

OPRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: UMA ANÁLISE AXIOLÓGICO NORMATIVA

THE FRATERNITY PRINCIPLE IN THE 1988
CONSTITUTION: A NORMATIVE AXIOLOGICAL
ANALYSIS

EL PRINCIPIO DE FRATERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN
DE 1988: UN ANÁLISIS AXIOLÓGICO NORMATIVO

SUMÁRIO:

Introdução; 1. A noção do valor; 2. A diferença entre Valores e Princípios; 3. Diferença entre Valores e Princípios no sistema brasileiro; 4. A fraternidade na Constituição de 1988; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO:

O princípio da fraternidade expresso no Preâmbulo da Constituição tem seu conteúdo jurídico por todo texto constitucional. A referência ao bem-estar encontrada na Constituição: nos objetivos fundamentais da República (art. 3º); direitos sociais (art. 6º) e na assistência social (art. 194). São exemplos da expressão normativa da fraternidade, que nos permite atribuir-lhe a condição de princípio. Em função de conteúdo valorativo a fraternidade assume a condição de princípio relacional, uma ligação entre a igualdade e a liberdade, e entre estes com dignidade da pessoa humana e solidariedade social, adicionando, assim, uma dimensão humana, real e concreta a estes princípios clássicos.

ABSTRACT:

The principle of fraternity was expressly mentio-

Como citar este artigo:
MARTINS, Flademir;
AMARAL, Sérgio.
O princípio da
fraternidade na
constituição de
1988: uma análise
axiológico normativa.
Argumenta Journal
Law, Jacarezinho – PR,
Brasil, n. 34, 2021,
p. 71-104.

Data da submissão:
28/09/2019

Data da aprovação:
28/11/2020

1. Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – Brasil
2. Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente – Brasil

ned in the Preamble of the 1988 Constitution, but its legal content can be extracted from all the constitutional text and not just from the preamble. In fact, the reference to well-being found in numerous sections of the Constitution; the fundamental objectives of the Republic (Article 3 of the Constitution); to social rights (Article 6 of the Constitution) and to social assistance (Article 194 of the Constitutional Court), are examples of the normative expression of the fraternity, which allows us to attribute to it the condition of principle. Due to its strong value content, fraternity assumes the condition of a relational principle, making the connection between equality and freedom, and between these principles and the dignity of the human person and social solidarity, thus adding a human dimension, real and concrete reality to these classic principles of political universalism.

RESUMEN:

El principio de fraternidad fue mencionado expresamente en el Preámbulo de la Constitución de 1988, pero su contenido legal puede extraerse de todo el texto constitucional y no solo del preámbulo. De hecho, la referencia al bienestar se encuentra en numerosas partes de la Constitución; los objetivos fundamentales de la República (artículo 3 de la Constitución); los derechos sociales (art. 6, del CF) y la asistencia social (art. 194, del CF), son ejemplos de la expresión normativa de la fraternidad, lo que permite atribuirle la condición de principio. Por su fuerte contenido evaluativo, la fraternidad asume la condición de principio relacional, haciendo la conexión entre igualdad y libertad, y entre estos principios y la dignidad de la persona humana y la solidaridad social, agregando así una dimensión humana, real y concreta a la estos principios clásicos del universalismo político.

PALAVRAS-CHAVE:

Valores; Princípios; Fraternidade; Constituição de 1988.

KEYWORDS:

Values; Principles; Fraternity; 1988 Constitution.

PALABRAS CLAVE:

Valores; Principios; Fraternidad; Constitución de 1988.

INTRODUÇÃO

A fraternidade foi expressamente mencionada no Preâmbulo da Constituição de 1988, quando este qualifica a sociedade brasileira que se pretendia instituir como: “uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. A noção constitucional de fraternidade ainda é, contudo, controvertida, havendo tanto aqueles que lhe reconhecem a condição de princípio, quanto aqueles que defendem a total ausência de normatividade, justamente por entendê-la como mera referência valorativa no Preâmbulo constitucional.

Mesmo percorrendo um longo trajeto histórico normativo até sua expressa referência em nosso Preâmbulo constitucional, a fraternidade não logrou atingir o mesmo grau de normatividade jurídica, por exemplo, dos princípios da liberdade e da igualdade, que compõe a tríade ideal consagrada na Revolução Francesa (Liberdade, Igualdade e Fraternidade).

