideia de coesão social.

A questão iluminista, por exemplo, no pensamento de Rousseau, revela um aspecto embrionário da fraternidade inserida num modelo de comunidade política em que liberdades e direitos fundamentais deveriam vigorar. Em seu discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens<sup>125</sup>, a preocupação rousseauiana volta-se para a natureza humana, sendo possível visualizar na ideia de “piedade”, enquanto sentimento natural, traços de fraternidade (na visão iluminista) como *pharmakon* (remédio) diante da condição caótica do homem em sociedade e da crise das relações civilizatórias.

No ensaio sobre a origem das línguas<sup>126</sup>, Rousseau compreende a piedade como virtude da natureza humana que se diz capaz de refletir e atuar em bondade

---

<sup>123</sup> Ao tratar de legislação simbólica, Marcelo Neves afirma que consiste a legislação simbólica, portanto, no texto normativo que deveriam ser produzidos a partir de uma referência normativo-jurídica para a realidade, mas que acabam se prestando de forma exagerada (predominante; hipertrófica) aos fins políticos (que decorrem de pressão externa), que não estão diretamente ligados à uma referência normativo-jurídica, como deveria ser. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**, São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007, p. 27.

<sup>124</sup> Antonio Maria Baggio destaca que a fraternidade apareceu oficialmente, “na fórmula de juramento dos deputados eleitos para a Federação”. Assim, em 4 de julho de 1790, a Constituição decreta que eles devem jurar que — “permanecerão unidos a todos os franceses pelos laços indissolúveis da fraternidade”. Apesar de ser um ato oficial era um procedimento simbólico utilizado muito mais como costume do que como obrigação legal, porquanto não havia ato normativo que determinasse a prática de fraternidade. (BAGGIO, Antonio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791; pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**, São Paulo: Cidade Nova, 2008. p. 25, p.16).

<sup>125</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens** / Jean Jacques Rousseau; [introdução de João Carlos Brum Torres]; tradução de Paulo Neves. — Porto Alegre, RS: L&PM, 2008.

<sup>126</sup> ROUSSEAU, Jacques. **Ensaio sobre a origem das línguas**. Tradução de Fulvia M. L. Moretto. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998.

para com o outro, contribuindo deste modo para a coesão social<sup>127</sup>. De maneira semelhante, a perspectiva “fraterna” parte do estado de natureza humana e, após a reflexão, permite que o indivíduo se identifique com o semelhante, reconhecendo-o. Na visão de Julio Cesar Pompeu, “a razão divorciada da piedade não é capaz de uma transformação ética do homem em direção ao reencontro dos bons valores do estado de natureza”<sup>128</sup>. Desta maneira, pode-se afirmar que um dos gergens da fraternidade exteriorizada no ideário simbólico da Revolução Francesa está nessa capacidade de piedade, elemento da razão ética do ser humano. A piedade, associada à liberdade<sup>129</sup>, desperta na consciência individualista livre a potencialização de laços sociais integrados à condição política do ser humano, que deve agir para conservação da sociedade<sup>130</sup>.

O pensamento de Rousseau indica caminhos atentos à singularidade humana, tentando conciliar paradoxos entre a razão individualista e a organização do poder do Estado como centro das estruturas sociais. O filósofo francês observa nas razões da natureza humana<sup>131</sup> sua relação com o outro. Essa peculiaridade pode ser repensada na contemporaneidade, percebendo os horizontes da consciência individual, já que o sentimento de piedade pode conduzir a uma defesa da solidariedade<sup>132</sup>, como aspecto da fraternidade, enquanto espírito sensível que permanece nos indivíduos e incentiva o respeito à igualdade material e à dignidade humana.

Contudo, o pensamento rousseauiano, ao tratar a problemática da natureza humana, e equacionar na liberdade e na piedade uma condição necessária

<sup>127</sup> Segundo Gustavo Cunha Bezerra “com o auxílio da potência imaginativa, a piedade se ordena como força de coesão social”. BEZERRA, Gustavo Cunha. A piedade natural em Jean-Jacques Rousseau. In: **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 7, n. 2, p. 88.

<sup>128</sup> POMPEU, Julio César. **Jean Jacques Rousseau - Da angústia ao Ostracismo**. In: Os pensadores, um curso. Mario Vitor Santos (organizador). Rio de Janeiro: Casa da palavra/ São Paulo: casa do saber, 2009, p.137.

<sup>129</sup> A razão rousseauiana da liberdade como algo iniciado interiormente a partir de pensamentos sobre a natureza humana capta sentimentos de sociabilidade ou os temores advindos de uma postura humana de reações adversas capazes tanto de manifestar instintos de agressividade contrários à convivência social e pacífica quanto de revelar habilidades para o trato com o outro.

<sup>130</sup> “Esta liberdade comum é uma consequência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados devidos a si mesmos, e tão logo se encontre o homem na idade da razão, sendo o único juiz dos meios apropriados à sua conservação, tornando-se por si seu próprio senhor”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015, p. 10.

<sup>131</sup> Elementos como consciência e amor-próprio transitam como bases estruturais no pensamento de Jean Jacques Rousseau uma vez que a razão é princípio de ação comungado com a sensibilidade sobre a natureza humana.

<sup>132</sup> O capítulo 3 desta tese trará a delimitação conceitual entre fraternidade e solidariedade.

para um resgate à postura humana originária e espiritual, instaura um paradoxo. Se através do espírito piedoso-fraterno se restabeleceria o liame com a vocação humana, como restabelecê-lo numa sociedade que seria ela mesma o próprio elemento “desnaturalizador” do homem?

Essa postura crítica da modernidade em relação ao pensamento de Rousseau não exclui, entretanto, a visão da possibilidade do consenso como construção dialógica da estrutura política e social. A tentativa de consenso seria, pois, o elemento direcionador e reconstrutor dos vínculos sociais com base no contrato social. Certamente, a ideia rousseauiana de consenso produziu impacto na filosofia do direito fazendo com que a metáfora da vontade geral significasse a vontade constante de todos os membros do Estado que os tornaria cidadãos e livres<sup>133</sup>. O espaço da liberdade é, portanto, limitado pela vontade geral e traz direitos e deveres para todos os que vivem no âmbito do próprio Estado<sup>134</sup>.

A naturalização do modelo político que vai sendo aprimorado e transformado em meio a um complexo teórico interliga os paradigmas iluministas permeados pelas paixões e angústias do ser humano no esforço em perceber as relações humanas e a luta constante pela liberdade, limitada pela ideia de consenso geral<sup>135</sup>.

Na concepção moderna, o consenso teria forma emancipadora do estado de natureza humana dentro de um espaço político determinado e de considerada condição ética. O consenso, incorporado à relação dialógica da fraternidade, possibilitaria uma dialética política restauradora, conexão alcançada a partir da síntese dos elementos igualdade, liberdade e fraternidade<sup>136</sup> no desempenho do papel político e da cidadania.

---

<sup>133</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015, p. 24.

<sup>134</sup> A convocação ao consenso social e o seu constante retorno à natureza humana marca alicerces do pensamento jurídico de vertente jusnaturalista, representando para o direito a possibilidade de justificar o poder do Estado em busca da renovação das bases políticas no contexto iluminista.

<sup>135</sup> Roger Cotterrell identifica que diante da presunção de consenso geral da sociedade ali está posta “a ideia de que o direito tem como missão cumprir a moralidade social compartilhada”. COTTERRELL, Roger. **Introducción a la sociología del derecho**. Editora Ariel, S.A, Barcelona, 1991, p. 95.

<sup>136</sup> Giuseppe Tosi argumenta que “nesse sentido, seria preciso abandonar uma postura antimoderna e abrir um diálogo crítico com a Modernidade: não se trata de colocar a fraternidade contra a liberdade e a igualdade, mas com elas, articulando dialeticamente os três conceitos e retomando a antiga tradição do humanismo cristão. A fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real em que vivemos, mostrando assim um valor heurístico e uma eficácia prática”. TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política?. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.).

A comunhão entre consenso e fraternidade pode ser vista tanto no aspecto político quanto no jurídico. Contudo, é preciso destacar que o radicalismo da condição de consenso pode generalizar a força que vence ou a maioria que sustenta<sup>137</sup>, instaurando, na visão de Eligio Resta, outro paradoxo para o direito fraterno. Em verdade, nos termos defendidos nesta tese, a fraternidade deve ir além desse paradoxo, por ser vínculo de todos os cidadãos, permitindo que estes tenham uma relação de respeito e reciprocidade, ultrapassando o sentido de subordinação e abrindo-se à convivência entre diferentes e minorias.

Em linhas gerais, vê-se que a perspectiva iluminista está centrada primordialmente em valores liberais e no individualismo jurídico, razão pela qual houve recrudescimento da fraternidade enquanto princípio universal voltado ao respeito e reconhecimento do outro, mantendo, entretanto, o sentimento de piedade (solidariedade) para com o próximo desenvolvido por Rousseau, que trará repercussões para compreensão da fraternidade na contemporaneidade.

Eligio Resta destaca a presença de códigos fraternos no iluminismo, mas postula a necessidade de revisitar esses aportes que, outrora realizados como possibilidades históricas dentro de um modelo de direito contratualista, precisam ser redimensionados tendo em vista condições bioéticas da experiência social e humana<sup>138</sup>. Inevitavelmente, a reestruturação da ciência jurídica a partir do constitucionalismo contemporâneo exige uma releitura da fraternidade a fim de que possa (re) inseri-la nos ordenamentos jurídicos democráticos como princípio que equilibra e ressignifica a liberdade e a igualdade<sup>139</sup>, afastando-se para tanto a visão liberal-simbólica edificada à época.

De fato, a abertura iluminista para a fraternidade enquanto finalidade política e jurídica enseja, em primeiro momento, linhas de generalização da tríade (liberdade, igualdade, fraternidade) unificando-as numa estrutura legal que possibilite

---

**O princípio esquecido/2:** Exigências, recursos e definições da fraternidade política. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009, p. 58.

<sup>137</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, p. 36.

<sup>138</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, XIII a XVI.

<sup>139</sup> Apesar de não fundamentar seu pensamento no princípio da fraternidade, em linha de raciocínio semelhante à defendida nesta tese, Menelick de Carvalho Netto pontua que liberdade e igualdade não podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal, requerendo, na contemporaneidade, sua materialização em direitos que, constitucional e legalmente, protejam o lado mais fraco das várias relações e que viabilizem políticas públicas inclusivas. CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

pensar dentro de um mesmo plano jurídico um percurso orientador do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Ao lançar o olhar sobre a fraternidade desde suas origens, percebe-se que tal conceito postula a relação do homem consigo mesmo e com o outro a partir da condição da liberdade humana. Por certo, em face dos preceitos iluministas, só os homens livres alcançam a possibilidade da fraternidade, de modo que não se é fraterno apenas porque é humano, mas porque se é livre. Os aspectos tridimensionais (liberdade, igualdade e fraternidade), compreendidos numa perspectiva jurídica, visam ressaltar que, diante da liberdade, o homem reconhece a condição de si mesmo e do outro e realiza a fraternidade.

Seguindo a tradição iluminista, a dimensão fraterna, ao se inserir continuamente num modelo jurídico – político, vai transformando-se em uma estrutura normativa, adquirindo continuidade valorativa, que ganha relevo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 ao apregoar no artigo 1º, além da liberdade e igualdade, o espírito da fraternidade como edificador das relações humanas e sociais<sup>140</sup>. Como se percebe, o marco fundamental da Declaração é a proteção da dignidade do homem, pontuando a ideia de fraternidade enquanto experiência humana.

A construção ética, filosófica e religiosa da fraternidade vem sendo repensada e recontextualizada contemporaneamente, inclusive com a (re) inserção no pensamento jurídico através da visão de um direito fraterno<sup>141</sup>, humanista<sup>142</sup>, ou altruísta<sup>143</sup>, sendo considerada, inclusive, um novo paradigma para teoria do direito<sup>144</sup>.

Eligio Resta demonstra a necessidade em se apostar em um direito não violento e compartilhado entre irmãos. Para tanto, apresenta a fraternidade como

---

<sup>140</sup> Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Artigo 1º - Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (grifo nosso). Disponível em: <[http://www.cne.pt/dl/1\\_declaracao\\_universal\\_direitos\\_homem.pdf](http://www.cne.pt/dl/1_declaracao_universal_direitos_homem.pdf)>. Acesso em: 17 de janeiro de 2015.

<sup>141</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005.

<sup>142</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003; BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

<sup>143</sup> CARDUCCI, Michelle. **Por um Direito Constitucional Altruísta**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>144</sup> Adota-se a noção de paradigma em Thomas Kuhn. Para o autor “A transição de um paradigma em crise para um novo do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. (p.116). KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução Beatriz Viana e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

conceito anacrônico, e, ao tratar do iluminismo como projeto da modernidade, evidencia condições políticas indicativas dos princípios normativos balizadores do Estado moderno<sup>145</sup>.

Além da perspectiva do direito fraterno, cumpre destacar trabalhos voltados à análise da fraternidade enquanto categoria política, a exemplo dos volumes 1 e 2 do *Princípio Esquecido*, organizados por Antonio Maria Baggio, em que os referenciais políticos e éticos da Revolução Francesa postulam diretrizes para a comunidade jurídica global<sup>146</sup>.

Há também recentes estudos desenvolvidos na Itália por Filippo Pizolato, a exemplo do livro *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana*<sup>147</sup>.

No Brasil, cumpre ressaltar as obras de Carlos Ayres Britto<sup>148</sup>, os estudos de Carlos Augusto Alcântara Machado sobre o princípio da fraternidade e o constitucionalismo fraternal<sup>149</sup>, os artigos de Sandra Regina Martini<sup>150</sup>, bem como as coletâneas de artigos organizadas por Olga Maria B. Aguiar de Oliveira e Josiane Rose Petry Veronese, resultado dos estudos desenvolvidos na disciplina “Direito e Fraternidade”, ministrada nos programas de mestrado e doutorado em direito da Universidade Federal de Santa Catarina<sup>151</sup>.

---

<sup>145</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, p. IX.

<sup>146</sup> BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2008. BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista - SP: Cidade Nova, 2009.

<sup>147</sup> PIZZOLATO, Filippo. **Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana**. Roma: Città Nuova, 2012.

<sup>148</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003; BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

<sup>149</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

<sup>150</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006; **Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l’umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?**. In: **Stato e diritti nell’età della globalizzazione**. VIAL, Sandra; ZAMBRANO, Virginia (org.). Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89. VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

<sup>151</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade**. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

Pretende-se, nesta tese, resgatar a perspectiva iluminista secularizada da fraternidade, a partir do marco teórico do constitucionalismo contemporâneo, que preconiza, dentre outros aspectos, a máxima efetividade de direitos e deveres fundamentais e a reaproximação com valores morais, éticos e políticos<sup>152</sup>.

Não se objetiva, com isso, o renascimento do jusnaturalismo, mas, seguramente, busca-se a reestruturação ou o equilíbrio do ordenamento positivado com inspiração na razão prática<sup>153</sup>, na teoria da justiça<sup>154</sup> e na legitimação democrática. É precisamente nesse ambiente que a fraternidade precisa ser interpretada e aplicada, contextualizando-a no âmbito dos direitos humanos e fundamentais.

Indubitavelmente, a fraternidade desempenha relevante função na teoria dos direitos fundamentais já que, agindo em conjunto com liberdade e igualdade, redimensiona e complementa a interpretação e aplicação dos direitos e deveres fundamentais, a partir do fenômeno do reconhecimento e da ética da responsabilidade.

Sem dúvida, um dos grandes desafios dos direitos humanos e fundamentais na sociedade global é superar “uma lógica meramente identitária, em

---

<sup>152</sup> Numa análise político-histórica, a hipertrofia do positivismo, calcada na eliminação de quaisquer juízos de valor, gerou inúmeras polêmicas na teoria do direito, mormente ao justificar barbáries como as impostas nos regimes nazistas e fascistas sob o manto da legalidade. Diante disto, era necessário transcender os limites formalistas do positivismo e considerar aspectos da realidade subjacente. Neste sentir, em meados do século XX, os valores voltaram a fazer parte das discussões jurídicas. Corroborando esta assertiva, ensina Pablo Lucas Verdú: “Frente ao agnosticismo, relativismo e formalismo, se produziu, após a Segunda Guerra Mundial, um retorno aos valores, à dimensão axiológica da Constituição. (...) O fato é que partindo da tese de Smend sobre o conteúdo axiológico dos direitos, sustentou-se energicamente, que os direitos não são liberdades básicas que giram ao redor das leis, mas o contrário. Proclamou-se a dignidade humana como princípio lógico, ontológico e deontológico de todos os direitos. (...) Estabelece-se o Estado de Direito como um Estado *Social* de Direito, distinguindo-se lei e direito frente as posturas positivistas.” Tradução nossa (VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoria de La Constitución como Ciencia Cultural**. 2. ed. Dykinson, 1998, p. 33).

<sup>153</sup> A crítica da razão prática revela-se fundamental para a compreensão do constitucionalismo contemporâneo, em face da profunda carga axiológica apresentada no método proposto por Immanuel Kant. Iniludivelmente, a ênfase a alguns valores morais como condutores da vontade do indivíduo é seminal para direcionar a ação do Estado sempre em prol da dignidade humana. Conforme aduz Kant: “O fato de que, na ordem dos fins, o homem seja fim em si mesmo, isto é, jamais possa ser usado por alguém (nem mesmo por Deus) simplesmente como meio, sem que ele mesmo seja com isso ao mesmo tempo fim, que, portanto, a humanidade em nossa pessoa tenha de ser a nós mesmos santa, segue-se doravante por si, porque ele é o sujeito da lei moral” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução com introdução e nota de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 211). Ademais, a construção de uma consciência moral pelo exercício da racionalidade acerca de situações concretas permite que se assegurem direitos fundamentais. Assim, a reinterpretção do Ordenamento Jurídico a partir da lei moral proposta por Kant enaltece a necessidade de observância dos princípios constitucionais pelos Poderes Públicos característica marcante do constitucionalismo contemporâneo.

<sup>154</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.



direção a um reconhecimento efetivo da alteridade, da diversidade e da reciprocidade”<sup>155</sup>. Essa percepção deriva da ênfase aos aspectos individualistas dos direitos humanos, alicerçados sobre a matriz liberal, que afastou a fraternidade e sua função de equilíbrio entre liberdade e igualdade.

A noção de fraternidade aqui defendida passa pela dimensão intersubjetiva ética compreendendo liberdade, igualdade e fraternidade como condições humanas. Para tanto, faz-se necessário repensar o perfil egoico da natureza humana incutido pela tradição iluminista e incorporar na esfera da socialização o caráter fraterno.

De fato, o fenômeno do reconhecimento é fundamental para um estado constitucional democrático, uma vez que a identidade individual é constituída a partir do reconhecimento da dignidade do outro e, com isso, liberdade e igualdade afirmam-se e conquistam-se numa relação de coexistência e interdependência<sup>156</sup>.

A fraternidade reconstrói, desse modo, o sentido universal da experiência humana nas relações políticas e sociais uma vez que “remete à ideia de um “outro” que não sou eu nem minha esfera social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor”<sup>157</sup>. Ao postular o reconhecimento do outro, o enraizamento do indivíduo na comunidade<sup>158</sup>, a responsabilidade individual e estatal, o princípio da fraternidade completa a teoria dos direitos fundamentais, em face da suplantação de construções identitárias de forte raiz liberal para a realização da alteridade<sup>159</sup>.

Essa perspectiva encontra consonância com a teoria dos direitos fundamentais dos estados democráticos em que o redimensionamento ético e a releitura de inúmeros institutos jurídicos a partir da ênfase à dignidade humana e aos

---

<sup>155</sup> TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009, p. 60.

<sup>156</sup> PIZZOLATO, Filippo. **Il principio costituzionale di fraternità**; itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana. Roma: Città Nuova, 2012, p. 32.

<sup>157</sup> TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? . In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009, p. 59.

<sup>158</sup> Simone Weil considera que “o enraizamento é talvez a necessidade mais importante e mais desconhecida da alma humana” e acentua que “o ser humano precisa ter múltiplas raízes”. WEIL, Simone. **O enraizamento**. Trad. Maria Leonro Loureiro. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001, p. 43.

<sup>159</sup> Alteridade significa colocar-se na relação com um outro eu. Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 34.

direitos e deveres fundamentais demonstram que a afirmação do conteúdo jurídico da fraternidade é um desafio adequado ao contexto da contemporaneidade.

### 3.2 O conteúdo jurídico da fraternidade

A relação entre direito e fraternidade parece, em um primeiro momento, paradoxal, principalmente quando se têm em mente vertentes teóricas que compreendem o direito como ordem coativa da conduta humana. Para os seguidores desta vertente, o questionamento que surge é se a fraternidade pode ser norma jurídica, ou ainda, se é compatível a imposição de uma conduta fraterna com a liberdade do indivíduo.

Realmente, numa visão estruturalista e formal do direito de matriz nitidamente individual, é difícil perceber o teor jurídico da fraternidade. Entretanto, quando se compreende o direito enquanto linguagem<sup>160</sup> exteriorizada na organização de relacionamentos sociais, naquilo que o homem faz valorativamente, na conduta humana em interferência intersubjetiva, o diálogo com a fraternidade torna-se factível.

A fim de alcançar o conteúdo jurídico da fraternidade, esta tese trabalhará com o conteúdo analítico da norma jurídica enquanto proposição hipotética disjuntiva na perspectiva egológica de Carlos Cossio e com a teoria da norma de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, enquanto objeto da pragmática da comunicação humana que elege o comportamento humano como aspecto central. Essa dimensão analítica e pragmática da norma jurídica é defendida por Edvaldo Brito<sup>161</sup> e será seguida nesta tese.

A teoria egológica do direito<sup>162</sup> esclarece que a alteridade que define o direito não se confunde com a caridade em que não há direitos e deveres em

---

<sup>160</sup> Parte-se das lições de Tércio Sampaio Ferraz Jr. de que o direito, enquanto fenômeno empírico tem uma linguagem, razão pela qual deve-se tratar o direito do ângulo normativo, encarando a norma do ponto de vista linguístico-pragmático. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4-6.

<sup>161</sup> Cf. BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 42-48.

<sup>162</sup> A partir de uma reflexão ontológica, influenciado pela fenomenologia da existência de Husserl (teoria dos objetos) e de Heidegger (tempo existencial), a lógica formal de Kelsen e a lógica transcendental de Kant, Carlos Cossio (1903-1987) rompe com a perspectiva tradicionalista exegética do direito, enquanto norma jurídica, e desenvolve sua teoria egológica, compreendendo o direito enquanto estrutura da própria existência humana, liberdade. JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **Reflexões sobre a justiça**: uma análise contemporânea a partir da teoria egológica do direito. In: Conpedi, v. 22, p. 256-271, 2014.

articulação recíproca. Seguindo as lições de Carlos Cossio, “*esta es la bilateralidad o alteridad que define al Derecho, lo que significa que éste implica dos sujetos desarrollando una conducta compartida*”<sup>163</sup>. No direito há integração das condutas, de sorte que haverá direitos para uns frente aos deveres de outros em perfeita correspondência. Infere-se daí a noção de bilateralidade, coparticipação, reciprocidade, que dá espaço à fraternidade, haja vista a relação jurídica ser sempre relação sujeito/sujeito.

Edvaldo Brito, ao optar pela teoria egológica, registra que analiticamente norma jurídica é o “pensamento de uma conduta em liberdade; é a estrutura lógica da experiência jurídica; é a classe típica de conceitos de que se utiliza o jurista para mencionar a realidade jurídica no conhecimento científico”. A norma, nesses termos, é juízo hipotético de uma proposição jurídica que se orienta pelo objeto (conduta humana em interferência intersubjetiva), sendo a norma que descreve a conduta (relato) chamada de endonorma e a que prevê a sanção (cometimento) de perinorma. No tocante ao cometimento, obtempera que ele “não se configura, apenas, na linguagem verbalizada do emissor da mensagem normativa, quando esta imputa a sanção mas, em todo o repertório convencionado que é objeto de análise na reta da pragmática da comunicação humana”<sup>164</sup>.

Como a vida humana é essencialmente liberdade, dever-ser, potência, a experiência jurídica será construída pelo homem no seu tempo, a partir do círculo dialético sentido/substrato interpretado por ele mesmo quando em interferência com outrem. Assim, a presença da alteridade e, portanto, da fraternidade no direito é inquestionável<sup>165</sup>, mesmo porque a interação e o reconhecimento do outro enquanto ser humano, bem como a ética da responsabilidade fazem parte da realidade social e da própria conduta humana. Desta forma, ainda que as Constituições democráticas não estabeleçam nos seus textos o princípio da fraternidade, pode-se concluir se tratar de princípio implícito que contém o seguinte relato: dada a fraternidade, deve ser o

---

<sup>163</sup> COSSIO, Carlos. **Panorama de la teoria egologica del derecho**. Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, 1948, p. 72.

<sup>164</sup> BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p.45-49.

<sup>165</sup> Manoel Jorge e Silva Neto deixa claro que “onde não houver indivíduo interagindo com outro (s), não se pode cogitar existência do direito (Ubi homo, ibi jus – onde está o homem, aí está o direito). SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo, LTr, 2001, p. 16.

reconhecimento da dignidade humana e a responsabilidade dos indivíduos e do estado.

Fraternidade é condição de vivência do tempo presente em que o exercício da liberdade incorpora a dimensão dos direitos e redimensiona a perspectiva dos deveres fundamentais<sup>166</sup>. Dito de outra forma, a fraternidade se realiza no momento presente e incorpora a liberdade na medida em que possibilita que o indivíduo desenvolva suas capacidades em uma relação positiva consigo mesmo a partir de relações sociais de reconhecimento e responsabilidade. Seguindo a compreensão de que o direito é a relação da pessoa em seu procedimento para com o outro, nota-se que a relação jurídica introduz um processo de reconhecimento recíproco<sup>167</sup>.

Nas relações interpessoais, o reconhecimento do outro aproxima-se das teorias psicanalíticas e estudos sobre afeto enquanto sentir positivo e construtivo de vínculos, em que o sentimento de liberdade ali se encontra posto<sup>168</sup>. A fraternidade é marcada pela predisposição ao diálogo que persiste como núcleo em razão do fundamento da dignidade humana uma vez que a fraternidade, sendo parte da condição humana, incorpora a tendência psicossocial do ser humano destinado à convivência.

Nas relações jurídicas, essa perspectiva não é destoante, já que a experiência do reconhecimento está inserida na pragmática da comunicação humana, sendo fundamental para a formação da identidade do indivíduo. A identidade pessoal<sup>169</sup>, ao mover-se dialeticamente em meio ao sistema social e intersubjetivo,

---

<sup>166</sup> Em linha similar, Antonio Maria Baggio destaca que “A fraternidade possui uma finalidade em si mesma, se é realmente o espaço em que se realiza um encontro de consciência e de culturas, uma partilha de interioridades e uma deliberação intersubjetiva em torno da vida que compartilhamos, e que por isso se torna “nossa” e não apenas “de cada um”. É na fraternidade, então, que se encontram o “tempo presente”, a condição humana que compartilhamos neste instante, o “tempo justo”, *kairós* em que a palavra que cada um sabe dizer ao outro e dele ouvir é a revelação do segredo cada um guardado pelo outro”. BAGGIO, A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009, p. 109.

<sup>167</sup> Consoante Axel Honneth “(...) diferentemente do amor, o direito representa para Hegel uma forma de reconhecimento recíproco que não admite estruturalmente uma limitação ao domínio particular das relações sociais próximas. Por isso, só com o estabelecimento da “pessoa de direito” é dada numa sociedade também a medida mínima de concordância comunicativa, de “vontade geral”, que permite uma reprodução comum de suas instituições centrais”. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** / Axel Honneth; tradução de Luiz Repa. - São Paulo: Ed. 34, 2003, pp. 95-96.

<sup>168</sup> Nas lições de Carlos Pinto Correa “o afeto está sempre ligado aquilo que nos constitui como sujeitos desejantes em nossa relação com o outro semelhante, com o grande Outro”. CORREA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo**. Estudos de Psicanálise. Rio de Janeiro, 2005, p.61.

<sup>169</sup> Axel Honneth pontua que “O nexos existente entre a experiência de reconhecimento e a relação consigo próprio resulta da estrutura intersubjetiva da identidade pessoal: os indivíduos se constituem

deve estruturar-se com a referência fraterna num processo de reconhecimento de si mesmo e do outro para a construção da relação jurídica.

Para reconhecer o outro, é necessário, antes, identificar-se consigo mesmo porque “a personalidade só começa quando o sujeito tem consciência de si”<sup>170</sup>. A fraternidade então se constitui em processo dialético entre consciência e liberdade. Ou seja, a consciência guia a liberdade para o exercício da fraternidade no sistema jurídico<sup>171</sup>. Ao tratar dos fundamentos do direito, Aquiles Guimarães assinala que “a consciência humana é a fonte originária e fundante de toda vida jurídica”<sup>172</sup>. Da relação entre consciência fraterna e liberdade também se vislumbra a realização da igualdade, atualizando-se, portanto, a tríade iluminista ao estabelecer um vínculo entre liberdade, igualdade e fraternidade. Agregue-se, na esteira do entendimento apresentado, a doutrina de Antonio Maria Baggio, ao destacar que “a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor”<sup>173</sup>.

Enquanto objeto da ciência jurídica, a fraternidade apresenta uma tensão entre a estrutura liberal da tradição iluminista e a condição da contemporaneidade, sendo elemento essencial para pensar os direitos fundamentais, pois vincula liberdade e igualdade ao ressignificar o pensar da circularidade, ou seja, da interação dialética entre os três princípios estruturantes dos direitos fundamentais. Consoante Carlos Augusto Alcântara Machado, “as dimensões liberal e social de direitos (liberdade e

---

como pessoas unicamente porque, da perspectiva dos outros que assentem ou encorajam, aprendem a se referir a si mesmos como seres a que cabem determinadas propriedades e capacidades. A extensão dessas propriedades e, por conseguinte, o grau da auto-realização positiva crescem com cada nova forma de reconhecimento, a qual o indivíduo pode referir a si mesmo como sujeito: desse modo, está inscrita na experiência do amor a possibilidade da autoconfiança, na experiência do reconhecimento jurídico, a do auto-respeito e, por fim, na experiência da solidariedade, a da auto-estima”. HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** / Axel Honneth; tradução de Luiz Repa. - São Paulo: Ed. 34, 2003. p. 272.

<sup>170</sup> HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 41.

<sup>171</sup> Como indica Maria Inês Chave de Andrade, a razão fraterna está “articulada por meio de um conjunto de princípios e ideias segundo as quais pensamos o mundo, sendo antes a realidade profunda das coisas, a essência do próprio ser”. ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Edições Almedina: Coimbra, 2010, p. 136.

<sup>172</sup> GUIMARÃES, Aquiles. **Cinco lições de Filosofia do direito**. 4.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p.29.

<sup>173</sup> BAGGIO, Antonio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791 – Pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**, São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 54.

igualdade) passam a se desenvolver adensadas indissociável e reciprocamente entre si, mas catalisadas por direitos de fraternidade”<sup>174</sup>.

A fraternidade manifesta-se em primeiro momento como valor fundante, sendo eixo direcionador da esfera constitucional<sup>175</sup> e, no segundo momento, como elemento fortalecedor dos direitos fundamentais, por possibilitar a prática concreta da igualdade na alteridade e da liberdade material, de modo que, exercendo a fraternidade, se preserva tanto a liberdade e a igualdade como também se efetivam direitos fundamentais transindividuais, conforme será demonstrado nesta tese.

Inegavelmente, os contornos da fraternidade apresentam aberturas estruturais para a compreensão da diversidade e das diferenças culturais que evidenciam possibilidades da experiência humana. Nesse espaço hermenêutico, a fraternidade incorpora catálogos de direitos fundamentais dentro do horizonte da igualdade e da liberdade, fazendo com que as condições econômicas e políticas que perpassam a dignidade dos indivíduos ou grupos de indivíduos impliquem buscar o sentido concretizador das relações jurídicas na dimensão da fraternidade.

O conteúdo jurídico da fraternidade está dimensionado tanto na pragmática da comunicação humana, a partir da consciência fraterna para a qual converge o fenômeno do reconhecimento, quanto na teoria analítica da norma, já que a norma constitucional tem a mesma estrutura lógica que as demais normas do sistema.

Imbuída do espírito prático, a fraternidade situa-se na relação entre o sistema constitucional e a sociedade, apresentando-se como experiência jurídica singular que se manifesta na esfera democrática como princípio de mesmo nível constitucional que liberdade e igualdade. Ao tratar da tríade revolucionária, Fábio Konder Comparato afirma que liberdade, igualdade e fraternidade são princípios axiológicos supremos<sup>176</sup>, positivados nas constituições enquanto direitos fundamentais.

---

<sup>174</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 142.

<sup>175</sup> Manoel Jorge e Silva Neto destaca que princípio “tanto é suscetível de adotar uma compostura de norma jurídica – nomeadamente ao figurar como objeto positivado no ordenamento – como, ao receber influxo axiológico da ciência do direito, transforma-se em valor normativo, cuja aceitação e autoridade estão na razão direta de sua conexidade lógica com o sistema do direito positivo”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.168.

<sup>176</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62-67.

Como a Constituição é sistema normativo aberto composto por normas-regra e normas-princípio<sup>177</sup>, compreende-se que fraternidade possui natureza normativa principiológica, na medida em que está no nível reflexivo da ordem jurídica, servindo tanto para a construção hermenêutica de outras regras<sup>178</sup>, bem como para ordenar, em razão de seu caráter deôntico, que algo seja concretizado, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas existentes.

Defende-se, portanto, que fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo.

Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade. Cite-se como exemplo o direito à paz. Ainda que o referido direito não estivesse previsto na Constituição brasileira, o princípio da fraternidade seria fonte deste direito legitimando sua proteção.

O conteúdo da fraternidade realiza-se quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade<sup>179</sup>. Estado e indivíduo complementam-se na realização da fraternidade. Logo, a fraternidade é princípio que deve nortear as atitudes humanas e as funções estatais,

---

<sup>177</sup> Segundo o escólio de Edvaldo Brito a parte dogmática de uma constituição é um sistema normativo dividido em dois estamentos: normas-princípio e as normas regra. Para o autor “Os princípios são conformadores das valorações políticas, captadas, pelo legislador constituinte na sociedade civil; são garantias dos cidadãos quando veiculam os seus direitos subjetivos públicos; são impositivos quando configuram deveres do Estado *in abstracto* relativamente à realização de certos fins e a execução de tarefas; são fundamentais quando se revelam como princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional”. Cf. BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, p. 65-66.

<sup>178</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 109.

<sup>179</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, P. 46.

além de fomentar o reconhecimento do outro, o princípio da responsabilidade e ser fonte de direitos e deveres transindividuais.

Através da fraternidade, devem ser estimuladas/orientadas condutas e atividades que respeitem a dignidade humana. Em relação ao Estado, o princípio impõe interpretação que legitime as aspirações sociais, com uma incessante exigência de conferir melhores condições aos indivíduos para garantia de direitos. Ademais, a fraternidade viabiliza a conscientização dos deveres do indivíduo e possibilita a realização de direitos fundamentais, numa lógica de reciprocidade, além de incentivar a função promocional do direito, revelando-se instrumento para o alcance da justiça.

Ainda que persista a função repressora do direito, a presença no ordenamento jurídico de sanções positivas ou premiais marca uma tendência reestruturadora das relações entre Estado e sociedade. Tal cenário implica mudanças construtivas no modelo de estruturação do Estado e permitem maior interação entre indivíduo e sociedade, pois ele se sente construtor de um espaço de cidadania cujas ações serão reconhecidas pela estrutura normativa. Como aponta Norberto Bobbio, “nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior frequência a função de promover”<sup>180</sup>.

Seguindo a linha deste raciocínio, o Estado pode, *verbi gratia*, conceder incentivos fiscais<sup>181</sup> às empresas que adotarem práticas voltadas à realização da fraternidade e à observância de direitos fundamentais transindividuais, a exemplo da adoção de medidas que garantam o desenvolvimento sustentável, que fomentem a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, dos idosos, das crianças e adolescentes, dentre outros<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Becaccia Versiani. Baurer: Manole, 2004, p.13.

<sup>181</sup> Edvaldo Brito esclarece que os incentivos fiscais são manifestações do direito premial e revelam o “conjunto de normas jurídicas com objetivo promocional”. Na percepção do autor os incentivos devem ser utilizados como instrumentos de intervenção no domínio econômico para manter o bem-estar social e podem assumir a categoria jurídica de isenção ou de qualquer outra forma de exclusão de crédito tributário. BRITO, Edvaldo. **Direito tributário e constituição: estudo e pareceres**. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 807-808.

<sup>182</sup> No Brasil, as empresas que aderem a práticas de responsabilidade social recebem incentivos fiscais como estímulo por fomentar a efetivação de direitos fundamentais. Desta maneira, as empresas podem usufruir de incentivos fiscais no caso de efetuarem doações a entidades sem fins lucrativos e reconhecidas como de utilidade pública (lei 9.249/95), para doações a projetos culturais (lei rouanet, lei 8.313/91), para doações direcionadas ao Fundo da Criança e do Adolescente (lei 9.532/97), dentre outras.



Manoel Jorge e Silva Neto destaca que os incentivos fiscais são incorporados à realidade do Direito Econômico na condição de sanções premiais e, por isso, “ao invés de impor gravame em face de descumprimento de diretriz fixada na política econômica, concedem-se isenções para as atividades empresariais cujo planejamento privado contemple os propósitos da norma pública”<sup>183</sup>.

Na perspectiva de Eligio Resta, a fraternidade impõe uma nova forma de análise do direito, tendo os seguintes pressupostos: a) é direito jurado em conjunto, com um pacto em que se decide compartilhar regras mínimas de convivência; b) é livre da soberania estatal que deveria legitimá-lo; c) é um direito que tem seu fundamento na tutela dos direitos humanos; d) ressalta a necessidade de uma análise antropológica dos deveres, destacando que os direitos humanos são o lugar da responsabilidade; e) é um direito não violento, sedimentado no resgate da fraternidade enquanto código jurídico; f) é direito inclusivo, universal; g) propõe a ruptura do binômio amigo- inimigo; h) defende a jurisdição mínima; i) acastela espaços de liberdade e reconhecimento<sup>184</sup>.

Apesar de não seguir na totalidade a linha de pensamento de Eligio Resta, alguns destes pressupostos foram utilizados na tese com o escopo de extrair o conteúdo jurídico do princípio da fraternidade.

Diante disto, as normas jurídicas devem abrigar valores e instrumentos que permitam reeducar e transformar a sociedade, visando à inclusão do outro, tendo em vista a perspectiva relacional. Lastreado no pensamento de Eligio Resta articula-se o princípio da fraternidade na contemporaneidade. Como se vê, a juridicidade da fraternidade é indissociável de um compromisso individual e coletivo que reclama permanente empenho, convencimento e cooperação em todos os setores da convivência social, incentivando uma comunidade mais participativa e atuante.

Entende-se ainda que a perspectiva fraternidade no direito, enquanto produto da convivência humana, é uma leitura proveniente da teoria dos direitos e deveres fundamentais e encontra substrato na força principiológica da dignidade humana, conforme se verá a seguir.

---

<sup>183</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito Constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 127.

<sup>184</sup> RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Tradução Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2004, p. 133 – 134. No original cf. RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005, p. 131-134.

### 3.4 Dignidade humana como elemento estruturador da fraternidade

*“A dignidade do homem reside no fato de ele ser indefinível. O homem é como é, porque reconhece essa dignidade em si mesmo e nos outros homens”<sup>185</sup>.*

Ao transpor a ótica liberal individualista em que foi alicerçada a teoria dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento jurídico da fraternidade, vê-se que a dignidade humana é elemento estruturador da fraternidade.

A dignidade como unidade estruturadora da fraternidade tem, a partir do aspecto dialógico, uma função integrativa e fecunda na hermenêutica constitucional<sup>186</sup>, acolhendo, a partir do reconhecimento da condição humana a perspectiva de ser um pensamento aglutinador das relações entre os indivíduos<sup>187</sup>.

