

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE COMO PARADIGMA INTERPRETATIVO PARA O SÉCULO XXI

Gabriel Nosenzo Galhardo

gabnosgal@gmail.com

Estudante de Direito da PUC-SP

Artigo produzido a partir das aulas de
Filosofia do Direito do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

É inegável que desde o pós-Segunda Guerra, uma nova gama de direitos passa a ser objeto de preocupação e estudo, tanto no âmbito interno, quanto internacional. Da mesma forma, o direito passa a ser visto e interpretado de maneira diferente. Agora, não se leva mais em consideração apenas as ideias de liberdade e igualdade para definir direitos a ser consolidados nos ordenamentos jurídicos, e como parâmetros para se atingir o fim do direito: a justiça. Viu-se, ao longo do Séc. XX, a necessidade de se olhar o direito para além da pessoa isoladamente considerada, e sim como alguém que faz parte de um grupo maior, que é a sociedade, e o direito também deve ser pensado e interpretado nesse âmbito, que agora é coletivo. Daí nasce a ideia de poder valer-se do princípio da fraternidade.

Sabe-se que, com as transições liberais, com destaque para a Revolução Francesa, surge o lema “liberdade, igualdade e fraternidade”. No entanto, após esse período, surge uma preocupação muito maior dos Estados em garantir a liberdade do cidadão, aliada aos seus direitos individuais, com destaque para a propriedade privada, do que em preservar os direitos difusos e coletivos da sociedade. Durante o Séc. XX, com o crescimento das Organizações Internacionais, assim como com a criação de documentos internacionais versando sobre direitos humanos, observou-se a necessidade de um olhar mais fraterno inclusive no tratamento da relação entre os Estados soberanos. Não deve se esquecer que um país não existe sozinho. Há sempre o “outro”, a quem deve o país respeitar e reconhecer sua soberania e seus direitos. A cooperação entre Estados, portanto, tornou-se um importante meio para a proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Da mesma forma, a partir do século passado, surge uma terceira geração de direitos, que tem como base o ideal de fraternidade. Destacam-se os direitos do consumidor e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Afinal, uma propaganda enganosa não afeta somente uma pessoa individualmente considerada, e sim a todos, a sociedade como um todo. O mesmo pode ser dito a respeito das queimadas na Amazônia. São direitos que transcendem a pessoa (transindividuais) e afetam a coletividade, determinada ou não.

Tudo que foi exposto até aqui pode comprometer, direta ou indiretamente, a ascensão do princípio fraternidade, como paradigma da interpretação jurídica do Séc. XXI. Nunca custa lembrar que esse princípio está presente no Preâmbulo da Constituição de 1988, como princípio constitucional, em decorrência da sua enorme importância. O princípio da fraternidade é como se fosse, no âmbito interpretativo, um instrumento conciliador dos direitos fundamentais, individual e da coletivamente. Foi muito usado como parâmetro de decisão em ações relacionadas a direitos individuais durante a pandemia de COVID-19. Aqui temos, por exemplo, as restrições ao direito individual de ir e vir em choque com o risco da coletividade ser contaminada em massa por um vírus que pode ser mortal, em um contexto excepcional de crise pandêmica global. Lendo esse confronto de direitos, à luz do princípio da fraternidade, o direito à saúde e vida da população é mais caro à pessoa humana do que o direito de ir e vir, que pode ser restringido com a finalidade de preservar esses dois direitos tão valiosos a todos, ainda mais considerando essa situação atípica de pandemia. Dessa maneira, vemos a importância da fraternidade na interpretação do direito, acima de tudo, como forma de ponderar direitos individuais e coletivos.