Da mesma forma, ao contrário de outras importantes noções religioso-filosóficas, como a de dignidade da pessoa humana, que surgindo na doutrina cristã atingem a filosofia, para num momento posterior virem a ser incorporadas ao direito, com ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial, a fraternidade é um valor religioso-filosófico que passou a ter conteúdo jurídico, principalmente a partir de sua consagração em nossa Constituição, mas que ainda não logrou atingir o grau de aceitação jurídica que deveria ter em face de sua relevância histórica.

Embora o estudo da fraternidade venha atraindo interesse de inúmeros pesquisadores de diferentes áreas, como da filosofia, da sociologia, da economia, da teologia, da ciência política e do direito, entre outros, ainda permanece em aberto o papel que lhe é reservado em nosso sistema jurídico constitucional.

Nessa linha de pensamento, este artigo se propôs a identificar se, à luz da diferença entre valores e princípios no sistema jurídico constitucional, é possível reconhecer a existência de um princípio da fraternidade e, em caso positivo, qual seria seu conteúdo jurídico.

Nesse contexto, entendemos que o estudo do atual papel da Fraternidade na Constituição de 1988 pode contribuir para o estudo dos valores e princípios jurídicos, bem como do papel destes no contexto contemporâneo da filosofia e da teoria geral do direito.

Assim, a pesquisa visou identificar qual é no sistema jurídico cons-

titucional brasileiro o papel reservado à fraternidade, suas características e seus limites normativos, colaborando com a discussão já em curso na academia e na jurisprudência.

São estas algumas das questões que abordamos, com a pretensão de colaborar com um debate já em curso na academia e, de resto, na própria sociedade, sobre a importância da fraternidade para a reflexão jurídica.

O artigo se valeu de ampla revisão bibliográfica sobre a axiologia jurídica e sobre a fraternidade, como categoria filosófica, religiosa e jurídica. A partir desta revisão bibliográfica, utilizou-se de uma reflexão dedutiva e dialética sobre as obras consultadas, bem assim de uma reflexão indutiva sobre a jurisprudência sobre a fraternidade, a fim de obter as conclusões ora apresentadas.

1. A NOÇÃO DE VALOR

Estabelecer a diferença entre os conceitos de valor e de princípio não é uma tarefa das mais simples, dado os múltiplos usos e significados que estes podem ter na linguagem técnica e cotidiana. Contudo, devemos ao menos tentar estabelecer uma definição, sob pena de grassar a incerteza quanto aos conceitos a serem utilizados.

Genaro R. Carrió (2011) já advertia que embora a linguagem seja uma ferramenta completa de comunicação entre os homens, nem sempre esta ferramenta funciona bem, frustrando a comunicação. No âmbito do direito, as fontes de frustração da comunicação variam muito, mas podem ser sintetizadas como decorrentes do próprio uso da linguagem; do significado emotivo das palavras empregadas; do uso de palavras generalizantes; da ambiguidade; da vagueza; da textura aberta da linguagem e etc.

A palavra valor tem usos variados e complexos, que são reflexos da extensão das tarefas desempenhadas por valores em nossas práticas comunicativas e do fato de que a profundidade da nossa compreensão dos significados de valor depende parcialmente dos valores que sustentamos (LACEY, 2008, p. 47).

Lacey (2008, p. 47-48) explica que na linguagem comum quando nos referimos a um valor podemos estar nos referindo a: 1) um bem fundamental que uma pessoa utiliza como razões para a ação; 2) a uma qualidade, ou uma prática, que proporciona valia, excelência, dignidade, significado ou um caráter de realização à vida que a pessoa está levando, ou

aspirando a levar; 3) uma qualidade, ou uma prática, que é parcialmente constitutiva da identidade de uma pessoa, como ser auto-avaliador, auto-interpretante e autoformador; 4) um critério fundamental para uma pessoa escolher o bom (ou melhor) entre possíveis cursos de ação; 5) um padrão fundamental em relação ao qual alguém avalia o comportamento de si mesmo e dos outros; 6) um ‘objeto de valor’, com o qual há uma relação apropriada constitutiva tanto de uma vida que vale a pena ser vivida quanto da identidade de alguém, entendendo-se como ‘objeto de valor’ desde uma obra de arte, a teorias científicas, objetos sagrados, culturas, tradições, instituições, outras pessoas e a própria natureza.