Certamente, o princípio da fraternidade é direcionador de um projeto político-democrático enquanto norma preceptiva que considera a dignidade humana como marco da liberdade, igualdade e fraternidade e limite de sentido. Ademais, a fraternidade está inserida num conceito de justiça plural, pois estabelece diálogos interculturais transitando nas articulações entre direitos e deveres fundamentais, que se comungam numa visão tridimensional do direito<sup>188</sup>, encontrando sentido na concepção de vida digna.

Assim como a fraternidade, a dignidade comporta várias dimensões, o que dificulta sua compreensão jurídica. A dimensão teológico-cristã, por exemplo, constituiu um embrião para a garantia da dignidade ao considerar que todos os homens são criados, igualmente, à imagem e semelhança de Deus, dotados, portanto, de igual dignidade<sup>189</sup>. Apesar da relevância de sentido, o enraizamento teológico da dignidade

---

<sup>185</sup> JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico**. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005. p. 53.

<sup>186</sup> Ante a impossibilidade de se conceituar a dignidade da pessoa humana, Manoel Jorge e Silva Neto afirma que é um *topos* (lugar comum) que serve como ponto de partida para a solução de problemas normativo ocorrente. Nesse sentido, a dignidade auxiliará a efetivação da fraternidade a depender do caso concreto. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 316.

<sup>187</sup> ALVES, Miriam Coutinho de Farias. **O paradigma de gênero da ciência jurídica: horizontes do feminismo na concretização dos direitos fundamentais da mulher**. Tese de doutorado em direito. Programa de pós-graduação da UFBA. Faculdade de direito. Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 100.

<sup>188</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19 ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

<sup>189</sup> Na questão 29 de sua suma teológica, ao tratar das pessoas divinas, Santo Tomás de Aquino define pessoa como ser dotado de dignidade, ressaltando que essa dignidade provém da correspondente

não é adequado a um Estado secular neutro, não podendo servir de único alicerce para sua fundamentação jurídica.

Por ser qualidade inerente a todo ser humano, a dignidade revela também dimensão ontológica. Referida dimensão teve seu esboço inicial com Giovanni Pico Della Mirandola, no século XV, ao traçar uma visão antropocêntrica do mundo e detectar na dignidade do homem a articulação entre liberdade (autodeterminação), responsabilidade moral (ética) e conhecimento da natureza (metafísica)<sup>190</sup>. Apesar da tentativa de desvincular a dignidade da forte raiz teológica, baseando-se nas capacidades humanas de agir livremente, a doutrina humanista do Conde de Concordia não conseguiu dessacralizar a dignidade.

No século XVIII, a filosofia prática kantiana destacou o dever de respeito à dignidade do outro, ao vedar a instrumentalização humana<sup>191</sup>, conferindo base para o complicado processo de racionalização e laicização almejado pelo Iluminismo. Em decorrência da capacidade de ação autodeterminada, orientada pela razão, o indivíduo tem o dever de respeitar a dignidade do outro e a própria e o direito de que sua dignidade seja respeitada, revelando um imperativo prático motivador de um estado jurídico. Observa-se, portanto, um entrelaçamento entre liberdade e dignidade na tradição kantiana. Conforme pontua Béatrice Maurer, “a dignidade não pode ser compreendida sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade”<sup>192</sup>.

Além da forte ligação com a liberdade, a dignidade ganha sentido na intersubjetividade e no complexo processo de reconhecimento hegeliano, aproximando-se do princípio da fraternidade aqui delineado. Partindo de premissas kantianas, Hegel aponta a necessidade de respeito recíproco através do

---

dignidade de natureza divina. AQUINO, Santo Tomás. **Suma de teologia**. Trad. José Martorell Capó. 4 ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, p. 327.

<sup>190</sup> MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngüe, Lisboa: Edições 70. LDA, 2008.

<sup>191</sup> Como sustenta Kant “no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade”. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 65).

<sup>192</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 132.

reconhecimento do outro como pessoa<sup>193</sup>. Todavia, diferentemente da linha kantiana, este dever de respeito é um imperativo jurídico e não um dever de virtude, sendo a dignidade produto do reconhecimento recíproco e objeto de proteção jurídica. A esfera hegeliana da dignidade revela que os indivíduos têm dignidade no reconhecimento como iguais, isto é, como sujeitos de direitos e deveres num contexto relacional<sup>194</sup>. Essa perspectiva comunicativa e relacional destaca a dignidade como “categoria da co-humanidade de cada indivíduo”<sup>195</sup> e indica limitação da liberdade individual no relacionamento em comunidade por exigir uma liberdade com responsabilidade<sup>196</sup>.

A condição ontológica do ser humano faz com que a dignidade possua também um sentido cultural, por ser produzida “necessariamente em vista de outro que não ela mesma, em vista da totalidade dos fenômenos da cultura em que ela surge”<sup>197</sup>. Por certo, a dignidade manifesta-se de forma diferenciada a depender da conjuntura em que está inserida e da especificidade cultural de cada comunidade. Ricardo Maurício Freire Soares afirma que “a delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser buscada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmação dos valores que integram a experiência concreta”<sup>198</sup>. Desse modo, refuta-se uma compreensão unívoca da dignidade, que

---

<sup>193</sup> No processo de reconhecimento deve-se ter cuidado com o que Hegel denominou “dialética do senhor e do escravo”, metáfora que pode ser utilizada para explicar o reconhecimento do outro através da força e do sentimento de propriedade. Sem dúvida o reconhecimento alcançado pela dominação perde qualquer valor e não se relaciona com o princípio da fraternidade. Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto destaca que “somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria”. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais*. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163, p. 154.

<sup>194</sup> SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 118.

<sup>195</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>196</sup> José Casalta Nabais defende que a liberdade deve estar conjugada à responsabilidade na teoria dos direitos e deveres fundamentais. É oportuno registrar que a obra tem como parâmetro a Constituição portuguesa de 1976 e posteriores reformas, de modo que deve ser contextualizada à realidade da Constituição brasileira. NABAIS, Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

<sup>197</sup> ABED AL-JABRI, Mohammed. **Introdução à crítica da razão árabe**. Trad. Roberto leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1999, p. 31.

<sup>198</sup> Ricardo Maurício Freire Soares anota ainda que “a dignidade do outro estará, portanto, sempre vinculada ao reconhecimento recíproco de que o ser humano não pode ser degradado ou coisificado, o que constitui a base da convivência humana em sociedade”. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142-143.

deverá ser formulada casuisticamente de acordo com a realidade em que está imersa ou a partir de um diálogo intercultural.

O discurso jurídico da dignidade humana no seu caráter contemporâneo está involucrado na concepção de mundo predisposto à reorganização das estruturas sociais e políticas perante os alicerces de uma tradição que, ao ser repensada constantemente na identidade individual e coletiva, possibilita vivenciar novos modelos sociais. Necessário destacar que a compreensão da identidade do sujeito não significa uma habilidade superficial no manejo da convivência, mas a capacidade de apreender a verdade do outro e estabelecer formas significativas de interação em prol de uma realização construtiva dos direitos humanos e fundamentais. A identidade coletiva, por sua vez, repousa nas expressões da cultura em que é possível delinear as marcas da comunidade e perceber padrões de ordem social valorativa.

Esse teor da dignidade acompanha o modelo constitucional contemporâneo e a experiência das instituições políticas, consagrando o respeito à diversidade num contexto multicultural<sup>199</sup>. Nesta linha de entendimento parece situar-se o pensamento de J. J. Gomes Canotilho ao sustentar que a dignidade humana “exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo multivisional, religioso ou filosófico”<sup>200</sup>.

Essa breve abordagem das dimensões da dignidade permite identificar uma semelhança pragmática (não terminológica) com a fraternidade. O reconhecimento da dignidade humana torna necessária a fraternidade uma vez que “a dignidade do outro me obriga à fraternidade”<sup>201</sup>. Por ser condição humana interior, a dignidade exterioriza-se através da fraternidade, no processo de reconhecimento da dignidade do outro<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Entende-se por multiculturalismo a necessidade de reconhecimento e respeito às diferenças culturais, de modo a viabilizar uma convivência pacífica e fraterna. Nesse sentido conferir TAYLOR, Charles. A política de reconhecimento. In: TAYLOR, Charles (org). *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998; SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999;

<sup>200</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-226.

<sup>201</sup> MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 140.

<sup>202</sup> Seguindo o pensamento de Ricardo Hasson Sayeg e Wagner Balera “a dignidade da pessoa entremostra-se presente no adensamento entre liberdade, igualdade e fraternidade, emergindo objetivamente do respectivo equilíbrio reflexivo. Explica-se: de que vale a dignidade da pessoa humana sem liberdade? Sem igualdade? Sem fraternidade? Sem liberdade haverá a tirania da igualdade. Sem igualdade, a tirania da liberdade. E, sem fraternidade, liberdade e igualdade são incompatíveis”.

Para além disso, dignidade e fraternidade alcançam, numa perspectiva transversal, a “racionalidade ecológica”<sup>203</sup>, configurada no âmbito da diversidade social da experiência vivida. Assim, a transmissão da fraternidade pela via da cultura é transportada pela condição democrática na medida em que, ao experimentar a vivência autêntica da fraternidade, se ocupa também da dignidade, fazendo com que ela assuma aspecto dialético e plural.

Há, no princípio da fraternidade, a ideia originária da dignidade uma vez que a fraternidade está integrada ao reconhecimento da condição humana, de maneira que, ao praticar o ato fraterno, também se pratica um ato digno. Diante do conteúdo jurídico da fraternidade, os intérpretes do direito devem atualizar o sentido de comunidade política e democrática integrado ao aspecto específico da dignidade humana no viés constitucional.

A ordem constitucional fraterna ocupa um processo sociojurídico de adequação de sentido da dignidade, dado que a dignidade humana, enquanto experiência originária e fundante<sup>204</sup>, é elemento direcionador e estruturador da fraternidade. Deste modo, torna-se perceptível que a referência à fraternidade requer um sentido de autenticidade no reconhecimento da condição humana.

Não bastasse isso, a fraternidade expande o imaginário da tradição moderna individualista ao direcionar o aspecto intersubjetivo da consciência fraterna na esfera do reconhecimento social. Assim sendo, a consagração jurídica da fraternidade numa sociedade plural e multidimensional intensifica o respeito pela dignidade humana assim como o conteúdo jurídico da dignidade repercute na razão

---

SAYEG, Ricardo Hasson e BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. POD. Petrópolis: KBR, 2011, p. 119.

<sup>203</sup> Alexandre José Costa Lima ao tratar sobre “*la dialéctica de la fraternidade, de la dignidade y del pluralismo*” faz referência ao pensamento de Carlos Alberto Molinaro que propõe o conceito de racionalidade ecológica “*entendida como todo ejercicio de la razón que privilegia las formas impuras y periféricas del pensamiento, sugiriendo un compromiso de aprender a aprender, a partir de la posibilidad de desarrollar el pasaje del pensamiento sistémico y complejo a través del uso de recursos expresivos*”. LIMA, Alexandre José Costa. *La dialéctica de la fraternidad, de la dignidade y de la fraternidad*. In: **La fraternidade en perspectiva política**. Exigencias, recursos, definiciones del principio olvidado. 1 ed. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2009, p. 119.

<sup>204</sup> Nas lições de Carlos Ayres Britto “o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo a parte. A exhibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão, da vida comum civilizada”. BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 27.

fraterna ao direcionar o movimento dialético em meio às consciências individuais e sociais.

A intuição fundamental do valor da dignidade como critério de escolha jurídica define a figura constitucional da fraternidade já que o ato de reconhecimento incorpora o critério de valor humano. Como pontua Edmilson Menezes, “a luta pelo reconhecimento nas relações intersubjetivas é o aspecto fundante da vida em comunidade”<sup>205</sup> inserido no elemento da cultura.

O movimento fraterno na teoria do direito contemporâneo ocorre de maneira diferenciada da tradição iluminista dado que a consciência da fraternidade se coaduna com a consciência da identidade coletiva, rompendo processos de indiferença social típicos do Estado liberal, preservando a unidade primordial da dignidade humana<sup>206</sup>. Sendo assim, a experiência da dignidade tal qual a da fraternidade, ao se inserirem no movimento intersubjetivo das relações sociais, equaciona desafios na efetivação de direitos humanos e fundamentais, com ênfase nos transindividuais haja vista o caráter coletivo.

A realização dos direitos humanos e fundamentais reside num espaço multidimensional e multicultural em meio a conflitos de interesses e encontram no marco constitucional da dignidade e fraternidade um eixo aglutinador de experiências coletivas numa perspectiva mediadora e não numa supressão superficial dos conflitos sociais, enfrentando, deste modo, os impasses da contemporaneidade<sup>207</sup>.

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

---

<sup>205</sup> MENEZES, Edmilson. **História e esperança em Kant**. São Cristovão: Editora UFS, Fundação Oviêdo Teixeira, 2000, p. 84.

<sup>206</sup> Nesse sentido, Miriam Coutinho Alves de Farias ressalta que “Na medida em que reconheço em mim a dignidade e estendo este reconhecimento à vida coletiva dou abertura para a integração com o outro. E quando se projeta direitos de caráter fundamental e suas garantias se realiza o deslocamento de um olhar individualista para um olhar sociocultural.” ALVES, Miriam Coutinho de Farias. **O paradigma de gênero da ciência jurídica: horizontes do feminismo na concretização dos direitos fundamentais da mulher**. Tese de doutorado em direito. Programa de pós-graduação da UFBA. Faculdade de direito. Universidade Federal da Bahia, 2014, p. 105.

<sup>207</sup> BARRENECHE, Osvaldo. La idea de fraternidad en el congreso de Panamá de 1826 y los intentos de integración política de la América Latina luego su independencia. In: BAGGIO, Antonio M. **La fraternidad en perspectiva política: exigências, recursos, deficiencias del principio olvidado**. 1.ed. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2009, p. 99.

conhece e reconhece a relação com o outro e, nessa condição, apreende o sistema das tradições jurídicas e políticas que permeiam as estruturas sociais.

Pode-se afirmar, ainda, que a dimensão ético-jurídica da fraternidade produz uma reconstrução hermenêutica, fazendo com que as perspectivas e valorações jurídicas apresentem-se num universo de experiências que possibilitem o fortalecimento das instituições através da interdisciplinaridade e transversalidade como um processo que permite reestruturar as situações de conflito.

A fraternidade almeja a paz apreendida como síntese elaborativa das condições de desarmonia nas esferas de comunicação entre os indivíduos, grupos sociais ou instituições. O tempo presente será assim um tempo sensível<sup>208</sup> que, a partir da fraternidade, ressignifica a noção de dignidade no inconsciente coletivo.

### 3.5 O lugar constitucional da fraternidade

Apesar da gênese política da tríade revolucionária francesa, o reconhecimento jurídico da fraternidade ganha ênfase na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, quando o artigo 1º afirma que os indivíduos devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Tem-se, assim, a internacionalização da fraternidade e dos direitos humanos correlatos, vinculando, deste modo, no âmbito do direito internacional, Estados e indivíduos a partir do que Peter Harbele denomina “Estado Constitucional Cooperativo”<sup>209</sup>.

Internamente, o processo de positivação da fraternidade pode ser observado em diversas constituições<sup>210</sup> a partir de referências expressas ou implícitas. A Constituição de Angola<sup>211</sup>, por exemplo, proclama, no preâmbulo, a necessidade de construir uma sociedade baseada na igualdade de oportunidades, compromisso, fraternidade e unidade na diversidade. Na parte dogmática, a referida constituição faz

<sup>208</sup> KRISTEVA, Julia. **Le temps sensible** – Proust et l’expérience littéraire. Paris: Gallimard, 1994.

<sup>209</sup> HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

<sup>210</sup> A fim de demonstrar a pesquisa efetuada nesta tese, foram anexados ao final os trechos das constituições que fazem referência expressa à fraternidade. Após analisar as Constituições de todos os países constatou-se que 29 trazem expressamente os termos fraternidade ou fraterna.

<sup>211</sup> ANGOLA. Constituição (2010). **Constituição da República de Angola**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Angola\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Angola_2010?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.



referência à solidariedade em cinco artigos (artigos 21, 83, 86, 90 e 222), sendo que o artigo 83, ao determinar que o Estado adote políticas que visem à sensibilização da sociedade no que diz respeito aos deveres de inclusão, respeito e solidariedade para com os cidadãos com deficiência, traz, na verdade, o princípio da fraternidade na acepção ampla que tem a solidariedade enquanto corolário, conforme será demonstrado no capítulo seguinte.

O preâmbulo da vigente constituição portuguesa também anuncia o compromisso de um país mais fraterno<sup>212</sup>. No mesmo sentido, a Constituição francesa de 04 de outubro de 1958, revisada em 23 de julho de 2008, trata da Fraternidade no preâmbulo e nos artigos 2º e 72-3, esclarecendo mais uma vez que os ideais da República francesa são “Liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>213</sup>.

Ademais, merecem destaques os preâmbulos das constituições de Camarões<sup>214</sup>, Chad<sup>215</sup>, Congo<sup>216</sup>, República Democrática do Congo<sup>217</sup>, República

---

<sup>212</sup> PORTUGAL. Constituição (2005). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>. Acesso em: 06 maio 2015.

<sup>213</sup> FRANÇA. Constituição (1958 – rev. 2008). **Constituição da República Francesa**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=en). Acesso em: 07 abril 2015.

<sup>214</sup> O preâmbulo da Constituição da República dos Camarões destaca a necessidade de edificar a pátria com base nos ideais de fraternidade, justiça e progresso. CAMARÕES. Constituição (1972 - rev. 2008). **Constituição da República dos Camarões**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Cameroon\\_2008?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Cameroon_2008?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>215</sup> O preâmbulo da Constituição do Chad destaca no preâmbulo a necessidade de construir um Estado de direito e uma nação unida fundada sobre as liberdades públicas e os direitos fundamentais do Homem, na dignidade da pessoa humana e pluralismo político, sobre os valores africanos de solidariedade e fraternidade. CHAD. Constituição (1996 - rev. 2005). **Constituição da República do Chad**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Chad\\_2005?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Chad_2005?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>216</sup> O preâmbulo da Constituição do Congo proclama a vontade de construir um Estado de direito e uma nação fraterna e solidária. CONGO. Constituição (2001). **Constituição da República do Congo**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Congo\\_2001?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Congo_2001?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

<sup>217</sup> O preâmbulo da República Democrática do Congo sublinha as nobres idéias de liberdade, de fraternidade, de solidariedade, da justiça, da paz e do trabalho. REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. Constituição (2005 – rev. 2011). **Constituição da República Democrática do Congo**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic\\_Republic\\_of\\_the\\_Congo\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

Dominicana<sup>218</sup>, Eritreia<sup>219</sup>, Índia<sup>220</sup>, Libéria<sup>221</sup>, Marrocos<sup>222</sup>, Namíbia<sup>223</sup>, Senegal<sup>224</sup>, Seychelles<sup>225</sup>, Timor Leste<sup>226</sup>, Tunísia<sup>227</sup> e Tanzânia<sup>228</sup>, que se referem expressamente à fraternidade para indicar o compromisso estatal com esse

<sup>218</sup> O preâmbulo da República Dominicana sublinha os valores supremos e os princípios fundamentais da dignidade humana, da liberdade, da igualdade, do Estado de direito, a justiça, a solidariedade, convivência fraterna, bem-estar, equilíbrio social ecológico, progresso e paz como fatores essenciais para a coesão social. REPÚBLICA DOMINICANA. Constituição (2010). **Constituição da República Dominicana.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican\\_Republic\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2010?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

<sup>219</sup> O preâmbulo da Constituição da Eritreia destaca que o desenvolvimento e saúde da sociedade depende da fraternidade, do amor pela família, do respeito pelos mais velhos e do respeito e consideração mútuos. ERITREIA. **Constituição da Eritreia de 1997.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea\\_1997?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>220</sup> O preâmbulo da Constituição da Índia assegura a todos os cidadãos a promoção da fraternidade entre eles garantindo a dignidade do indivíduo e a unidade e a integridade da Nação. ÍNDIA. Constituição (1949 – rev. 2012). **Constituição da República da Índia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/India\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/India_2012?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>221</sup> O preâmbulo da Constituição da Libéria sublinha a necessidade de viver em harmonia e praticar o amor fraternal. LIBÉRIA. Constituição (1986). Constituição da República da Libéria. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Liberia\\_1986?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Liberia_1986?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

<sup>222</sup> O preâmbulo da Constituição do Marrocos destaca a necessidade de reforçar os laços de fraternidade e solidariedade entre os cidadãos e os Estados. MARROCOS. Constituição (2011). **Constituição da Monarquia do Marrocos.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>223</sup> O preâmbulo da Constituição da Namíbia sublinha a necessidade de garantir a todos os cidadãos a justiça, liberdade, igualdade e fraternidade. NAMÍBIA. Constituição (1990 – rev. 2010). **Constituição da República da Namíbia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Namibia\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Namibia_2010?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>224</sup> O preâmbulo da Constituição do Senegal afirma a determinação de lutar para a paz e fraternidade com todos os povos do mundo. SENEGAL. Constituição (2001 – rev. 2009). **Constituição da República do Senegal.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal\\_2009?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2009?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>225</sup> O preâmbulo da Constituição de Seychelles deixa claro o desejo de construir uma sociedade justa, fraterna e humana em um espírito de amizade e cooperação com todos os povos do mundo, reconhecendo a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça, bem-estar, fraternidade, paz e unidade. SEICHELES. Constituição (1993 – rev. 2011). **Constituição da República de Seicheles.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Seychelles\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Seychelles_2011?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>226</sup> O preâmbulo da Constituição do Timor Leste defende a necessidade em respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão, para assegurar o princípio da separação de poderes na organização do Estado e estabelecer as regras essenciais da democracia multipartidária, tendo em vista a construção de um país justo e próspero e o desenvolvimento de uma sociedade solidária e fraterna. TIMOR LESTE. Constituição (2002). **Constituição da República Democrática do Timor Leste.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/East\\_Timor\\_2002?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/East_Timor_2002?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>227</sup> O preâmbulo da Constituição da Tunísia destaca que a unidade nacional é alicerçada com base na cidadania, fraternidade, solidariedade e justiça social. TUNÍSIA. Constituição (2014). **Constituição da República da Tunísia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>228</sup> O preâmbulo da Constituição da Tanzânia defende a construção de uma sociedade fundada nos princípios da liberdade, justiça, fraternidade e concórdia. REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA. Constituição (1977 – rev. 1995). **Constituição da República Unida da Tanzânia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Tanzania\\_1995?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Tanzania_1995?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

importante princípio constitucional. Como se vê, esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar a fraternidade.

Na parte propriamente dogmática das constituições da Etiópia, Guiné Equatorial, Haiti, Irã, Mauritânia, Níger, Paquistão, Qatar, Sudão do Sul e Sudão também há menção à fraternidade. Na constituição da Etiópia, fraternidade é princípio das relações exteriores e objetivo político<sup>229</sup>. O artigo 4º da constituição do Haiti traz como princípios “liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>230</sup>. Em sentido semelhante, a constituição da Mauritânia proclama, no art. 9º, como lema da república “honra, fraternidade e justiça”<sup>231</sup> e a constituição de Níger enuncia, no art. 1º, a divisa “fraternidade, trabalho e progresso”<sup>232</sup>. O art. 20 da constituição de Qatar destaca o dever de esforço do Estado para consolidar o espírito de unidade nacional, solidariedade e fraternidade entre todos os cidadãos<sup>233</sup>. Por fim, os artigos 46.2 e 23.2 das constituições do Sudão do Sul<sup>234</sup> e do Sudão<sup>235</sup>, respectivamente, destacam o dever dos cidadãos na promoção da fraternidade.

Mister assinalar também que outras constituições, a exemplo das Constituições da Itália, Espanha, Argentina, Bolívia, apesar de não proclamarem “fraternidade” numa cláusula própria, trazem em vários dispositivos sua proteção, tanto implicitamente quanto através do princípio da solidariedade, que é espécie da fraternidade, como será demonstrado no capítulo seguinte. Filippo Pizzolato defende que fraternidade na constituição italiana é princípio implícito, aduzindo que é por intermédio do princípio da solidariedade, previsto no art. 2º, que se introduz a ideia de fraternidade, que se exprime na correção entre liberdade e responsabilidade<sup>236</sup>. Para

<sup>229</sup> Nesse sentido conferir os artigos 86 e 88 da Constituição da Etiópia. ETIÓPIA. **Constituição** (1994). **Constituição da República democrática Federal da Etiópia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia\\_1994?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>230</sup> HAITI. **Constituição** (1987 - rev. 2012). **Constituição da República do Haiti**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti_2012?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

<sup>231</sup> MAURITÂNIA. **Constituição** (1991 - rev. 2012). **Constituição da República Islâmica da Mauritânia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>232</sup> NÍGER. **Constituição** (2010). **Constituição da República do Níger**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Niger\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Niger_2010?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>233</sup> CATAR. **Constituição** (2003). **Constituição da Monarquia do Catar**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Qatar\\_2003?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Qatar_2003?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

<sup>234</sup> SUDÃO. **Constituição** (2005). **Constituição da República do Sudão**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/south\\_sudan\\_2013?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/south_sudan_2013?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>235</sup> SUDÃO DO SUL. **Constituição** (2010 – ver. 2013). **Constituição da República do Sudão do Sul**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/sudan\\_2005?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/sudan_2005?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>236</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 120-121.

esse autor, solidariedade transforma-se em fraternidade para regular o comportamento individual do ser humano pelo qual se orientam as escolhas de liberdade.

O termo “fraternidade” não figura expressamente na parte dogmática da Constituição Brasileira. Entretanto, a expressão “sociedade fraterna” é referenciada, pela primeira vez, no preâmbulo da Constituição de 1988, revelando o compromisso com a declaração universal dos direitos humanos e uma preocupação com a ordem interna. *In litteris*:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia 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. (grifos nossos)

Necessário frisar que nenhuma Constituição brasileira precedente fez referência à fraternidade nos preâmbulos ou na parte dogmática, fato que demonstra uma preocupação do constituinte com o conteúdo ético, filosófico e jurídico da fraternidade. Por certo, o compromisso preambular com uma sociedade pluralista, fraterna e igualitária contrapõe qualquer perspectiva arbitrária, monista e opressora das liberdades individuais e assume uma obrigação com a efetividade dos direitos e deveres fundamentais. As premissas implícitas na esfera constitucional brasileira que alicerçam o princípio da fraternidade encontram-se desde já descritas no preâmbulo constitucional, perfazendo uma linha de continuidade de sentido histórico e jusfilosófico entre a ideia fraterna e a democracia constitucional.

Não se desconhece a discussão doutrinária e jurisprudencial instaurada em torno da força normativa do preâmbulo. Entretanto, não se pode ignorar que o fato de o constituinte incluir o termo “sociedade fraterna” implica a necessidade de reflexão sobre sua juridicidade.

Um rápido olhar para história da evolução constitucional e para as Constituições atuais permite que se verifique que os preâmbulos têm sido uma presença constante desde os primórdios do constitucionalismo moderno (Constituição Norte-Americana de 1787 e Constituição Francesa de 1791) até o constitucionalismo

contemporâneo<sup>237</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, todas as constituições foram dotadas de um preâmbulo. A alta incidência da utilização de um preâmbulo pelas constituições revela sua importância como texto normativo que sintetiza os valores e princípios subjacentes ao texto constitucional, não lhe podendo ser atribuído uma função meramente simbólica<sup>238</sup>.

O conceito político de Constituição de Carl Schmitt como decisão política fundamental revela a importância do preâmbulo, que se converte em elemento fundamental para a aplicação dos preceitos constitucionais. Segundo Carl Schmitt<sup>239</sup>:

Las Constituciones del Reich de 1871 y 1919 contienen preámbulos en que la decisión política se encuentra formulada de manera singularmente clara y penetrante. El Preámbulo de la Constitución de Weimar contiene la declaración auténtica del pueblo alemán, que quiere decidir con plena conciencia política como sujeto del poder soberano.

Infere-se, portanto, que o preâmbulo integra o conjunto de decisões políticas fundamentais de um Estado, representa a síntese do pensamento constitucional, o fundamento de todo ordenamento jurídico e traz a identidade e a unidade da constituição. Além disso, o preâmbulo antecipa os princípios fundamentais da Constituição anunciando os objetivos e as motivações que asseguram a legitimidade do poder constituinte.

O preâmbulo revela a Constituição como “*el orden jurídico fundamental de la comunidad*”<sup>240</sup> além de contribuir para o fortalecimento do sentimento constitucional, que ocorre quando os cidadãos assumem como próprios os princípios constitucionais e os incorporam como elementos da convivência em comunidade<sup>241</sup>. Defende-se, pois, a força normativa do preâmbulo<sup>242</sup>, que contém diversas normas constitucionais

<sup>237</sup> Em pesquisa às Constituições dos países visualizou-se que 160 (cento e sessenta) constituições apresentam preâmbulo.

<sup>238</sup> Edvaldo Brito esclarece que o desprezo ao estudo das funções do preâmbulo produziu equívocos na identificação de sua natureza, confundindo-o com declarações de direitos, enquanto o preâmbulo é tecnicamente parte integrante do texto da Constituição jurídica escrita. BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 38.

<sup>239</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. trad. de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p.49.

<sup>240</sup> HESSE, Konrad, **Escritos de derecho constitucional**, Madrid, CEC, 1983, p. 16.

<sup>241</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. La función política de los preámbulos constitucionales. **Cuestiones Constitucionales**, núm. 5, julio-diciembre, 2001, pp. 235-263.

<sup>242</sup> Defendem a relevância jurídica do preâmbulo constitucional: SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218. FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 80. BURDEAU, Georges; HAMON, Francis e TROPER, Michel. **Droit constitutionnel**. 25. ed. Paris: LGDL, 1997, p. 48. SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 1982. p. 49. AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. – 8.a ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 141. CAMPOS, German Bidart. **Derecho constitucional**, Buenos Aires: Ediar, 1968, p. 314; GONÇALVES, Bernardo Fernando. **Curso de**

que vinculam o poder público e os indivíduos, integrando, inclusive, o bloco de constitucionalidade para fins de parâmetro de controle de constitucionalidade<sup>243</sup>.

Jorge Miranda<sup>244</sup> indica três teses a respeito da eficácia jurídica do preâmbulo: tese da irrelevância jurídica, tese da plena eficácia e tese da relevância jurídica indireta. Os defensores da tese irrelevância jurídica afirmam que o preâmbulo está no âmbito da política, razão pela qual deve ser estudado pela ciência política e não pela ciência jurídica. Nesse sentido situam os ensinamentos de Hans Kelsen, para quem o preâmbulo “não estipula quaisquer normas definidas para a conduta humana, e, assim, carece de conteúdo juridicamente relevante”<sup>245</sup>.

A tese da relevância jurídica indireta é intermediária e indica que o preâmbulo possui algumas características jurídicas, mas não deve ser confundido com as demais normas da Constituição. Para os seguidores desta tese, o texto preambular pode ser invocado para aclarar ou reforçar o sentido das regras e princípios constitucionais, mas não de forma independente, pelo fato de não possuir força normativa autônoma<sup>246</sup>. Diante disto, não se admite, por exemplo, declarar a

---

**direito constitucional**, Salvador: Juspodivm, 6 ed. 2014, p. 115. CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional. 9 ed.** Salvador: Juspodivm, 2015. BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 37-41; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal.** Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

<sup>243</sup> A experiência francesa é a que genuinamente representa a essência do bloco de constitucionalidade. Segundo Ana Maria D’ávila Lopes “O bloco de constitucionalidade francês foi definido no início dos anos de 1970, quando, em decisão de 16 de julho de 1971, o Conseil Constitutionnel elevou a liberdade de associação ao patamar de “princípio fundamental reconhecido pelas leis da República”. Nessa sentença, o Conselho Constitucional firmou a existência, no sistema jurídico francês, de um bloco que princípios e regras dotadas de nível constitucional, composto pela Constituição de 1958, o Preâmbulo da Constituição de 1946, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República”. LOPES, Ana Maria D’ávila. Bloco de Constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Sequência:** publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 59, ano XXIX, p. 43-60, dez. 2009. Nesse sentido conferir também FAVOREAU, Luis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El Bloque de la Constitucionalidad.** Madrid: Civitas, 1991.

<sup>244</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 6 ed. Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 274 - 279.

<sup>245</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 372. Na mesma linha, Edward S. Corwin destaca que “o Preâmbulo, estritamente falando, não faz parte da Constituição, mas a precede. Por si só não oferece base para qualquer exigência de poder governamental ou de direito privado”. CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual.** Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986, p. 9 -11. Segue também esse entendimento BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 202.

<sup>246</sup> Pablo Lucas Verdú afirma que apesar de o preâmbulo não constituir norma constitucional diretamente aplicável, possui valor jurídico pois as decisões políticas que contém servem para interpretar a Constituição. VERDÚ, Pablo Lucas. **Curso de Derecho Político.** Vol. 4. Madrid: Editorial Tecnos, 1984, p.446. No mesmo sentido conferir BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Preâmbulo da Constituição da República: função e normatividade. In: CANOTILHO, J. J.

inconstitucionalidade de um dispositivo com base em violação direta ao preâmbulo, mas tão somente em conjunto com outras normas constitucionais, sendo sua juridicidade reduzida a diretriz hermenêutica<sup>247</sup>.

A tese da plena eficácia acentua que o preâmbulo tem a mesma eficácia dos demais preceitos constitucionais na medida em que é parte integrante da Constituição<sup>248</sup> e fruto do poder constituinte. Os defensores dessa corrente encontram na tradição francesa sua fundamentação, pois em 16 de julho de 1971, o Conselho Constitucional francês ampliou o bloco de constitucionalidade ao reconhecer a densidade normativa do preâmbulo da Constituição de 1946 na decisão n. 71-44 DC, relativa à liberdade de associação, utilizando-o como parâmetro para o controle de constitucionalidade<sup>249</sup>.

O preâmbulo da Constituição francesa de 1958 faz referência expressa ao preâmbulo da Constituição de 1946 para reafirmar e ratificar solenemente os direitos e liberdades do homem e do cidadão consagrados pela Declaração de Direitos de 1789<sup>250</sup>. Além da decisão n. 71-44 DC, o Conselho Constitucional Francês confirmou a eficácia jurídica do preâmbulo nas seguintes decisões:

---

Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 192.

<sup>247</sup> Seguindo essa tese têm-se CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1, p. 180-182; BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 80-83; MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, São Paulo: Atlas, 2002, p. 119. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. FONTES, Roberto Trigueiro. **Força normativa do preâmbulo da Constituição**. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 7, 1994, p. 66-69. MARÇAL, Patrícia Fontes. **Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. RAGAZZI, José Luiz. **Preâmbulo. Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**/ coordenador-geral Dimitri Dimoulis. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012, p.452. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte : Fórum, 2012, p.527.

<sup>248</sup> Apesar de reconhecer que o preâmbulo é parte integrante da Constituição, Jorge Miranda não admite declaração de inconstitucionalidade por violação ao preâmbulo aproximando-se mais da tese da eficácia indireta do preâmbulo. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 6 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 274 - 279.

<sup>249</sup> CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. **Décision 71-44 DC**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html#>. Acesso em: 11 maio 2015.

<sup>250</sup> “O povo francês proclama solenemente o seu compromisso com os direitos humanos e os princípios da soberania nacional, conforme definido pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como com os direitos e deveres definidos na Carta Ambiental de 2004. Em virtude desses princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios ultramarinos que expressam a vontade de aderir a eles instituições novas fundadas sobre o ideal comum de liberdade, de igualdade e de fraternidade, e concebido com o propósito da sua evolução democrática”. Disponível em [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/portugais/constitution\\_portugais.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf). Acesso em: 5 março 2016.

Decisão 86-225 - DC: Nesta decisão, pode-se notar o controle de constitucionalidade tomando por base a alínea 11 do Preâmbulo da Constituição de 1946, confirmado pela Constituição de 1958 (p. 9), que serviu de fundamento para a declaração da conformidade à constituição do artigo 4º<sup>251</sup>.

Decisão 92-308 - DC: Neste caso, cuidava-se da aprovação, ou não, do Tratado da União Europeia. Aqui, uma vez mais, foram utilizadas normas do Preâmbulo para sustentar a aprovação, conforme se colhe do trecho no qual os conselheiros levam em consideração o disposto na alínea 14 do Preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual se refere o Preâmbulo da Constituição de 1958, e que proclama que a República francesa se conforma às regras do direito público internacional<sup>252</sup>.

Decisão 98-408 - DC: Esta decisão, de 1999, destinou-se à aprovação do Estatuto da Corte Penal Internacional e fundamentou-se, a par de dispositivos da Constituição, também em seu preâmbulo para aprová-lo, mediante revisão da Constituição. Interessante notar que considerar como um princípio de valor constitucional a dignidade da pessoa humana, consagrada no Preâmbulo da Constituição de 1958 na medida em que confirmou o Preâmbulo da Constituição de 1946, que reafirmou os direitos contidos na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (p. 29). Em outra passagem, usa o Preâmbulo para fundamentar a possibilidade da França obrigar-se internacionalmente para favorecer a paz e a segurança mundial e assegurar o respeito aos princípios gerais de direito público internacional (p.30)<sup>253</sup>.

De fato, o preâmbulo situa a constituição no contexto da tradição jurídica expressando a perspectiva de Estado de Direito e de justiça que subjaz o texto constitucional. Por ser fruto do Poder Constituinte originário, não se aceita a tese de que a função do preâmbulo é meramente simbólica ou de vetor interpretativo<sup>254</sup>.

Inquestionavelmente, residem no preâmbulo princípios, regras e valores formulados pelo constituinte, sendo alguns reproduzidos na parte dogmática da Constituição e outros previstos apenas no texto preambular, a exemplo da

---

<sup>251</sup> CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. **Décision 86-225 DC**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-86-225-dc-du-23-janvier-1987.8333.html>. Acesso em: 5 março 2016.

<sup>252</sup> CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. **Décision 92-308 DC**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..c/decision-n-92-308-dc-du-09-avril-1992.8798.html>. Acesso em: 5 março 2016.

<sup>253</sup> CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. **Décision 98-408 DC**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>. Acesso em: 05 março 2016.

<sup>254</sup> Ao defender a força normativa do preâmbulo Manoel Jorge e Silva Neto destaca que o preâmbulo não pode ser considerado mera proclamação por ser “a eloquente advertência sobre a necessidade de o Estado, sempre, pugnar pela consecução dos fins desenhados no texto constitucional, de acordo com uma concepção instrumentalista do fenômeno estatal”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 218.



fraternidade<sup>255</sup>. Pode-se afirmar, ainda, que o conteúdo normativo de alguns princípios constitucionais está sintetizado no preâmbulo a exemplo do direito ao desenvolvimento<sup>256</sup>. Sublinhe-se que o fato de alguns princípios estarem sediados apenas no preâmbulo não retira sua eficácia jurídica, inclusive como parâmetro de controle de constitucionalidade.

Ao contrário do que se defende nesta tese, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.076/AC de relatoria do Min. Carlos Veloso, adotou a tese da irrelevância jurídica ao afirmar que o preâmbulo não tem valor normativo, sendo desvestido de força cogente. Para a mais alta Corte do país, as disposições do preâmbulo não são normas de reprodução obrigatória no contexto das constituições dos Estados-Membros por não possuírem força normativa<sup>257</sup>.

A despeito da posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, defende-se a relevância jurídica direta do preâmbulo, idêntica à de qualquer preceito constitucional. O preâmbulo é parte integrante da Constituição, direcionando o conteúdo material do texto constitucional e orientando a atuação dos poderes públicos e dos indivíduos.