Para citar um caso concreto recente, em que o princípio da fraternidade foi usado como paradigma interpretativo em uma ação judicial que tinha como objeto a discussão da colisão do direito à liberdade religiosa e de culto, com o direito à vida e à saúde, em decorrência do risco de transmissão do coronavírus pela irresponsável flexibilização de aglomerações de qualquer gênero por parte do poder público, esse ano, foi julgada a ADPF 811/SP, cujo relator foi o Ministro Gilmar Mendes. Essa ação impugnava o art. 2º, II, a, do Decreto n.65.563, de 12.3.2021, do Estado de São Paulo, que vedou a realização de cultos, missas e demais atividades religiosas de caráter coletivo no Estado. Segue um trecho importante e extremamente pedagógico no voto do Ministro Gilmar na referida ADPF:

A nobreza da proteção constitucional que os autores da presente ADPF buscam, todavia, não se revela compatível com a capitulação do presente tema a uma agenda política negacionista que se revela, em toda dimensão, **contrária à fraternidade** tão ínsita ao exercício da religiosidade.

No ano de 2008, em discurso proferido na Universidade de Münster, rememorando as lições do Professor Peter Häberle (Häberle, Peter. *Liberdad, Igualdad, Fraternidad. 1789 como Historia, actualidad y futuro del estado constitucional*. Madrid: Trotta. 1998.), destaquei que, no limiar do século XXI, **liberdade e igualdade deveriam ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade, de modo que a fraternidade poderia constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.**

(...)

A dialética entre direitos e deveres, entre empatia e imparcialidade, entre justiça e misericórdia, entre legalidade e bem comum, que **compõem o**

conceito da fraternidade, mostra-nos o caminho para encontrar a melhor solução jurídica diante das oposições, dicotomias e contradições que envolvem o momento presente.

É esse o norte que tem guiado esta Corte na realização do controle de constitucionalidade de restrições impostas às liberdades individuais em razão das medidas de enfrentamento à pandemia do novo Coronavírus. Não é preciso muito para reconhecer o desenvolvimento, entre nós, de uma verdadeira Jurisprudência de Crise, **em que os parâmetros de aferição da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais têm sido moldados e redesenhados diante das circunstâncias emergenciais.** (grifos meus).

Consequentemente, não só nessa ação, como em outras julgadas no STF durante a pandemia, e que abriam essa discussão sobre conflito de direitos fundamentais, causado pela crise sanitária, foram decididas pelos Ministros a partir de uma análise sobre qual dos direitos fundamentais prevalece em cada caso, e essa análise sempre tem como norte a ideia de fraternidade. Todas as ações acabaram envolvendo direitos de liberdade, como o direito de ir e vir, de decidir se vacinar ou não, de liberdade de crença e culto, em oposição ao direito à saúde e vida da coletividade, em um contexto pandêmico. Na maior parte das vezes, sendo uma conclusão evidente, quando se faz uma simples análise dos casos concretos sob a ótica da fraternidade, o direito à saúde e à vida da coletividade, em um cenário de enorme proliferação e contaminação do coronavírus, prevaleceu sobre os demais direitos de liberdade.

Retroagindo um pouco na Jurisprudência do STF, muito antes da crise de pandemia que vivemos atualmente, outro grande Ministro, não mais membro da Suprema Corte, usou diversas vezes o princípio da fraternidade como paradigma interpretativo. Estou me referindo ao Ministro Carlos Ayres Britto. Entre os julgados mais marcantes, em que o ilustre Ministro se utilizou do princípio da fraternidade, está a ADI 3.510/DF¹, julgada em 2008, na qual atuou como relator. Nessa ação, se discutiu a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105 (Lei da Biossegurança), de 24 de março de 2005, que permitia a pesquisa científica em células-tronco embrionárias. De um lado, alegou-se o desrespeito ao direito à vida dos embriões humanos, do outro o direito à saúde da população que poderia ter nessas pesquisas uma possibilidade de encontrar cura, por exemplo, para determinadas doenças, assim como o direito à pesquisa e conhecimento científico. Segue trecho do voto de Ayres Britto na ADI citada, em que o princípio da fraternidade é invocado:

Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém u'a mais firme disposição para

¹ <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acessado em 10/12/2021.

encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" **como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna"**. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o **advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade.** Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: "Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.". (grifos meus).