O termo “valor”, contudo, adquiriu uma dimensão concreta a partir da análise econômica. E num sentido econômico, foi usado e continua sê-lo em relação ao preço de uma mercadoria ou produto. Mas também se usa o termo “valor” num sentido não econômico, para designar, por exemplo, que uma obra de arte tem valor ou é valiosa; que certas ações têm valor ou são valiosas, ou mesmo que uma pessoa tem grande valia. (FERRATER MORA, 2004, p. 2970).

Foi Marx quem teve o mérito de desvendar o valor econômico, identificando características essenciais ao valor, relacionadas à sua significação social e humana. A noção de valor, portanto, está ligada a noções como de seleção e preferência, mas isto não significa “que algo tem valor porque é preferido, ou preferível, ou que algo é preferido ou preferível, porque tem valor” (VÁSQUEZ, 1996, p. 116). Embora em seu sentido original “valor” signifique coragem, bravura e o caráter do homem, o que atribui à palavra um sentido positivo, a noção filosófica de valor está relacionada àquilo que é bom, útil, positivo, e por outro lado, à de prescrição, ou seja, à de algo que deve ser realizado. Do ponto de vista ético, os valores são os fundamentos da moral, das normas e regras que prescrevem a conduta correta (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2006, p. 275).

Nesse contexto, Nicola Abbagnano (2000, p. 989) define ‘valor’ como o que, em geral, deve ser objeto de preferência ou escolha. Segundo o autor, desde a antiguidade a palavra foi usada para indicar a utilidade ou preço dos bens materiais, a dignidade ou o mérito das pessoas, só passando a ter significado filosófico quando seu sentido passa a ser generalizado para indicar qualquer objeto de preferência ou de escolha. E isto só acontece pela primeira vez com os estoicos, que introduziram o termo no

domínio da ética e chamaram de valor os objetos de escolha moral.

Mas na perspectiva filosófica não se usa apenas o conceito de valor, mas se reflete sobre ele, buscando determinar a natureza e o caráter do valor e dos chamados 'juízos de valor' (FERRATER MORA, 2004, p. 2970). Isso distingue a teoria dos valores de um sistema de juízo de valor, já que muitas doutrinas filosóficas, desde a Antiguidade, contem tanto juízos de valor, quanto juízos de existência. Nesse sentido, J. Ferrater Mora (2004, p. 2970-2971) alerta que a simples equiparação do ser com o valor (ou o valer) é um juízo de valor, mas não ainda uma verdadeira teoria dos valores.

Contemporaneamente, contudo, prevalece o entendimento de que reconhecer um certo aspecto das coisas como um valor consiste em levá-lo em conta na tomada de decisões, ou seja, em estar inclinado a usá-lo como elemento a ser considerado na orientação que damos a nós próprios e aos outros (BLACKBURN, 1997, p. 399).

É justamente neste contexto que Agnes Heller (1974, p. 33-39) explica que o valor é uma categoria primária de prática social, que não pode ser derivada de necessidades, interesses ou do psiquismo, consistindo em uma preferência consciente vinculada à escolha. Contudo, nem toda preferência é um valor. De fato, a autora demonstra que a preferência só seria um valor quando: a) é regulada socialmente (objetivada em costumes ou normas), incluindo sua negação; b) contém um momento de generalização que supere sua particularidade. Assim, as preferências socialmente reguladas (e objetivadas) são valores universalmente válidos para uma determinada integração, uma determinada classe, uma determinada época, mas isto não quer dizer que estes valores se imponham sempre (HELLER, 1974, p. 33-39). Apesar de todo ser humano nascer numa época determinada, ou seja, em determinados sistemas de preferências axiológicas e assimilar essas preferências, nem por isso deixa, segundo Agnes Heller (1974, p. 33-39), de ter a possibilidade de conhecer outros valores, podendo eleger estes como seus.

Na mesma linha histórico-culturalista da autora, Karl Mannhein (1973, p. 30) explica que os valores se exprimem em função de escolhas feitas pelos indivíduos ao preferir isto em vez daquilo. Mas estes não existem somente no ambiente subjetivo enquanto escolhas dos indivíduos, ocorrendo também como normas objetivas, isto é, como conselhos: faça isto em vez daquilo. Nesse caso os valores atuam para regular a conduta

e o comportamento dos homens, com a função de fazerem os membros de uma sociedade agirem e se comportarem de determinada forma que se ajuste ao padrão de uma ordem existente. Assim, as valorizações são em parte a expressão de perspectivas subjetivas e em parte a realização de funções sociais objetivas, de tal sorte que há um ajustamento contínuo entre o que os indivíduos gostariam de fazer se suas escolhas fossem apenas dirigidas apenas por seus desejos e o que a sociedade quer que eles façam.