Deste modo, pode-se concluir que no ordenamento jurídico brasileiro, assim como no ordenamento jurídico de Angola, Camarões, Chad, Congo, Eritreia, França, Índia, Marrocos, Namíbia, Portugal, Senegal, Seychelles, Timor Leste, Tunísia

---

<sup>255</sup> Após realizar uma redução sociológica da perspectiva do direito comparado em relação ao preâmbulo à circunstância brasileira Edvaldo Brito registra ser inegável a eficácia normativa do preâmbulo da Constituição de 1988, “porque a linguagem (verbalizada ou a do repertório de atuação) do legislador constituinte, assim se traduz para o receptor: a Assembleia Nacional Constituinte reuniu-se e instituiu um tipo de Estado com o objetivo especial de assegurar direitos aos componentes da sociedade civil fundamentados em princípios ou valores superiores que enunciou. Não há no preâmbulo desta lei maiô brasileira mera declaração, mas um ato jurídico que cria direitos”. BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 37-41

<sup>256</sup> OLIVEIRA Junior, Valdir Ferreira de. **Direito fundamental transindividual ao desenvolvimento: proteção integral, solidária e pluralista**. Tese de doutorado.

<sup>257</sup> O preâmbulo (...) não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 08/08/03. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 10 out. 2015.

e Tanzânia, fraternidade é princípio constitucional extraído do texto preambular, haja vista a sua força normativa<sup>258</sup>.

Registre-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o preâmbulo serve como vetor para interpretação do texto constitucional em alguns julgados, relativizando o pensamento de que não se pode extrair do preâmbulo qualquer eficácia jurídica<sup>259</sup>. É de se evidenciar que a Suprema Corte já invocou o preâmbulo constitucional, inclusive para aludir à necessidade de construção de uma sociedade fraterna, como reforço argumentativo para adoção de posições favoráveis à proteção de direitos fundamentais, extraindo-se daí sua eficácia normativa.

A expressa referência à fraternidade pelo legislador constituinte, longe de representar algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio inovador no ordenamento jurídico, a ser observado não só no momento da interpretação e aplicação dos enunciados normativos e no controle de constitucionalidade, mas também na elaboração da legislação ordinária, na implementação de políticas públicas<sup>260</sup> e na perspectiva do reconhecimento mútuo e da responsabilidade social.

Certamente, a proclamação da fraternidade, da liberdade e da igualdade dos homens em dignidade no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988 revela

---

<sup>258</sup> Segundo Carlos Augusto Alcântara Machado: “A fraternidade, destacada na Lei Maior – mesmo que no preâmbulo, como será demonstrado a seguir –, passou a integrar o Direito. E por ser a Constituição o documento normativo de maior dignidade normativa, constitui-se em fundamento de validade de toda a ordem jurídica nacional. Partindo de tal pressuposto lógico-formal, de matriz kelseniana, comportamentos frontalmente contrários ou em linha de colisão com o direcionamento jurídico plasmado na Carta Magna, contribuem para o afastamento ou mudança de rumo na busca da reclamada sociedade fraterna e caminham na contramão de uma sociedade solidária. E nessa senda, posturas em colisão com a proposta, revelar-se-ão inconstitucionais, merecendo, de pronto, a veemente reprovação jurídica”. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 137-138.

<sup>259</sup> Nesse sentido conferir BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE: 370828/SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, DJ: 18/03/2003. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809813/recurso-extraordinario-re-370828-sp-stf>. Acesso em: 10 out. 2015; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2649-6, Relatora Min. Cármen Lúcia. DJ de 17-10-2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 10 out. 2015; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 94.163. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 22/10/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>. Acesso em 10 out. 2015; BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI nº 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 out. 2015.

<sup>260</sup> Nesse sentido conferir JABORANDY, Clara Cardoso Machado. A implementação de Políticas Públicas a luz do constitucionalismo fraterno. In: Luiz A.A. Pierre; Maria do Rosário F. Cerqueira; Munir Cury; Vanessa R. Fulan. (Org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. 1ed. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

princípios que devem ser observados e aplicados, além de traduzir uma intenção, um objetivo a ser alcançado, um programa a ser construído em um Estado Constitucional Democrático<sup>261</sup>. Para se tornar realidade, deve haver um empenho permanente do Estado e dos particulares<sup>262</sup>.

Não bastasse isso, a juridicidade da fraternidade deriva do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução n. 217 A, da III Assembleia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data. A Constituição brasileira de 1988 reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos no art. 5º, §§ 2º e 3º<sup>263</sup>, com aplicabilidade imediata (art.5º, §1º) e determina, no art. 4º, II, a prevalência dos direitos humanos, razão pela qual é possível extrair o caráter deontológico da referida declaração e, por consequência, do princípio da fraternidade<sup>264</sup>.

Sem dúvida, o art.5º, §2º da Constituição brasileira é de extrema relevância para a construção da democracia substancial<sup>265</sup> e para afirmação da cidadania, dado

---

<sup>261</sup> Como assinala Menelick de Carvalho Netto, “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático, tal como a democracia só é democrática se for constitucional, e nós só somos iguais porque somos livres para sermos diferentes e ainda assim nos respeitarmos”. CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, p. 81-108, 2003.

<sup>262</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.95.

<sup>263</sup> Não se comunga com a tese do Supremo Tribunal Federal veiculada no recurso extraordinário n. 466.343 de que apenas os tratados de Direitos Humanos ratificados após a EC 45/04 pelo procedimento de emenda teriam status constitucional, possuindo os demais tratados status supralegal. Compreende-se que todos os tratados internacionais de direitos humanos possuem status constitucional e que o § 3º do art. 5º veio apenas para fortalecer a constitucionalidade e observância dos mesmos.

<sup>264</sup> Ingo Wolfgang Sarlet sustenta a adoção de um sistema misto no que concerne à recepção dos tratados internacionais no direito interno. Segundo seus ensinamentos, com base no art. 5º, parágrafos 1º e 2º da CF, todos os tratados internacionais ratificados pelo Brasil que versarem sobre direitos humanos seriam recepcionados automaticamente, dispensando qualquer ato formal complementar para que possam ser diretamente aplicados até mesmo pelos tribunais interno (teoria monista). Por outro lado, para os demais tratados internacionais continuaria sendo adotada a teoria dualista que exige a edição do decreto presidencial para que tais tratados sejam incorporados no direito interno. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 342.

<sup>265</sup> O termo democracia tem dois significados nitidamente distintos. A democracia formal indica um certo número de meios que são precisamente as regras de comportamento descritas pelo Estado independentemente da consideração dos fins. A democracia substancial preconiza um certo conjunto de fins, entre os quais sobressai o fim da igualdade jurídica, social e econômica, independentemente dos meios adotados para os alcançar. (BOBBIO, Noberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 329). Para a consolidação da democracia material é indispensável, conforme ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo: [...] que os cidadãos tenham não só uma consciência clara, interiorizada e reivindicativa deste título jurídico político que se lhes afirma constitucionalmente reconhecido como direito inalienável, mas que disponham das condições indispensáveis para poderem fazê-lo valer de

que viabiliza a inclusão e redefinição de sentido dos direitos fundamentais, apresentando-se, nas palavras de Menelick de Carvalho Neto, “como a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais” requerendo “nova leitura de todo o ordenamento à luz das novas concepções”<sup>266</sup>. Assim sendo, a fraternidade servirá de instrumento para a hermenêutica constitucional, redefinindo os conceitos de liberdade e de igualdade e criando direitos e deveres fundamentais.

Ainda que se desconsidere a hierarquia constitucional da referida declaração, é factível defender no âmbito do direito internacional a aplicação do princípio da fraternidade no caso concreto a partir do diálogo entre as fontes (interna e internacional), a fim de se viabilizar uma hermenêutica vocacionada aos direitos humanos inspirada no princípio interpretativo *pro homine*, que permite a aplicação da norma que dispense a mais ampla proteção jurídica ao ser humano<sup>267</sup>. Registre-se que, para os objetivos da tese, não é relevante o debate entre monistas<sup>268</sup> e dualistas<sup>269</sup>, já que, no tocante aos direitos humanos, se deve aplicar, com lastro na

---

fato. Entre estas condições estão, não apenas (a) as de desfrutar de um padrão econômico-social acima da mera subsistência (sem o que seria vã qualquer expectativa de que suas preocupações transcendam as da mera rotina da sobrevivência imediata), mas também, as de efetivo acesso (b) à educação e cultura (para alcançarem ao menos o nível de discernimento político traduzido em consciência real de cidadania) e (c) à informação, mediante o pluralismo de fontes diversificadas (para não serem facilmente manipuláveis pelos detentores dos veículos de comunicação de massa. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p. 53-63, outubro/2008, p. 56.

<sup>266</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163, p. 154.

<sup>267</sup> Na lição de Antônio Augusto Cançado Trindade: “(...) desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 317-31.

<sup>268</sup> A teoria monista, divide-se em internacionalista e nacionalista. A corrente monista internacionalista, cujo principal expoente é Hans Kelsen, sustenta a existência de uma única ordem jurídica na qual há primazia do direito internacional e a ele se ajustariam todas as ordens internas. Para Hans Kelsen as ordens jurídicas estaduais “podem ser concebidas como delegadas pelo Direito Internacional, como subordinadas a este, portanto, e como ordens jurídicas parciais incluídas nele como em uma ordem universal, sendo a coexistência no espaço e a sucessão no tempo de tais ordens parcelares tornadas juridicamente possíveis através do Direito Internacional e só através dele. Isso significa o primado da ordem jurídica internacional”. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. 5ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 374. A corrente monista nacionalista, por sua vez defende a primazia do direito interno em relação ao internacional.

<sup>269</sup> A corrente dualista apregoa a existência de duas ordens jurídicas distintas e independentes. De acordo com essa teoria, para que uma norma internacional seja aplicada na ordem interna de um Estado, este deve primeiramente transformá-la em norma de direito interno, incorporando-a ao seu ordenamento jurídico.

hermenêutica dialógica, a norma de direito interno ou internacional que garanta proteção integral do indivíduo e da coletividade<sup>270</sup>.

Frise-se que tal aspecto não afeta a soberania do Estado, que, diante da realidade da globalização mundial, deve ser atualizada para atender às necessidades dos indivíduos e da coletividade em constante processo de transformação. Nesse caminho, é percuciente a análise de Manoel Jorge e Silva Neto ao entender que soberania é “poder incontestável de a sociedade política decidir a respeito dos rumos que deve tomar”, de forma que, quando o Estado recorre aos tratados e convenções internacionais visando à solução de seus problemas domésticos, está incorporando à sua realidade o exercício da soberania<sup>271</sup>.

Resulta de tudo o seguinte: o princípio da fraternidade, expresso no art. 1º da declaração universal dos direitos humanos, no preâmbulo e/ou na parte dogmática de inúmeras constituições do mundo, tem força normativa e revela direitos e deveres a serem observados pelo Estado, indivíduo e sociedade, trazendo novas possibilidades de concretização aos direitos fundamentais. No âmbito do Estado brasileiro, o princípio integra o bloco de constitucionalidade tanto pela expressa previsão no preâmbulo como pela aplicação imediata da declaração universal de direitos humanos.

---

<sup>270</sup> Em linha próxima do que aqui se defende, Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que “no que tange ao tema dos “direitos humanos” é possível falar na existência de um monismo internacionalista dialógico. Ou seja, se é certo que à luz da ordem Jurídica internacional os tratados internacionais sempre prevalecem à ordem jurídica interna (concepção monista internacionalista clássica) não é menos certo que mesmo se tratando dos instrumentos que versam direitos humanos pode haver coexistência e diálogo entre eles e as normas de Direito interno. Em outros termos, no que tange às relações entre os tratados internacionais de direitos humanos e as normas domésticas de determinado Estado, é correto falar num “Diálogo das fontes”. MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.112-114.

<sup>271</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 310-311.

## **4 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE: DELIMITAÇÃO SEMÂNTICA E APLICAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA**

O presente capítulo tem a pretensão de demonstrar a delimitação semântica e as relações possíveis entre fraternidade e solidariedade, a fim de se alcançar a abrangência dos princípios e retratar que o tratamento unívoco dos termos gera insuficiência na concretização e na determinação do âmbito de proteção da fraternidade. Busca-se esclarecer no (in) consciente jurídico o equívoco conceitual que reiteradamente se apresenta ao tratar fraternidade e solidariedade como sinônimos. Para o alcance desse desiderato, é relevante evidenciar a construção da dimensão jurídica da solidariedade e a aproximação com a fraternidade, que, como se verá, é mais ampla que solidariedade.

Num segundo momento, vê-se o tratamento constitucional diferenciado do princípio da fraternidade e solidariedade, através da análise de diversas constituições, com ênfase na Constituição brasileira de 1988, com o intuito de colher o sentido do texto constitucional de modo a viabilizar a proteção dos direitos fundamentais e a legitimação das aspirações da sociedade.

Avulta a importância da delimitação semântica e análise do âmbito de proteção dos princípios da fraternidade e da solidariedade, uma vez que, sob esse ângulo, garante-se proteção efetiva aos direitos fundamentais transindividuais.

E, finalmente, será feita uma análise da jurisprudência no Brasil ao referenciar fraternidade e/ou solidariedade, no intuito de evidenciar a aplicação da fraternidade pelo Poder Judiciário.

### **4.1 Construção epistemológica da dimensão jurídica da solidariedade**

Falar de solidariedade em termos gerais é uma tarefa complexa, já que seu conceito deve ser submetido previamente a uma delimitação semântica que clarifique sua compreensão. Etimologicamente, o termo solidariedade<sup>272</sup> deriva da expressão

---

<sup>272</sup> De acordo com o dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira o termo solidariedade pode ser definido como: “1. Qualidade de solidário. 2. Laço ou vínculo recíproco de pessoas ou coisas

latina *in solidum*, presente na ideia de responsabilidade solidária alicerçada no direito romano<sup>273</sup>.

Desde a antiguidade grega, o pensamento solidário esteve presente na ideia de justiça distributiva de Aristóteles<sup>274</sup> fundamentada na divisão de bens e recursos comuns de acordo com a contribuição de cada pessoa e em igualdade de proporção<sup>275</sup>. A perspectiva aristotélica denota tanto a própria definição de justiça como a compreensão da dignidade e da solidariedade entre indivíduos<sup>276</sup>.

Vinculada a uma perspectiva ética e teológica, solidariedade é compreendida como virtude indispensável na relação interpessoal, caridade proveniente do amor recíproco cristão<sup>277</sup>, dever de ajuda mútua entre membros de um mesmo grupo, baseada na existência de laços comuns. A essa dimensão Gregorio Peces-Barba Martinez denomina “solidariedade dos antigos”<sup>278</sup>. Por sua vez, o significado jurídico está associado à ideia de “solidariedade dos modernos”, que apareceu como reação ao impacto do liberalismo econômico no século XVIII,

---

independentes. 3. Adesão ou apoio a causa, empresa, princípio, etc., de outrem. 4. Sentido moral que vincula o indivíduo à vida, aos interesses e às responsabilidades dum grupo social, dum país, ou da própria humanidade. 5. Relação de responsabilidade entre pessoas unidas por interesses comuns, de maneira que cada elemento do grupo se sinta na obrigação moral de apoiar o(s) outro(s). 6. Sentimento de quem é solidário. 7. Dependência recíproca. 8. Jur. Vínculo jurídico entre os credores (ou entre os devedores) dum mesma obrigação, cada um deles com direito (ou compromisso) ao total da dívida, de sorte que cada credor pode exigir (ou cada devedor é obrigado a pagar) integralmente a prestação objeto daquela obrigação”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 1879.

<sup>273</sup> Consoante José Fernando de Castro Farias “Os juristas romanos também utilizavam a palavra solidariedade para designar o laço que une os devedores de uma soma, de uma dívida, cada sendo responsável pelo todo: era a responsabilidade *in solidum*, a responsabilidade solidária”. FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 188.

<sup>274</sup> Como assinala Maria Cecília Baetas Dryland “está no direito clássico a fonte remota da solidariedade, pois podemos relacioná-lo com a justiça distributiva de Aristóteles”. DRYLAND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade. In: **Dicionário de Filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Editora Unisinos, São Paulo, 2006, p. 775.

<sup>275</sup> No que atine à justiça distributiva, Aristóteles afirma que o justo é uma espécie de termo proporcional e o injusto é o que viola a proporção, “porque o que é proporcional é intermediário, e o justo é o proporcional”. ARISTÓTELES. **Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 125.

<sup>276</sup> AQUINO, Santo Tomás de Aquino. **Da justiça**. Trad. Tiago Tondelli, São Paulo: Vide editorial, 2012, p. 41.

<sup>277</sup> Com a promulgação da *Rerum novarum* Leão XIII inaugura nova época para a doutrina social cristã, fundadas sobre os pilares da justiça, amor e solidariedade. Justiça, porque ela expressa o direito básico de todo homem para o seu desenvolvimento; amor, porque ele recria as forças interiores para o exercício das virtudes; solidariedade, porque, fruto da justiça e do amor, ela impele para a doação desinteressada. Cf. ULLMANN, Reinhold; BOHNEN, Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993. p. 159.

<sup>278</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: **Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista**. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 17 maio 2015, p. 256-257.

edificador de uma concepção antissolidária, em que a vitória do mais forte, a aceitação das desigualdades, a instrumentalização da força de trabalho, o individualismo excessivo foram traços identificadores do modelo econômico da época em total contraposição ao pensamento solidário.

Deste modo, a solidariedade dos modernos, concebida como princípio político e jurídico, surgiu como resposta ética ao problema da pobreza instalada à época, ressaltando o dever de assistência do Estado para com os indivíduos assim como entre eles mesmos em comunidade<sup>279</sup>. Com a instauração do Estado Social, essa perspectiva fica ainda mais evidente já que se concebe a solidariedade como valor superior.

Ao tratar da solidariedade, José Casalta Nabais ressalta que, quando o Estado social começou a debater a questão social, a primeira solução assistencial foi a solidariedade denominada “mutualista”, que é “traduzida numa repartição sustentada pela intenção de criar riqueza em comum em matéria de infraestruturas, de bens e serviços considerados indispensáveis e necessários ao bom funcionamento e ao bom desenvolvimento da sociedade”. Com o desenvolvimento da sociedade, percebeu-se que esse tipo de solidariedade não era suficiente, sendo necessária uma ação solidária baseada na gratuidade, compreendida como solidariedade altruísta<sup>280</sup>.

A concepção jurídica da solidariedade encontra marco importante na dimensão sociológica. O discurso sociológico construído por Augusto Comte, por exemplo, demonstra que a solidariedade está presente em todos os espíritos modernos, viabilizando a substituição gradual da antiga filosofia teológica por uma filosofia plenamente positiva<sup>281</sup>. A necessidade desse autor, pilar do pensamento fundante da sociologia, em compreender a posição em que o pensamento científico estava sendo pautado diante das modificações crescentes da industrialização, leva-o

---

<sup>279</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada, en Gregorio Peces Barba En / dirección y coordinación Rafael de Lorenzo García. (eds.), **Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario**. Madrid: La Ley, 1991, pp. 15-62. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/16005>. Acesso em: 20 maio 2015, p. 27.

<sup>280</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com responsabilidade**: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007, p. 136.

<sup>281</sup> Segundo Comte “tal é a íntima solidariedade que faz involuntariamente, todos os espíritos modernos, até mesmo os mais grosseiros e rebeldes, participar na substituição gradual da antiga filosofia teológica por uma filosofia plenamente positiva, a única suscetível de agora em diante de uma verdadeira ascendência social.” COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Seleção de textos de José Arthtur Giannotti; Trad. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 147.



a postular que a influência da filosofia teológica na história da humanidade em face das novas formas de sociabilidade da vida moderna já não era suficiente para pensar a realidade, sendo imperioso o encaminhamento para outro alcance da inteligibilidade humana, o que considerou ser o regime positivo.

A tendência positivista revisitou os elementos constantes da origem cristã de solidariedade e a ajustou aos cânones sociológicos que reestruturaram esse termo para expressar a pluralidade das relações e vínculos necessários em que os indivíduos se conectam para realizar determinada tarefa ou função social.

De fato, a crescente análise sociológica em torno do termo solidariedade e sua racionalidade discursiva tornaram-se fatores necessários para compreender a estrutura da organização social e o nexos que vincula as relações humanas a partir da secularização do pensamento solidário. A dimensão jurídica da solidariedade é ressonância desta perspectiva sociológica baseada no modelo harmônico em que o termo solidariedade enseja, tornando-se paradigma nas ciências sociais e presença constante nas declarações de direitos e, posteriormente, nas constituições modernas.

A referência da solidariedade como elemento que integra vínculos sociais foi desenvolvida nos estudos sociológicos de Emile Durkheim<sup>282</sup>. Os termos utilizados pelo sociólogo como solidariedade mecânica e orgânica, por exemplo, são empregados para compreender as possibilidades de integração na vida moderna e de que modo essa força integrativa age como mediadora e interage na estrutura das relações humanas. Durkheim delimita o conceito solidariedade a partir dos sentimentos comuns de uma sociedade que se tornam institucionalizados, sendo o direito forma de expressão de laços solidários.

Após criticar a clássica divisão do direito em público e privado, Durkheim irá propor uma distinção da solidariedade social seguindo a classificação das regras jurídicas de acordo com as diferentes sanções que são ligadas a elas (sanção repressiva e restitutiva). A solidariedade mecânica ou por similitude está simbolizada nas normas de direito penal (sanção repressiva) e exprime as similitudes sociais mais essenciais visando à manutenção da coesão social. Exige-se, portanto, que exista na sociedade um mínimo de semelhança para sustentar a unidade do corpo social,

---

<sup>282</sup> DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

interligando, desta maneira, a consciência individual à coletiva<sup>283</sup>. A solidariedade orgânica, por sua vez, corresponde às relações positivas ou de cooperação que derivam da divisão do trabalho (sanções restitutivas) e são regidas por um sistema definido de normas jurídicas denominado direito cooperativo<sup>284</sup>, sendo recurso de interação social utilizado em meio ao processo de industrialização das sociedades modernas. Na percepção de Durkheim, ao produzir solidariedade, a divisão do trabalho cria entre os indivíduos um sistema de direitos e deveres que possibilita a coesão social<sup>285</sup>.

Estrutura-se, assim, o discurso sociológico da solidariedade, que, inserido no aspecto ético do liberalismo, guia a experiência solidária como recurso possível do processo de interação social. Esses ensinamentos de Durkheim foram utilizados posteriormente por León Duguit na construção do pensamento solidário na ordem jurídica.

Ao criticar a doutrina individualista, León Duguit entende solidariedade como elemento decorrente da vinculação dos seres humanos em sociedade, compreendida a partir da consciência que o homem possui de sua individualidade e da dependência que tem de um grupo humano, da sociabilidade, partindo da premissa de que é inconteste o fato de que o homem é um ser gregário que vive em sociedade com seus semelhantes<sup>286</sup>. Desse modo, os laços de solidariedade são compostos de forma a integrar a ordem social.

Aderindo às perspectivas sociológicas de Durkheim, León Duguit distingue solidariedade por similitude e por divisão social do trabalho segundo a motivação que guia os homens no estabelecimento dos vínculos sociais. Para o autor, os interesses e necessidades em comum estabelecem vínculos de aproximação, integração e coesão entre os indivíduos de tal modo que a ideia de reciprocidade e intercâmbios de habilidades baseadas em atividades necessárias ao grupo social fazem com que a solidariedade se estabeleça por motivos de similitude. A diversidade de aptidões em

---

<sup>283</sup> É mister destacar que a consciência é aspecto de investigação sociológica que se expressa na compreensão da coletividade em busca de uma percepção concreta das relações sociais. Esta condição se aprimora na medida em que os indivíduos começam a discernir os interesses antagônicos e as formas de resolução de conflitos presentes na dinâmica social. DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 80-83.

<sup>284</sup> DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 98.

<sup>285</sup> DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 429.

<sup>286</sup> DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, p. 7.

busca de interesses comuns, por sua vez, justifica a solidariedade pela divisão social do trabalho<sup>287</sup>.

Na percepção do jurista francês, solidariedade é ao mesmo tempo fato social, já que é uma força natural que faz com que os homens sintam-se membros de um grupo, e critério de justiça que deve direcionar a conduta dos seres humanos. Para León Duguit, o fundamento do direito objetivo é a solidariedade ou a interdependência social, da qual deriva o direito subjetivo, sendo que a distinção entre direito objetivo e subjetivo<sup>288</sup> reside no fato de que a perspectiva objetiva direciona a conduta humana visando à garantia do interesse comum enquanto o direito subjetivo é atributo da dimensão individual cujo reconhecimento da ordem jurídica está integrado aos preceitos determinados pelo direito objetivo<sup>289</sup>.

A fim de demonstrar sua linha de raciocínio na compreensão de que solidariedade é fundamento do direito, Duguit explica que o direito estabelece regras de solidariedade, fazendo com que o sistema jurídico reforce laços de solidariedade social. O direito simboliza, portanto, vínculos solidários que atuam nas faculdades humanas a partir da finalidade social que teleologicamente o próprio sistema jurídico equaciona na ordem social<sup>290</sup>.

Infere-se das lições de Duguit que solidariedade é um fato que se transforma em uma verdadeira obrigação jurídica. Para o jurista francês, a liberdade do indivíduo deve ser compreendida como direito/dever de participação nos vínculos de solidariedade. Em verdade, a liberdade individual se projeta na liberdade de associação já que a finalidade da associação de criar laços como regras de vida figura como condição solidária em que os indivíduos se encontram interligados na vida

---

<sup>287</sup> DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, p.8.

<sup>288</sup> Convém esclarecer que ao conferir amplitude ao direito objetivo como aspecto condutor e generalizador da vivência humana, Duguit opta pela percepção da inexistência do direito subjetivo propriamente dito, sendo apenas vontade (subjetiva) que está limitada pela expressão de poder do direito objetivo, fato que é muito criticado pela doutrina.

<sup>289</sup> DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, p.1.

<sup>290</sup> Nas palavras de Leon Duguit: “*Fundado el derecho objetivo en la solidaridad social, de él se deriva, directa y lógicamente, el derecho subjetivo. En efecto: estando todo individuo obligado por el derecho objetivo a cooperar a la solidaridad social, resulta necesariamente poseedor del derecho a ejecutar todos cuantos actos conduzcan a este fin, esto es, a hacer todo aquello mediante lo que coopera a la solidaridad social, y a impedir que nadie le suscite obstáculo alguno para el cumplimiento del papel social que le incumbe. Todo hombre que vive en sociedad tiene derechos; pero estos derechos no son prerrogativas que le pertenezcan en su calidad de hombre; son sencillamente facultades que le corresponden, porque, como hombre social, tiene deberes que cumplir y debe tener, necesariamente la facultad, el poder de cumplirlos.*” DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, pp. 10-11.

social<sup>291</sup>. A forma com que indivíduos e grupos sociais se estruturam em maior ou menor grau de coesão estabelecendo a interdependência social ou solidariedade é de suma importância para a compreensão da função social do direito.

Para o autor, essa função social é alcançada em distintos níveis de atividades do Estado, que fazem com que tais ações sejam capazes de modificar, condicionar ou determinar o direito objetivo, verificando, por conseguinte, uma consequência entre a situação social objetiva e a experiência do direito<sup>292</sup>. Se os laços de solidariedade são criações da interação social, a experiência do direito deve manifestar a vida social numa perspectiva anti-individualista. Como se vê, León Duguit compreende a norma jurídica como produto do fato social, que busca sua fundamentação nos desdobramentos da realidade vivenciada em sociedade e que tem por finalidade alcançar a solidariedade social<sup>293</sup>. A partir desse prisma, pode-se afirmar que a trajetória de Duguit fora inovadora uma vez que pensa o direito não a partir do Estado<sup>294</sup>, mas como regra social estabelecida pela experiência humana<sup>295</sup>.

Sem dúvida, desde o momento da produção, a ciência jurídica passa pelos movimentos de grupos sociais integrados em dimensões variadas, tais como família, cooperativas, organizações políticas, instituições sociais e políticas<sup>296</sup>. A juridicidade das ações são, portanto, formas intuídas da realidade social e experienciadas no dia

---

<sup>291</sup> DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, p. 248.

<sup>292</sup> DUGUIT, Leon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005, p. 78.

<sup>293</sup> Ao reconhecer a imprescindibilidade da natureza social humana Duguit fundamenta a existência dos vínculos de união entre os homens na solidariedade, que deve ser refletida no conteúdo das normas jurídicas. Para o autor: “O homem vive em sociedade e só pode assim viver; a sociedade mantém-se apenas pela solidariedade que une seus indivíduos. Assim, uma regra de conduta impõe-se ao homem social pelas próprias contingências contextuais, e esta regra pode formular-se do seguinte modo: não praticar nada que possa atentar contra a solidariedade social sob qualquer de suas formas e, a par com isso, realizar toda propícia para desenvolvê-la organicamente. O direito objetivo resume-se nesta fórmula, e a lei positiva, para ser legítima deve ser expressão e desenvolvimento deste princípio” (DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**, São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 25).

<sup>294</sup> Leon Duguit desenvolve ampla crítica às doutrinas que sustentam o princípio da estatização do direito, uma vez que parte da premissa de que o homem concebeu o direito antes do Estado e a noção do direito é anterior e superior à noção de Estado. DUGUIT, Leon. **Fundamentos do direito**, São Paulo: Martin Claret, 2009.

<sup>295</sup> PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Trad. Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri: Manole, 2004, p. 494.

<sup>296</sup> Segundo Maria Celina Bodin de Moraes a relação entre as formas do coletivo manifestadas pelas associações, corporações, grupos e movimentos sociais em que o ser humano interage e se integra são simbolizadas no direito desde o *Corpus Iuris Civilis* que neste ordenamento o teor obrigacional já pontuava o modo de prescrever os fundamentos da solidariedade no direito a partir da pluralidade das relações entre os indivíduos. MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Solidariedade. IN: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Organizadores: Antônio Celso Alves Pereira, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 528.

a dia, o que faz da solidariedade elemento fundante do direito, baseada na cooperação e nos serviços públicos como necessários à materialização da função social.

A legitimidade do direito manifesta-se, num primeiro momento, na formação dos laços de integração social que permitem uma institucionalização organizada, sendo o sistema jurídico uma forma mediadora das relações sociais. Esse pensamento sociológico opositor ao individualismo faz sentido no contexto positivista da época que sustentava a visão coletiva do direito e acentuava a condição do indivíduo como portador de deveres para com a coletividade<sup>297</sup>.

Contrariando o individualismo jurídico até então prevalecente, solidariedade pressupõe inexistência de liberdade e igualdade absolutas<sup>298</sup>, exigindo que a convivência em sociedade seja pautada em direitos e deveres recíprocos.

O eixo da construção teórica dessa postura de formação da experiência jurídica gira em torno da integração de laços sociais como forma reguladora da estrutura social fazendo com que a dimensão individual da solidariedade seja ampliada para uma visão coletiva<sup>299</sup>. Desta maneira, a incorporação dos deveres de solidariedade é necessária para a estrutura do Estado social de direito, que se legitima através do princípio da solidariedade e confere legitimidade ao dever de respeitabilidade dos laços sociais.

O Estado Social constitucionalizado é o responsável pela transformação da solidariedade enquanto fato social na solidariedade jurídica, já que foi inserida em vários textos constitucionais expressa ou implicitamente. Dito de outra forma, a força normativa da Constituição<sup>300</sup> obrigou o Estado a conferir valor jurídico à solidariedade<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. Trad. Alcides Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977, p. 144.

<sup>298</sup> Consoante Léon Duguit, a doutrina individualista conduz assim à noção de um direito ideal, absoluto, análogo em todos os tempos e em todos os países, e do qual os homens se aproximariam cada vez mais, mesmo considerando eventuais regressões. Entretanto, a noção de um direito ideal e absoluto não pode ser aceita cientificamente. O direito resulta da evolução humana, fenômeno social absolutamente diferente da natureza que caracteriza fenômenos físicos, mas, como eles, não se aproxima de um ideal ou absoluto. DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, pp. 30-31.

<sup>299</sup> DE LUCAS, Javier. La polémica sobre los deberes de solidariedade. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción em um servicio civil. **Revista del centro de estudios constitucionales/19** – septiembre/ diciembre, 1999, p.9-88, p. 2.

<sup>300</sup> Hesse, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991. p. 27.

<sup>301</sup> Segundo Javier Tajadura Tejada “La recepción constitucional del principio de solidaridad convierte el ser en deber ser, el hecho de la solidaridad en el deber de solidaridad”. TAJADURA TEJADA, Javier. **El principio de solidaridad en el Estado autonómico**. Cuadernos de Derecho Público, núm. 32, 2007, pp. 69-102.

Com evidência, o princípio da solidariedade foi inserido nas constituições dos Estados Sociais, marcadas pelo reconhecimento de direitos sociais, principalmente aqueles relacionados à regulação do trabalho e à seguridade social e, atualmente, está presente na grande maioria das constituições democráticas com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, através da promoção do equilíbrio entre interesses heterogêneos<sup>302</sup>.

Como se pode observar, solidariedade é compreendida inicialmente como fato social inafastável, por ser intrínseca à condição humana, e, posteriormente, positivada nas ordens jurídicas com o escopo de integrar os indivíduos em sociedade e contribuir para a redução das desigualdades sociais<sup>303</sup>.

#### **4.3 Distinções semânticas e relações possíveis entre fraternidade e solidariedade**

Tecidas as considerações sobre a dimensão jurídica da solidariedade, cumpre investigar a aproximação e o caráter distintivo da fraternidade com o intuito de dimensionar os possíveis reflexos dos princípios nos mais diversos campos da vida em sociedade.

Não obstante a enorme confusão conceitual que se faz em razão de semelhanças quanto à origem e aplicabilidade dos termos, parece correto defender distinções semânticas e pragmáticas entre fraternidade e solidariedade.

A fim de demonstrar ausência de delimitação conceitual entre as expressões, é forçoso verificar como a doutrina vem tratando o tema para em seguida constatar distinções a partir da determinação semântica aqui propugnada. Em verdade, grande parte da doutrina trata solidariedade e fraternidade como princípios idênticos.

---

<sup>302</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 547-548.

<sup>303</sup> Maria Celina Bodin entende que o objetivo da solidariedade difundido na Constituição Federal de 1988 é “garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva com o livre e justa, sem excluídos ou marginalizados”. MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Organizadores: Antônio Celso Alves Pereira, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 542-543.

Gregorio Peces-Barba Martínez, por exemplo, não distingue fraternidade de solidariedade, tratando-os como valores relacionais da ordem jurídico-constitucional espanhola que completam os valores liberdade e igualdade<sup>304</sup>. Ao discorrer sobre escassez e solidariedade, o autor espanhol destaca a função de referidos valores na cooperação e participação da vida social<sup>305</sup>.

Com fulcro na concepção Leibniziana de direito, Lorenzo Peña Gonzalo e Txetxu Ausín entendem que, em termos mais modernos, fraternidade significa ética da solidariedade e da cooperação, vinculada à noção de caridade, compreendida como hábito de amar os outros (fraternidade) ou virtude que impulsiona o afeto do ser humano aos seus semelhantes<sup>306</sup>.

Vê-se, assim, uma perspectiva ética e cristã da fraternidade (solidariedade), também presente no pensamento de Angelo Constanzo, ao constatar que os valores da benevolência e do universalismo são raízes da ideia de fraternidade, que, na dimensão jurídica, evolui para diferentes expressões da solidariedade social<sup>307</sup>. Em linha semelhante, Javier Tajadura Tejada destaca que, nas origens do constitucionalismo contemporâneo, solidariedade se apresentou como tradução jurídica do dever moral de fraternidade<sup>308</sup>.

<sup>304</sup> Nas palavras de Gregorio Peces-Barba Martínez “*Los valores relacionales como la solidaridad o fraternidad que se refieren a los sujetos, y a las formas de vida social, a los comportamientos, entre ellos, que favorezcan desde esa dimensión de las relaciones entre las personas, la realización de los ideales de libertad y de igualdad que conducen a la libertad moral o autonomía moral*”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española”, en (eds.), *Funciones y fines del derecho: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista*. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 17 maio 2015, p. 261.

<sup>305</sup> PECES – BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos, en Fernando M. Mariño Menéndez y Carlos R. Fernández Liesa (eds.), *El desarrollo y la cooperación internacional*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 19-33. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/10581>. Acesso em: 14 jun. 2015, p. 33.

<sup>306</sup> “*Normalmente se califica a esa concepción de la fraternidad (solidaridad) entendida como un don con el adjetivo de «altruista», en la medida en que se funda en la norma de gratuidad (actúo en favor de los demás sin querer o pedir una contrapartida) pero sobre la base del modelo o del ejemplo de Dios. A ella se suele contraponer una concepción «mutualista» de la fraternidad, donde el porvenir individual y colectivo van indisolublemente unidos. Veremos cómo en Leibniz se dan cita esos dos sentidos del concepto de fraternidad. Lo importante aquí es destacar que para Leibniz el reconocimiento del otro es un elemento fundamental de nuestra propia existencia, lo cual es una característica de la reivindicación actual del bien común y de una ética de la solidaridad*”. Lorenzo Peña Gonzalo; Txetxu Ausín «Derecho y bien común en Leibniz: Una apología de la fraternidad», en *Ciencia, tecnología y bien común: La actualidad de Leibniz*, ed. por A. Andreu y otros. Valencia: Universidad Politécnica de Valencia, 2002, ISBN 84-9705-205-6, pp. 320-339. Disponível em: <http://digital.csic.es/bitstream/10261/10812/1/dbc.pdf>. Acesso em 14 jun. 2015.

<sup>307</sup> COSTANZO, Angelo. *Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani*. Disponível em [http://www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM\\_humanrights/costanzo.pdf](http://www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf). Acesso em 14 jun. 2015.

<sup>308</sup> TAJADURA TEJADA, Javier. *El principio de solidaridad en el Estado autonómico*. Cuadernos de Derecho Público, núm. 32, 2007, pp. 69-102. Disponível em

Essas citações servem para demonstrar a confusão conceitual que se faz entre os termos. De outro lado, há quem compreenda solidariedade como atualização da fraternidade<sup>309</sup>. Consoante Erhard Denninger, a tríade da Revolução Francesa - “liberdade, igualdade e fraternidade” cedeu lugar à “segurança, diversidade e solidariedade”. Para o referido doutrinador, solidariedade refere-se à humanidade, ao reconhecer o outro como ser dotado de dignidade, significando “um vínculo de sentimento racionalmente guiado, enquanto se apoia na similitude de certos interesses e objetivos de forma a, não obstante, manter a diferença entre os parceiros na solidariedade”. Em termos jurídicos, solidariedade propõe “uma rejeição do caráter vinculante de sistemas de valor universais, e a renúncia da exigência de nos fazermos iguais aos outros tanto em poses quanto em consciência”<sup>310</sup>.

Outra compreensão ventilada pela doutrina italiana e seguida por muitos é a da fraternidade como dimensão horizontal da solidariedade, compreendida na ideia de reciprocidade. Para Filippo Pizzolato, a solidariedade pode ser compreendida em duas dimensões: a dimensão horizontal e a vertical. Na dimensão horizontal, a solidariedade (fraternidade) interpela diretamente o comportamento individual e confere um sentido de responsabilidade social através do reconhecimento do outro. Por seu turno, na dimensão vertical, a solidariedade está relacionada com a intervenção do Estado Social para redução das desigualdades e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa<sup>311</sup>. Na percepção do autor italiano, fraternidade é espécie de solidariedade que resulta da efetivação do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há um dever de socorro mútuo entre os indivíduos, “limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo”<sup>312</sup>. Filippo Pizzolato enuncia que “a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico como solidariedade que nasce da ponderação entre as

---

<http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9504&path%5B%5D=9443>. Acesso em 14 jun. 2015, p. 70.

<sup>309</sup> Maria Inês Chave de Andrade destaca que após a Revolução francesa, o vocábulo fraternidade foi sendo gradativamente substituído por solidariedade. ANDRADE, Maria Inês Chave de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o deve ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 28.

<sup>310</sup> DENNINGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos UFMG**, vol.88, dezembro de 2003, p. 21-45, p. 35.

<sup>311</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 113-114.

<sup>312</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 117.



esferas de liberdade, que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas a ação do Estado enquanto ordenamento jurídico”<sup>313</sup>.