Outra decisão marcante do Supremo, em que o Ministro Ayres Britto fez menção ao princípio da fraternidade, e a usou como parâmetro interpretativo, foi a ADPF 132/RJ², na qual foi relator também, e onde se reconheceu a união homoafetiva, equiparando-a juridicamente à união heteroafetiva, como entidade familiar digna de proteção legal, dando interpretação conforme à Constituição e ao Art. 1.723³ do Código Civil. Destaca-se um trecho absolutamente esclarecedor do Voto de Ayres Britto sobre o princípio da fraternidade:

25. Prossigo para ajuizar que esse primeiro trato normativo da matéria já antecipa que o sexo das pessoas, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. É como dizer: o que se tem no dispositivo constitucional aqui reproduzido em nota de rodapé (inciso IV do art 3º) é a explícita vedação de tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo dos seres humanos. Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos" (este o explícito objetivo que se lê no inciso em foco).

26. **"Bem de todos", portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo.** Se se prefere, "bem de todos" enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. **O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do "Constitucionalismo fraternal" sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra "Teoria da Constituição", Editora Saraiva, 2003. Tipo de constitucionalismo, esse, o 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**

² <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acessado em 10/12/2021.

³ Art. 1.723 – Código Civil Brasileiro. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de par com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democraciadita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O princípio esquecido”, Cidade Nova, São Paulo, 2008).” (grifos meus).

Foi Ayres Britto que consagrou o conceito de constitucionalismo fraternal no ordenamento jurídico pátrio, como uma perspectiva inovadora de interpretação constitucional e dos direitos fundamentais. Em sua obra *Teoria da Constituição*, do início do Séc. XXI, define o que seria constitucionalismo fraternal:

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

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse **pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito**. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. **E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna**, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo.

Autosustentadamente ou sem dependência externa.” (BRITTO, 2003, p. 216-217).

Notável na definição do Ministro Ayres Britto a menção à evolução do Estado e do constitucionalismo. Lembremos que, no constitucionalismo liberal, os direitos de liberdade foram os consagrados nas Cartas Magnas, sem muita consideração aos menos favorecidos. Eram direitos que presumiam, acima de tudo, uma abstenção estatal. Em um segundo estágio da evolução desse Estado, estão as constituições sociais, com destaque para a mexicana de 1917, e, na Alemanha, a conhecida como República de Weimar de 1919, que positivaram um rol expressivo de direitos sociais, como saúde, educação, previdência, lazer, alimentação, com o escopo de garantir um mínimo existencial para a população, tendo como norte o princípio da dignidade da pessoa humana. São direitos que exigem uma atuação positivada Estado, ou seja, um Estado provedor, acima de tudo. Todavia, vários Estados que adotaram a fórmula social (como a Itália fascista), e que acabaram garantindo direitos sociais a sua população, bastando se recordar da *Carta del lavoro*, aprovada durante o regime fascista italiano, não tinham apreço algum pelos mais elementares direitos fundamentais e pela democracia. Surge então a fórmula do Estado Social e Democrático de Direito, adotado pela Itália, na Constituição de 1947, e na Constituição da República Federal da Alemanha, de 1949, em que se mantém as conquistas dos constitucionalismos liberal e social, só que com o fortalecimento e a solidificação das instituições democráticas. O constitucionalismo fraternal seria, portanto, mais um passo nessa evolução, em que as constituições reconhecem expressamente o direito de minorias totalmente ignoradas e menosprezadas pelas outras ordens constitucionais, como os negros, as mulheres, a população LGBTQIA+, as pessoas com deficiência, entre outros, assim como a necessidade de uma atuação estatal positiva e firme no sentido de preservar esses direitos e reduzir a discriminação, a segregação e o preconceito na sociedade, como bem lecionado pelo ilustre Ministro.

Para concluir, percebe-se que o princípio da fraternidade é como se fosse a síntese da evolução dos direitos e deveres humanos. Isso se dá, porquanto tem como objetivo conciliar os direitos de liberdade e igualdade, que são as duas primeiras gerações de direitos fundamentais. Não mais se pensa (ao menos não deveria) só no direito e dever de “si mesmo”, mas também no direito e dever “do outro”, que convive ao seu redor. Um paradigma interpretativo usado constantemente nos dias de hoje, inclusive no contexto das colisões de direitos fundamentais, ocasionadas pela crise sanitária do coronavírus.