Para HELLER (1983, p. 59), um sistema social de objetivações pode se tornar uma escala de valores somente através das categorias de valor e com elas. Dessa forma, as orientações de valor são dadas nos sistemas sociais de objetivações, permitindo que se estabeleça um sistema de regras e, portanto, uma sociedade. O sistema de regras designa o que é verdadeiro, o que é bom, o que é agradável, o que é justo e etc, oferecendo também uma hierarquia dos valores. Com isso as categorias de valor acabam representando ideias teóricas e práticas, que levam o homem a assimilar o ambiente como um mundo ordenado. As diversas categorias orientadoras de valor guiam o comportamento humano, o agir, os sentimentos e o pensamento. E toda categoria orientadora de valor tem um uso adequado ao objeto, um uso adequado ao sujeito e um uso adequado à situação (HELLER, 1983, p. 60). Como as categorias de valor servem como ideais teóricos e práticos, torna-se possível aplicá-las a esferas nas quais elas não são aplicadas pelo sistema de objetivações de nossa sociedade (HELLER, 1983, p. 61).

A esta articulação vertical e horizontal de todos os valores, Agnes Heller (1983, p. 86) denomina “sistema de valores”. Tanto a sociedade, quanto o indivíduo não se caracterizam por um valor singular, mas por um sistema de valores. Não obstante, quando queremos realizar valores conscientemente através de uma ação, não escolheremos necessariamente o valor mais alto, mas um valor adequado ao tipo de atividade (HELLER, 1983, p. 87). O agir racional com relação a valores deve, portanto, ser feito de forma refletida e com revisão das ações precedentes, sob pena de ser inadequado do ponto de vista do sujeito ativo (HELLER, 1983, p. 87-88).

Além disso, todo agir racional com relação a valores deve ser adequado à situação e ao sujeito e não apenas ao objeto, ou seja, deve ser conforme ao sistema de regras. O uso cotidiano dos valores, portanto, assume a forma de regras de atividade ou de comportamento que devem

ser observadas (HELLER, 1983, p. 87-88). Agnes Heller (1983, p. 89-90) refere, também, que somos pessoalmente responsáveis, no plano moral, por nossas escolhas de valor e por nossas ações racionais com relação ao valor. Na ação concreta do homem todo o seu sistema de valores está em funcionamento, e dela (ação concreta) faz parte a avaliação da adequação à situação. Dessa forma, quem julga a ação concreta tem a responsabilidade de distinguir a realização do valor, a incoerência do sistema de valores e a realização do particularismo pessoal (HELLER, 1983, p. 92).

Ora, conforme já referimos, pensar os valores constitucionais brasileiros, entre os quais o da Fraternidade, no âmbito de nosso sistema jurídico implica, primeiro, em diferenciar os valores das normas (princípios e regras), sem o que não seria possível compreender quais os papéis que eles exercem em nosso sistema. Dessa perspectiva trataremos a seguir.

2. A DIFERENÇA ENTRE VALORES E PRINCÍPIOS

Há pelo menos duas formas de se analisar a relação entre valores e princípios. Supor que os princípios correspondem a valores, ou seja, entender que os princípios correspondem a expressões jurídico-positivas dos valores; ou considerar que valores não são princípios, tentando demonstrar a independência de ambos, sem prejuízo da interconexão existente.

Nessa última vertente (que considera que valores não são princípios), parece haver uma gradação entre os autores, o que nos permite identificar uma “versão forte” e uma “versão fraca” da diferença entre valores e princípios (VALE, 2009, p. 136-162).

A versão forte da diferença entre valores e princípios

O principal expoente da versão forte da diferença entre valores e princípios é Jürgen Habermas. Em linhas gerais, Habermas critica a possibilidade de se manter princípios substantivos de justiça no atual contexto das sociedades pluralistas. Afirma que, nas sociedades complexas contemporâneas, qualquer modelo que dependa de concepção material de legitimidade é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos diversos grupos sociais (HABERMAS, 2003, p. 159-160).

Para o autor (HABERMAS, 2003, p. 107), os direitos fundamentais formam uma categoria de direitos intrínseca a um sistema de direitos co-

municativamente estruturado, pois “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica”.