Também inspirado pela doutrina italiana, José Casalta Nabais distingue solidariedade vertical (solidariedade pelos direitos ou solidariedade paterna) de solidariedade horizontal (solidariedade pelos deveres ou solidariedade fraterna). Para o autor português, a solidariedade vertical (paterna) está calcada de um lado na realização dos direitos sociais pelo Estado Social e, de outro, na dos direitos de quarta geração (direitos de solidariedade intergeracional ou diacrônica). Por sua vez, a solidariedade horizontal (fraterna), está fundamentada, de um lado, nos deveres fundamentais que o Estado tem que concretizar legislativamente e, de outro, nos deveres que cabem à comunidade social, entendida como esfera de relações entre os indivíduos, grupos e classes sociais que se desenvolvem fora da esfera das relações de poder do Estado<sup>314</sup>.

Apesar de não discorrer sobre eventuais traços distintivos entre fraternidade e solidariedade, Eligio Resta articula que, no ideário da Revolução Francesa, fraternidade indicava um dispositivo de vaga solidariedade entre as nações, estando mais relacionada a princípios de direito internacional<sup>315</sup>. Em seguida, ao tratar do direito fraterno, elucida a importância dos deveres de solidariedade e dos vínculos dela resultantes para a aplicabilidade do código fraterno.

Infere-se, portanto, que tais autores não procuraram delimitar semanticamente solidariedade de fraternidade. No Brasil, doutrina e jurisprudência pátrias também não trazem distinções entre os termos, tratando-os como valores comuns que justificam a consagração de direitos fundamentais de 3ª geração (direito à paz, ao desenvolvimento econômico, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade, à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países), voltados à essência relacional do ser humano que se preocupa com a justiça distributiva<sup>316</sup>. São direitos que incitam os indivíduos a defender interesses comuns pelo bem da comunidade. Ao tratar da solidariedade,

---

<sup>313</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. p. 114.

<sup>314</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma Liberdade com responsabilidade**: Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Editora Coimbra, 2007, p.138-139.

<sup>315</sup> RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005.

<sup>316</sup> Nesse sentido ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116-117.

Fábio Conder Comparato ressalta sua importância enquanto princípio que viabiliza a efetividade da liberdade, igualdade e segurança. Segundo o autor:<sup>317</sup>

[...] enquanto a liberdade e a igualdade põem as pessoas umas diante das outras, a solidariedade as reúne, todas no seio de uma mesma comunidade. Na perspectiva da igualdade e da liberdade, cada qual reivindica o que lhe é próprio. No plano da solidariedade, todos são convocados a defender o que lhes é comum. Quanto à segurança, ela só pode realizar-se em sua plenitude quando cada qual zela pelo bem de todos e da sociedade pelo bem de cada um dos seus membros.

Dirley da Cunha Júnior destaca que direitos de fraternidade ou de solidariedade têm por finalidade assegurar a própria existência do grupo em face do interesse comum que une as pessoas e por exigirem esforços e responsabilidades em escala para sua efetivação<sup>318</sup>. Em linha semelhante, Daniel Sarmiento pontua que solidariedade (fraternidade) indica “um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais”<sup>319</sup>. Constatou-se, pois, que os conceitos de fraternidade e solidariedade para tais doutrinadores se confundem, fato que fomenta a confusão conceitual e ocasiona a insuficiência de aplicação do princípio da fraternidade.

Não é diferente o que ocorre na jurisprudência. Ao fundamentar seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.128, que versava sobre a cobrança da contribuição previdenciária dos servidores inativos, Carlos Ayres Britto refere que solidariedade, como objetivo da República Federativa do Brasil, em verdade, é fraternidade, a significar que “precisamos de uma sociedade que evite as discriminações e promova as chamadas ações afirmativas ou políticas públicas afirmativas de integração civil e moral de segmentos historicamente discriminados, como o segmento das mulheres, dos deficientes físicos, dos idosos, dos negros”<sup>320</sup>.

No mesmo sentido, o julgamento da ADI 2.694/DF, ajuizado pela Associação de empresas de transporte rodoviário intermunicipal, interestadual e internacional de passageiros - ABRATI em relação à (in)constitucionalidade da lei 89.899/94 que conferiu passe livre às pessoas com deficiência comprovadamente carentes. A Ministra Carmen Lúcia, relatora do processo, decidiu pela

<sup>317</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 577.

<sup>318</sup> JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 494.

<sup>319</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 296.

<sup>320</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.128. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittolnativos.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

constitucionalidade da lei, fundamentando sua decisão no princípio da solidariedade, referindo-se para tanto à sociedade fraterna, conforme se verá no tópico seguinte.

Numa postura distinta, Maria Celina Bodin ressalta que a noção de fraternidade seria a inspiração da solidariedade difundida na modernidade, em que ideias assistencialistas, postas em prática por meio da caridade, do auxílio ao próximo motivado por pura liberalidade, estavam na ordem do dia. A autora relaciona fraternidade à filantropia, ressaltando que não é essa a solidariedade difundida na contemporaneidade. Ao criticar a ideia de fraternidade, pontua a civilista:

A ideia de fraternidade, ainda que virtuosa, não se mostra suficiente para representar o vínculo caracterizador de uma sociedade que, pautada pelo pluralismo, cada vez mais compreende distintas e sortidas culturas. Mais do que um sentimento fraternal como exige-lo? é o respeito pela diferença que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une no caso, a *igual dignidade* de todas as pessoas humanas. Do mesmo modo, o ato beneficente, ou caritativo, permanece sempre como uma liberalidade, uma opção que diz respeito apenas à consciência, não se concebendo em termos de obrigação a não ser moral; ao passo que a solidariedade, nos termos invocados pelo constituinte, é um dever de natureza jurídica<sup>321</sup>.

Essa perspectiva não se coaduna com o entendimento desta tese, que compreende fraternidade como princípio jurídico estruturado a partir da coexistência entre direitos e deveres e no reconhecimento da intersubjetividade. A fraternidade que ora se propugna não é filantrópica ou assistencialista, mas possui perspectiva garantista já que compreendida no âmbito do constitucionalismo democrático voltado à efetivação de direitos fundamentais e à exigência de deveres.

Diferentemente do que afirma Maria Celina Bodin, a fraternidade representa a sociedade calcada no pluralismo haja vista estar consubstanciada no reconhecimento da intersubjetividade. Demais disso, a dimensão deontológica da fraternidade garante sua exigibilidade e refuta a compreensão do princípio enquanto virtude ética ligada tão somente a um sentimento humano. Ressalte-se que tais observações não afastam a importância da solidariedade enquanto princípio constitucional, mas auxilia a compreender as distinções entre os termos e a relevância da delimitação para a efetivação e proteção integral a direitos fundamentais.

Em tese de doutoramento, Carlos Augusto Alcântara Machado destaca que, apesar de serem empregadas pelos sistemas jurídicos indistintamente,

---

<sup>321</sup> MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Solidariedade. In: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Organizadores: Antônio Celso Alves Pereira, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

fraternidade e solidariedade possuem especificidades. Ao comungar com o entendimento de Antonio Maria Baggio<sup>322</sup> e Filippo Pizzolato, ressalta que fraternidade revela a dimensão horizontal da solidariedade em que se define “um espaço de reconhecimento de responsabilidade social com o outro, responsabilidade identificada não como uma faculdade ou como uma ação voluntária espontânea, mas como um dever jurídico; responsabilidade ativa”<sup>323</sup>.

Observa-se, contemporaneamente, que a noção de direitos é mitigada pela ideia da responsabilidade. Sem dúvida, tanto a postura solidária quanto a fraterna dizem respeito a ações que podem ser evocadas no nível da responsabilidade de seus agentes. Sendo o homem um fim em si mesmo, incorpora a ideia de fraternidade e solidariedade, pois percebe, na relação com o outro, um caminho para chegar a si mesmo. Essa relação entre solidariedade e fraternidade está sedimentada na perspectiva jusfilosófica. Apesar dessa aproximação, não é correto defender a indiferença semântica, mesmo porque se a linguagem jurídica utilizou expressões distintas, impõe-se a delimitação conceitual.

A solidariedade tem como referência o apoio mútuo dos indivíduos seja na esfera institucional ou social (reconhecimento do outro numa relação de vulnerabilidade ou hipossuficiência), servindo para justificar tanto as políticas intervencionistas do Estado, como também a vinculação dos particulares aos direitos sociais, ao sedimentar a ideia de que cada um de nós é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais<sup>324</sup>.

Por sua vez, o centro de referência na fraternidade é a relação intersubjetiva (reconhecimento a partir do outro) marcada por uma relação horizontal e igualitária, que exige dos indivíduos reconhecimento mútuo e responsabilidades comunitárias, de forma a implementar e proteger interesses transindividuais.

---

<sup>322</sup> Consoante Antônio Maria Baggio “a solidariedade dá uma aplicação parcial aos conteúdos da fraternidade. Mas esta, creio eu, tem um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhe uma aplicação. Por exemplo, a solidariedade – tal como historicamente tem sido muitas vezes realizada – permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação ‘vertical’ que vai do forte ao fraco [...]”. BAGGIO, Antônio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: Baggio, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008, p. 23.

<sup>323</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014, p. 221.

<sup>324</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 296.

Percebe-se que tanto na solidariedade quanto na fraternidade os contornos de juridicidade formam-se dando responsabilidade ao indivíduo ou ao Estado nas relações jurídicas, haja vista fraternidade e solidariedade representarem o convívio humano responsável. Efetivamente, fraternidade tem um conteúdo mais amplo, de forma que abarca a solidariedade, mas não se reduz a ela.

O símbolo da solidariedade trazido pelas tradições iluministas é base da estrutura jurídica da função solidária difundida no Estado Social de Direito<sup>325</sup>, que exige uma coparticipação das comunidades, ampliação das responsabilidades e maior participação dos indivíduos nas decisões do Estado<sup>326</sup>. Ao revés, fraternidade ficou à deriva por muitos anos e deve ser resgatada na atualidade como princípio estruturante do Estado Constitucional Democrático pautado no fundamento da dignidade humana, a fim de redimensionar a teoria dos direitos fundamentais e garantir a efetivação de interesses transindividuais.

Lafayette Pozzoli e André Watanabe Hurtado pontuam que fraternidade contribui com as formas da democracia e com a efetivação de direitos<sup>327</sup>. Assim, a abordagem fraterna é parte real da experiência social e compõe a forma estruturante do direito. De certa forma, a fraternidade está em permanente construção, na medida em que existe uma constante releitura a partir de postulados hermenêuticos, de modo que a análise estrutural dos direitos e deveres fundamentais, por exemplo, alcança, com a fraternidade, amplitude e efetividade.

Diante disto, pode-se afirmar que fraternidade e solidariedade contribuem para o avanço e o redimensionamento da teoria dos direitos fundamentais visto que seu discurso na esfera política e social manifesta uma forma jurídica que predispõe os termos da efetivação de direitos.

A distinção entre solidariedade e fraternidade também está pautada na perspectiva pragmática desses princípios que se concretizam a partir da experiência do indivíduo com o (s) outro (s). Conforme já sublinhado, a fraternidade, ao apontar o caráter multidimensional da experiência jurídica, remete ao contexto da solidariedade

---

<sup>325</sup> O Iluminismo coloca a solidariedade como elemento para justificação dos valores jurídicos na formação do Estado Moderno e posteriormente dos direitos sociais. A teoria contratualista, por exemplo, necessita da solidariedade como forma de justificação.

<sup>326</sup> FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex Livros, 1989. V. I. pp. 92-93.

<sup>327</sup> POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. **O princípio da fraternidade na prática jurídica**. Disponível em: [file:///D:/Users/User/Downloads/79c98ffdd8a1296f7a11b0d080510d7f%20\(4\).pdf](file:///D:/Users/User/Downloads/79c98ffdd8a1296f7a11b0d080510d7f%20(4).pdf). Acesso em 14 jul. 2015.

sem deixar se reduzir a esta já que vai além do interesse individual para atingir interesses transindividuais com o olhar voltado para a singularidade de cada ser humano.

Ao tratar da vida coletiva, Ortega y Gasset<sup>328</sup> assinala, de forma crítica, que a expressão vida coletiva, ou espírito da nação, retratada pelas filosofias alemã e francesa, manifestada desde os ideais iluministas e liberais do século XVIII, demonstra uma dimensão imaginária superdimensionada da ideia de coletividade quando apresenta as formas da coletividade sem atentar para as circunstâncias da singularidade humana, fazendo com que se pense de forma artificial a dimensão da coletividade sem o sujeito.

É preciso voltar a humanizar o sentido de coletividade para que ele possa então expressar o princípio da fraternidade, que, ao se inserir na estrutura das instituições jurídicas como realidade específica de concretização dos direitos fundamentais, volta o olhar para a dignidade humana. Nesta perspectiva, uma fenomenologia<sup>329</sup> da fraternidade pode ser expressa em diferentes dimensões e manifesta-se em distintas formas inseridas no contexto dos direitos fundamentais. O conteúdo da fraternidade forma-se a partir de uma conexão entre a realidade intersubjetiva e o caráter de juridicidade da dignidade humana. Neste âmbito teórico, a substância da fraternidade circula através do processo hermenêutico constitucional como instrumento para a aplicação do direito<sup>330</sup>.

A reflexão neste campo de ideias eleva-se como grau de racionalidade jurídica em contornos formais dos princípios liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a condição fraterna de caráter fenomenológico impõe-se a partir da relação dialética entre a estrutura social e a experiência da liberdade humana e da igualdade.

---

<sup>328</sup> ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente**. Trad. de J. Carlos Lisboa. Livro Ibero-Americano, 1960, p.208.

<sup>329</sup> Edmund Husserl é considerado o fundador da Fenomenologia moderna, designada pelo autor como ciência descritiva que busca a essência (o "eidos") do conhecimento através de uma redução fenomenológica e eidética. Segundo Edmund Husserl : "Nós colocamos todo o mundo natural e todas as esferas eidéticas transcendentis fora de circuito e devemos, com isso, obter uma consciência "pura". HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. [tradução Márcio Suzuki]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006, p.145

<sup>330</sup>Alain Supiot ao descrever os fundamentos jurídicos da pessoa considera que desde um aspecto jurídico a composição dos direitos fundamentais determina o sentido da dimensão da dignidade humana para o direito sendo este o fio condutor. SUPIOT, Alain. **Homos Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Trad. Maria Ermantina Almeida. São Paulo:WVF Martim Fontes, 2007, p.12.

Fraternidade é pautada em comunhão com interesses transindividuais diversos, respeitando tanto as dimensões individuais como a identidade social dos indivíduos, já que, no pensamento fraterno, o reconhecimento intersubjetivo manifesta-se de forma transclassista. Ademais, a fraternidade pode criar expectativas construtivas e possibilidades de espaços de diálogo em que, por meio da mediação de conflitos, são trabalhados e redefinidos os interesses comuns. Assim, o direito enquanto símbolo congregador da fraternidade interliga-se no sistema constitucional como fio garantidor e mediador dos conflitos intersubjetivos.

Toda a compreensão em torno da fraternidade repercute na solidariedade, já que, como se viu, o princípio da fraternidade tem conteúdo mais amplo, mas abarca o princípio da solidariedade, que é seu consectário. As marcas da fraternidade encontram-se no pensamento institutivo do direito, têm caráter pré-científico e se transmutam até se tornar princípio constitucional. Desde sua essência cristã, o pensamento fraterno abrange o espírito solidário, que, secularizados, formarão os princípios fraternidade e solidariedade. Inevitavelmente, o alcance da justiça é determinado a partir da presença dos dois princípios. Da mesma forma, a análise da intersubjetividade como elemento de construção da democracia atravessa questões fraternas, na medida em que se investigam tais funções no sistema de direitos e deveres fundamentais.

No dicionário brasileiro de Direito Constitucional, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima afirma que solidariedade é apoio a terceiros em estado de necessidade ou sofrimento que só pode encontrar espaço normativo positivo num texto constitucional que incorpore a igualdade<sup>331</sup>. Essa perspectiva dialoga com a empreendida nesta tese ao demonstrar que solidariedade é corolário da fraternidade e abrange dever de assistência recíproca dos indivíduos e de intervenção do Estado para redução das desigualdades.

Em síntese, o princípio da solidariedade é corolário da fraternidade, consubstanciando-se, no entanto, como princípio diverso com âmbito de proteção específica. O princípio da solidariedade abrange o dever de assistência recíproca entre as pessoas e nas relações privadas, marcado pelo reconhecimento e responsabilidade em relação àqueles que se encontram em condição de maior

---

<sup>331</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional**/ coordenador- geral Dimitri Dimoulis. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012. p. 574.

vulnerabilidade ou hipossuficiência (solidariedade horizontal)<sup>332</sup>. Em relação ao Estado, o princípio impõe a intervenção para redução das desigualdades através de políticas públicas baseadas na concepção de justiça distributiva e em ações afirmativas, além da tributação como forma de viabilizar a concretização de direitos sociais (solidariedade vertical).

Sem dúvida, a fraternidade engloba as duas dimensões da solidariedade e vai além. Fraternidade é, portanto, princípio jurídico fundamental que tem, essencialmente, três funções: função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, função de reconhecimento e função interpretativa. Enquanto equilíbrio, fraternidade representa o contraponto aos direitos de liberdade e de igualdade, ao evidenciar o lado dos deveres fundamentais, exigindo do indivíduo e do Estado a observância desses deveres, na perspectiva da responsabilidade, a fim de se alcançar o progresso social e incentivar a participação democrática na vida coletiva. A função de reconhecimento explicita a alteridade e a intersubjetividade no direito, impondo-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades numa sociedade multicultural (processo de inclusão), o espírito de tolerância, de compreensão mútua e de solidariedade. Por fim, a função interpretativa deve ser verificada na prática, no momento da definição de sentido de direitos e deveres fundamentais na contemporaneidade. Além disso, a fraternidade vincula as funções estatais, servindo de parâmetro para colisão de direitos fundamentais, para elaboração das leis e para criação de políticas públicas.

Como se pode observar, a relação fraternidade e solidariedade é de gênero e espécie, não existindo, entretanto, equivalência dos termos, razão pela qual o princípio fundamental da fraternidade na sua dimensão mais ampla também precisa ser realizado, dado que “levar a Constituição a sério é requerer a implementação na

---

<sup>332</sup> Registre-se que a solidariedade está muito associada aos direitos sociais, admitindo-se, na linha de Daniel Sarmento, a vinculação dos particulares aos direitos sociais, observando-se para tanto a necessária harmonização com a autonomia privada através da máxima da proporcionalidade. Diante disto, parece desproporcional exigir, com base nos deveres de solidariedade, que planos de saúde realizem tratamentos médicos inovadores e com custos exorbitantes em benefício dos seus segurados quando há expressa vedação contratual. Tal fato não se confunde, todavia, com a hipótese do serviço de *home care* que constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto e que está abrangido pelos deveres de solidariedade. Nesse sentido conferir BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1378707 RJ 2013/0099511-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 26/05/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2015. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198592102/recurso-especial-resp-1378707-rj-2013-0099511-2>. Acesso em: 23 abril 2016.



vida cotidiana do projeto normativo de uma sociedade justa, fraterna e democrática”<sup>333</sup>.

Certo é que a dimensão jurídica da solidariedade é realidade inafastável no Estado contemporâneo, fato que pode ser atestado pela presença da solidariedade em inúmeras Constituições. A inserção da fraternidade e solidariedade nas Constituições revela que Estado e comunidade não podem mais desviar o olhar desses princípios, devendo, ao contrário, buscar a máxima efetivação<sup>334</sup>.

No Brasil, a Constituição de 1988 faz menção à solidariedade no art. 3º, I, ao enunciar como objetivo da República Federativa a construção de uma sociedade solidária que, segundo Daniel Sarmento, “pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo, e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade, e em especial em relação àqueles que se encontram numa situação de maior vulnerabilidade”<sup>335</sup>. Necessário insistir em que a construção da sociedade solidária não se confunde com a consecução da sociedade fraterna, haja vista a maior amplitude desta última. Sendo assim, enquanto a primeira pressupõe deveres e responsabilidades através de um olhar piedoso do indivíduo para com o próximo em situação de vulnerabilidade, esta exige o verdadeiro reconhecimento do outro numa dimensão horizontal e de respeito à dignidade, em razão da ética da responsabilidade que deve existir em comunidade.

Eros Roberto Grau, ao discorrer sobre a concepção de sociedade solidária, traz, na realidade, uma interpretação mais ampla que dialoga com o sentido de fraternidade ao afirmar que solidária é a sociedade que “não inimiza os homens entre si, que se realiza no retorno, tanto quanto historicamente viável, à *Gesellschaft* – a energia que vem da densidade populacional fraternizando e não afastando os homens uns dos outros”<sup>336</sup>. Diante do raciocínio aqui trilhado, a sociedade solidária decorre da sociedade fraterna<sup>337</sup>, mas não atinge todas as exigências dela.

---

<sup>333</sup> CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme . Os 20 anos da constituição de 1988 e os horizontes da extensão universitária. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 511-514, p. 512.

<sup>334</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: LTr, 1999.

<sup>335</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 297.

<sup>336</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 215.

<sup>337</sup> Ao comentar o art. 3º, I, CF José Francisco Cunha Ferraz Filho refere que solidariedade “é o princípio que norteia a amizade política no espaço público, a aproximação e a cooperação sociais entre pessoas

Além disso, solidariedade está presente na Constituição brasileira no artigo 40, que assegura regime de previdência de caráter contributivo e solidário aos servidores titulares de cargos efetivos das pessoas jurídicas de direito público, bem como no dever fundamental de pagar impostos de acordo com a capacidade contributiva<sup>338</sup> (solidariedade relacionada à justiça fiscal), na medida em que somente através da contribuição de cada indivíduo através da imposição fiscal torna-se possível a concretização de direitos fundamentais que possuem um elevado custo para o Estado<sup>339</sup>.

Pode-se citar ainda a solidariedade entre os estados da federação e a solidariedade entre as nações, também conhecida como solidariedade comunitária, que implica dever recíproco, cooperação, lealdade, ajuda mútua, coesão entre os estados, tudo em prol do desenvolvimento igualitário entre estados, regiões e Comunidades de estados.

Vê-se, portanto, que o princípio constitucional solidariedade apresenta diversas facetas que não se confundem com o princípio da fraternidade, que é mais amplo. Com efeito, como solidariedade é corolário da fraternidade, ao assegurar a máxima efetividade à solidariedade, garante-se também à fraternidade. Apesar disso, a delimitação conceitual garantirá o respeito ao princípio da fraternidade nas demais funções e objetivos.

Ao analisar as constituições de diversos países, constatou-se que 80 (oitenta) fazem referência expressa à solidariedade no preâmbulo ou na parte dogmática de seus textos<sup>340</sup>, sendo que as constituições de Angola, Brasil, Camarões,

---

e povos". FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Dos princípios fundamentais. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) **Constituição Federal interpretada**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012. p. 7 e 8.

<sup>338</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012.

<sup>339</sup> Segundo Stephen Holmes e Cass Sustein em face de qualquer violação de direitos, há uma estrutura disponibilizada permanentemente pelo Estado (Poder Judiciário, corpo de bombeiros, segurança pública, etc.) para garantia dos mesmos. Portanto, quaisquer direitos, indistintamente, representam despesas a serem suportadas pelo Estado e, em última análise, pela sociedade. HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999, p. 62.

<sup>340</sup> Fazem referência a solidariedade as constituições de Albânia (preâmbulo); Argélia (preâmbulo e art. 27); Angola (artigos 21, 83, 86, 90 e 222); Argentina (art. 75); Áustria (art. 14. 5A); Bahrein (art. 4), Bangladesh (Part II. 9); Bélgica (art. 7); Benin (preâmbulo e art. 153); Bolívia (preâmbulo e art. 8, 18, 19, 43, 45, 51, 55, 218, 255, 270, 306, 310, 330 e 373); Burundi (preâmbulo e art. 70 e 267); Camarões (preâmbulo e art. 554); Cabo verde (parte II art. 772 e parte V art. 254); África central (art. 16); Chad (preâmbulo e art. 208); Chile (art. 5 e 115); Colômbia (art. 1, 48, 49, 95, 356, 367); Comores (preâmbulo, art. 1 e 11); República Democrática do Congo (preâmbulo, art. 66 e art. 181); Congo (art. 44); Costa Rica (Art. 64 e 74); Costa do Marfim (preâmbulo e art. 123); Cuba (preâmbulo, art. 1); Djibuti (preâmbulo); República Dominicana (preâmbulo, art. 26, 75, 196, 217, 219); Equador (preâmbulo, art.

Chad, Congo, Cuba, Eritreia, França, Marrocos, Niger, Portugal, Qatar, República Dominicana, Senegal, Timor Leste e Tunísia trazem tanto a fraternidade quanto a solidariedade nos seus dispositivos. Como é princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele segundo o qual a lei não contém palavras supérfluas, não haveria sentido as constituições utilizarem expressões distintas (fraternidade e solidariedade) para a mesma ideia. Ou seja, todas as palavras da Constituição devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia<sup>341</sup>. Portanto, a referência expressa dos termos nas Constituições reforça ainda mais a tese de que se trata de princípios distintos e com diferentes graus e formas de concretização.

Não bastasse isso, a leitura dos enunciados das constituições que fazem referência apenas à solidariedade também indica a existência do princípio da fraternidade de maneira implícita, cuja feição constitucional irrecusável deriva da própria noção de Estado Constitucional Democrático de Direito, que tem a dignidade humana como força motriz. Observa-se, assim, que o princípio da fraternidade deve ser observado em todas as constituições democráticas, seja de forma expressa ou implícita. A consagração da solidariedade nos textos constitucionais já revela a preocupação com a fraternidade, ainda que se trate de apenas um de seus aspectos.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito tem como elemento fundante a fraternidade, razão pela qual seria uma contradição afirmar a existência de uma verdadeira democracia sem reconhecimento, responsabilidade comunitária, deveres, solidariedade, alteridade e, conseqüentemente, fraternidade.

Conclui-se do exposto que não há coincidência semântica entre fraternidade e solidariedade, de tal modo que é possível verificar conseqüências

---

27, 32, 34, 66, 83, 85, 95, 238, 270, 283, 288, 309, 311, 316, 340, 355, 367, 397, 416); Egito (art. 8); Eritreia (preâmbulo, art. 96); França (art. 87); Gabão (art.1); Grécia (art.25.4); Guatemala (art. 151); Honduras (art. 15); Irã (preâmbulo); Itália (art. 2); Hungria (art. XIX.4); Alemanha (art. 104.6, 109.5, 143C.3); Coreia do Norte (art.17 e 81); Kwait (art. 25); Letônia (preâmbulo); Macedônia (art.8); Madagascar (preâmbulo, art. 19 e 140); México (art. 3); Marrocos (preâmbulo, art. 40, 93, 136, 140, 142 e 146); Moçambique (art. 19, 201, 994, 1203, 2974, 2986); Myanmar (preâmbulo, capítulo I parte 26, capítulo III.65); Nicarágua (art. 3, 5 e 73); Níger (art. 3, 158, 165 e 172); Nigéria (preâmbulo); Omã (art. 12); Paquistão (preâmbulo); Panamá (art.91); Papua Nova Guiné (preâmbulo); Paraguai (art. 60, 73, 113, 143, 242 e 283); Peru (art. 14); Filipinas (art. XV.sec 1); Polônia (preâmbulo e art. 20); Portugal (art. 63, 662, 712, 732, 2252, 2271); Qatar (art.20); Romênia (art.4.1); Ruanda (art. 46); São Tomé e Príncipe (art. 1); Arábia Saudita (art. 25); Senegal (preâmbulo e art. 56); Ilhas Salomão (preâmbulo); Espanha (preâmbulo, cap. 3. Seção 156.1, 158.2); Suriname (preâmbulo e art. 7.4); Suíça (preâmbulo); Síria (art. 19 e 24); Timor Leste (preâmbulo, art. 10 e 56.3); Togo (preâmbulo e art. 142); Tunísia (preâmbulo e art. 136); Turquia (art. 2, 81, 103 e 136); Emirados Árabes (art. 14); Uruguai (art. 47.1); Vanuatu (cap. 2. Part. II.7); Venezuela (preâmbulo, art. 2, 4, 70, 75, 84, 123, 135, 152, 156, 274, 299, 326); Vietnã (preâmbulo e art. 9); Iemen (Art. 25);

<sup>341</sup> Segundo Carlos Maximiliano “não se presumem, na lei, palavras inúteis”. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 8a. ed., Freitas Bastos, 1965, p. 262.

jurídicas distintas na aplicação dos princípios. Não obstante, admite-se que há um liame entre ambos, na medida em que o princípio da fraternidade abarca o princípio da solidariedade, mas não está reduzido a ele.

### **4.3 Fraternidade e solidariedade na jurisprudência brasileira**

A complexidade e a dinâmica dos arranjos jurídico-institucionais previstos na Constituição, aprimorados em sua vigência e irradiados para a legislação, exigem um contínuo desenvolvimento e rigor normativo e hermenêutico para manter e aperfeiçoar a eficácia jurídica e social da fraternidade.

Na realidade, observa-se uma lacuna das teorias constitucionais a respeito do princípio da fraternidade no direito. A partir desse aspecto lacunar, cumpre assinalar, conforme registrado no tópico anterior, que se vislumbra, na jurisprudência brasileira, um mesmo nivelamento teórico entre os princípios fraternidade e solidariedade na maior parte das decisões, o que inviabiliza a máxima efetividade da fraternidade. Apesar disso, já se veem decisões motivadas pela fraternidade prevista no preâmbulo constitucional, bem como pela referência à solidariedade do art. 3º, I, da Constituição. Com o intuito de retratar o caminho percorrido pela jurisprudência brasileira, é mister registrar algumas relevantes decisões que utilizaram o princípio da fraternidade como parte da fundamentação. No Supremo Tribunal Federal, destacam-se os votos de Carlos Ayres Britto, que, à luz do humanismo, compreende o constitucionalismo contemporâneo como fraternal.

A primeira alusão à fraternidade pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em 26 de maio de 2004 no julgamento da ADI 3.128-7/DF, que decidiu pela constitucionalidade da contribuição previdenciária instituída pela EC 41/03 devida por servidores inativos e pensionistas. Apesar de não seguir a tese da constitucionalidade da referida contribuição, o Ministro Carlos Ayres Britto destacou que a solidariedade, enquanto objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, se confunde com fraternidade, a significar que o Brasil carece de uma sociedade que evite discriminações e promova as políticas públicas afirmativas de integração civil e moral

de segmentos historicamente discriminados<sup>342</sup>. Embora não se distinga fraternidade de solidariedade, colhe-se desta decisão a função de reconhecimento das diversidades que marca o princípio da fraternidade.

Na ADI 3768-4/DF, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, julgada em 26 de outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal assentou a constitucionalidade do art. 39 do estatuto do idoso, que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm mais de 65 anos de idade. Mais uma vez, Carlos Ayres Brito afirmou que o § 2º do art. 230 da Constituição é direito fraternal uma vez que exige ações afirmativas para ser efetivado<sup>343</sup>.

Em 13 de novembro de 2007, ao enfrentar a questão da reserva de vagas para pessoas com deficiência, o Supremo Tribunal Federal extraiu as mais amplas consequências do texto constitucional, no RMS 26.071, tendo o ministro relator Carlos Ayres Britto asseverado, por ocasião do julgamento, que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, “como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”<sup>344</sup>. Desta maneira, para Carlos Ayres Britto, reparar ou compensar os fatores de desigualdade fática com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna.

No mesmo sentido, a ADI 2.649/DF, julgada 08 de maio de 2008, relatada pela ministra Carmen Lúcia, ao confirmar a constitucionalidade da lei 8.899/94, que concede passe livre às pessoas com deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual, entendeu que a referida lei faz parte das políticas públicas para inserir as pessoas com deficiência na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República, cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados.

---

<sup>342</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3128-7/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Dje 27/08/2004. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 18 jun. 2015.

<sup>343</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 3768 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007). BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 3768 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em: 19 mar. 2016.

<sup>344</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Importa registrar que a ministra relatora fundamentou sua decisão no preâmbulo da Constituição, esclarecendo que, além do dever estatal de formulação de políticas públicas em prol do bem-estar, igualdade e justiça, deve a sociedade organizar-se segundo esses princípios a fim de que se garanta uma “comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Ademais, a referida ministra reforçou que é na esteira destes princípios explicitados no preâmbulo da Constituição que se infere o princípio jurídico da solidariedade, que traz a responsabilidade para todos (Estado e sociedade)<sup>345</sup>. Infere-se da decisão a compreensão retratada nesta tese de que o princípio da solidariedade é corolário da fraternidade prevista no preâmbulo da Constituição.

Na ADI 3.510/DF, julgada em 29 de maio de 2008, que entendeu pela constitucionalidade do art. 5º da lei de biossegurança (lei 11.105/05) para permitir a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* para realização de pesquisas e terapias, o ministro relator Carlos Ayres Britto fundamentou parte de sua decisão no princípio da fraternidade previsto no preâmbulo e no constitucionalismo fraternal. Na visão de Carlos Ayres Britto, a lei de biossegurança não ofende o direito à vida e à dignidade humana, haja vista a pesquisa com células-tronco embrionárias significar 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”. Segundo Carlos Ayres Britto, a lei de biossegurança incorpora o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas e traduz “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”. Trata-se, para o ministro, de uma legalidade fraternal ou solidária, que significa o “apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam”.

Em março de 2009, ao concluir o julgamento da PET 3388, que considerou válidos a portaria e o decreto presidencial que homologaram a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol e listou uma série de condições para a execução da decisão, que seria supervisionada pelo Supremo com apoio do Tribunal Regional Federal da

---

<sup>345</sup>BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI: 2649-6 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 08/05/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-197 DIVULG 16-10-2008 PUBLIC 17-10-2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 10 out. 2015.

1ª Região (TRF-1), o Ministro relator Carlos Ayres Britto também tratou o tema como capítulo do constitucionalismo fraternal. Na sua percepção, os artigos 231 e 232, que reconhecem aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, possuem finalidade fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas, que se volta para a efetivação da igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o “proto-valor da integração comunitária”<sup>346</sup>:

Ainda, na ADPF 132/RJ e na ADI 4.277, julgadas em 05 de maio de 2011, que reconheceram o status jurídico-familiar da união homoafetiva, mais uma vez Carlos Ayres Brito fez referência ao preâmbulo da Constituição para afirmar que a proibição do preconceito é capítulo do constitucionalismo fraternal que “se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados”<sup>347</sup>. Na análise do ministro, “os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição no preâmbulo”.

Das decisões relatadas por Carlos Ayres Brito e Carmen Lucia Antunes Rocha, é possível constatar que fraternidade é princípio extraído do preâmbulo que serve de razão constitucional para o reconhecimento das diversidades e da sociedade democrática multicultural. Nesse contexto, as ações afirmativas acabam por concretizar o princípio da fraternidade a partir do reconhecimento do outro em iguais condições e em dignidade, de tal modo que estas políticas públicas precisam ser fomentadas e incrementadas.

---

<sup>346</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 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. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

<sup>347</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 19 mar 2016.

Na linha deste raciocínio, em abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a política de instituição de cotas raciais pela Universidade de Brasília (UnB) na ADPF 186 MC/DF, relatada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, para quem as cotas da UnB não se mostravam desproporcionais ou irrazoáveis, servindo para superar distorções sociais históricas, empregando meios marcados pela proporcionalidade e pela razoabilidade. Ao votar seguindo o relator, Carlos Ayres Brito deixou claro que a Constituição não se satisfaz em assegurar o bem-estar material, os direitos sociais aos indivíduos, aos seres humanos e foi além para afirmar a necessidade de uma sociedade fraterna<sup>348</sup>.

Nesse *leading case*, Gilmar Mendes analisou a questão das ações afirmativas a partir da liberdade, igualdade e fraternidade, destacando a necessidade de se repensar liberdade e igualdade segundo o princípio da fraternidade. Para o referido ministro, “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”. Na sua percepção, deve-se pensar a igualdade segundo o valor fraternidade, que significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. Ainda na perspectiva de Gilmar Mendes, a aplicação da igualdade a partir da fraternidade impõe o espírito de tolerância, que consiste em reconhecer o outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Ao final, registra que “no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias”.

Infere-se desta decisão a função de equilíbrio desempenhada pela fraternidade em relação ao princípio da igualdade. Com efeito, numa sociedade marcada pelo pluralismo e multiculturalismo, a igualdade só pode ser compreendida como igualdade com reconhecimento das diferenças e respeito à dignidade humana, aspectos do princípio da fraternidade.

No mesmo sentido, em 09 de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o mérito da ADI 5357/DF, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, declarando a constitucionalidade do art.

---

<sup>348</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2010, Data de Publicação: DJe-149 DIVULG 12/08/2010 PUBLIC 13/08/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 19 mar 2016.



28, § 1º e do art. 30 da Lei no 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que determinam que as escolas privadas ofereçam atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, sem que possam cobrar valores adicionais de qualquer natureza para cumprimento desse dever constitucional. O fundamento da decisão baseou-se no princípio da igualdade como reconhecimento das minorias e no respeito à pluralidade. Além disso, o Min. Relator Edson Fachin sublinhou que a “resposta jurídica para a questão somente pode ser realizada com um olhar que não se negue a ver a responsabilidade pela alteridade, compreendida como elemento estruturante da narrativa constitucional”. Por certo, igualdade como reconhecimento e responsabilidade pela alteridade indicam a concretização do princípio da fraternidade, nos termos defendidos nesta tese. Efetivamente, apenas com o convívio com a diferença e com a corresponsabilidade dos atores sociais é que se alcançará uma sociedade fraterna<sup>349</sup>.

Fora do âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT) que fazem referência à fraternidade extraída do art. 1º da DUDH para fundamentar a proteção de interesses transindividuais dos trabalhadores, que, na linha de Manoel Jorge e Silva Neto, são todos aqueles interesses que ultrapassam a órbita de um sujeito de direito<sup>350</sup>.

Como registrado no primeiro capítulo, há direitos fundamentais que, apesar de terem manifestação individual, repercutem coletivamente, a exemplo da violação da intimidade e da dignidade do trabalhador. Assim, ao analisar o recurso de revista n.22938220125180102, o TST entendeu que, em respeito à dignidade e intimidade, há extrapolação do poder diretivo do empregador o comando empresarial para que o trabalhador dispa-se de suas roupas em um ponto do vestiário e desloque-se para outro, na presença de terceiros, ainda que colegas de trabalho e do mesmo sexo, para, então, receber e vestir o uniforme. Para alcançar essa conclusão, o Min. relator Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira utilizou como vetor interpretativo a fraternidade prevista da DUDH e a solidariedade do art. 3º, I, da CRFB. Consoante o

---

<sup>349</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>. Acesso em 02 de julho de 2016.

<sup>350</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Proteção Constitucional dos interesses trabalhistas: difusos, coletivos e individuais homogêneos**. São Paulo, LTr, 2001.

referido ministro em uma sociedade que se pretende solidária, “incumbe ao empregador diligente, sob a premissa da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), promover o meio ambiente do trabalho saudável, para que o trabalhador possa executar as suas atividades com liberdade, sob a gerência da responsabilidade social”<sup>351</sup>.

Em outra decisão envolvendo interesses transindividuais, o TRT da 3ª região, ao julgar o RO n. 007062013042030000000706-91.2013.5.03.0042, sublinhou que a noção de dano moral coletivo “vincula-se ao reconhecimento dos direitos de solidariedade, conceito atual nascido da trilogia forjada pela Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade) e que detém dupla qualidade em sua relação com o indivíduo e a sociedade”<sup>352</sup>.

Na mesma trilha, o TRT da 2ª região condenou o empregador em danos morais por perseguir empregada gestante após readmissão, trazendo à tona o preconceito em face de mulher grávida no tocante à baixa produtividade ou porque precisa afastar-se do trabalho. Na decisão, o relator Ricardo Artur Costa e Trigueiros esclareceu que a lei confere estabilidade à gestante, “com vistas a garantir-lhe e ao nascituro a obrigação de solidariedade e fraternidade, que deveria brotar espontaneamente no seio social”. Na visão do relator, é imperioso reconhecer as limitações físicas e emocionais da gestante, de modo que é “desumano e contrário à fraternidade perpetrar qualquer forma de constrangimento à mulher, justamente num período em que fica especialmente sensível e deve ser tratada com respeito, carinho e atenção”.

Com efeito, tais decisões estão em consonância com a linha defendida nesta tese no sentido de que o princípio da fraternidade deve servir de vetor interpretativo para promoção e proteção de direitos fundamentais. A proteção constitucional e infraconstitucional à gestante, por exemplo, deriva da necessidade de alterar padrões da cultura individualista que persiste no inconsciente coletivo, para promover o princípio da fraternidade baseado na responsabilidade social e no

---

<sup>351</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. RR: 22938220125180102, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153991793/recurso-de-revista-rr-22938220125180102/inteiro-teor-153991862>. Acesso em: 14 jan. 2016.

<sup>352</sup> BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho 3ª região**. RO: 007062013042030000000706-91.2013.5.03.0042, Relator: Cristiana M.Valadares Felelon, Primeira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014 22/04/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 159. Boletim: Não. Disponível em <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122830754/recurso-ordinario-trabalhista-ro-706201304203000-0000706-9120135030042/inteiro-teor-122830764>. Acesso em: 14 de jan. 2016.

reconhecimento das diversidades, e assim contribuir para a construção de uma cultura fraterna da prestação de serviços<sup>353</sup>.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, há várias decisões que mencionam a solidariedade intergeracional no tocante ao dever de proteção ao meio ambiente<sup>354</sup>. Especificamente em relação à fraternidade, vê-se, em alguns julgados, referência à solidariedade familiar<sup>355</sup>, como aspecto da fraternidade<sup>356</sup>. Com efeito, há na relação familiar a necessidade de reconhecimento de deveres recíprocos numa dimensão horizontal. Diante disto, pode-se afirmar que a relação familiar é uma relação marcada pela fraternidade já que pressupõe a necessidade de reconhecimento e alteridade.

Há também decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª região sobre questão ambiental que esclarece o conteúdo estar alicerçado no pilar da fraternidade entre os povos, consagrado como direito social e difuso no art. 225 da Constituição Federal. A decisão deixa assente que “a questão ambiental se insere dentre os chamados Direitos Humanos de Terceira Geração, cujo conteúdo valida um dos pilares advindos da Revolução Francesa, qual seja, a fraternidade entre os povos”<sup>357</sup>.

<sup>353</sup> BRASIL. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região**. TRT-2 - RECORD: 805200831102006 SP 00805-2008-311-02-00-6, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 10/02/2009, 4ª TURMA, Data de Publicação: 20/02/2009. Disponível em <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530571/recurso-ordinario-record-805200831102006-sp-00805-2008-311-02-00-6/inteiro-teor-13144277>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>354</sup> Os instrumentos de tutela ambiental - extrajudicial e judicial - são orientados por seus princípios basilares, quais sejam, Princípio da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, do Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária, dentre outros, tendo aplicação em todas as ordens de trabalho (prevenção, reparação e ressarcimento). BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1115555 MG 2009/0004061-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18394741/recurso-especial-resp-1115555-mg-2009-0004061-1-stj>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>355</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Resp 1134387, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334709/recurso-especial-resp-1134387-sp-2009-0150803-3-stj>. Acesso em: 23 fev. 2016.

<sup>356</sup> Essa compreensão da solidariedade familiar decorre dos ensinamentos de Maria Berenice Dias para quem: “A solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. A pessoa só existe enquanto coexiste. O princípio da solidariedade tem assento constitucional, tanto que seu preâmbulo assegura uma sociedade fraterna. Também ao ser imposto aos pais o dever de assistência aos filhos (CF 229), consagra o princípio da solidariedade. O dever de amparo às pessoas idosas (CF 230) dispõe do mesmo conteúdo solidário”. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 67.

<sup>357</sup> BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª região**. AC: 6666 SP 0006666-15.2006.4.03.6102, Relator: JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, Data de Julgamento: 26/09/2013, SEXTA TURMA. Disponível em <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3029555>. Acesso em 23 fev. 2016.

No âmbito dos Tribunais de Justiça, importa citar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que, ao analisar um pedido de alvará judicial para levantamento de valor depositado em conta-poupança do falecido pai e companheiro, entendeu que “deve-se aplicar, com a elasticidade necessária à concretização dos princípios da dignidade e da fraternidade constitucional, os ditames da Lei 6.858/80, a fim de possibilitar ao ente familiar o levantamento de valores que, sem dúvida, representam verba de caráter alimentar”<sup>358</sup>. Ressalte-se que esta decisão demonstra uma tentativa de mudança na própria cultura jurídica de excesso de formalismo, na medida em que confere um tratamento diferenciado à verba de natureza alimentar para liberar alvará antes mesmo da conclusão de inventário, a partir dos princípios fraternidade e dignidade humana.

De tudo o quanto foi exposto, percebe-se que, apesar de não existir ainda uma sistematização do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico pátrio que imponha sua aplicação e observância, algumas decisões estão na linha defendida nesta tese, não obstante a confusão conceitual com a solidariedade. Com efeito, a alusão ao princípio da solidariedade também concretiza a fraternidade, mas o âmbito do princípio da fraternidade é mais amplo, de modo que é necessário reconhecer a distinção e delimitação conceitual.

---

<sup>358</sup>PEDIDO DE ALVARÁ JUDICIAL PARA O LEVANTAMENTO DE VALOR DEPOSITADO EM CONTA POUPANÇA DO FALECIDO PAI E COMPANHEIRO. SENTENÇA DE EXTINÇÃO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXISTÊNCIA DE BENS MÓVEIS A INVENTARIAR. VERBA DE NATUREZA CLARAMENTE ALIMENTAR. QUANTIA PAGA POR EMPRESA FUMAGEIRA AO EXTINTO, RELATIVAMENTE À SAFRA DE TABACO, DECORRENTE DO TRABALHO AGRÍCOLA, EXERCIDO NA FORMA DE ECONOMIA FAMILIAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NA LEI 6858/80 QUE TRATA DE PAGAMENTO AOS SUCESSORES E DEPENDENTES DE VERBAS ALIMENTARES. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. **Deve-se aplicar, com a elasticidade necessária à concretização dos princípios da dignidade e da fraternidade constitucional, os ditames da Lei 6858/80, a fim de possibilitar ao ente familiar o levantamento de valores que, sem dúvida, representam verba de caráter alimentar.** Em que pese a existência de bens móveis a partilhar, entende-se que a verba reclamada reveste-se de natureza alimentar e, como tal, merece tratamento privilegiado, uma vez que se destina à manutenção da família e sustento do lar, tarefa exercida pelo pai e companheiro até o seu passamento. Ressalte-se, em tempo, versar tal quantia acerca da atividade agrícola realizada em conjunto pelos integrantes da mesma família, sendo comum, especialmente no interior do país, casos em que laboram informalmente os filhos maiores e menores na lavoura, em prol de toda o agrupamento familiar, evidenciando a dependência econômica recíproca. BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. AC: 20130305261 SC 2013.030526-1 (Acórdão), Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 10/07/2013, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado). Disponível em <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23906889/apelacao-civel-ac-20130305261-sc-2013030526-1-acordao-tjsc>. Acesso em: 23 fev. 2016.

## **5 FRATERNIDADE E RESPONSABILIDADE: O RECONHECIMENTO DO DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS**

### **5.1 O princípio responsabilidade na sociedade fraterna**

Outro aspecto relevante para a construção da sociedade fraterna e, conseqüentemente, da eficácia jurídica do princípio da fraternidade é a ideia de responsabilidade. Com os avanços e os acontecimentos proporcionados pela ciência e pela tecnologia, emergiram novos e complexos direitos e deveres que, se não forem observados, poderão gerar conseqüências imprevisíveis e irreversíveis para as gerações futuras.

Decerto, determinadas ações intencionais do ser humano podem projetar conseqüências para o futuro em áreas como meio ambiente (vazamentos químicos e radioativos) e biogenética (manipulação do material genético), fato que exige um novo olhar em torno da responsabilidade enquanto imperativo ético, principalmente quando se está diante do paradigma teórico do constitucionalismo contemporâneo que tem como referencial principiológico a fraternidade.

Vale destacar que não se trata da perspectiva clássica da responsabilidade segundo a qual o indivíduo será responsabilizado pelas conseqüências da conduta praticada. Trata-se, ao revés, de uma responsabilidade que recai sobre um objeto de proteção que reivindica uma ação, traduzido na ideia de um dever de agir do sujeito e da coletividade, convocados a tutelar um dado objeto ou o bem em apreço.

Para tanto, será utilizada a ideia de responsabilidade delineada por Hans Jonas no livro “O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica”, para quem a responsabilidade é um imperativo ético a fim de que cada pessoa possa guiar-se no exercício da cidadania e assim assegurar a existência humana e de todas as formas de vida existentes na biosfera.

Consoante o autor, a ética tradicional, de caráter antropocêntrico, já não consegue dar conta da realidade marcada pela ciência e técnica, sendo necessário um novo princípio ético para a civilização tecnológica. Diante disto, Hans Jonas evoca o princípio responsabilidade que pretende suplantar o imperativo categórico de Kant

(“Aja de modo que tu possas querer que tua máxima se torne lei geral”)<sup>359</sup> com um imperativo que se amolde ao novo tipo de agir humano e que seja mais adequado aos desafios que a centralidade da técnica nos tempos hodiernos impõe. Referido imperativo deve ser formulado da seguinte forma:

Aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”, ou, expresso negativamente: “Aja de modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida; ou, simplesmente: “Não ponha em perigo as condições necessárias para a conservação indefinida da humanidade sobre a Terra”; ou, em um uso novamente positivo: “Inclua na tua escolha presente a futura integridade do homem como um dos objetos do teu querer<sup>360</sup>.

Conclui-se do imperativo ético jonasiano que o indivíduo tem que agir de modo a não prejudicar nem colocar em risco a existência das gerações futuras<sup>361</sup>, diferentemente do imperativo categórico de Kant, que é voltado para a própria individualidade e escolha privada. Nas palavras do próprio Hans Jonas, “o novo imperativo clama por outra coerência: não a do ato consigo mesmo, mas a dos seus efeitos finais para a continuidade da atividade humana no futuro”<sup>362</sup>.

Observa-se ainda que esse imperativo ético desemboca na ideia de responsabilidade determinada pelos fins das ações humanas, assumindo, por conseguinte, um caráter de concretude que se afasta da abstração do imperativo kantiano. Todos os indivíduos são responsáveis pelos atos e pelos efeitos dos atos praticados em sociedade, caracterizando uma verdadeira corresponsabilidade pela vida humana. No âmbito da teoria jonasiana, não se pode cogitar a possibilidade de expor ao perigo e risco a existência humana por haver o dever incondicional de a

<sup>359</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 51.

<sup>360</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006, p. 47-48.

<sup>361</sup> Segundo Hans Jonas “o novo imperativo diz que podemos arriscar a nossa própria vida, mas não a da humanidade; que Aquiles tinha, sim, o direito de escolher para si uma vida breve, cheia de atos gloriosos, em vez de uma vida longa em uma segurança sem glórias (sob o pressuposto tácito de que haveria uma posteridade que saberia contar os seus feitos); mas que *nós não temos o direito de escolher a não-existência de futuras gerações em função da existência da atual, ou mesmo de as colocar em risco*. Não é fácil justificar teoricamente – e talvez, sem religião, seja mesmo impossível – por que não temos esse direito; por que, ao contrário, temos um *dever* diante daquele que ainda não é nada e que não precisa existir como tal e que, seja como for, na condição de não-existente, não reivindica existência”. JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006, p. 48.

<sup>362</sup> JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006, p. 49.

humanidade existir. O indivíduo pode até colocar em risco a própria vida, mas nunca a da humanidade. O conceito de responsabilidade implica, portanto, deveres para as gerações atuais e traz uma proteção jurídica para as gerações futuras<sup>363</sup>.

Sem embargo disso, é necessário destacar que responsabilidade difere do dever, na medida em que aquela representa a imputação exterior de uma consequência decorrente do descumprimento de um dever, ao passo que este é a obrigação em si de observar determinadas condutas estipuladas em estruturas normativas.

Para Hans Jonas, o dever em relação à existência futura depende da responsabilidade de cada indivíduo projetada pela continuidade do direito de estar no mundo. O modelo de responsabilidade edificado por Hans Jonas parte da responsabilidade dos pais (responsabilidade parental), que é natural, e da responsabilidade do homem público (responsabilidade política), que é artificial, para demonstrar que ambas possuem três aspectos em comum: totalidade, continuidade e futuro.

A totalidade indica que a responsabilidade abarca todos os aspectos do objeto, desde os referentes à existência até os interesses mais elevados. É o exemplo da responsabilidade dos pais e do Estado na educação das crianças e adolescentes, que começa com o nascimento até a formação do jovem indivíduo. Observa-se, pois, uma aproximação da responsabilidade dos pais com a dos homens públicos, lastreada numa relação de afeto pais-filhos e do homem público-coletividade. No último caso, vê-se com clareza a fraternidade já que o afeto do indivíduo político advém do fato de ter surgido dessa coletividade e, por isso, tem responsabilidade para com ela. No que tange à continuidade, essa resulta da impossibilidade de interrupção da responsabilidade. Por fim, o aspecto do futuro traduz-se no caráter vindouro do que deve ser objeto de cuidado. Os indivíduos e os governantes são responsáveis pelo futuro da humanidade.

Convém destacar também que Hans Jonas sustenta o princípio responsabilidade na heurística do medo, segundo a qual quanto mais se presente o

---

<sup>363</sup> “O conceito de responsabilidade implica um ‘dever’ – em primeiro lugar, um ‘dever ser’ de algo, e, em seguida, um ‘dever fazer’ de alguém como resposta àquele dever ser. Ou seja, em primeiro lugar, encontra-se o direito intrínseco do objeto. Somente uma reivindicação imanente ao Ser pode fundamentar objetivamente o dever de uma causalidade do Ser transitivo (indo de um Ser a outro)”. JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006, p. 219.

perigo do futuro, mais se tem que agir no presente. Observe-se que não se trata de um medo paralisante ou patológico, mas um medo que instiga a ação humana. O medo é objeto da responsabilidade e instiga o indivíduo a agir, fazendo com que assuma a responsabilidade pelo futuro da humanidade<sup>364</sup>.

Infere-se, portanto, que o princípio ético proposto por Hans Jonas vai além dos interesses particulares e egocêntricos de cada indivíduo para resguardar interesses transindividuais. Trata-se, em verdade, de uma orientação para uma ação responsável que parta do reconhecimento do outro e da coletividade e, deste modo, vise à permanência de futuras gerações.

A responsabilidade limita a liberdade do indivíduo tornando-a justa já que será exercida de maneira responsável. O ser humano é responsável perante o outro e perante a comunidade. A responsabilidade determina a liberdade do indivíduo porque está justificada na ação responsável e não no livre arbítrio, sendo certo que a autoafirmação do sujeito depende da responsabilidade.

Pode-se sustentar que o princípio responsabilidade transita pelo ordenamento jurídico como elemento da fraternidade ao exigir o reconhecimento do outro, o respeito pelos direitos fundamentais transindividuais e ações voltadas à garantia das gerações futuras. A percepção da fraternidade ganha concretude no princípio da equidade intergeracional, que decorre desta responsabilidade para a questão ambiental na medida em que impõe ao Estado e aos indivíduos o dever de defender o meio ambiente para preservá-lo para as gerações presentes e futuras.

Na percepção de Marco Aquini, a fraternidade “responsabiliza” cada indivíduo pelo outro e, conseqüentemente, pelo bem da comunidade e promove a busca de soluções para a aplicação dos direitos humanos que não passam necessariamente pela ação do Estado. A fraternidade amplia o número de sujeitos sobre os quais recai a responsabilidade pelo desenvolvimento e pelo dever de cooperação, fazendo com que os atores da sociedade civil sejam protagonistas e não

---

<sup>364</sup> Segundo Hans Jonas “O temor que faz parte da responsabilidade não é aquele que nos aconselha a não agir, mas aquele que nos convida a agir. Trata-se de um temor que tem a ver com o objeto da responsabilidade. Trata-se de assumir a responsabilidade pelo futuro do homem” JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006, p. 351.



meros expectadores das ações do Estado<sup>365</sup>. A fraternidade destaca a responsabilidade para com o outro enquanto contenção ao individualismo.

A responsabilidade no contexto da fraternidade propõe superar impasses contemporâneos, dentre eles a problemática da integração social em face da diversidade, que repercute invariavelmente nas gerações futuras, e a responsabilidade de cada indivíduo assim como dos grupos sociais e do próprio Estado no cumprimento dos deveres para com a sociedade em que vive. Entende-se, na linha de raciocínio de Michele Carducci, ser necessário compreender o texto constitucional como responsabilidade para com os outros, pois essa responsabilidade é parte integrante da própria definição dos princípios de liberdade, de igualdade e de fraternidade<sup>366</sup>.

Diante disto, o resgate dos deveres do indivíduo em sociedade é medida que se impõe no contexto da fraternidade para que haja um maior respeito dos direitos das gerações presentes e futuras e uma conscientização de que, sem deveres, não é possível construir uma sociedade fraterna.

## **5.2 Por uma mentalidade responsável: o reconhecimento dos deveres individuais e coletivos**

O discurso dos deveres na era dos direitos é instigante e reflexivo. Numa análise superficial, poder-se-ia pensar que falar em deveres, quando ainda há uma visível carência de efetivação de direitos, é um verdadeiro contrassenso, principalmente em países que vivem ainda a história da conquista de direitos em face da superação de regimes políticos autoritários.

Não é este, porém, o raciocínio que será construído nesta tese. Defende-se, em contrapartida, que a plena realização dos direitos fundamentais em um Estado Constitucional Democrático, que apregoa a centralidade do ser humano e uma sociedade fraterna, depende do reconhecimento dos deveres.

---

<sup>365</sup> AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido**/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 139.

<sup>366</sup> CARDUCCI, Michele. **Por um Direito Constitucional altruísta**. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 50/51.

Dentro do modelo teórico da fraternidade jurídica, além da busca pela efetivação de direitos, deve-se reconhecer a importância dos deveres dos indivíduos em sociedade. Não faz sentido criar inúmeros direitos numa completa desconexão com os deveres<sup>367</sup>. É preciso inculcar no indivíduo uma mentalidade responsável que resgate a ideia de que os seres humanos são ao mesmo tempo sujeitos de direitos e de deveres, detendo um compromisso com a comunidade e com a existência humana.

Ocorre que a noção do ser humano detentor de um compromisso com sua comunidade perdeu espaço com a mentalidade individualista e utilitarista do Estado Liberal, que incentivou o exame autônomo dos direitos, sem conectá-los com os deveres, construindo uma teoria dos direitos fundamentais desvinculada da ideia de dever, ocasionando um decréscimo da fraternidade e uma justificação do hedonismo. Formou-se, assim, uma mentalidade coletiva irresponsável, que precisa ser reestruturada no âmbito de um direito fraterno<sup>368</sup>.

Dessa maneira, a temática dos deveres fundamentais será considerada a partir do princípio responsabilidade e do dever de fraternidade a fim de instigar a observância dos deveres dos indivíduos através do reconhecimento do outro e das diversidades, ajudando, assim, a inclusão, a igualdade e a efetivação da cidadania.

Há inúmeras perspectivas para tratar os deveres dos homens ao longo da história<sup>369</sup>. Como o objetivo principal da tese não é esgotar a temática dos deveres, será feita uma análise concisa dos deveres jurídicos a fim de demonstrar a necessidade de seu reconhecimento para que se difunda a perspectiva de uma mentalidade responsável que tenha como escopo a promoção de direitos fundamentais numa sociedade fraterna. Vê-se, por conseguinte, que o atual debate

---

<sup>367</sup> Na percepção de Ingo Wolfgang Sarlet “Os deveres fundamentais (...) guardam íntima (embora não exclusiva) vinculação com a assim designada dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Com efeito, já foi assentado que os direitos fundamentais, além de dizerem respeito à tutela e promoção da pessoa na sua individualidade, considerada como titular de direitos, representam valores da comunidade no seu conjunto, valores estes que o Estado e a sociedade devem respeitar, proteger e promover. É neste sentido que não se deveria esquecer que direitos (fundamentais ou não) não podem ter uma existência pautada pela desconsideração recíproca. Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, caput, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed, 2012. p. 302.

<sup>368</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. De Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p.17.

<sup>369</sup> Deveres como não prejudicar outrem, respeitar o próximo, não matar, reparar os danos causados, não furtar, respeitar a propriedade alheia, cumprir decisões, dentre outros são decorrentes da concepção moral e ética e podem ser encontrados em diversos documentos jurídicos ou não.

dos deveres envolve o indivíduo enquanto ser livre e responsável numa dimensão fraterna. É preciso compreender os deveres jurídicos não como um contraponto ou um mitigador de direitos, mas sim como um provedor destes.

A noção do dever remonta inicialmente à antiguidade clássica e tem estreita ligação com a ética e a religião. Na Grécia Antiga e na cidadania republicana romana, por exemplo, era virtuoso o homem que cumprisse deveres determinados pelo Estado, como servir a pátria, votar ou ser solidário<sup>370</sup>. A perspectiva do indivíduo detentor de um compromisso com sua cidade-estado era muito comum no mundo antigo. A influência da moral religiosa, notadamente a cristã, também foi decisiva para a compreensão do dever. “Código moral por excelência do mundo cristão”, os dez mandamentos da lei de Deus são identificados como a “lei inscrita no coração dos homens”<sup>371</sup>.

O influxo da ética na compreensão dos deveres é verificado no estoicismo romano, com a obra de Marco Túlio Cícero, *De Officiis*, que constitui um verdadeiro tratado de deveres<sup>372</sup> e que contribuiu sensivelmente para a recepção da ciência jurídica do conceito de dever, ao destacar como principal dever moral do homem virtuoso o de ser justo e o de não praticar mal a ninguém.

Trata-se, em verdade, de um dever com caráter eminentemente ético ou moral, pois depende da consciência e vontade de cada indivíduo. O conceito de dever vai transitar com mais força no campo do direito quando as regras clássicas do contrato social, como deveres de sociabilidade, de não causar danos a outrem, de reparar o dano, de respeitar a propriedade alheia, revestidas do caráter obrigacional e sancionatório, em caso de descumprimento, retrataram claramente deveres com conteúdo jurídico, indo além de um dever ético ou moral.

Por certo, os deveres decorrem da própria condição humana e da necessidade de convivência em um Estado. O bom funcionamento do Estado e a convivência pacífica dos indivíduos dependem da observância das obrigações dos

---

<sup>370</sup> José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que houve tempo em que os deveres foram considerados como categoria jurídica de igual dignidade à dos direitos fundamentais e cita, para tanto a República Romana. Nas palavras do constitucionalista português: “A República era o reino da virtude no sentido romano, que só pode funcionar se os cidadãos cumprirem um certo número de deveres: servir a pátria, votar, ser solidário, aprender. Neste sentido, a teoria da cidadania republicana implicaria que um indivíduo teria não apenas direitos mas também deveres”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 531.

<sup>371</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

<sup>372</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987, p. 329.

indivíduos e do Estado em relação à sociedade. O preâmbulo da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948 é elucidativo ao afirmar que “o cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos. Direitos e deveres integram-se correlativamente em toda a atividade social e política do homem. Se os direitos exaltam a liberdade individual, os deveres exprimem a dignidade dessa liberdade”.

Realmente, falar em liberdade sem deveres é um verdadeiro contrassenso visto que a ação livre do ser humano em comunidade exige o respeito do outro e impõe deveres para a convivência pacífica dos indivíduos. Não se quer com isso defender a omissão estatal na prestação de serviços para os cidadãos, porém é necessário haver um respeito do Estado em relação ao indivíduo e deste para com o próximo.

Ocorre que os deveres dos indivíduos perderam força na sociedade ao longo do tempo. Ao olhar para a História, percebe-se que, por muito tempo, houve um primado dos deveres sobre os direitos, através da imposição de regras de conduta e de proibições como forma de limitar a liberdade do ser humano para uma convivência em sociedade, fato que gerou um certo preconceito em relação ao dever na teoria do direito. Segundo Norberto Bobbio, “a figura deôntica originária é o dever, não o direito”<sup>373</sup>, como se observa no Código de Hamurabi, na Lei das Doze Tábuas e no Corpus Juris Civilis. O pensamento escolástico, por exemplo, fornecia uma concepção global da ética presidida pela proeminência da teologia, em que os direitos tinham espaço, mas sempre subordinados à ideia do dever<sup>374</sup>.

O dever surge como sinônimo da sociedade patriarcal, afastado do aspecto matriarcal e da alteridade que está presente na fraternidade. Por isso a dificuldade no reconhecimento dos deveres na contemporaneidade. Assim sendo, o resgate dos deveres fundamentais requer deles uma releitura sob o filtro do princípio da fraternidade.

A passagem do “código de deveres para o código de direitos”<sup>375</sup> ocorre no século XVII com o pensamento secularizado da filosofia política individualista dos

---

<sup>373</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 52.

<sup>374</sup> ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. De Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005, p.19.

<sup>375</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 54.

contratualistas ingleses, que adota como ponto de partida o ser humano no estado de natureza desvinculado de todo vínculo social e, conseqüentemente, dos deveres.

A edificação do Estado de Direito e a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições, como forma de romper com o regime absolutista, representam, inegavelmente, uma enorme conquista para a humanidade, motivo pelo qual não é difícil compreender as razões do afastamento do estudo dos deveres na atualidade.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins explicam o desinteresse da dogmática constitucional pelos deveres a partir da compreensão de Carl Schmitt sobre a Constituição de Weimar, para quem a Constituição de Weimar limitou-se a estabelecer deveres para o Estado, sendo o serviço militar o único dever do cidadão. Além disso, na percepção de Carl Shmitt, o Estado capitalista liberal não pode estabelecer deveres fundamentais com a mesma estrutura dos direitos fundamentais, uma vez que a finalidade destes é limitar o poder arbitrário do Estado e garantir a liberdade dos indivíduos. Por fim, as referências a deveres nas Constituições só poderiam ser concretizadas com a intermediação do Legislativo<sup>376</sup>.

Carlos Alberto Gabriel Maino, por sua vez, sustenta que a ausência de alusão aos deveres na doutrina constitucional decorre de razões históricas vinculadas à reivindicação de direitos por parte do proletariado, bem como por questões de técnica legislativa, haja vista a obrigação genérica de obedecer às leis e às autoridades constituídas fazer subsumir os deveres<sup>377</sup>.

Para tornar compreensíveis as razões do afastamento dos deveres na sociedade contemporânea, é forçoso sublinhar que a afirmação histórica dos direitos fundamentais está vinculada, originariamente, a uma concepção de Estado de Direito liberal, fruto das revoluções burguesas do século XVIII. A doutrina costuma relacionar o lema revolucionário “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, esculpido no cenário político francês de 1789, com a gradativa institucionalização dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, os direitos fundamentais foram inseridos nas Constituições com o intuito de limitar o poder arbitrário do Estado e garantir direitos

---

<sup>376</sup> DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

<sup>377</sup> MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 30.

civis e políticos aos indivíduos. Na primeira geração de direitos, a ênfase à perspectiva individual era notória, razão pela qual tais direitos foram concebidos como direitos de liberdade, em que se exigia uma postura absenteísta do Estado. No Estado Liberal, o individualismo era tamanho, que o dever de responsabilidade social dos indivíduos foi deixado à deriva até fins do século XIX. Segundo Joaquim José Calmon de Passos<sup>378</sup>:

A ética da modernidade revelou-se cognitivista e individualista, passando a ser uma ética construída a partir da razão, deslocando-se seu fundamento do dever para o indivíduo, instância soberana, e para o seu direito, expressão dessa soberania. Consequência necessária desta radical mudança de paradigma foi a hipertrofia do sujeito e de sua afirmação, do reconhecimento do direito de plena realização pessoal de cada indivíduo e de objetivar e otimizar todas as suas potencialidades, o que implica a ênfase na liberdade em detrimento da responsabilidade e da competição em desfavor da solidariedade.

A derrocada do Estado Liberal e a ascensão do Estado do Bem Estar Social acrescentaram ao panorama dos direitos fundamentais a perspectiva da igualdade no sentido material, que vislumbra uma ação proativa do Estado na realização de direitos sociais, econômicos e culturais. Constatou-se, assim, o relacionamento existente entre os direitos de liberdade e o de igualdade para a realização do indivíduo enquanto sujeito de direitos.

Ocorre que a ascensão do Estado Social interventor tornou imperiosa a transformação das bases jurídicas e organizacionais do Estado Liberal, fato que não ocorreu. Ou seja, diferentemente do que aconteceu no período do Estado Mínimo, em que as bases institucionais e legais para a concretização das liberdades públicas foram construídas, no período do Estado Social, não se observou a edificação destas estruturas e, tampouco, uma teoria política e normativa específica. Justamente destas circunstâncias vislumbra-se, na percepção de Luigi Ferrajoli<sup>379</sup>, a gênese da crise do Estado Social que não conseguiu corresponder aos anseios da sociedade moderna conforme preconizava. A prestação de deveres fundamentais pelo Estado foi deficiente e utópica, o que gerou descrédito e apatia política do cidadão, que,

---

<sup>378</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 98.

<sup>379</sup> FERRAJOLI, Luigi. Estado Social y Estado de Derecho. IN: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (comps). **Derechos sociales – instrucciones de uso**. México: Distribuciones Fontamara, 2003, p. 13.

desrespeitado, só enxergava seus direitos e deveres do Estado e não os deveres dele próprio em comunidade<sup>380</sup>.

Não bastasse isso, os regimes totalitários transgrediram substancialmente os direitos humanos e desvirtuaram a essência do próprio direito. No ideário nazista, os deveres fundamentais dos cidadãos convertem-se em dever de serviço de poderes do Estado, gerando, no inconsciente coletivo, uma clara resistência ao reconhecimento dos deveres. Em verdade, os ex-países comunistas aniquilaram os direitos fundamentais e hipertrofiaram os deveres<sup>381</sup>. Na percepção de Casalta Nabais, nesse período, existia um tipo de comunitarismo que apenas determinava deveres, decompondo a liberdade numa rede de funções<sup>382</sup>.

Todo esse contexto foi fundamental para compreender a razão de a teoria dos direitos fundamentais ter sido alicerçada numa perspectiva individualista e desconectada da necessidade de observância dos deveres pelos indivíduos. Não se quer, com isso, justificar a omissão Estatal desarrazoada, mas defende-se que o indivíduo não é apenas titular de direitos, mas também é prestador de deveres em relação ao outro e a sua comunidade. Isto porque, utilizando as palavras de Casalta Nabais<sup>383</sup>, os direitos e deveres fundamentais integram o “estatuto constitucional do indivíduo”, caracterizado por duas faces igualmente importantes. Certamente, tão relevantes quanto os direitos fundamentais, os deveres fundamentais permitem que o indivíduo compreenda e reconheça o outro em sua alteridade, traduzindo-se tanto na noção de abstenção por respeito ao outro, como na imposição de um comportamento positivo<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup> Menelick de Carvalho Netto assinala que o paradigma do Estado Social destruiu a própria ideia de cidadania na medida em que a materialização da liberdade e da igualdade por via da tutela estatal de um povo imaturo gera, no máximo, “clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos”. CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, p. 81-108, 2003, p. 87.

<sup>381</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional: e teoria da constituição**, 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.527.

<sup>382</sup> Nas palavras de Casalta Nabais “a concepção mais ajustada dos deveres fundamentais recusa visões extremistas. Seja a do liberalismo, que não conhecia senão direitos, esquecendo a responsabilidade comunitária dos indivíduos, como foi a concepção dominante no século XIX. Seja a de um comunitarismo que apenas conhece deveres, decompondo assim a liberdade numa rede de deveres, ou melhor, de funções, como foi o caso dos regimes totalitários e autoritários que a Europa conheceu e viu cair no século XX”. NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 5.

<sup>383</sup> NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 10.

<sup>384</sup> Na perspectiva de Jorge Miranda “O constitucionalismo moderno de matriz ocidental é a história da aquisição de direitos fundamentais. É a história da conquista de direitos – depois de séculos de absolutismo e, no século XX, em contraste com regimes políticos totalitários e autoritários de várias tendências. Não implica, isso, porém, uma desconsideração ou subalternização dos deveres. Não a

A necessária preocupação com os direitos fundamentais, aliada a experiências negativas de hipertrofia de deveres em detrimento de direitos, gerou desconfiança e indiferença em relação aos deveres e fez com que esse debate ficasse à margem das discussões jurídicas. Na leitura de Casalta Nabais<sup>385</sup>, era necessário “exorcizar o passado dominado por deveres, ou melhor, por deveres sem direitos”.

O término da Segunda Guerra Mundial despertou nos indivíduos e na sociedade a preocupação com as gerações futuras e com novos direitos que estavam surgindo. É quando se faz referência aos direitos de terceira geração<sup>386</sup>, caracterizados pela ideia da fraternidade, que preconiza, dentre outros aspectos, a necessidade de se fugir do individualismo para reconhecer o outro em suas diferenças num contexto plural e multicultural. A perspectiva da fraternidade está estritamente ligada à dos deveres e da responsabilidade e amplia o leque de sujeitos sobre os quais recai a responsabilidade de pôr em prática os direitos humanos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 traz, no artigo primeiro, o necessário espírito de fraternidade e, no artigo 29, parágrafo primeiro, elucida que o “indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”, demonstrando, portanto, a imprescindibilidade de referência expressa dos deveres humanos<sup>387</sup>.

No mesmo sentido, a Carta Africana dos Direitos do homem e dos povos de 1981 enumera, nos artigos 27 e 28, deveres do indivíduo para com a família, a sociedade, o Estado, as coletividades legalmente reconhecidas e para a comunidade internacional. Consigna que os direitos e as liberdades de cada pessoa devem ser exercidos no respeito dos direitos de outrem, da segurança coletiva, da moral e do interesse comum, deixando claro que cada indivíduo tem o dever de respeitar e de considerar os seus semelhantes sem nenhuma discriminação e de manter com eles

---

implica no plano jurídico, porque, mesmo quando são poucos os deveres consignados nas Constituições, ficam imprejudicados os vastíssimos deveres nas relações das pessoas entre si. E não envolve desconsideração no plano ético, até porque a reivindicação de direitos bem pode fundar-se na necessidade ou na vontade de cumprimento de deveres”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 4 ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2000, p. 77.

<sup>385</sup> NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

<sup>386</sup> Há autores que defendem a existência de quarta e quinta geração de direitos, mas entende-se nesta tese que as três gerações são suficientes para abarcar todos os direitos existentes e que porventura venham a existir.

<sup>387</sup> Não se pode confundir deveres humanos com deveres fundamentais, relacionando-se os primeiros aos deveres internacionais, reconhecidos externamente por documentos jurídicos internacionais, e os segundos aos deveres reconhecidos na ordem interna pelo texto constitucional.



relações que permitam promover, salvaguardar e reforçar o respeito e a tolerância recíprocos.

O artigo 29 da Carta Africana dos direitos do homem e dos povos expressamente pontua outros deveres do indivíduo tais como:

1. De preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor da sua coesão e respeito; de respeitar a todo o momento os seus pais, de os alimentar e de os assistir em caso de necessidade.
2. De servir a sua comunidade nacional pondo as suas capacidades físicas e intelectuais ao seu serviço.
3. De não comprometer a segurança do Estado de que é nacional ou residente.
4. De preservar e reforçar a solidariedade social e nacional, particularmente quando esta é ameaçada.
5. De preservar e reforçar a independência nacional e a integridade territorial da pátria e, de uma maneira geral, de contribuir para a defesa do seu país, nas condições fixadas pela lei.
6. De trabalhar, na medida das suas capacidades e possibilidades, e de desobrigar-se das contribuições fixadas pela lei para a salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade.
7. De velar, nas suas relações com a sociedade, pela preservação e reforço dos valores culturais africanos positivos, num espírito de tolerância, de diálogo e de conservação e, de uma maneira geral, de contribuir para a promoção da saúde moral da sociedade.
8. De contribuir com as suas melhores capacidades, a todo o momento e a todos os níveis, para a promoção e para a realização da Unidade Africana.

O preâmbulo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos também parte do reconhecimento dos deveres ao pontuar que “o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente pacto”. Da mesma forma, a Convenção Americana dos Direitos do Homem sublinha, no art. 32, que toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.

A evocação dos deveres em declarações de direitos retrata a necessidade de resgate desses deveres, evidenciando a importância da contribuição de cada indivíduo na construção de uma sociedade fraterna e solidária.

Com a fraternidade, a perspectiva dos deveres ganha nova dimensão já que a construção de uma sociedade fraterna depende não só do Estado prestador e garantidor de direitos, como também de indivíduos comprometidos com uma cidadania ativa e inclusiva que reconheçam seus deveres tendo em vista o bem estar social, admitindo-se, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

Tal fato é evidenciado com clareza em relação à efetivação de políticas públicas relacionadas à saúde, que, apesar de ser dever estatal, depende da

cooperação dos cidadãos para alcançar um consenso decisório quanto aos rumos a serem perseguidos a bem da coletividade<sup>388</sup>. Ademais, na perspectiva de Daniel Sarmiento, reconhece-se a eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares que impõe limites à autonomia privada e estabelece deveres de solidariedade<sup>389</sup> e de fraternidade. Apesar de o Estado ser o responsável primário pelos direitos sociais prestacionais, há obrigações para os particulares na implementação destes direitos bem como dever de contribuir para o financiamento das políticas públicas.

Como se pode observar, falar em deveres fundamentais constitui um enorme desafio da contemporaneidade. Defende-se nesta tese que o princípio da fraternidade impõe um mínimo de responsabilidade social, que resulta na exigência de deveres jurídicos fundamentais tanto para o exercício da liberdade individual como para proteção a direitos fundamentais. Como corolário da fraternidade, há também a necessidade de observância do princípio da solidariedade, que traz deveres para Estado e indivíduos em relação aos que se encontram numa posição de vulnerabilidade.

Os ordenamentos jurídicos precisam reconhecer e resgatar deveres fundamentais, como imperativo posto ao sujeito de direito a fim perceber a necessidade de considerar, na situação concreta, o interesse e a realidade daquele com quem interage. Enquanto direitos fundamentais fincam raízes na dignidade da pessoa humana, os deveres encontram assento na fraternidade. Nesse sentido, a partir do princípio da fraternidade, o reconhecimento do outro e o resgate dos deveres para a efetiva fruição e exigência dos próprios direitos são necessidades que se impõem no Estado Democrático contemporâneo.

Indubitavelmente, a referência do outro foi perdida ao longo do tempo devido ao excesso de individualismo edificado pelo Estado Liberal e é marca do

---

<sup>388</sup> Para ratificar esta assertiva, sublinha-se o entendimento de Sandra Regina Martini Vial, no tocante à efetivação do direito à saúde: “Para efetivar uma política de saúde adequada, é necessário que os atores envolvidos nela participem do processo desde sua gestão até sua implementação. É neste sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que este direito seja efetivado, e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados”. VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009).

<sup>389</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 296.

“constitucionalismo brasileiro tardio”<sup>390</sup>. O descomprometimento com os deveres fez com que os seres humanos se afastassem da fraternidade, em clara desarmonia com a estruturação de uma sociedade fraterna. A fim de convergir para esta realidade, deve-se internalizar o dever como valor jurídico. A consciência dos deveres fundamentais faz com que os direitos próprios e alheios sejam aceitos e respeitados dentro de uma estrutura dialógica social<sup>391</sup>.

A projeção de uma consciência jurídico-social segundo a qual o ser humano existe para além de sua própria individualidade traz a ideia de deveres fundamentais atrelada ao fundamento da dignidade da pessoa e do princípio da fraternidade no seu quadrante comunitário, em razão da vinculação direta que estes deveres mantêm com a concretização dos direitos fundamentais em si<sup>392</sup>. Na percepção de Luigi Ferrajoli, o princípio da completude deontica justifica essa correlação indicando que, onde existam direitos estabelecidos por normas primárias, devem ser introduzidos, como garantias deles, os deveres correspondentes, isto é, a proibição de lesá-los e a obrigação de tutelá-los e de satisfazê-los<sup>393</sup>. Neste sentido, é evidente que a concretização de direitos não depende apenas do Estado, mas também da postura proativa dos indivíduos em comunidade.

Os deveres colocam o outro na esfera da própria responsabilidade e mobiliza os indivíduos para a fraternidade. Nas lições de Calmom de Passos<sup>394</sup>, infere-se a necessidade de introjetar valores que domesticam os ímpetos dos seres humanos e conferem a consciência de que “se perdendo algo em favor de alguns se lucra muito mais em benefício de todos”.

Dissociar-se completamente o dever do direito fundamental é ir na contramão da estrada civilizadora da humanização. Com efeito, há correlação entre direitos e deveres no momento em que há o reconhecimento do outro em sociedade. Não se quer, com isso, defender que todos os deveres sejam conexos aos direitos mas se almeja demonstrar que a exigência individual de concretização de diversos

---

<sup>390</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>391</sup> Consoante Andrea Semprini só há consciência de si dentro desta estrutura dialógica social. SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999, p. 102.

<sup>392</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

<sup>393</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos** – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexandre Araujo Souza. Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p.63.

<sup>394</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 102.

direitos, a exemplo dos direitos sociais, impõe a observância de deveres, pois a tutela de tais direitos para uma parcela de indivíduos pode trazer repercussões injustas para outros e até mesmo, para aquele que almejou a proteção. Em uma democracia, a defesa de direitos deve levar em consideração a totalidade dos indivíduos, o tecido social<sup>395</sup>. Segundo Raimundo Panikkar<sup>396</sup>:

Um indivíduo é um nó isolado; uma pessoa é o tecido como um todo em torno desse nó, urdido a partir da totalidade do real. Os limites de uma pessoa não estão dados, dependem como um todo de sua personalidade. Sem os nós, a rede com certeza se desintegraria, mas, sem ela, os nós nem ao menos existiriam.

Os direitos fundamentais, antes de tudo, devem ser inclusivos e não exclusivos. Ou seja, o indivíduo, ao exigir a realização de direitos por meio de prestações estatais, deve ter a consciência de que também possui deveres em comunidade para a efetiva concretização destes mesmos direitos. Isso porque os direitos fundamentais demandam o relacionamento entre liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a partir da fraternidade, reconhecem-se os deveres e compreende-se a universalidade dos direitos, respeitando-se a diferença e o pluralismo.

A interdependência entre direitos e deveres pode ser observada com clareza nos direitos de terceira geração, a exemplo do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao compreender que as gerações presentes e futuras só sobreviverão se desempenharem o dever de manutenção do referido equilíbrio ambiental. Insista-se, mais uma vez, em que essa correlação direito/dever não significa que os deveres fundamentais não possuem autonomia, apenas demonstra que a fraternidade exprime-se na estreita correlação entre direitos e deveres ou entre liberdade e responsabilidade<sup>397</sup>.

Como todo sistema político-econômico sustenta-se da ideologia que elabora e consegue introjetar no imaginário coletivo<sup>398</sup>, deve-se incluir na teoria dos

<sup>395</sup> Aludindo à Declaração Universal dos Direitos Humanos, Raimundo Panikkar assevera que ela deveria ser uma Declaração Universal dos Direitos e Deveres, na qual a realidade toda seria englobada. PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 234.

<sup>396</sup> PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 224

<sup>397</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 120.

<sup>398</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 94.

direitos fundamentais o estudo dos deveres, na lógica da fraternidade, ou seja, a capacidade de reconhecimento do outro, para assim compreender a real dimensão da exigibilidade dos próprios direitos.

Dito de outra forma, a completude da teoria dos direitos fundamentais depende da fraternidade, como princípio capaz de equilibrar liberdade e igualdade e, a partir do reconhecimento do outro, enfatizar os deveres e compreender os direitos que cada pessoa tem em sociedade. Carlos Alberto Gabriel Maino<sup>399</sup> explica que:

*Debemos buscar una conceptualización y fundamentación de los derechos fundamentales que los ubiquen en el justo lugar que deben ocupar en cualquier sistema jurídico que aspire a ser justo, respetando la inabarcable dignidad que el hombre tiene como criatura única y singular sobre la tierra. Para ello es necesario recuperar el horizonte de los deberes tanto desde el punto de vista social y político, como también desde el punto de vista jurídico. Ello nos permitirá alcanzar una vivencia del derecho afirmativa, que reconozca al otro en su alteridad, como “alter ego”, como otro que es igual a mí, que tiene mi misma condición y a quien por ló tanto estoy obligado, le debo, en un contexto de libertad y de respeto.*

Tecidas essas considerações, é preciso, antes de avançar, esclarecer que a noção de deveres fundamentais, aqui relatada, não envolve deveres de abstenção e de proteção estatal, mas deveres dos indivíduos em comunidade<sup>400</sup>. Conforme já exposto, não se pretende, com isso, justificar omissão do Estado, mas se quer evidenciar, além dos deveres estatais para a construção de uma sociedade fraterna, a necessidade de interação dos seres humanos em comunidade no reconhecimento dos próprios deveres.

Em verdade, os deveres de abstenção, de proteção e de promoção por parte do estado, em sua maioria, são faces passivas dos direitos fundamentais de primeira e segunda geração que já estão afirmados com a consagração dos respectivos direitos. Os deveres fundamentais aqui enunciados constituem obrigações positivas dos indivíduos face à comunidade, com reflexos nas gerações presentes e futuras, em decorrência dos princípios fraternidade e solidariedade<sup>401</sup>. Seguindo as lições de Casalta Nabais, são “deveres jurídicos do homem e do cidadão

<sup>399</sup> MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 42.

<sup>400</sup> Não se desconhece a noção de deveres em sentido amplo, que abarca tanto os deveres de proteção estatal e os deveres dos cidadãos (deveres em sentido estrito). Entretanto, optou-se por discorrer nesta tese principalmente sobre deveres em sentido estrito, já que a omissão do Estado é cobrada pela própria sociedade através de ações judiciais.

<sup>401</sup> A ideia de comunidade permite englobar uma responsabilidade mais ampla, que ultrapassa as fronteiras do Estado.

que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”<sup>402</sup>.

No mesmo sentido, Gregorio Peces-Barba Martinez enuncia que deveres fundamentais são deveres jurídicos que dizem respeito a dimensões básicas da vida humana em sociedade, à satisfação de necessidades básicas para a organização e funcionamento das instituições públicas ou ao exercício de direitos fundamentais<sup>403</sup>.

Tais deveres precisam ser resgatados pela dogmática constitucional a fim de provocar nas pessoas o reconhecimento deles e o respeito a eles, criando, desta forma, no inconsciente coletivo, uma mentalidade responsável e uma consequente garantia jurídica dos próprios direitos fundamentais<sup>404</sup>, pois a sua efetividade depende do cumprimento de um mínimo de deveres do cidadão, sem os quais a existência e o funcionamento do Estado ficam comprometidos. Pode-se afirmar, portanto, que o reconhecimento dos deveres implica o respeito aos direitos fundamentais em conexão com a fraternidade, fato que exige uma verdadeira transformação social e cultural.

### **5.3 Deveres fundamentais na dogmática constitucional: dever de proteção aos direitos fundamentais transindividuais**

Após o estudo da importância do reconhecimento dos deveres na contemporaneidade, convém discorrer sobre o tratamento que é dado a eles na dogmática constitucional, com o intuito de verificar como a Constituição brasileira de 1988 abordou essa temática, em especial o dever de proteção aos interesses transindividuais.

---

<sup>402</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 64.

<sup>403</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. **Doxa**, Alicante, n. 4, p. 329-341, 1987. Disponível em: [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cu\\_aderno4/Doxa4\\_19.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cu_aderno4/Doxa4_19.pdf). Acesso em: 14 jun. 2015, p. 336.

<sup>404</sup> Segundo Ingo Wolfgang Sarlet: “O reconhecimento de deveres fundamentais diz com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica, na acepção de José Carlos Vieira de Andrade, “um empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, portanto, reclama um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 11 ed, 2012, p. 302.

No horizonte de um Estado Democrático de Direito, que tem a dignidade humana como centro de referência, os deveres fundamentais, ao traduzirem a responsabilidade comunitária dos cidadãos, constituem aspecto relevante do estatuto constitucional do indivíduo, consubstanciando expressão imediata ou direta de valores e interesses comunitários<sup>405</sup>.

O fundamento lógico dos deveres fundamentais reside na soberania do Estado enquanto comunidade organizada que tem como pedra angular a dignidade humana<sup>406</sup>. Por certo, a dignidade da pessoa humana impõe que o indivíduo seja entendido simultaneamente como ser livre e responsável, pois não há como compreender a pessoa portando apenas direitos sem ter deveres para consigo próprio e para a comunidade. O fundamento jurídico, por sua vez, reside na previsão constitucional expressa ou implícita dos deveres, que podem estar formalmente ou materialmente previstos na Constituição, pois o que confere o carácter de materialidade ao dever é a natureza de ser promotor e garantidor da fraternidade.

Apesar de não haver um regime constitucional equivalente ao dos direitos fundamentais, por ser um tema pouco enfrentado na doutrina constitucional contemporânea<sup>407</sup>, algumas teorias surgem para justificar a existência e a validade dos deveres fundamentais.

Parte da doutrina, calcada em teorias liberais, restringe os deveres a meros limites dos direitos fundamentais, compreendendo-os como limites da liberdade ou seu corretivo. De fato, ainda que alguns deveres possam servir de razão constitucional para restrições a direitos fundamentais, não parece ser esta a justificativa adequada para a sua existência a fim de não desvirtuar sua autonomia<sup>408</sup>.

José Carlos Vieira de Andrade denomina tais deveres de imanentes, afirmando que, a partir da conformação dos deveres e dos valores comunitários correspondentes, estaria justificada uma interpretação restritiva do próprio direito fundamental, interferindo diretamente no seu conteúdo<sup>409</sup>. Apenas a título de exemplo,

---

<sup>405</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 37.

<sup>406</sup> NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9-39.

<sup>407</sup> As razões da desconfiança ou indiferença ao tema dos deveres fundamentais foram expostas no item anterior.

<sup>408</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

<sup>409</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Almedina, 2012, p. 165.

pode-se citar na Constituição Brasileira de 1988 o texto normativo que assegura a liberdade de expressão e traz como limite a vedação ao anonimato e o dispositivo que assegura a inviolabilidade de correspondência que poderá ser condicionado nas hipóteses de Estado de Defesa e de Estado de Sítio (alínea “b”, do inciso I, do parágrafo 1º do artigo 136 e do inciso III do artigo 139 da Constituição brasileira de 1988).

Por outro lado, há quem estabeleça como justificativa a correlação necessária dos deveres com os direitos fundamentais, na qual aqueles seriam mera conversão destes<sup>410</sup>. São os denominados deveres conexos ou correlativos. Nos ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, “entende-se por dever conexo ou dever correlativo a direitos o que acontece, por exemplo, com o dever cívico do voto relacionado com o direito de voto ou o dever de educação dos filhos correspondente ao direito de educação dos pais”<sup>411</sup>. Não obstante existirem comandos normativos que tragam direitos e deveres fundamentais, essa teoria não é suficiente para justificá-los por simplificar a ideia de deveres à existência dos próprios direitos.

José Carlos Vieira de Andrade acentua que os deveres fundamentais aparentemente associados a direitos constituem, na sua maioria, uma realidade autônoma e exterior ao direito subjetivo<sup>412</sup>. É o que Casalta Nabais denomina de “direitos com efeito boomerang”<sup>413</sup>, pois exprimem exigências do indivíduo face ao estado e, ao mesmo tempo, limitam a esfera jurídica fundamental desse mesmo indivíduo através da convocação de deveres correlatos. Importa observar que essa correlação não indica que o direito de alguém tem necessariamente um dever de outrem correspondente, pois o direito e o dever pertencem à mesma pessoa, não

---

<sup>410</sup> É este o entendimento de José Afonso da Silva. Ao tratar do tema dispõe o constitucionalista que “Os conservadores da Constituinte clamaram mais pelos deveres que pelos direitos. Sempre reclamaram que a Constituição só estava outorgando direitos e perguntavam onde estariam os deveres. Postulavam até que se introduzissem aí deveres individuais e coletivos. Não era isso que queriam, mas uma declaração constitucional de deveres, que se impusessem ao povo. Ora, uma Constituição não tem que fazer declaração de deveres paralela à declaração de direitos. Os deveres decorrem destes na medida em que cada titular de direitos individuais tem o dever de reconhecer e respeitar igual direito do outro, bem como o dever de comportar-se, nas relações inter-humanas, com postura democrática, compreendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como a sua própria”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 198.

<sup>411</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 529.

<sup>412</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976**. Almedina, 2012, p. 165.

<sup>413</sup> NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 53.



existindo necessariamente reciprocidade. Um dever nem sempre vai se referir a um direito, não podendo afirmar que sempre há uma correlação entre deveres e direitos, podendo os deveres serem autônomos em relação aos direitos, assim como estes podem existir independente daqueles.

Em verdade, os deveres fundamentais coexistem com os direitos fundamentais, constituindo uma categoria constitucional autônoma que alberga valores da comunidade que devem ser respeitados, protegidos e promovidos. Grande parte dos deveres são autônomos e os efeitos podem beneficiar ou prejudicar a concretização de direitos, mas não determinar a sua existência.

É possível distinguir deveres autônomos dos deveres correlatos. Enquanto os primeiros independem de uma relação material para a concretização dos direitos, os segundos estão frontalmente ligados ao aspecto ativo do indivíduo perante o Estado e a sociedade<sup>414</sup>.

Apesar da autonomia dos deveres fundamentais, eles participam do regime geral dos direitos fundamentais, haja vista ser um regime relativo ao estatuto constitucional do indivíduo, ou seja, relativo aos direitos e deveres<sup>415</sup>. Diante disto, aplicam-se aos deveres fundamentais vários caracteres dos direitos fundamentais, a exemplo da historicidade, universalidade, irrenunciabilidade e proporcionalidade.

Os deveres fundamentais traduzem a mobilização do indivíduo para a realização do bem comum. Assim como os direitos fundamentais, os deveres foram inseridos nas Constituições ao longo da história e revelam as três gerações pertinentes aos valores de liberdade, igualdade e fraternidade. A primeira geração é contemplada no Estado liberal (valor liberdade) e traz as obrigações ou restrições legais impostas ao indivíduo, a exemplo de deveres de defesa da pátria, de pagar impostos, de sufrágio e de participação política. Os deveres de segunda geração visam estabelecer a igualdade e são inseridos nas constituições sociais revelando deveres econômicos, sociais e culturais, a exemplo do dever de proteção à saúde, de contribuir para seguridade social e de frequentar escolas. Por fim, a terceira geração implanta nas constituições deveres de fraternidade, a exemplo dos deveres de

---

<sup>414</sup> FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.167-209, abr./jun. 2012, p. 172-174.

<sup>415</sup> NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 9.

contribuir para o desenvolvimento, para a paz, os relativos à proteção do meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, dentre outros<sup>416</sup>.

Há, nas Constituições, deveres expressos e implícitos. Na Constituição brasileira, por exemplo, o dever de pagar tributos não está expresso, muito embora seja claramente possível extrair a referida obrigação dos enunciados constitucionais do sistema tributário. Também não há, no texto constitucional, referência a deveres de respeitar a situação jurídica de terceiros e de respeitar as leis, mas eles decorrem de uma razão lógica do Estado Constitucional de Direito e do conteúdo jurídico da fraternidade<sup>417</sup>.

Com efeito, caso alguma Constituição traga um dever irrelevante, apenas para agradar ao governo, a exemplo do dever de prestar homenagens ao governante, tal dever não conteria traço algum de fundamentalidade, pois não se observa embasamento na fraternidade. Assim, enquanto os direitos fundamentais têm como base a dignidade da pessoa humana, os deveres fundamentais encontram-se intimamente atrelados à fraternidade.

A fraternidade faz com que o indivíduo tenha ciência dos seus deveres a partir do reconhecimento do outro e da compreensão de que, por ser titular de direitos, é também sujeito de deveres, numa dimensão intersubjetiva e relacional de respeito ao próximo e ao Ordenamento Jurídico Pátrio numa sociedade democrática.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, as ideias de solidariedade e de fraternidade apontam para deveres fundamentais entre os cidadãos, a exemplo de deveres de defesa de proteção do ambiente, de respeito e solidariedade para com as pessoas com deficiência, o dever de respeitar o direito do consumidor, dever de

---

<sup>416</sup> Júlio Pinheiro Faro entende que essa tipologia divide os deveres conforme os seus direitos correlatos, em três espécies: deveres em relação à liberdade, deveres em relação à igualdade e deveres em relação à fraternidade. Para o autor “Os deveres em relação à liberdade são aqueles que têm a ver com o respeito aos direitos à liberdade dos indivíduos, tratando-se, pois, do dever de não-uso de direito com finalidade de prejudicar (ou, de outro modo, do dever de não-abuso de direito) a situação jurídica de outrem. Em suma, é um dever individual dirigido a outro indivíduo. Os deveres em relação à igualdade são os que têm a ver com o respeito aos direitos à igualdade dos indivíduos, consistindo, assim, em deveres de promoção de situações que facilitem ou que proporcionem situação de igualdade entre os indivíduos; de tal forma, são deveres individuais voltados à sociedade. Os deveres em relação à fraternidade, por fim, são aqueles que têm a ver com o compromisso de manutenção de um ambiente equilibrado e saudável para o desenvolvimento dos direitos. Como se pode vislumbrar, tal classificação consiste na coexistência relacional de direitos e deveres, vale dizer, na necessária relação entre determinados direitos e certos deveres”. FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **FIDES**, Natal, v. 1, n. 2, ago./dez.2010, p. 218-219.

<sup>417</sup> FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **FIDES**, Natal, v. 1, n. 2, ago./dez.2010, p. 218-219

respeito dos direitos dos outros<sup>418</sup>. Desta maneira, para o constitucionalista português, a fraternidade é a força motriz para os deveres entre os cidadãos.

Na obra “Eu e tu”, Martin Buber esclarece a relação entre o eu e o outro, evidenciando que o outro é a condição de existência do eu<sup>419</sup>. Dessa forma, o indivíduo só existe em razão de seu semelhante. O Direito (enquanto ciência), ao colocar em evidência sua alteridade, deixa claro que os deveres precisam ser observados pelos indivíduos a fim de que se alcance uma sociedade fraterna e se promova a dignidade humana.

Pedro Gallo Vieira e Adriano Sant’Ana Pedra entendem que o elo conector de direitos e deveres é o princípio da solidariedade, na medida em que o “cidadão deverá se solidarizar para com o outro de forma prestacional”<sup>420</sup>. Para os autores:

O indivíduo titular de direitos não poderá ser distante do indivíduo sujeito de deveres, sob pena do egoísmo prevalecer sobre a solidariedade, quando o abuso do exercício dos direitos destruirá a legitimidade dos mesmos, tornando-se arbitrário e submetendo-o à fatalidade. O eu-isso, mesmo que egoísta, não significa um mal, pois todos são merecedores de direitos; entretanto, poderá sê-lo se deixar de vir acompanhado da responsabilidade do eu-tu.

No mesmo sentido, Filippo Pizzolato defende que direitos e deveres são aspectos complementares de uma liberdade que assume a solidariedade (fraternidade) como seu horizonte, defensora de uma mesma visão do homem e da sociedade<sup>421</sup>.

Na perspectiva desta tese, é a fraternidade (sentido amplo) que estabelece o elo entre direitos e deveres no momento em que traz a necessidade de reconhecimento do outro, fazendo com que o indivíduo tenha consciência de que é titular de direitos e sujeito de deveres autônomos e vinculados aos direitos. A partir da fraternidade, compreende-se que o dever fundamental alcança uma dimensão de utilidade geral beneficiando o Estado e a coletividade. O fundamento ético dos deveres reside no imperativo categórico kantiano segundo o qual o agir humano deve estar pautado na máxima moral conforme a qual o indivíduo deve agir da maneira

---

<sup>418</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 534.

<sup>419</sup> BUBBER, Martin. **Eu e tu**. Trad. e introd. Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Centauro, 2001, p. XLIX.

<sup>420</sup> Pedro Gallo Vieira e Adriano Sant’Ana Pedra. O rol de deveres fundamentais na constituição como *numerus apertus*. *Derecho y Cambio Social*.

<sup>421</sup> PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008, p. 120.

como gostaria de ser tratado, além de considerar sua comunidade como um fim e nunca como um meio<sup>422</sup>. A relação do homem com os demais deve ser pautada num dever de virtude e reciprocidade.

No contexto de um Ordenamento Jurídico que tem como fundamento a dignidade humana e como objetivo a construção de uma sociedade solidária e fraterna, o Estado precisa contar com a colaboração do indivíduo para a concretização de direitos fundamentais, a exemplo do dever de pagar tributos para efetivação de direitos sociais, dever de obediência às leis, dever dos pais de educar os filhos, dentre outros.

É de salientar que o rol dos deveres fundamentais é meramente exemplificativo, em razão da existência de deveres implícitos e de tantos outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, bem como dos tratados internacionais. É o que ocorre na Constituição de 1988. Entretanto, por implicar restrição à liberdade do indivíduo, os deveres que não estejam expressamente previstos devem ser dotados de fundamentalidade material (com base na fraternidade), não podendo ser livremente determinados pelo legislador<sup>423</sup>. Ancorando-se no entendimento de Pedro Gallo Vieira e Adriano Sant'Ana Pedra, aplica-se, para os deveres fundamentais, a cláusula de abertura dos direitos fundamentais<sup>424</sup>, contrariando, pois, a compreensão de Casalta Nabais de que há uma tipicidade ou lista fechada de deveres<sup>425</sup>.

Ocorre que, por não existir na jurisprudência e na doutrina o devido desenvolvimento do tema, em inúmeras situações, deveres decorrentes de tratados internacionais não são utilizados como parâmetros hermenêuticos ou mesmo na verificação de compatibilidade material de normas infraconstitucionais com a Constituição. Exemplo disso é o capítulo V do Pacto de San Jose da Costa Rica, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pelo decreto 678/1992, ao prescrever, no artigo 32, os deveres das pessoas para com a família, a comunidade e a humanidade,

---

<sup>422</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 54.

<sup>423</sup> Bernhard Schlink e Bodo Pieroth entendem que os deveres fundamentais se desenvolvem nas atualizações do direito ordinário, que os conforma, todavia “não estão, como obrigações fundamentais, no mesmo nível dos direitos fundamentais, mas são ingerências, como todos os outros deveres impostos por lei”. SCHLINK, Bernhard; PIEROTH, Bodo. **Direitos Fundamentais**. Tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, série IDP, São Paulo: Saraiva, 2012, item 209.

<sup>424</sup> Pedro Gallo Vieira e Adriano Sant'Ana Pedra. O rol de deveres fundamentais na constituição como *numerus apertus*. **Derecho y Cambio Social**. NÚMERO 31 - AÑO X - 2013 - La Molina, Lima-Perú.

<sup>425</sup> NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais**: os deveres e os custos dos direitos. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005, p. 7.

além de estabelecer a correlação entre deveres e direitos ao afirmar que os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática. No mesmo sentido, o art. 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil no decreto 592/1992.

No Brasil não há qualquer sistematização lógica ou rol específico de deveres fundamentais. Ao longo da Constituição, podem ser extraídos deveres de alistamento eleitoral, de votar e de filiação partidária (art. 14, da CF); dever de alistamento militar (art. 143, da CF); dever de preservar a segurança pública (art. 144); dever de pagar tributos (arts. 145 a 162, da CF); dever de contribuir para a seguridade social (arts. 194 e 195); dever de educar (art. 205, da CF); dever de promover e proteger o patrimônio cultural (arts. 215 e 216, da CF); dever de preservar o ambiente (art. 225, da CF); dever de proteger a criança, o adolescente e o jovem (art. 227, da CF); dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229); dever dos filhos de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229); dever de amparar as pessoas idosas (art. 230, da CF)<sup>426</sup>.

Apesar de algumas normas de deveres fundamentais serem dirigidas primordialmente ao legislador, a quem cabe materializá-los, entende-se, na trilha de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>427</sup>, que sempre haverá exigibilidade nos enunciados da Constituição brasileira, inclusive com exigibilidade direta<sup>428</sup>, como o dever de

---

<sup>426</sup> Além desses deveres, o art. 5º enuncia direitos e deveres individuais e coletivos, registrando, portanto, deveres correlatos a exemplo do dever de respeito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, caput, da CF); dever de indenizar pelos danos causados (art. 5º, V e X, da CF); dever de respeito à liberdade de consciência e crença (art. 5º, VI a VIII, da CF); dever de respeitar a privacidade e a inviolabilidade da casa do indivíduo, bem como sua correspondência, comunicações telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, X a XII, da CF); dever de respeitar a propriedade e atender sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).

<sup>427</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 536.

<sup>428</sup> Ingo Wolfgang Sarlet destaca que “Em termos gerais, no que diz com o seu conteúdo, o regime jurídico dos deveres fundamentais guarda sintonia com o regime jurídico dos direitos fundamentais, guardadas, é claro, as distinções entre as diferentes dimensões de direitos fundamentais, bem como a sua natureza defensiva ou prestacional. Nesse sentido, é possível afirmar que os deveres fundamentais podem – a depender do caráter da norma jurídico constitucional que os fundamenta – ter eficácia e aplicabilidade imediatas, mas que tais características, no plano dos deveres, devem, a depender da hipótese, ser compreendidas de modo distinto do que ocorre com os direitos fundamentais. Com efeito, especialmente quando se cuidar da imposição, diretamente deduzida de deveres fundamentais (sem mediação legislativa) de sanções de natureza penal, administrativa e mesmo econômica, há que ter a máxima cautela e render sempre a devida homenagem ao princípio da legalidade e seus diversos desdobramentos, entre outros”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

educação dos filhos, de preservar o patrimônio nacional, de defesa ao meio ambiente, de proteção ao idoso, dentre outros<sup>429</sup>.

Em relação aos direitos fundamentais transindividuais, reconhece-se o correlato dever de proteção a eles que abrange tanto o Estado (eficácia vertical) quanto os indivíduos (eficácia horizontal), uma vez que, somente a partir da corresponsabilidade, é que os direitos fundamentais transindividuais alcançarão sua máxima efetividade. Por estarem ligados ao princípio da fraternidade, tais deveres serão denominados de deveres de fraternidade.

Os deveres de fraternidade impõem aos indivíduos e às pessoas jurídicas de direito público e privado, com a devida proporção<sup>430</sup>, a obrigação jurídica de proteger direitos fundamentais transindividuais, a exemplo do meio ambiente, desenvolvimento, paz, patrimônio cultural, gerando assim uma corresponsabilidade social. Indubitavelmente, tanto o Estado quanto o indivíduo são responsáveis por esses direitos e, somente com a cooperação de ambos (corresponsabilidade), é que se viabilizará a sua máxima efetividade.

Têm-se, como exemplo, os deveres de atendimento educacional inclusivo imposto às escolas públicas e privadas pela convenção internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e na lei 13.146/2015 (Estatuto das pessoas com deficiência). Por certo, cuidam-se de deveres de fraternidade que determinam a igualdade pelo reconhecimento da dignidade e a responsabilidade pela alteridade<sup>431</sup>.

Eligio Resta destaca que a fraternidade pode ser um meio de fomentar um processo de autorresponsabilização dos indivíduos, liberando-se da rivalidade

---

<sup>429</sup> Em linha dissonante da que aqui se apregoa Casalta Nabais apregoa que “os deveres fundamentais, independentemente do grau de concretização normativa de que disponham na constituição, carecem sempre de intervenção do legislador para estabelecer as formas e os modos do seu cumprimento e a sanção do correspondente não cumprimento”. NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 155.

<sup>430</sup> É válido mencionar que os deveres positivos de proteção aos direitos fundamentais transindividuais exigidos aos indivíduos não se equivalem aos do Estado. Nesse caminho, tem-se o entendimento de Daniel Sarmiento ao afirmar que “como os particulares não detêm poder de polícia, e pertence ao Estado o monopólio do uso legítimo da força, não pode ser atribuído a atores privados o dever de defender os bens transindividuais em face de lesões e ameaças provenientes de terceiros. Este dever caberá exclusivamente ao Estado, embora seja possível vislumbrar neste campo possíveis mecanismos de cooperação dos particulares, de caráter não obrigatório”. SARMENTO, Daniel. P. 321.

<sup>431</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016. Informativo 829. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>. Acesso em 02 de julho de 2016.

destrutiva típica do modelo “irmãos-inimigos”<sup>432</sup>. É nesse contexto de responsabilidade e dever para com o próximo que se insere o dever de proteção aos direitos fundamentais transindividuais e seu relacionamento com a fraternidade.

Quando a proteção a direito fundamental transindividual envolver indivíduos que se encontrem numa situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência, a exemplo da gratuidade dos transportes coletivos para idosos e pessoas com deficiência, reserva de vagas a jovens de baixa renda nos veículos de transporte coletivo interestadual, pode-se denominá-lo de dever de fraternidade no sentido amplo ou, de maneira específica, de dever de solidariedade, em razão da distinção proposta nesta tese. Sublinhe-se que, por haver restrição à autonomia privada, quando os deveres não estiverem previstos na Constituição, a exemplo do art. 230, § 2º<sup>433</sup>, ou por meio de lei, a exemplo do estatuto da juventude (lei 12.852/2013 regulamentada pelo decreto 8.537/2015)<sup>434</sup>, deverão ser harmonizados com a autonomia privada a fim de não haver uma intervenção desproporcional na liberdade dos particulares, reiterando-se a necessidade de se utilizar o princípio da fraternidade como parâmetro para a decisão.

Os deveres de fraternidade atingem, portanto, o âmbito empresarial, limitando sua autonomia. A responsabilidade social da empresa deve ser orientada para a participação em projetos voltados à proteção do meio ambiente, do desenvolvimento sustentável, do patrimônio cultural, de forma a colaborar na proteção dos direitos transindividuais.

A reflexão dos deveres de fraternidade em relação aos indivíduos implica introduzir o fundamento constitucional da cidadania no debate. Inevitavelmente, a democracia que permeia o texto constitucional só se realiza mediante a efetiva participação dos indivíduos no tocante aos direitos e deveres fundamentais.

Manoel Jorge e Silva Neto destaca que, no Estado Democrático de Direito, a cidadania deve ser compreendida, no sentido estrito, como conceito jurídico tradicional de exercício do direito político ativo e, no sentido amplo, para garantir às pessoas direitos fundamentais (cidadania em sentido amplo)<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Tradução Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul-RS: EDUNISC, 2004, p. 13-14.

<sup>433</sup> Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

<sup>434</sup> Nesse sentido tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 2.649/DF que reconheceu a constitucionalidade da lei 8899/94, que concede passe livre às pessoas com deficiência.

<sup>435</sup> Nas palavras de Manoel Jorge e Silva Neto: “consagrar-se o fundamento à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais,

A noção de cidadania em sentido amplo é aqui revisitada para incluir o princípio da fraternidade como referencial hermenêutico. Assim sendo, a cidadania fraterna, além de perfilhar a garantia de direitos fundamentais, reconhece deveres dos indivíduos em comunidade para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais e culturais. A concepção fraterna de cidadania reafirma a necessidade de legitimar direitos e deveres, abrindo novos espaços de participação política e incentivando, nas relações interpessoais, o reconhecimento do “outro” em igual dignidade.

Os direitos e deveres fundamentais transindividuais trabalhistas, por exemplo, atingem toda a sociedade quando desrespeitados, dado que não há democracia se no ambiente de trabalho prevalece a lógica autoritária e da exploração<sup>436</sup>. Assim sendo, a cidadania fraterna nas relações de trabalho é necessária à concretização da democracia.

A atualização do conceito de cidadania é medida que se impõe a fim de conscientizar os indivíduos dos deveres que possuem em relação à efetivação dos direitos fundamentais transindividuais a partir do princípio da fraternidade, exigindo que se reconheça “a igualdade cidadã dos diferentes”<sup>437</sup>.

Recorre-se ao exemplo de um caso concreto que envolveu uma política pública infanto-juvenil no Estado de Sergipe para justificar a afirmação. Em novembro de 2015, foi amplamente divulgado nos jornais locais que o Ministério Público do Estado de Sergipe tinha ingressado com Ação Civil Pública pleiteando continuidade da construção da unidade de execução de medida socioeducativa de internação masculina no Município de Nossa Senhora do Socorro/SE, uma vez que já existia convênio firmado entre a União (por meio da secretaria de Direitos Humanos) e o Estado de Sergipe com dotação orçamentária aprovada. Acontece que as obras estavam paradas em razão de discordância de representantes da população do Município, referendada pelo seu gestor, em relação ao local da obra, por ser área

---

mui especialmente aqueles relacionados aos direitos sociais”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313-314.

<sup>436</sup> Com base nos fundamentos da cidadania, da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais trabalhistas previstos no texto constitucional, Ricardo José de Macedo Britto Pereira defende a inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização. Verdadeiramente, esta pretendida terceirização vai de encontro à cidadania fraterna, à dignidade humana e aos pilares do Direito do Trabalho, visto que incentiva a coisificação do trabalhador. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. A inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização. **Revista da ABET**, v. 14, p. 62-77, 2015.

<sup>437</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, p. 81-108, 2003.



urbana próxima ao maior colégio municipal da região, ao Serviço Social do Comércio (SESC), ao Instituto Federal de Sergipe (IFS), cuja valorização é latente<sup>438</sup>.

Inelutavelmente, a recusa da população do município à implementação de política pública tão importante para a proteção de direitos fundamentais transindividuais dos menores infratores do Estado de Sergipe revela, além de desrespeito ao art. 227 da Constituição cidadã que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar, com absoluta prioridade, os direitos da criança e do adolescente, afronta o princípio da fraternidade.

Decerto, essa postura da população não mudará automaticamente, pois depende de uma transformação cultural, mas a aplicação paulatina do princípio da fraternidade com a conseqüente mudança da cultura individualista para a cultura fraterna é capaz de transformar a sociedade, de modo a conscientizar o indivíduo de seus deveres e da necessidade de reconhecimento da dignidade do outro.

Conforme já alinhavado, a fraternidade revela o núcleo dos deveres fundamentais, internalizando no ordenamento jurídico o artigo XXIX, 1 da DUDH: “Todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

Como “Estado é processo”<sup>439</sup>, na percepção de Adolfo Posada, o Estado Constitucional Brasileiro deve viabilizar o exercício dessa cidadania fraterna, de modo a permitir o cumprimento dos deveres dos indivíduos em comunidade através da criação de uma rede de proteção aos direitos fundamentais transindividuais que permita participação da sociedade e crie a cultura da fraternidade, refletindo, assim, o compromisso do Estado Constitucional Democrático<sup>440</sup> com a garantia de padrões mínimos de inclusão para proteção desses direitos.

Com efeito, a cidadania fraterna viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais transindividuais por reconstruir o sentido da participação do indivíduo no Estado Constitucional a partir da compreensão do direito enquanto fenômeno sociojurídico que deve ancorar-se na realidade e exigir a observância dos deveres

---

<sup>438</sup> Ação civil pública disponível em <http://www.mpse.mp.br/NoticiaExibir.aspx?id=8956>. Acesso em 26 de maio de 2015.

<sup>439</sup> POSADA, Adolfo. **La idea pura del Estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

<sup>440</sup> No livro “Para uma revolução democrática da justiça” Boaventura de Sousa Santos obtempera que o Estado Democrático deve estar assentado em dois princípios: a garantia de igualdade de oportunidades às diferentes propostas de institucionalidade democrática e a garantia de padrões mínimos de inclusão que tornem possível a cidadania ativa necessária a monitorar, acompanhar e avaliar os projetos alternativos. SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez, 2007, p. 53.

fundamentais para a sedimentação de uma sociedade fraterna. Ademais, a cidadania fraterna, ao delinear deveres de participação ativa do cidadão, desperta a consciência de pertencimento do indivíduo a um Estado que busca a proteção integral a direitos fundamentais transindividuais.

## **6 PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS TRANSINDIVIDUAIS A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**

### **6.1 Processo de conscientização para aplicação da fraternidade: uma mudança cultural**

Antes de apresentar as propostas para proteção de direitos fundamentais transindividuais a partir do princípio da fraternidade, é necessário refletir sobre o processo de conscientização para fraternidade.

A crítica da razão constitucional obriga a questionar a relevância prática do princípio da fraternidade para a sociedade. Com efeito, é imperioso ir além do aspecto teórico e conferir aplicabilidade à fraternidade a fim de que não se sustente posteriormente inutilidade do conceito, se concebido como utópico e retórico.

Certo é que a aplicação do princípio da fraternidade e a consequente proteção a direitos fundamentais transindividuais não dependem apenas da Constituição ou da Declaração Universal de Direitos Humanos, que já cumpriram a função de trazer para o ordenamento jurídico interno e internacional o discurso da fraternidade, mas está acoplado a uma transformação cultural.

Como se demonstrou, a noção de fraternidade varia no tempo e no espaço e sofre o impacto da história e da cultura de cada povo, bem como de circunstâncias políticas, jurídicas e ideológicas. Inquestionavelmente, o princípio da fraternidade desperta a consciência de reconhecimento e de responsabilidade em relação ao “outro” e à comunidade.

Ocorre que a cultura jurídica brasileira está calcada no pensamento liberal-individualista, razão pela qual a aplicação da fraternidade exige uma transformação social e cultural que viabilize o desenvolvimento do modelo de sociedade previsto no preâmbulo do texto constitucional. Para concretização da sociedade fraterna, é necessário mudar o inconsciente coletivo marcado por arquétipos de autoridade e por interesses egoísticos decorrentes do processo de formação colonial da sociedade brasileira.

Conforme ressaltado neste estudo, a ausência de pertencimento do povo brasileiro, característico do “constitucionalismo tardio”, acarretou no afugentamento

do sentimento constitucional<sup>441</sup>. Ao revés, somente a partir da compreensão do conteúdo do enunciado normativo, os sujeitos de direitos e deveres assumem consigo, com o outro e com o país a corresponsabilidade real em relação aos compromissos assumidos na Constituição. No mesmo toar, reconhecem os desvios e exigem comportamentos adequados dos seus representantes políticos e alterações do sistema.

Da conscientização e formação da personalidade do indivíduo, voltada para realização da fraternidade, é que se viabilizará o reconhecimento de seus direitos e deveres, e, por via de consequência, a ação corresponsável em relação aos direitos fundamentais transindividuais. Afinal, só haverá corresponsabilidade natural no momento em que se compreender o ordenamento jurídico.

Na prática, como essa transformação ocorrerá? Como cultura é processo<sup>442</sup>, a educação é a melhor forma de viabilizar a conscientização do princípio da fraternidade. A Constituição de Portugal de 1974 traz essa iniciativa ao dispor, no art. 73.2, que:

O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para a igualdade de oportunidades, a superação das desigualdades económicas, sociais e culturais, o desenvolvimento da personalidade e do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida colectiva<sup>443</sup>.

Infere-se do dispositivo que a escola, a universidade ou qualquer outra instituição de carácter formativo (família, empresas) devem educar para a fraternidade através do espírito de tolerância, de compreensão mútua, de solidariedade e de responsabilidade para o progresso social e para participação na vida coletiva, devendo o Estado promover a democratização da educação e assegurar a construção da cidadania fraterna.

---

<sup>441</sup> VERDU, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

<sup>442</sup> Essa perspectiva foi alcançada através dos ensinamentos de Manoel Jorge e Silva Neto ao afirmar que “cultura não é, está sendo”. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Constitucionalismo brasileiro tardio**. Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

<sup>443</sup> PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 02 de abril de 1976. Revisão Constitucional de 2005. Disponível <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 20 de maio de 2016.

Com efeito, a educação é responsável pela formação da personalidade do indivíduo e influencia diretamente a forma de pensar e agir de uma sociedade. A formação, nesta perspectiva, é dever de todos, nos termos do art. 205 da CRFB<sup>444</sup>. Desta forma, a mudança do pensamento individualista para o fraterno pode ser conduzida pelos processos educativos através de incentivos das práticas de fraternidade pelo Estado e por qualquer outra instituição de caráter formativo. Nesse sentido prescrevem os arts. 1º e 2º da lei de Diretrizes e Bases da Educação (lei 9.394/1996) ao estabelecer:

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de **solidariedade humana**, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu **preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

Sugere-se de logo a conscientização e vivência de práticas educacionais fraternas voltadas para o exercício da democracia na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, as quais envolvam a proteção ao meio ambiente, a qualidade de vida, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, cuidado com o idoso e com a pessoa com deficiência, amor ao próximo (reconhecimento da dignidade humana) num contexto humanístico e plural, para, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania fraterna.

As práticas educacionais fraternas poderão utilizar o formato e a metodologia de uma pedagogia voltada para o diálogo a fim de incentivar o aluno no processo de reconhecimento do outro. Os frutos desta sementeira serão colhidos em prazo mais dilatado, mas com a garantia de uma edificação consistente na vida social e política.

Como os educadores não são neutros e, ao desenvolverem suas atividades, contribuem para a libertação ou para domesticação do indivíduo<sup>445</sup>, será

---

<sup>444</sup> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

<sup>445</sup> Segundo os ensinamentos de Paulo Freire a domesticação revela a ação pedagógica alienadora que não se preocupa com a conscientização do indivíduo. Por outro lado, a libertação autêntica é o processo de humanização. Nas palavras de Paulo Freire “é práxis que implica na ação e na reflexão dos homens sobre o mundo para transformá-lo”. FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 38.

necessário, em curto prazo, curso de formação humanística com direcionamento para as práticas educacionais fraternas, devendo o Estado fiscalizar, posteriormente, se as instituições de ensino estão cumprindo o disposto na lei de Diretrizes e Bases da Educação.

Nos cursos superiores, recomenda-se a inclusão de uma disciplina voltada à cidadania e à fraternidade, como disciplina de base, com o intuito de contribuir para formação humanística do discente, conscientizando-o dos deveres fundamentais relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, sempre estimulando a interação do aluno com a realidade através de aproximações com movimentos sociais e instituições voltadas à defesa e proteção destes bens de caráter transindividual.

Convém registrar que a resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação - Câmara de Educação Superior (CNE/CES), que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito, prevê, no art. 3º, que o curso deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral e humanística, indispensável ao exercício da ciência do direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania<sup>446</sup>. Numa rápida análise do ensino jurídico do país, vê-se que essa resolução é letra morta, uma vez que sequer incluíram nas disciplinas do curso de Direito formação humanística, difundindo-se um modelo de ensino por competência, numa lógica aprendizagem-mercadoria<sup>447</sup>.

A manutenção desse modelo de ensino jurídico não auxilia o processo de formação do futuro operador do Direito que se transforma em mero receptor passivo das informações transmitidas pelo professor com intuito marcadamente mercadológico<sup>448</sup>. É necessário ir além e introduzir, no ensino jurídico, a pedagogia do diálogo e da presença, para que o discente consiga identificar-se como cidadão e reconheça a dignidade do outro.

---

<sup>446</sup> BRASIL. Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004 do Conselho Nacional de Educação - Câmara de Educação Superior (CNE/CES). Disponível em [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em 28 de maio de 2016.

<sup>447</sup> Nesse sentido conferir OLIVEIRA, Francisco Cardozo; VERONESE, Josiane Rose Petry. Ensino jurídico na perspectiva da luta por reconhecimento de direitos dos jovens do Brasil: o lugar do outro no aprendizado. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica**: da utopia à realidade. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015, p. 353-357.

<sup>448</sup> SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. rev e ampl. São Paulo: Cortez, 2007.

Nomeadamente para os operadores do Direito ligados à administração da justiça (juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, assessores, conciliadores, mediadores, assistentes sociais, pedagogos e psicólogos), faz-se necessário realizar cursos de capacitação para conscientização do princípio da fraternidade.

A lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil<sup>449</sup>, dialoga com o princípio da fraternidade ao estimular, de diversas maneiras, formas consensuais para tratamento<sup>450</sup> dos conflitos, como ocorre na mediação e conciliação em que deve haver um reconhecimento recíproco das partes e uma solução pacífica do litígio.

Mediar, por exemplo, diz respeito ao compartilhamento das responsabilidades, simbolizando um processo de integração entre as pessoas e grupos sociais, cuja finalidade, na percepção de Fabiana Marion Spengler é “reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos”<sup>451</sup>. Para o alcance deste objetivo, as partes devem reconhecer as diferenças e ressignificar o conflito a fim de restabelecer a comunicação<sup>452</sup>.

A mediação contribui para a cidadania fraterna ao valorizar o ser humano, incluí-lo socialmente, conscientizá-lo dos seus direitos e deveres, além de ser um meio de prevenção à má administração dos conflitos e uma forma de pacificação social.

Todavia, para que a mediação cumpra sua função, é necessário que o mediador tenha compromisso com a fraternidade, já que, a partir da noção de reconhecimento e de responsabilidade, é que o mediador ajudará os participantes a

---

<sup>449</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 29 maio 2016.

<sup>450</sup> A expressão “tratamento” de conflitos ao invés de “resolução” é utilizada por Fabiana Marion Spengler que justifica a escolha pelo fato de os conflitos sociais não serem passíveis solução pelo Poder Judiciário na acepção de resolvê-los, suprimi-los, elucidá-los ou mesmo esclarecê-los. Deste modo, a expressão “tratamento” apresenta-se mais adequada na condição de ato ou efeito de tratar ou medida terapêutica de discutir o conflito, objetivando uma resposta satisfatória. SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 26.

<sup>451</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 312.

<sup>452</sup> Utilizando mais uma vez os ensinamentos de Fabiana Marion Spengler “a mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade dos espaços de privacidade do outro, repudiando o mínimo de movimento invasor e dominador. (...) As divergências passam a ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares, e o Direito como solidariedade”. SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à Mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 321.

identificar ou criar alternativas para tratar o conflito de maneira harmônica e construtiva.

A lei de mediação (lei 13.140/2016) e o Código de Processo Civil só conseguirão construir a cultura da fraternidade se os responsáveis pelo processo judicial ou extrajudicial tiverem formação específica para disseminar e implantar a cultura de pacificação social. Com efeito, reforma legislativa sem transformação cultural de nada servirá, porque o modelo liberal-individualista não permite o reconhecimento do outro e a corresponsabilidade. Assim, é imperioso teorizar e aplicar a mediação a partir do princípio da fraternidade<sup>453</sup>.

A perspectiva defendida nesta tese encontra respaldo no Conselho Nacional de Justiça, notadamente na Resolução 125/2010, alterada pela emenda n.2, de 08 de março de 2016, para se adequar ao art. 167, § 1º, do CPC, que exige capacitação mínima para conciliar ou mediar, ao trazer nas diretrizes curriculares o tema cultura de paz. Demais disso, ao tratar do código de ética dos conciliadores e mediadores, dispõe, como princípio fundamental que rege a atuação deles a validação, significando o dever de estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito. No sentido desenvolvido neste trabalho, validação é corolário do princípio da fraternidade, de modo que já se vislumbra preocupação do Conselho Nacional de Justiça na transformação cultural.

## **6.2 Princípio da fraternidade como condição para máxima efetividade dos direitos fundamentais transindividuais**

Consoante destacado ao longo do trabalho, a efetividade dos direitos fundamentais transindividuais constitui um objetivo ainda a ser perseguido no Brasil, país de constitucionalismo tardio, cujos enunciados constitucionais ainda não foram concretizados.

Por serem direitos que envolvem interesses de número indefinido de pessoas ou de toda a humanidade, sobreleva a dificuldade de realização e defesa,

---

<sup>453</sup> Nessa linha conferir GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011



uma vez que predomina ainda a cultura individualista de uma sociedade cujos sujeitos não possuem o senso de responsabilidade pelo bem comum.

Além disso, ressalta-se o fato de que os bens tutelados pelos direitos fundamentais transindividuais, a exemplo do meio ambiente e desenvolvimento, são de objeto difuso, apresentando uma natureza transitória ou mutável que dificulta a reparação integral<sup>454</sup>. Cite-se, como exemplo, a construção de um empreendimento que agrida o meio ambiente afetando a preservação de belezas naturais da região. Caso não haja uma devida ação preventiva para impedir a realização do ilícito, o direito ao meio ambiente será violado, com efeitos irreversíveis e o retorno ao *status quo ante* restará inviabilizado.

Não bastasse isso, por serem interesses de massa, caracterizam-se pela intensa conflituosidade, visto que exsurtem de aglutinações contingenciais muitas vezes contrapostas entre si, que têm como causa remota escolhas políticas<sup>455</sup>. À guisa de exemplo, tem-se a construção de uma hidrelétrica com a desapropriação da área e conseqüente dano ao ambiente. Nesse caso, tem-se interesse público na construção da hidrelétrica, interesse social das famílias que passarão pelo processo de desapropriação e interesse difuso ao meio ambiente. Como a Constituição ampara todos os interesses, o Judiciário terá que determinar qual interesse prevalecerá no caso concreto.

Diante destas peculiaridades, muito embora se reconheça o esforço do Ministério Público, da Defensoria Pública, de associações e dos demais legitimados para defesa destes direitos através dos mecanismos judiciais previstos constitucionalmente, especialmente através da ação civil pública, compreende-se que a proteção integral só será alcançada mediante tratamento dialógico e articulado com a sociedade de modo a conscientizar os indivíduos do dever de proteção a estes direitos em corresponsabilidade com o Estado e viabilizar a participação democrática na elaboração de políticas públicas de proteção e promoção.

Para tanto, o princípio da fraternidade consubstancia-se num instrumento essencial para formação de um sistema de garantias aos direitos fundamentais transindividuais, pois muitos atores têm que ser envolvidos no processo de efetivação

---

<sup>454</sup> MANCUSO, Rodolfo de. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 8 ed. Ver., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110-111.

<sup>455</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Volume 79, 1984, p.285.

desses direitos numa estrutura dialógica e plural. Referido princípio, além de ser fundamento jurídico normativo de tais direitos, evidencia a responsabilidade dos indivíduos em comunidade, resgata os deveres fundamentais, incentiva a participação democrática, impõe o reconhecimento da dignidade do outro e o respeito às diversidades num contexto multicultural<sup>456</sup>.

Em face disto, defende-se que seja criado um sistema de garantias para a proteção do meio ambiente, do desenvolvimento, da paz, do patrimônio histórico e cultural, das minorias étnicas, dentre outros, que se estruture através do diálogo, da participação democrática, do reconhecimento, dos deveres fundamentais, da responsabilidade e da jurisdição mínima como forma de garantir a proteção integral de tais direitos e, por consequência, do regime democrático.

Somente através do reconhecimento do outro, como “outro-eu”, é que se criará a consciência dos deveres fundamentais em relação aos bens de natureza difusa e haverá preocupação com as gerações presentes e futuras. O modelo individualista não abre espaço para realização desses direitos. Em razão do princípio da fraternidade, as políticas públicas devem ser capazes de incluir sem excluir, algo que os princípios da liberdade e da igualdade, isoladamente, não alcançaram<sup>457</sup>.

O diálogo constitucional entre os poderes públicos e a sociedade revela-se imprescindível para elaboração e implementação de políticas públicas de prevenção, fomento e proteção aos direitos fundamentais transindividuais de forma a garantir legitimidade democrática através do compartilhamento de ideias, de ações coordenadas do grupo e, com isso, permitir a conscientização comunitária na defesa do bem comum. Consoante assevera Sandra Regina Martini, “somente poderemos

---

<sup>456</sup> Em linha semelhante cf. VIAL, Sandra Regina Martini. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte : ESP-MG, 2010, p. 107-140; VIAL, Sandra Regina Martini. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009; VIAL, Sandra Regina Martini; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. **Revista da Defensoria Pública**. Ano 1- n. 1 – jul/dez 2008. Edição Especial Temática sobre Direito à saúde. Vol. 2.

<sup>457</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte : ESP-MG, 2010, p. 123.

falar em respeito aos direitos fundamentais se a população tiver conhecimento, estiver empoderada de suas condições de vida e de seu direito a ter direitos”<sup>458</sup>.

A análise feita sobre o princípio da fraternidade evidenciou a importância da pessoa como sujeito corresponsável na proteção a direitos transindividuais, que só ocorrerá com o fortalecimento e participação da sociedade civil. Portanto, o componente democrático é fundamental na proteção aos direitos transindividuais, razão pela qual devem ser criados conselhos sociais para cada bem protegido, assim como realizar mais audiências públicas como forma de exercício da cidadania fraterna. É do compartilhamento de opiniões e da escuta da comunidade que serão elaboradas as diretrizes de prevenção, proteção e fomento dos direitos difusos previstos constitucionalmente. A efetiva participação dos cidadãos, portanto, enseja a instauração de um processo aberto de discussão, criando condições de pactuações, comprometimento e responsabilidade de forma a incentivar o cumprimento dos deveres e a possibilitar a eficácia social desses direitos.

A título de exemplo, tem-se, em âmbito nacional, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), na esfera estadual, Conselhos Estaduais de educação, e, no campo municipal, Conselhos Municipais de Saúde, de Meio Ambiente, etc.

O Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente, por exemplo, deve existir em âmbito municipal, estadual e nacional, em face da previsão legal do estatuto da criança e do adolescente, que, dentre as diretrizes da política de atendimento, prevê a sua criação, além da manutenção de fundos nacionais, estaduais e municipais (art. 88, I, II, IV, da lei 8.069/90<sup>459</sup>). O fundamento constitucional deste conselho encontra-se nos artigos 227, §7º, e 204<sup>460</sup>, ao estabelecerem como diretriz para as

---

<sup>458</sup> Cf. VIAL, Sandra Regina Martini. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte : ESP-MG, 2010, p. 117.

<sup>459</sup> Art. 88 da lei 8.069/90 - São diretrizes da política de atendimento: I - municipalização do atendimento; II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais; (...); IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

<sup>460</sup> Art. 227, § 7º, CF/88 - No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204. Art. 204, CF/88. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades

ações governamentais na área da criança e do adolescente, a descentralização político-administrativa e a participação da população. No modelo federal, a descentralização administrativa e a participação da população são realidades inafastáveis para proteção de direitos da coletividade, pois somente assim se permitirá que as comunidades compreendam a necessidade de prevenção, proteção e fomento ao direito transindividual em questão.

No sistema de garantia baseado no princípio da fraternidade, não deve haver hierarquia entre os atores envolvidos, dado que é imperioso partir do reconhecimento do outro com a consequente articulação conjunta, ainda que existam diferenças econômicas, sociais, intelectuais, étnicas, naturais de uma sociedade multicultural.

Deve-se criar, assim, uma rede de proteção para cada direito fundamental transindividual, pautada por vínculos horizontais, tendo como princípios fraternidade, igualdade, transparência, corresponsabilidade, engajamento, cooperação, controle social, dentre outros<sup>461</sup>.

A rede de proteção deverá ser formada por órgãos governamentais e não governamentais e comunidade mediante execução de serviços e programas que conscientizem e assegurem direitos. Para o alcance deste propósito, o fomento ao diálogo, despido de excessos burocráticos, através da inserção e fortalecimento da sociedade, como espaço democrático para tomada de decisões, é o que se impõe. Ou seja, a rede funciona como um espaço dialógico por excelência e apresenta-se como proposta democrática de realização da cidadania, essencial ao processo de transformação cultural da sociedade brasileira e à efetiva tutela a direitos fundamentais transindividuais.

Essa forma de atuação em rede vem sendo experienciada na proteção dos direitos fundamentais transindividuais infantojuvenis com resultados positivos, de forma a atender à determinação constitucional de tutela integral dos direitos. A

---

beneficentes e de assistência social; II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

<sup>461</sup> BARBOSA, Ana Christina Moreno Maia. **Redes locais de atenção à criança e ao adolescente**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002, p. 31. No mesmo sentido Cássia Vieira de Melo revela que “a rede sugere articulação, conexão, vínculos, ações complementares, relações horizontais entre parceiros, interdependência de serviços, convergências. Ao se pensar a rede de garantia de direitos em uma perspectiva de Proteção Integral é essencial considerar que a união de esforços individuais ou institucionais criará um conjunto mais forte do que a mera soma de esforços, levando a uma sinergia. MELO, Cássia Vieira de. Fortalecimento da Rede de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. In: FNDCA (orgs). **A Incidência da Sociedade Civil no Processo de Construção da Política Nacional Criança e do Adolescente**. Brasília: Brasil, 1ª ed., 2010, p. 54..

construção desta rede é tarefa que cabe, primordialmente, aos conselhos de direitos da criança e do adolescente. Assim sendo, sob a coordenação desses conselhos, os mais diversos serviços públicos (a exemplo dos prestados pelos centros de referência de atenção social (CRAS), centro de referência especializada de assistência social (CREAS), centro de atenção psicossocial (CAPS) dentre outros), assim como programas e serviços de atendimento executados por órgãos e entidades governamentais e não governamentais, devem articular-se de forma integrada para prevenção, promoção e proteção dos direitos.

Também compõem o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente órgãos do Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e do Conselho Tutelar, que devem, juntamente com os demais atores, desenvolver ações integradas. Convém frisar que, embora o atendimento prestado à criança e ao adolescente seja municipalizado, em razão da responsabilidade solidária entre os entes federativos, o Estado e a União devem prestar apoio técnico e financeiro para que os Municípios criem as redes de proteção. Como se vê, trata-se de política pública de Estado, prevista no estatuto da criança e do adolescente com o objetivo de concretizar o princípio constitucional da proteção integral.

Não obstante o reconhecimento da importância da tessitura da rede para assegurar tais direitos, constatam-se, na prática, diversas dificuldades na articulação intersetorial em razão da ausência de diálogo e de compromisso com o outro e com o bem comum. Diante disto, cumpre alinhar a política pública de formação das redes de proteção de direitos com o princípio da fraternidade. A imposição de um ponto de vista, por exemplo, prejudica a fraternidade e a unidade, razão pela qual deve ser afastada. Inevitavelmente, as divergências de entendimento, próprias do regime democrático, existirão, mas devem-se eliminá-las pela via do diálogo e pela conscientização de que se está abrindo mão do entendimento pessoal para fortalecer a coletividade<sup>462</sup>.

Outra característica fundamental do trabalho em rede é o compartilhamento de informações entre os diversos atores sociais, preferencialmente por intermédio de um sistema informatizado que permita visualizar as intervenções efetuadas por todos. O acesso às informações aproxima o poder público das comunidades, permite a troca de experiências, além de identificar, de maneira célere e eficiente, a agressão a

---

<sup>462</sup> PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Ministério Público do Trabalho: os princípios institucionais no contexto das relações constitucionais. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte**, p. 107-122, 2012, p.114.

determinado bem. Com a velocidade da informatização, a sociedade civil pode preparar-se, previamente, para impedir, por exemplo, que projetos empresariais de desenvolvimento que violem o meio ambiente sejam implementados à revelia de um processo efetivo de discussão democrática junto às comunidades envolvidas.

Deve-se somar à rede de proteção de direitos fundamentais transindividuais a inclusão de núcleos de mediação, de natureza extraprocessual e autocompositiva<sup>463</sup>, como forma de tratamento dos conflitos de natureza transindividual, evitando-se, desta forma, judicialização das questões e a burocracia do processo. Segundo Luis Alberto Warat, a mediação é a “forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”<sup>464</sup>. De acordo com as premissas desta tese, a mediação é o método mais adequado para solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais na medida em que elabora uma solução não adversarial baseada na alteridade.

Como é cediço, a proteção de direitos fundamentais transindividuais envolve amplo debate interdisciplinar e a necessária participação da comunidade para democratizar a discussão, razão pela qual só se deve recorrer ao Poder Judiciário excepcionalmente. Isso porque as decisões do Poder Judiciário, ainda que em tutela coletiva, não conseguem analisar todas as dimensões do conflito envolvendo bens de natureza difusa, optando pela gestão de interesses (justiça comutativa), sem solucionar propriamente a demanda que normalmente envolve justiça distributiva, o que pode afetar outros direitos fundamentais envolvidos.

Pense-se, por exemplo, na questão de um conflito que abranja direito ao desenvolvimento e sustentabilidade na implantação de uma indústria geradora de resíduos sólidos instalada nas proximidades de uma comunidade de pescadores e que possa atingir o ecossistema aquático. Imagine que, no decorrer do processo, o Poder Público resolva investir em tecnologia de tratamento de resíduos para manutenção da indústria e conseqüente continuidade de uma política de pleno emprego. Nessa situação, no momento em que o Poder Judiciário fizer uma escolha

---

<sup>463</sup> Segundo Manoel Jorge e Silva Neto a mediação é autocompositiva em razão de a solução do litígio não ser apresentada pelo mediador, que é mero facilitador de acordo emanado dos contendores. SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Sugestões para Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro**. Material disponibilizado pelo autor, não publicado. 2016.

<sup>464</sup> WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Argentina: Almed, 1998, p. 5.

por um dos interesses envolvidos, necessariamente atingirá os demais interesses em questão.

Diante da complexidade do problema, defende-se que tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial, com ênfase a este último, se viabilize um processo dialógico para solução de conflitos desta natureza, envolvendo as partes afetadas, através da mediação, possibilitando criar alternativas eficazes a evitar o dano ao bem jurídico ambiental e, ao mesmo tempo, permitir um grau máximo de desenvolvimento sustentável.

De acordo com o que foi afirmado no tópico anterior, mediação é instrumento de efetivação do princípio da fraternidade e da cidadania, já que, por meio da aproximação das partes, viabiliza-se o diálogo entre necessidade, possibilidade e alternativas de acordo com as realidades do caso. Com isso, os disputantes são protagonistas na construção da pacificação social através de tratamentos do litígio que contemplem de forma concreta a coletividade e realizem os objetivos constitucionais. Nesse caso não haverá perdedor/ganhador, uma vez que todos saem satisfeitos com o tratamento dado ao problema, fato que estimula a cultura da paz.

A fim de evitar distorções ou desequilíbrios entre as partes envolvidas na mediação de direitos fundamentais transindividuais (como a do aspecto econômico e intelectual), deve-se propiciar uma representatividade adequada a todos que, de alguma forma, serão afetados pelo problema. Nesse particular, sugere-se que, além dos legitimados para tutela coletiva, amplie-se a legitimidade para os conselhos sociais da rede de proteção de cada direito transindividual em conflito e também de grupos ocasionais e espontâneos, independentemente de organização formal, a exemplo de um grupo de moradores de rua ou de pescadores de uma área adjacente a um rio que esteja sendo poluído.

Na mediação envolvendo direitos fundamentais transindividuais, será necessária a presença do Ministério Público de modo a impedir produção de efeitos nocivos a bem indisponível sujeito ao processo de mediação. Para tanto, deverá haver uma organização interna entre os membros do Ministério Público com um núcleo especializado de mediadores, que, após processo de capacitação, poderão atuar quando escolhidos pelas partes. Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto recomenda

que os membros do Ministério Público que atuem na condição de mediadores sejam distintos dos que fazem a investigação em inquérito civil público<sup>465</sup>.

Nesses casos, como o Ministério Público está presente no processo de mediação, entende-se desnecessária homologação judicial a fim de não burocratizar e dificultar a celeridade do sistema de proteção<sup>466</sup>. Entretanto, se as partes chegarem a um consenso, o acordo constituirá título executivo extrajudicial.

São objetivos dos núcleos de mediação na rede de proteção aos direitos fundamentais transindividuais, dentre outros: fortalecer a cultura político-democrática e de paz; garantir celeridade e efetividade da prevenção; construir solução rápida e eficiente do conflito; contribuir para o respeito, reconhecimento, responsabilidade e tolerância nas comunidades; ponderar as especificidades de cada caso para um tratamento adequado das controvérsias; viabilizar o exercício consciente da cidadania e uma participação efetiva na vida comunitária.

A mediação implementa, portanto, a cidadania e amplia o sistema de garantia e a rede de proteção aos direitos fundamentais transindividuais, de maneira que os núcleos de mediação devem ser criados como meio de construir uma sociedade mais fraterna.

---

<sup>465</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Sugestões para Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro**. Material disponibilizado pelo autor, não publicado. 2016.

<sup>466</sup> Compreende-se que o § 2º do art. 3º da 13.140/2015 que exige a homologação judicial quando a mediação envolver direitos indisponíveis traz uma exigência desnecessária uma vez que a presença do Ministério Público é suficiente para defesa da ordem democrática e dos direitos indisponíveis em jogo.



## 7 CONCLUSÃO

Para melhor entendimento do que foi exposto na tese, convém extrair as seguintes conclusões:

1. Na tentativa de tutelar constitucionalmente alguns interesses transindividuais, surgem direitos de 3ª geração dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, aqui denominados de “direitos fundamentais transindividuais”.

2. Os direitos fundamentais transindividuais têm como fundamento jurídico normativo a fraternidade e a violação aos mesmos pode afetar toda humanidade, além, inclusive, dos limites do próprio Estado. Tem-se, na realidade, um interesse legítimo (objeto difuso ou coletivo) ou direito subjetivo (objeto coletivo ou individual homogêneo) que deve ser concretizado pelo Estado e pelos particulares.

3. Essencialmente, os direitos fundamentais transindividuais assumem a perspectiva da corresponsabilidade (direitos de proteção e de participação), ligada ao princípio da fraternidade, na medida em que a proteção desses direitos depende da ação integrada Estado e indivíduos, envolvendo inclusive o âmbito internacional.

4. O fenômeno do constitucionalismo brasileiro tardio, reflexo da falta de uma cultura de preservação da “vontade da constituição” e da não observância do princípio da fraternidade, atinge a efetividade dos direitos fundamentais transindividuais.

5. O princípio da fraternidade é capaz de balizar as ações do Estado (interna e internacionalmente) e dos indivíduos alterando-se ao longo da história a cultura individualista instaurada no cenário brasileiro e, implementando-se, portanto, os direitos fundamentais transindividuais.

6. Fraternidade, em conjunto com liberdade e igualdade, é essencial para edificação do Estado Constitucional Democrático, razão pela qual é necessário (re) inseri-la no ambiente jurídico.

7. Ao lançar o olhar sobre a fraternidade desde suas origens, percebe-se que tal conceito postula a relação do homem consigo mesmo e com o outro a partir da condição da liberdade humana. Por certo, em face dos preceitos iluministas, só os homens livres alcançam a possibilidade da fraternidade, de modo que não se é

fraterno apenas porque é humano, mas porque se é livre. Os aspectos tridimensionais (liberdade, igualdade e fraternidade), compreendidos numa perspectiva jurídica, visam ressaltar que diante da liberdade, o homem reconhece a condição de si mesmo e do outro e realiza a fraternidade.

8. A noção de fraternidade aqui defendida passa pela dimensão intersubjetiva ética compreendendo liberdade, igualdade e fraternidade como condições humanas. Para tanto, faz-se necessário repensar o perfil egoico da natureza humana inculcado pela tradição iluminista e incorporar na esfera da socialização o caráter fraterno.

9. A fraternidade manifesta-se em primeiro momento como valor fundante sendo eixo direcionador da esfera constitucional e, no segundo momento, como elemento fortalecedor dos direitos fundamentais, por possibilitar a prática concreta da igualdade na alteridade e da liberdade material, de modo que, exercendo a fraternidade, se preserva tanto a liberdade e a igualdade como também se efetivam direitos fundamentais transindividuais.

10. O conteúdo jurídico da fraternidade está dimensionado tanto na pragmática da comunicação humana, a partir da consciência fraterna para a qual converge o fenômeno do reconhecimento, quanto na teoria analítica da norma, já que a norma constitucional tem a mesma estrutura lógica que as demais normas do sistema.

11. Fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo.

12. Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade.

13. Há, no princípio da fraternidade, a ideia originária da dignidade uma vez que a fraternidade está integrada ao reconhecimento da condição humana, de maneira que, ao praticar o ato fraterno, também se pratica um ato digno. Diante do conteúdo jurídico da fraternidade, os intérpretes do direito devem atualizar o sentido

de comunidade política e democrática integrado ao aspecto específico da dignidade humana no viés constitucional.

14. A experiência da dignidade tal qual a da fraternidade, ao se inserirem no movimento intersubjetivo das relações sociais, equaciona desafios na efetivação de direitos humanos e fundamentais, com ênfase nos transindividuais haja vista o caráter coletivo.

15. A expressa referência à fraternidade pelo legislador constituinte, longe de representar algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio inovador no ordenamento jurídico, a ser observado não só no momento da interpretação e aplicação dos enunciados normativos e no controle de constitucionalidade, mas também na elaboração da legislação ordinária, na implementação de políticas públicas e na perspectiva do reconhecimento mútuo e da responsabilidade social.

16. O princípio da solidariedade foi inserido nas constituições dos Estados Sociais, marcadas pelo reconhecimento de direitos sociais, principalmente aqueles relacionados à regulação do trabalho e à seguridade social e, atualmente, está presente na grande maioria das constituições democráticas com o objetivo de reduzir as desigualdades sociais, através da promoção do equilíbrio entre interesses heterogêneos.

17. O princípio da solidariedade é corolário da fraternidade, consubstanciando-se, no entanto, como princípio diverso com âmbito de proteção específica. O princípio da solidariedade abrange o dever de assistência recíproca entre as pessoas e nas relações privadas, marcado pelo reconhecimento e responsabilidade em relação aqueles que se encontram em condição de maior vulnerabilidade ou hipossuficiência (solidariedade horizontal). Em relação ao Estado o princípio impõe a intervenção para redução das desigualdades através de políticas públicas baseadas na concepção de justiça distributiva e em ações afirmativas, além da tributação como forma de viabilizar a concretização de direitos sociais (solidariedade vertical).

18. Por sua vez, fraternidade é princípio jurídico fundamental que tem, essencialmente, três funções: função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, função de reconhecimento e função interpretativa. Enquanto equilíbrio, fraternidade representa o contraponto aos direitos de liberdade e de igualdade, ao evidenciar o lado dos deveres fundamentais, exigindo do indivíduo e do Estado a observância dos mesmos, na perspectiva da responsabilidade, a fim de se alcançar o progresso social

e incentivar a participação democrática na vida coletiva. A função de reconhecimento explicita a alteridade e a intersubjetividade no direito, impondo-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades numa sociedade multicultural (processo de inclusão), o espírito de tolerância, de compreensão mútua e de solidariedade. Por fim, a função interpretativa deve ser verificada na prática, no momento da definição de sentido de direitos e deveres fundamentais na contemporaneidade. Além disso, a fraternidade vincula as funções estatais, servindo de parâmetro para colisão de direitos fundamentais, para elaboração das leis e para criação de políticas públicas.

19. O princípio responsabilidade transita pelo ordenamento jurídico como elemento da fraternidade ao exigir o reconhecimento do outro, o respeito pelos direitos fundamentais transindividuais, a observância dos deveres fundamentais e ações voltadas à garantia das gerações futuras.

20. O dever surge como sinônimo da sociedade patriarcal, afastado do aspecto matriarcal e da alteridade que está presente na fraternidade. Por isso a dificuldade no reconhecimento dos deveres na contemporaneidade. Assim sendo, o resgate dos deveres fundamentais requer deles uma releitura sob o filtro do princípio da fraternidade.

21. Com a fraternidade, a perspectiva dos deveres ganha nova dimensão já que a construção de uma sociedade fraterna depende não só do Estado prestador e garantidor de direitos, como também de indivíduos comprometidos com uma cidadania ativa e inclusiva que reconheçam seus deveres tendo em vista o bem estar social, admitindo-se, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais.

22. Os direitos fundamentais, antes de tudo, devem ser inclusivos e não exclusivos. Ou seja, o indivíduo, ao exigir a realização de direitos por meio de prestações estatais, deve ter a consciência de que também possui deveres em comunidade para efetiva concretização destes mesmos direitos. Isso porque os direitos fundamentais demandam o relacionamento entre liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a partir da fraternidade, reconhecem-se os deveres e compreende-se a universalidade dos direitos, respeitando-se a diferença e o pluralismo.

23. Enquanto os direitos fundamentais têm como base a dignidade da pessoa humana, os deveres fundamentais se encontram intimamente atrelados à fraternidade.

24. Em relação aos direitos fundamentais transindividuais, reconhece-se o correlato dever de proteção aos mesmos que abrange tanto o Estado (eficácia vertical) quanto os indivíduos (eficácia horizontal), uma vez que, somente a partir da corresponsabilidade, é que os direitos fundamentais transindividuais alcançarão sua máxima efetividade. Por estarem ligados ao princípio da fraternidade tais deveres serão denominados de deveres de fraternidade.

25. A noção de cidadania em sentido amplo é aqui revisitada para incluir o princípio da fraternidade como referencial hermenêutico. Assim sendo, a cidadania fraterna, além de perfilhar a garantia de direitos fundamentais, reconhece deveres dos indivíduos em comunidade para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais, culturais. A concepção fraterna de cidadania reafirma a necessidade de legitimar direitos e deveres, abrindo novos espaços de participação política e incentivando, nas relações interpessoais o reconhecimento do “outro” em igual dignidade.

26. Com efeito, a cidadania fraterna viabiliza a efetivação dos direitos fundamentais transindividuais por reconstruir o sentido da participação do indivíduo no Estado Constitucional a partir da compreensão do direito enquanto fenômeno sócio jurídico que deve ancorar-se na realidade e exigir a observância dos deveres fundamentais para sedimentação de uma sociedade fraterna. Ademais, a cidadania fraterna, ao delinear deveres de participação ativa do cidadão, desperta a consciência de pertencimento do indivíduo a um Estado que busca a proteção integral a direitos fundamentais transindividuais.

27. A aplicação do princípio da fraternidade e a conseqüente proteção a direitos fundamentais transindividuais não depende apenas da Constituição ou da Declaração Universal de Direitos Humanos, que já cumpriram a função de trazer para o ordenamento jurídico interno e internacional o discurso da fraternidade, mas está acoplado a uma transformação cultural.

28. Sugere-se de logo a conscientização e vivência de práticas educacionais fraternas voltadas para o exercício da democracia na educação infantil e nos ensinos fundamental e médio, as quais envolvam a proteção ao meio ambiente, a qualidade de vida, respeito às diferenças, tolerância, compreensão mútua, cuidado com o idoso e com a pessoa com deficiência, amor ao próximo (reconhecimento da dignidade humana) num contexto humanístico e plural, para, enfim, concretizar a educação voltada para a cidadania fraterna.

29. Em curto prazo, é imperioso fazer cursos de formação humanística com direcionamento para as práticas educacionais fraternas, devendo o Estado fiscalizar, posteriormente, se as instituições de ensino estão cumprindo o disposto na lei de diretrizes e bases da educação.

30. Nos cursos superiores, recomenda-se a inclusão de uma disciplina voltada à cidadania e à fraternidade, como disciplina de base, com o intuito de contribuir para formação humanística do discente.

31. Nomeadamente para os operadores do direito ligados à administração da justiça (juízes, membros do Ministério Público, defensores públicos, assessores, conciliadores, mediadores, assistentes sociais, pedagogos e psicólogos), faz-se necessário realizar cursos de capacitação para conscientização do princípio da fraternidade.

32. A mediação contribui para a cidadania fraterna ao valorizar o ser humano, incluí-lo socialmente, conscientizá-lo dos seus direitos e deveres, além de ser um meio de prevenção à má administração dos conflitos e uma forma de pacificação social. Todavia, para que a mediação cumpra sua função, é necessário que o mediador tenha compromisso com a fraternidade, já que, a partir da noção de reconhecimento e de responsabilidade, é que o mediador ajudará os participantes a identificar ou a criar alternativas para tratar o conflito de maneira harmônica e construtiva.

33. A partir do conteúdo jurídico do princípio da fraternidade e da necessidade de conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais transindividuais propõe-se a criação de um sistema de garantias aos direitos fundamentais transindividuais.

34. Para atender a ausência de hierarquia e a perspectiva do reconhecimento e corresponsabilidade, próprias do princípio da fraternidade, referido sistema terá o formato de rede de proteção, que deve ser composta pelos diversos órgãos e agentes (sobretudo técnicos) corresponsáveis pelo atendimento dos direitos fundamentais envolvidos, sem haver qualquer autoridade suprema. Como toda coletividade é corresponsável pela efetivação dos direitos fundamentais transindividuais é necessário mudar a mentalidade de interesse individual para pensar no coletivo.

35. A fim de materializar o sistema de garantias devem-se criar espaços para articulação de ações e elaboração de planos de atuação conjunta, com o objetivo

de proporcionar rápida intervenção e efetiva solução dos casos que aparecerem. Em razão da descentralização da atuação administrativa e por ser conhecedor das realidades locais, o Município ficará responsável pelo financiamento da política pública, ressaltando-se a necessidade de cofinanciamento pelo Estado e pela União.

36. Integrarão ainda o sistema de garantias o Ministério Público, a Defensoria Pública, as associações interessadas e todos aqueles que se dispuserem ao exercício da cidadania.

37. De acordo com as premissas desta tese, a mediação é o método mais adequado para solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais, na medida em que elabora uma solução não adversarial, baseada na alteridade. Desta maneira, a fim de garantir a máxima efetividade destes direitos deverão integrar a rede de proteção núcleos de mediação extrajudicial com o objetivo de tratamento dos conflitos de maneira pacífica.

38. A fim de evitar distorções ou desequilíbrios entre as partes envolvidas na mediação de direitos fundamentais transindividuais (como a do aspecto econômico e intelectual) deve-se propiciar uma representatividade adequada a todos que de alguma forma serão afetados pelo problema. Nesse sentir, sugere-se que além dos legitimados para tutela coletiva, amplie-se a legitimidade para os conselhos sociais da rede de proteção de cada direito transindividual em conflito e também de grupos ocasionais e espontâneos, independentemente de organização formal, a exemplo de um grupo de moradores de rua ou de pescadores de uma área adjacente a um rio que esteja sendo poluído.

39. Na mediação que envolva direitos fundamentais transindividuais, será necessária a presença do Ministério Público de modo a impedir produção de efeitos nocivos a bem indisponível sujeito ao processo de mediação. Para tanto, deverá haver uma organização interna entre os membros do Ministério Público com um núcleo especializado de mediadores, que, após processo de capacitação, poderão atuar quando escolhidos pelas partes.

40. Como o Ministério Público está presente no processo de mediação entende-se desnecessária homologação judicial a fim de não burocratizar e dificultar a celeridade do sistema de proteção.

## 8 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bossi; revisão da tradução e tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ABED AL-JABRI, Mohammed. **Introdução à crítica da razão árabe**. Trad. Roberto leal Ferreira. São Paulo: Editora Unesp, 1999.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: O poder soberano e a vida nua**. Editora UFMG, Belo Horizonte, 2010.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Miriam Coutinho de Farias. **O paradigma de gênero da ciência jurídica: horizontes do feminismo na concretização dos direitos fundamentais da mulher**. Tese de doutorado em direito. Programa de pós-graduação da UFBA. Faculdade de direito. Universidade Federal da Bahia, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Maria Inês Chave de. **A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel**. Coimbra: Edições Almedina, 2010.

ANGOLA. Constituição (2010). **Constituição da República de Angola**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Angola\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Angola_2010?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

AQUINO, Santo Tomás de. **Da justiça**. Trad. Tiago Tondelli, São Paulo: Vide editorial, 2012.

\_\_\_\_\_. **Suma de teologia**. Trad. José Martorell Capó. 4 ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos.

ARAÚJO, Luiz Alberto David Araújo e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Capítulos VIII e IX. Trad. De Pietro Nasseti. 4.ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.



\_\_\_\_\_. **Metafísica (livro I e II), Ética a Nicômaco e Poética**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

\_\_\_\_\_. **Política**. Brasília. Ed.UNB, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAGGIO, Antônio Maria. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar; José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

\_\_\_\_\_. **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Traduções Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.

\_\_\_\_\_. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791 – Pistas de pesquisa para uma compreensão da fraternidade como categoria política. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**, São Paulo: Cidade Nova, 2008.

\_\_\_\_\_. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: Baggio, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BAQUER, Lorenzo Martín- Retortillo; PARDO, Ignacio de Otto y. **Derechos fundamentales y Constitución**. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

BARBOSA, José Carlos Moreira. **Temas de Direito Processual Civil: primeira série**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

BARBOSA, Ana Christina Moreno Maia. **Redes locais de atenção à criança e ao adolescente**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto Preâmbulo da Constituição da República: função e normatividade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BARRENECHE, Osvaldo. La idea de fraternidad en el congreso de Panamá de 1826 y los intentos de integración política de la América Latina luego su independencia. In: BAGGIO, Antonio M. **La fraternidad en perspectiva política: exigências, recursos, deficiencias del principio olvidado**. 1.ed. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, São Paulo: Celso Bastos, 1997.

BAUMANN, Zygmunt. **Comunidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ética pós-moderna**. Tradução João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BARBOSA, Ana Christina Moreno Maia. **Redes locais de atenção à criança e ao adolescente**. Rio de Janeiro: BNDES, 2002.

BEZERRA, Gustavo Cunha. A piedade natural em Jean-Jacques Rousseau. In: **Colloquium Humanarum**, Presidente Prudente, v. 7, n. 2, p. 88.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Becaccia Versiani. Baueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. 11 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 1996.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3540 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3128-7/DF. Relatora Ministra Ellen Gracie. Dje 27/08/2004. Disponível em:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 18 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2649-6, Relatora Min. Cármen Lúcia. DJ de 17-10-2008. Disponível em  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>. Acesso em: 10 out. 2015;

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3.510/DF. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 28/05/2010. Disponível em  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 08/08/03. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 10 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 2.128. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/VotoBrittoInativos.pdf>>. Acesso em 16 de jun. de 2015.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 3768 DF, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 19/09/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-131 DIVULG 25-10-2007. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491812>. Acesso em 19 março 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF 132/RJ. Relator: Ayres Brito. Data de julgamento: 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 19 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADPF: 186 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/08/2010, Data de Publicação: DJe-149 DIVULG 12/08/2010 PUBLIC 13/08/2010. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 19 mar 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** RE: 370828/SP, Relator: Min. MOREIRA ALVES, DJ: 18/03/2003. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14809813/recurso-extraordinario-re-370828-sp-stf>. Acesso em: 10 out. 2015;

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** HC nº 94.163. Relator Carlos Ayres Britto. DJ 22/10/2009. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604586>. Acesso em 10 out. 2015;

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** RMS 26.071, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 13/11/2007, 1ª Turma, DJ de 1º/2/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBD.asp?item=511>. Acesso em: 20 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Pet: 3388 RR, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 19/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 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. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14714880/peticao-pet-3388-rr>. Acesso em: 10 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** ADI 5357 MC-Referendo/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 9/6/2016 (Info 829). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo829.htm>. Acesso em 02 de julho de 2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp: 1378707 RJ 2013/0099511-2, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 26/05/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/06/2015. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/198592102/recurso-especial-resp-1378707-rj-2013-0099511-2>. Acesso em: 23 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** REsp: 1115555 MG 2009/0004061-1, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 15/02/2011, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18394741/recurso-especial-resp-1115555-mg-2009-0004061-1-stj>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Resp 1134387, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 01/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334709/recurso-especial-resp-1134387-sp-2009-0150803-3-stj>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** AIRR - 187500-06.2004.5.01.0201 Data de Julgamento: 22/10/2014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 24/10/2014. Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** RR - 65600-21.2005.5.01.0072, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 06/06/2012, 4ª Turma, Data de Publicação: 22/06/2012. Disponível em <http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>. Acesso em: 15 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Superior do Trabalho.** RR: 22938220125180102, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 26/11/2014, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/11/2014. Disponível em <http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153991793/recurso-de-revista-rr-22938220125180102/inteiro-teor-153991862>. Acesso em: 14 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª região.** TRT-2 - RECORD: 805200831102006 SP 00805-2008-311-02-00-6, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 10/02/2009, 4ª TURMA, Data de Publicação: 20/02/2009. Disponível em <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7530571/recurso-ordinario-record-805200831102006-sp-00805-2008-311-02-00-6/inteiro-teor-13144277>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional do Trabalho 3ª região.** RO: 00706201304203000 0000706-91.2013.5.03.0042, Relator: Cristiana M.Valadares Fenelon, Primeira Turma, Data de Publicação: 23/04/2014 22/04/2014. DEJT/TRT3/Cad.Jud. Página 159. Boletim: Não. Disponível em <http://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1304203000-0000706-91-2013-5-03-0042>

3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/122830754/recurso-ordinario-trabalhista-ro-706201304203000-0000706-9120135030042/inteiro-teor-122830764. Acesso em: 14 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 3ª região.** AC: 6666 SP 0006666-15.2006.4.03.6102, Relator: JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, Data de Julgamento: 26/09/2013, SEXTA TURMA. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/3029555>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina.** AC: 20130305261 SC 2013.030526-1 (Acórdão), Relator: Ronei Danielli, Data de Julgamento: 10/07/2013, Sexta Câmara de Direito Civil Julgado). Disponível em <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23906889/apelacao-civel-ac-20130305261-sc-2013030526-1-acordao-tjsc>. Acesso em: 23 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004 do Conselho Nacional de Educação - Câmara de Educação Superior (CNE/CES).** Disponível em [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf). Acesso em 28 de maio de 2016.

BRITO, Edvaldo. **Limites da Revisão Constitucional.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. O conceito atual de tributo. **Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA.** DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito tributário e constituição:** estudo e pareceres. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. **Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico:** desenvolvimento econômico, bem-estar social. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BUBBER, Martin. **Eu e tu.** Trad. e introd. Newton Aquiles Von Zuben. São Paulo: Centauro, 2001, p. XLIX.

BURDEAU, Georges; HAMON, Francis e TROPER, Michel. **Droit constitutionnel.** 25. ed. Paris: LGDL, 1997.

CAMARÕES. Constituição (1972 - rev. 2008). **Constituição da República dos Camarões.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Cameroon\\_2008?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Cameroon_2008?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

CAMPOS, German Bidart. **Derecho constitucional**, Buenos Aires: Ediar, 1968.

CAMPS, Victoria. **Historia de la ética**. Barcelona: Ed. Critica, 1999.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. 3 tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República portuguesa anotada**, 4. ed., Coimbra: Coimbra, 2007. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil, trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, **Revista de processo**, São Paulo, v. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: José Adécio Leite Sampaio. (Org.). **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

\_\_\_\_\_. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, p. 81-108, 2003.

\_\_\_\_\_. Entrevista. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Edição 2008. Disponível em [www.tce.mg.gov.br/revista](http://www.tce.mg.gov.br/revista). Acesso em: 13 jun 2016.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito**: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras. 1 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. Os 20 anos da constituição de 1988 e os horizontes da extensão universitária. In: Flávio Henrique Unes Pereira; Maria Tereza Fonseca Dias. (Org.). **Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 511-514.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme (2009). 20 anos da constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização dos direitos, In: CATTONI DE OLIVEIRA, M.A.; MACHADO, F.D.A. (orgs). **Constituição e processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CATAR. Constituição (2003). **Constituição da República do Catar**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Qatar\\_2003?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Qatar_2003?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

CHAD. Constituição (1996 - rev. 2005). **Constituição da República do Chad**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Chad\\_2005?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Chad_2005?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

CHEREMINKSY, Erwin. Rethinking state action. **Northwestern University Law Review**. Vol. 80, nº 03, Fall 1985, Chicago, p. 503-557. Disponível em [http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty\\_scholarship](http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=faculty_scholarship). Acesso em: 20 maio 2016.

COIMBRA, Rodrigo. **Efetividade dos direitos e deveres de objeto difuso**. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/7885/4470>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CONGO. Constituição (2001). **Constituição da República do Congo**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Congo\\_2001?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Congo_2001?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: um analisis metateórico. In: CARBONEL, Miguel (org.), **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Editorial Trota, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. Seleção de textos de José Arhur Giannotti; Trad. José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. Coleção Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CONSEIL-CONSTITUTIONNEL. **Décision 71-44 DC**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html#>. Acesso em: 11 maio 2015.

\_\_\_\_\_. **Décision 86-225 DC**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..decision-n-86-225-dc-du-23-janvier-1987.8333.html>. Acesso em: 5 março 2016.

\_\_\_\_\_. **Décision 92-308 DC**. Disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-con..c/decision-n-92-308-dc-du-09-avril-1992.8798.html>. Acesso em: 5 março 2016.

\_\_\_\_\_. **Décision 98-408 DC.** Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/98-408-dc/decision-n-98-408-dc-du-22-janvier-1999.11823.html>. Acesso em: 05 março 2016.

CORREA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo.** Estudos de Psicanálise. Rio de Janeiro, 2005.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte-Americana e seu significado atual.** Prefácio, tradução e notas de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COSSIO, Carlos. **Panorama de la teoria egologica del derecho.** Universidad Nacional de Colombia. Revista Trimestral de Cultura Moderna, Bogotá, 1948.

COSTA, Antonio Filipe. **A Fraternidade. Análise filosófica-teleológica e pedagógica – didática da unidade letiva 5 do programa de Educação Moral e Religiosa Católica do 5 ano de escolaridade.** Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Teologia. Instituto de Ciências Religiosas. Mestrado em ciências Religiosas. Especialização: Educação Moral e Religiosa Católica, Porto, 2012.

COSTANZO, Angelo. **Principio di solidarietà e giurisprudenza sui diritti umani.** Disponível em [http://www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM\\_humanrights/costanzo.pdf](http://www.archiviofscpo.unict.it/europa/JM_humanrights/costanzo.pdf). Acesso em: 14 jun. 2015.

COTTERRELL, Roger. **Introducción a la sociologia del derecho.** Editora Ariel,S.A, Barcelona,1991.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DE LUCAS, Javier. La polemica sobre los deberes de solidariedade. El ejemplo del deber de defensa y su posible concreción em um servicio civil. **Revista del centro de estúdios constitucionales/19 – septimebre/ diciembre ,1999, p.9-88.**

DENNIGER, Erhard. Segurança, Diversidade e Solidariedade ao invés de Liberdade, Igualdade e Fraternidade. In Revista Brasileira de Estudos Políticos UFMG, vol.88, dezembro de 2003.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6. ed. São Paulo: RT, 2010.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direitos processual civil.** Volume 4, 10 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

DIMOULIS, Dimitri. **Dicionário brasileiro de Direito Constitucional/** coordenador-geral Dimitri Dimoulis. — 2. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. Deveres fundamentais. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais.** Salvador: Juspodium, 2011.



DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DRYLAND, Maria Cecília Baetas. Solidariedade. In: **Dicionário de Filosofia do direito**. Coord. Vicente de Paulo Barreto. Editora Unisinos, São Paulo, 2006.

DUGUIT, Léon. **Manual de Derecho Constitucional**. Edición de J.L. Monereo y J. Calvo. Granada: Comares, 2005.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **O império do Direito**. Tradução de Jefferson Ruiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EKMEKDJIAN, Miguel Angel. **Tratado de derecho constitucional**. Tomo 1. 2 ed. Buenos Aires: Depalma, 2000.

ERITREIA. **Constituição da Eritreia de 1997**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea\\_1997?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

ESPÍNOLA, Eduardo; ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Tratado de direito civil brasileiro: dos direitos subjetivos**. v. 9. São Paulo: Freitas Bastos, 1941.

ETIÓPIA. Constituição (1994). **Constituição da República democrática Federal da Etiópia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia\\_1994?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Ethiopia_1994?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

FARIAS, José Fernando de Castro. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FARO, Julio Pinheiro. Deveres como condição para a concretização de direitos. **FIDES**, Natal, v. 1, n. 2, ago./dez.2010.

\_\_\_\_\_. Deveres como condição para a concretização de direitos. **Revista de Direito Constitucionale Internacional**, n. 79. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.167-209, abr./jun. 2012.

FAVOREAU, Luis; LLORENTE, Francisco Rubio. **El Bloque de la Constitucionalidad**. Madrid: Civitas, 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos** – O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Trad. Alexandre Araujo Souza. Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. Estado Social y Estado de Derecho. IN: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, Maria José; COURTIS, Christian (comps). **Derechos sociales – instrucciones de uso**. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. Dos princípios fundamentais. In: MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org.) **Constituição Federal interpretada**. 3. ed. Barueri, SP: Manole, 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Comentários à Constituição de 1988**. Campinas: Julex Livros, 1989. V. I.

FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 38. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FONTES, Roberto Trigueiro. **Força normativa do preâmbulo da Constituição**. Revista da Procuradoria-Geral da República, n. 7, 1994.

FRANÇA. Constituição (1958 – rev. 2008). **Constituição da República Francesa**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/France\\_2008?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=en). Acesso em: 07 abril 2015.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 33. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

GONÇALVES, Bernardo Fernando. **Curso de direito constitucional**, Salvador: Juspodivm, 6 ed. 2014.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: a defesa do usuário e do administrado. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. III -13.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. rev. amp., São Paulo: Celso Bastos editor, 2001.

GUETZÉVITCH, Boris Mirkine. **As novas tendências do Direito Constitucional**. Tradução de Candido Motta Filho. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1933.

GUIMARÃES, Aquiles. **Cinco lições de Filosofia do direito**. 4.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

GRINOVER, Ada Pelegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Volume 79, 1984.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAITI. Constituição (1987 - rev. 2012). **Constituição da República do Haiti**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Haiti_2012?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**, Madrid, CEC, 1983.

\_\_\_\_\_. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Derecho Constitucional y Derecho Privado**. Trad.: Ignacio Gutierrez. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Col. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen et SUSTEIN, Cass. **The Cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** / Axel Honneth; tradução de Luiz Repa. - Sao Paulo: Ed. 34, 2003.

HUSSERL, Edmund. **Ideias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura.** [tradução Márcio Suzuki]. Aparecida, SP: Ideias & Letras, 2006.

ÍNDIA. Constituição (1949 – rev.2012). **Constituição da República da Índia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/India\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/India_2012?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **Reflexões sobre a justiça:** uma análise contemporânea a partir da teoria egológica do direito. In: Conpedi, v. 22, p. 256-271, 2014.

\_\_\_\_\_. A implementação de Políticas Públicas a luz do constitucionalismo fraterno. In: Luiz A.A. Pierre; Maria do Rosário F. Cerqueira; Munir Cury; Vanessa R. Fulan. (Org.). **Fraternidade como categoria jurídica.** 1ed.São Paulo: Cidade Nova, 2013.

JASPERS, Karl. **Introdução ao pensamento filosófico.** Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2005.

JHERING, Rudolf Von. **Espírito del Derecho Romano.** 2. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade:** ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução: Marijane Lisboa, Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática.** Tradução com introdução e nota de Valério Rohden baseada na edição original de 1788. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** São Paulo: Martin Claret, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2000.

KRISTEVA, Julia. **Le temps sensible – Proust et l'expérience littéraire.** Paris: Gallimard, 1994.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução Beatriz Viana e Nelson Boeira. 9 ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LEONEL, Ricardo Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: RT, 2002.

LIBÉRIA. Constituição (1986). **Constituição da República da Libéria.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Liberia\\_1986?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Liberia_1986?lang=en). Acesso em: 12 mar 2016.

LIMA, Alexandre José Costa. La dialéctica de la fraternidad, de la dignidade y de la fraternidad". In: **La fraternidade en perspectiva política**. Exigencias, recursos, definiciones del principio olvidado. 1 ed. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2009.

LOPES, Ana Maria D'ávila. Bloco de Constitucionalidade e princípios constitucionais: desafios do poder judiciário. **Revista Sequência**: publicação do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, n. 59, ano XXIX, p. 43-60, dez. 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2014.

MACIEL, Gilda Naécia. **Platão, Rousseau e o Estado Total**. São Paulo: T. A. Queiroz Editor, 1995.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão. SARLET, Ingo Wolfgang. CARBONELL, Miguel (Coord). **Direitos, deveres e garantias fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 8 ed. Ver., atual.e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Ação Civil Pública**. Em Defesa do Meio Ambiente. 11. ed. rev. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARÇAL, Patrícia Fontes. **Estudo comparado do preâmbulo da Constituição Federal do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARDONES, Rodrigo. Hacia una precisión conceptual de la fraternidad política. In: BARRENECHE, Osvaldo (comp.) **Estudios recientes sobre fraternidad**: De la enunciación como principio a la consolidación como perspectiva. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARROCOS. Constituição (2011). **Constituição do Marrocos**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

MAURITÂNIA. Constituição (1991 - rev. 2012). **Constituição da República Islâmica da Mauritânia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania\\_2012?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da Dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 8a. ed., Freitas Bastos, 1965.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais**. Salvador: Juspodivm, 2008.

MENEZES, Edmilson. **História e esperança em Kant**. São Cristovão/Se. Editora UFS, Fundação Oviêdo Teixeira, 2000.

MELO, Cássia Vieira de. Fortalecimento da Rede de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente. In: FNDCA (orgs). **A Incidência da Sociedade Civil no Processo de Construção da Política Nacional Criança e do Adolescente**. Brasília: Brasil, 1ª ed., 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **A democracia e suas dificuldades contemporâneas**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.2, p. 53-63, outubro/2008.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 1.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo II. 6.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000,

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Edição bilíngüe, Lisboa: Edições 70. LDA, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**, São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas. 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. O princípio da Solidariedade. IN: **Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito**. Organizadores: Antônio Celso Alves Pereira, Celso Renato Duvivier de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. In: Estudos de direito fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Por uma Liberdade com responsabilidade:** Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Ed, Coimbra, 2007

\_\_\_\_\_. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo.** Coimbra: Almedina, 2012.

NAMÍBIA. Constituição (1990 – rev. 2010). **Constituição da República da Namíbia.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Namibia\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Namibia_2010?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica,** São Paulo: VMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NÍGER. Constituição (2010). **Constituição da República do Níger.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Niger\\_2010?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Niger_2010?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

OLIVEIRA Junior, Valdir Ferreira de. **Direito fundamental transindividual ao desenvolvimento: proteção integral, solidária e pluralista.** Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia., 2015.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Normatividade material do princípio da fraternidade na realidade brasileira. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica:** da utopia à realidade. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo; VERONESE, Josiane Rose Petry. Ensino jurídico na perspectiva da luta por reconhecimento de direitos dos jovens do Brasil: o lugar do outro no aprendizado. In: VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica:** da utopia à realidade. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015, p. 353-357.

ORTEGA Y GASSET, José. **O homem e a gente.** Trad. de J. Carlos Lisboa. Livro Ibero-Americano, 1960.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo:** julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In: Pierre, Luiz Antonio de Araujo; Cerqueira, Maria do Rosário F; Cury, Munir e Furlan, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2013.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los deberes fundamentales**. Doxa, Alicante, n. 4, 1987. Disponível em: <[http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cu\\_aderno4/Doxa4\\_19.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cu_aderno4/Doxa4_19.pdf)>. Acesso em 14 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada, en Gregorio Peces Barba En / dirección y coordinación Rafael de Lorenzo García. (eds.), **Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario**. Madrid: La Ley, 1991, pp. 15-62. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/16005>. Acesso em: 20 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Seguridad jurídica y solidaridad como valores de la Constitución española. In: **Funciones y fines del derecho**: estudios en homenaje al profesor Marian Hurtado Bautista. Murcia: Universidad, Secretariado de Publicaciones, 1992, pp. 247-272. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10016/11620>. Acesso em: 17 maio 2015.

\_\_\_\_\_. Escasez y solidaridad: una reflexión desde los clásicos, en Fernando M. Mariño Menéndez y Carlos R. Fernández Liesa (eds.), **El desarrollo y la cooperación internacional**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1997, pp. 19-33. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10016/10581>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Ação Civil Pública no Processo do Trabalho**. 2 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

\_\_\_\_\_. O combate ao trabalho escravo na perspectiva do constitucionalismo. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Mato Grosso do Sul**, v. 2, pp. 135-148, 2008.

\_\_\_\_\_. Ministério Público do Trabalho: os princípios institucionais no contexto das relações constitucionais. **Revista do Ministério Público do Trabalho do Rio Grande do Norte**, p. 107-122, 2012.

\_\_\_\_\_. A inconstitucionalidade da liberação generalizada da terceirização. **Revista da ABET**, v. 14, p. 62-77, 2015.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto; DUTRA, Renata Queiroz; MENDONÇA, Laís Maranhão Santos. Trabalho doméstico: avanços, resistências e perspectivas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, vol. 80, n.1, jan/mar 2014, pp. 268-293.

PIMENTA, Paulo Lyrio. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas**. São Paulo: Max Limonad, 1999.



PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Trad. Maria Alice Farah Calil Antonio. Barueri: Manole, 2004.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

\_\_\_\_\_. **Il principio costituzionale di fraternità**: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana. Roma: Città Nuova, 2012.

\_\_\_\_\_. **La fraternidade en el ordenamento jurídico italiano**. In: El principio Olvidado- la fraternidade – en la política y el derecho/compilado por Antonio Maria Baggio – 1.ed. Buenos Aires:Ciudad Nueva, 2009.

POMPEU, Julio César. **Jean- Jacques Rousseau - Da angústia ao Ostracismo**. In: Os pensadores, um curso. Mario Vitor Santos (organizador). Rio de Janeiro: Casa da palavra/ São Paulo:casa do saber, 2009.

POPPER, Karl. **A lógica das ciências sociais**. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**: promulgada em 02 de abril de 1976. Revisão Constitucional de 2005. Disponível <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em: 20 maio 2016.

PORTUGAL. Constituição (2005). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf> . Acesso em: 06 de maio de 2015.

POSADA, Adolfo. **La idea pura del Estado**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.

POZZOLI, Lafayette; HURTADO, André Watanabe. **O princípio da fraternidade na prática jurídica**. Disponível em: [file:///D:/Users/User/Downloads/79c98ffdd8a1296f7a11b0d080510d7f%20\(4\).pdf](file:///D:/Users/User/Downloads/79c98ffdd8a1296f7a11b0d080510d7f%20(4).pdf). Acesso em 14 jul. 2015.

RAGAZZI, José Luiz. **Preâmbulo. Dicionário brasileiro de Direito Constitucional/** coordenador-geral Dimitri Dimoulis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do Direito**. 19 ed. 3 tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO. Constituição (2005 – rev. 2011). **Constituição da República Democrática do Congo**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic\\_Republic\\_of\\_the\\_Congo\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011?lang=en) Acesso em: 12 mar 2016.

REPÚBLICA DOMINICANA. Constituição (2010). **Constituição da República Dominicana**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea\\_1997?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997?lang=en). Acesso em: 07 maio 2015.

REPÚBLICA UNIDA DA TANZÂNIA. Constituição (1977 – rev. 1995). **Constituição da República Unida da Tanzânia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Tanzania\\_1995?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Tanzania_1995?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

RESTA, Eligio. **Il diritto fraterno**. 12 ed. Roma: Laterza, 2005.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coordenação de Sandra Regina Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RICOEUR, Paul. **Percorso do reconhecimento**. São Paulo: Loyola, 2006.

ROBLES, Gregorio. **Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual**. Trad. De Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição Ridendo Castigat Mores, 2002. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2015.

\_\_\_\_\_. **Discurso sobre a origem e os fundamentos das desigualdades entre os homens** / Jean Jacques Rousseau; [introdução de João Carlos Brum Torres]; tradução de Paulo Neves. – Porto Alegre, RS: L&PM, 2008.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre a origem das línguas**. Tradução de Fulvia M. L. Moretto. Campinas: Editora da UNICAMP, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da Dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. Direitos fundamentais, reforma do judiciário e tratados internacionais de direitos humanos. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (coords.). **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2 ed. 3 tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. – Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **La ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Losada, 1949.

SAYEG, Ricardo Hasson; BALERA, Wagner. **O Capitalismo Humanista: Filosofia Humanista de Direito Econômico**. POD. Petrópolis: KBR, 2011.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Trad. de Francisco Ayala, Madrid: Alianza Editorial, 1982.

SEELMAN, Kurt. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

SEICHELES. Constituição (1993 – rev. 2011). **Constituição da República de Seicheles**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Seychelles\\_2011?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Seychelles_2011?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: EDUSC, 1999.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

SENEGAL. Constituição (2001 – rev. 2009). **Constituição da República do Senegal**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal\\_2009?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2009?lang=en). Acesso em: 08 maio 2015.

SCHWAB, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Org: Leonardo Martins Montevideo. Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico conciso**. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In BONAVIDES, Paulo (org.). **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais.** Belo Horizonte: Del Rey, jan- jun/2003.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional econômico.** São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. **Proteção constitucional dos interesses trabalhistas:** difusos, coletivos e individuais homogêneos. São Paulo, LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo brasileiro tardio.** Livro cedido pelo autor (não publicado), 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito ao desenvolvimento e responsabilidade do Estado:** o dano nacional. In: Menezes, Wagner; Menezes Vieira, Gustavo Adolpho. (Org.). **O Direito Internacional Público em Expansão.** 5 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015, v. 5, p. 173-180.

\_\_\_\_\_. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional.** São Paulo: LTr, 1999.

\_\_\_\_\_. **Sugestões para Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público brasileiro.** Material disponibilizado pelo autor, não publicado. 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro faro Homem de. Deveres fundamentais e a constituição brasileira. **FIDES,** Natal, v.1, n. 2, ago/dez, 2010, 214-225.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa humana.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3 ed. ver. e ampl. São Paulo: Cortez, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à Mediação:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SUDÃO. Constituição (2005). **Constituição da República do Sudão.** Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/south\\_sudan\\_2013?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/south_sudan_2013?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

SUDÃO DO SUL. Constituição (2010 – ver. 2013). **Constituição da República do Sudão do Sul**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/sudan\\_2005?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/sudan_2005?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

TAJADURA TEJADA, Javier.. La función política de los preámbulos constitucionales. **Cuestiones Constitucionales**, núm. 5, julio-diciembre, 2001.

\_\_\_\_\_. El principio de solidaridad en el Estado autonômico. **Cuadernos de Derecho Público**, núm. 32, 2007, pp. 69-102. Disponível em <http://revistasonline.inap.es/index.php?journal=CDP&page=article&op=view&path%5B%5D=9504&path%5B%5D=9443>. Acesso em: 14 jun. 2015.

THOMPSON, Kenneth. Durkheim. In: **50 sociólogos fundamentais**. Trad. Paulo César Castanheira. São Paulo: Contexto, 2007.

TIMOR LESTE. Constituição (2002). **Constituição da República Democrática do Timor Leste**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/East\\_Timor\\_2002?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/East_Timor_2002?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política?. In: BAGGIO, Antônio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. San José de Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

TUNÍSIA. Constituição (2014). **Constituição da República da Tunísia**. Disponível em [https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia\\_2014?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=en). Acesso em: 11 maio 2015.

ULLMANN, Reinhold; BOHNEN, Aloysio. **O solidarismo**. São Leopoldo: Unisinos, 1993.

VARELA, Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes. **O Estado, o indivíduo e o dever fundamental social**. Tese de doutorado. Universidade Federal da Bahia, 2014.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural**. 2. ed. Dykinson, 1998.

\_\_\_\_\_. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como integração política**. Tradução e prefácio Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de Derecho Politico**. Vol. 4. Madrid: Editorial Tecnos, 1984.

VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry, OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de, OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade**. Curitiba: Instituto Memoria. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

\_\_\_\_\_. Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti?. In: **Stato e diritti nell'età della globalizzazione**. Salerno: Brunolibri, 2010, p. 71-89.

\_\_\_\_\_. Saúde: um direito fundado na fraternidade. **Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde**. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman. Ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. O pressuposto da fraternidade como condição para a efetivação do direito à saúde. In: **Direito Sanitário: Saúde e Direito, um Diálogo Possível** / Fernando Aith, Luciana Tarbes Mattana Saturnino, Maria Gabriela Araújo Diniz, Tammy Claret Monteiro (organizadores). Belo Horizonte : ESP-MG, 2010, p. 107-140;

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. São Paulo: Atlas, 1998.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: definições e fins do direito**. Trad. Alcidema Franco Bueno Torres. São Paulo: Atlas, 1977.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Argentina: Almed, 1998.

WEIL, Simone. **O enraizamento**. Trad. Maria Leonro Loureiro. Bauru, São Paulo: Edusc, 2001.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

## ANEXO A – Constituições que fazem referência expressa à fraternidade

### CONSTITUIÇÃO DE ANGOLA

#### PREÂMBULO

[...] Decididos a construir uma sociedade fundada na equidade de oportunidades, no compromisso, na **fraternidade** e na unidade na diversidade;;

### CONSTITUIÇÃO DO BRASIL

#### 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.

### CONSTITUIÇÃO DE CAMARÕES

#### PREAMBLE

We, the people of Cameroon,

Proud of our linguistic and cultural diversity, an enriching feature of our national identity, but profoundly aware of the imperative need to further consolidate our unity, solemnly declare that we constitute one and the same Nation, bound by the same destiny, and assert our firm determination to build the Cameroonian Fatherland on the basis of the ideals of **fraternity**, justice and progress;

### CONSTITUIÇÃO DO CHAD

#### PREAMBLE

Consequently, We the Chadian People:

Affirm by this Constitution our desire to live together with respect for ethnic, religious, regional and cultural diversities, to build a State of law and one united Nation founded on public freedoms and the fundamental rights of Man, the dignity of the human person and political pluralism, on the African values of solidarity and **fraternity**;

### CONSTITUIÇÃO DO CONGO

#### PREAMBLE

Proclaim our firm willingness to construct a State of law and a **fraternal** and solidary Nation;

### CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DO CONGO

#### PREAMBLE

We, the Congolese People,

United by destiny and history encompassing the noble ideas of liberty, of **fraternity**, of solidarity, of justice, of peace and of work;

## CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOMINICANA

### PREAMBLE

We, representatives of the Dominican people, free and democratically elected, gathered in the National Revisory Assembly; invoking the name of God; guided by the ideology of our Fathers of the Fatherland, Juan Pablo Duarte, Matias Ramon Mella and Francisco del Rosario Sanchez, and the heroes of the Restoration that established a free, independent, sovereign and democratic Republic; inspired by the examples of the struggles and sacrifices of our immortal heroes and heroines; encouraged by the selfless work of our men and women; ruled by the supreme values and fundamental principles of human dignity, freedom, equality, the rule of law, justice, solidarity, **fraternal** coexistence, social well being, ecological balance, progress and peace, essential factors for social cohesion; declare our desire to promote the unity of the Dominican Nation, and as such while exercising of our self-determination we adopt and proclaim the following

## CONSTITUIÇÃO DO GUINÉ EQUATORIAL

PART ONE ARTICLE 17- All Equato-Guineans shall have the obligation to live peaceful, respect the rights and obligations and contribute to the building of a just and **fraternal** society.

## CONSTITUIÇÃO DA ERITREA

### PREAMBLE

Appreciating the fact that for the development and health of our society, it is necessary that we inherit and improve upon the traditional community-based assistance and **fraternity**, love for family, respect for elders, mutual respect and consideration;

## CONSTITUIÇÃO DA ETIÓPIA

### ARTICLE 86. PRINCIPLES FOR EXTERNAL RELATIONS

(...) **5.** To forge and promote ever growing economic union and **fraternal** relations of Peoples with Ethiopia's neighbors and other African countries.

### ARTICLE 88. POLITICAL OBJECTIVES

(...) **2.** Government shall respect the identity of Nations, Nationalities and Peoples. Accordingly Government shall have the duty to strengthen ties of equality, unity and **fraternity** among them.

## CONSTITUIÇÃO DA FRANÇA

### PREAMBLE

(...) By virtue of these principles and that of the self-determination of peoples, the Republic offers to the overseas territories which have expressed the will to adhere to them new institutions founded on the common ideal of liberty, equality and **fraternity** and conceived for the purpose of their democratic development.

## TITLE I. ON SOVEREIGNTY



ARTICLE 2 - (...) The maxim of the Republic shall be "Liberty, Equality, **Fraternity**".

ARTICLE 72-3 - The Republic shall recognize the overseas populations within the French people in a common ideal of liberty, equality and **fraternity**.

### **CONSTITUIÇÃO DO HAITI**

ARTICLE 4 - The national motto is: Liberty; Equality, **Fraternity**.

### **CONSTITUIÇÃO DO IRÃ**

ARTICLE 3 - In order to attain the objectives specified in Article 2, the government of the Islamic Republic of Iran has the duty of directing all its resources to the following goals:

(...) 16. framing the foreign policy of the country on the basis of Islamic criteria, **fraternal** commitment to all Muslims, and unsparing support to the mustad'afun of the world.

### **CONSTITUIÇÃO DA ÍNDIA**

PREAMBLE

WE, THE PEOPLE OF INDIA, having solemnly resolved to constitute India into a SOVEREIGN SOCIALIST SECULAR DEMOCRATIC REPUBLIC and to secure to all its citizens:

JUSTICE, social, economic and political;

LIBERTY of thought, expression, belief, faith and worship;

EQUALITY of status and of opportunity;

and to promote among them all

**FRATERNITY** assuring the dignity of the individual and the unity and integrity of the Nation;

IN OUR CONSTITUENT ASSEMBLY this twenty-sixth day of November, 1949, do HEREBY ADOPT, ENACT AND GIVE TO OURSELVES THIS CONSTITUTION.

### **CONSTITUIÇÃO DA LIBÉRIA**

PREAMBLE

Having resolved to live in harmony, to practice **fraternal** love, tolerance and understanding as a people and being fully mindful of our obligation to promote African unity and international peace and cooperation,

### **CONSTITUIÇÃO MAURITÂNIA**

ARTICLE 9 - The Motto of the Republic is: Honneur – Fraternité – Justice [Honor – **Fraternity** – Justice].

### **CONSTITUIÇÃO DE MARROCOS**

PREAMBLE

With fidelity to its irreversible choice to construct a democratic State of Law, the Kingdom of Morocco resolutely pursues the process of consolidation and of

reinforcement of the institutions of a modern State, having as its bases the principles of participation, of pluralism and of good governance. It develops a society of solidarity where all enjoy security, liberty, equality of opportunities, of respect for their dignity and for social justice, within the framework of the principle of correlation between the rights and the duties of the citizenry.

(...) Founded on these values and these immutable principles, and strong in its firm will to reaffirm the bonds of **fraternity**, or cooperation, or solidarity and of constructive partnership with all other States, and to work for common progress, the Kingdom of Morocco, [a] united State, totally sovereign, belonging the Grand Maghreb, reaffirms that which follows and commits itself:

(...) To deepen the bonds of togetherness with the Arab and Islamist Ummah [Oumma], and to reinforce the bonds of **fraternity** and of solidarity with its brother peoples;

## **CONSTITUIÇÃO DA NAMÍBIA**

### **PREAMBLE**

(...) Whereas we the people of Namibia— (...) committed to these principles, have resolved to constitute the Republic of Namibia as a sovereign, secular, democratic and unitary State securing to all our citizens justice, liberty, equality and **fraternity**,

## **CONSTITUIÇÃO DE NÍGER**

### **FIRST ARTICLE**

(...) The motto of the Republic is Fraternité, Travail, Progrés [**Fraternity**, Work, Progress].

(...)

The seal of the State, with a diameter of forty millimetres, is composed of a shield bearing a sun accosted to dexter by a lance in pale charged with two Tuareg spades saltire, and to sinister by three ears of millet, one in pale and two placed saltire, accompanied at the point by a head of a zebu. Highlighted, are placed the following inscriptions: (...); in the inferior part: Fraternité, Travail, Progrés [**Fraternity**, Work, Progress].

## **CONSTITUIÇÃO DO PAQUISTÃO**

### **40. STRENGTHENING BONDS WITH MUSLIM WORLD AND PROMOTING INTERNATIONAL PEACE**

The State shall endeavour to preserve and strengthen **fraternal** relations among Muslim countries based on Islamic unity, support the common interests of the peoples of Asia, Africa and Latin America, promote international peace and security, foster goodwill and friendly relations among all nations and encourage the settlement of international disputes by peaceful means.

## CONSTITUIÇÃO DE PORTUGAL

### 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**.

## CONSTITUIÇÃO DE QATAR

### ARTICLE 20

The State strives to consolidate the spirit of national unity, solidarity, and **fraternity** among all citizens.

## CONSTITUIÇÃO DE SENEGAL

### PREAMBLE

(...) CONVINCED of the will of all the citizens, men and women, to assume common destiny by solidarity, work and patriotic commitment;

(...) AFFIRM:

(...) their determination to strive [lutter] for peace and **fraternity** with all the peoples of the world;

## CONSTITUIÇÃO DE SEYCHELLES

### PREAMBLE

(...) DESIROUS to build a just, **fraternal** and humane society in a spirit of friendship and co-operation with all peoples of the world;

RECOGNISING the inherent dignity and the equal and inalienable rights of members of the human family as the foundation for freedom, justice, welfare, **fraternity**, peace and unity; (...) EXERCISING our natural and inalienable right to a framework of Government which shall secure for ourselves and posterity the blessings of truth, liberty, **fraternity**, equality of opportunity, justice, peace, stability and prosperity;

## CONSTITUIÇÃO DO SUDÃO DO SUL

### PART THREE CHAPTER II > 46 >2

2. Every citizen shall in particular:

[...] b..promote peace, harmony, unity, **fraternity** and tolerance among all people of South Sudan in order to transcend ethnic, religious, geographical and political divisions;

## CONSTITUIÇÃO DO SUDÃO

### PART ONE CHAPTER III > 23> 2

2. In particular every citizen shall:

[...] b..abhor violence, promote harmony, **fraternity** and tolerance among all people of the Sudan in order to transcend religious, regional, linguistic, and sectarian divisions,

## CONSTITUIÇÃO DO TIMOR LESTE

### PREÂMBULO

[...] Reafirmam solenemente a sua determinação em combater todas as formas de tirania, opressão, dominação e segregação social, cultural ou religiosa, defender a independência nacional, respeitar e garantir os direitos humanos e os direitos fundamentais do cidadão, assegurar o princípio da separação de poderes na organização do Estado e estabelecer as regras essenciais da democracia pluralista, tendo em vista a construção de um país justo e próspero e o desenvolvimento de uma sociedade solidária e **fraterna**.

## CONSTITUIÇÃO DA TUNÍSIA

### PREAMBLE

Based on the elevated status of humankind and desirous of consolidating our cultural and civilizational affiliation to the Arab and Muslim nation, building on our national unity that is based on citizenship, **fraternity**, solidarity, and social justice, committed to strengthening Maghreb unity as a step towards achieving Arab unity, towards complementarity with the Muslim and African peoples, and towards cooperation with all the peoples of the world, desirous of supporting all victims of injustice, wherever they are, defending the peoples' right to determine their own destiny, to supporting all just liberation movements, at the forefront of which is the movement for the liberation of Palestine; and opposing all forms of colonization and of racism; Being aware of the necessity of contributing to the preservation of a healthy environment that guarantees the sustainability of our natural resources and bequeathing a secure life to future generations, realizing the will of the people to be the makers of their own history, believing in science, work, and creativity as noble human values, seeking always to be pioneers, aspiring to contribute to the development of civilization, on the basis of the independence of national decision-making, world peace, and human solidarity;

## CONSTITUIÇÃO DA TANZÂNIA

### PREAMBLE

WHEREAS WE, the people of the United Republic of Tanzania, have firmly and solemnly resolved to build in our country a society founded on the principles of freedom, justice, **fraternity** and concord:

### CHAPTER 1 - PART II – 9 THE PURSUIT OF UJAMAA AND SELF-RELIANCE

The object of this Constitution is to facilitate the building of the United Republic as a nation of equal and free individuals enjoying freedom, justice, **fraternity** and concord, through the pursuit of the policy of Socialism and Self Reliance which emphasises the application of socialist principles while taking into account the conditions prevailing in the United Republic.