Habermas (2003, p. 150-160) entende, portanto, que o núcleo material da Constituição exige que a deliberação pública seja pautada por ações comunicativas. E, nesse sentido, o autor considera que são direitos fundamentais não apenas os que exercem função imediata na formação democrática da vontade coletiva, com o que se afasta da concepção exposta por John Hart Ely (2010, p. 115-181 e ss), mas, também, aqueles que são necessários para que todos se sintam motivados a deliberar. Em Habermas também são considerados direitos fundamentais todos aqueles necessários para o sentimento de pertencimento a uma comunidade política pluralista, sendo que “a proposta de uma interpretação dos direitos fundamentais à luz da teoria do discurso deve servir para esclarecer o nexos interno entre direitos humanos e soberania do povo”.

No modelo habermasiano, os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito são concebidos como resposta à pergunta sobre como institucionalizar as condições de comunicação do procedimento democrático, valendo-se da intersubjetividade existente em processos de entendimento mútuo para reinterpretar a ideia de soberania popular a partir de uma intersubjetividade democrática, que será capaz de redirecionar o poder administrativo para determinados fins (HABERMAS, p. 2003, p. 280-283).

Essa visão procedimental da democracia, contudo, leva Habermas a fazer uma crítica contundente à concepção de Constituição como ordem objetiva de valores adotada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, argumentando que, quando ele se deixa conduzir pela ideia de realização de valores materiais, dados pelo direito constitucional, transforma-se em instância autoritária, pois, no caso de uma colisão, todas as razões podem assumir o caráter de argumentos, fazendo ruir a viga mestra introduzida no discurso jurídico da compreensão deontológica de normas e princípios do direito (HABERMAS, p. 2003, p. 321).

Além disso, como a Constituição determina procedimentos políticos segundo os quais os cidadãos podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida, quando o Tribunal concebe o papel do controle de constitucionalidade voltado apenas para a proteção do sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública

dos cidadãos, ele deixa, na prática, de examinar os conteúdos das normas controvertidas no contexto dos pressupostos comunicativos e condições procedimentais do processo de legislação democrático.

É no contexto dessa crítica ao Tribunal Constitucional Alemão que Habermas explica que, enquanto princípios são normas que podem servir para justificar outras normas, possuindo um sentido deontológico, os valores têm um sentido teleológico (HABERMAS, p. 2003, p. 321).

As normas válidas obrigam seus destinatários a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que os valores devem ser entendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente. Enquanto os valores expressam preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, as normas surgem com pretensão de validade binária (podem ser válidas ou inválidas) em relação a proposições normativas (HABERMAS, p. 2003, p. 316).

Nesse sentido, a validade deontológica das normas tem o sentido absoluto de obrigação universal e incondicional, ao passo que os valores têm sentido relativo de apreciação de bens, adotada ou exercitada no âmbito das formas de vida ou de uma cultura. Enquanto normas, não podem contradizer umas às outras, devendo estar inseridas num contexto coerente, isto é, formar um sistema, valores distintos concorrem para obter primazia, sendo que, à medida que obtêm reconhecimento intersubjetivo no âmbito de uma cultura, formam configurações flexíveis e repletas de tensões (HABERMAS, p. 2003, p. 316-317). Nos dizeres do autor:

[...] normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou de valores devem satisfazer (HABERMAS, p. 2003, p. 317).

Embora o agir concreto possa ser orientado por normas ou por valores, a orientação da ação não é a mesma nos dois casos. Com efeito, à luz de normas é possível decidir o que pode ser feito, sendo que, à luz dos valores é possível saber apenas qual comportamento é recomendável. E o problema da aplicação exige, em ambos os casos, a seleção da ação correta. Assim, no caso das normas, correto é quando partimos de um sistema

de normas válidas e a ação é boa para todos. Já numa constelação de valores, correto é o comportamento que, em sua totalidade e a longo prazo, é boa para nós (HABERMAS, p. 2003, p. 317).

Habermas alerta, contudo, que, quando se trata de princípios do direito essa diferença é frequentemente desconsiderada, porque o direito positivado vale somente para determinada área jurídica e para um correspondente círculo de destinatários. No entanto, apesar dessa limitação fática da esfera de validade, Habermas entende que as ideias de Dworkin (no sentido de que os direitos fundamentais são princípios deontológicos) e Alexy (no sentido de que os direitos fundamentais são bens otimizáveis do direito) não são a mesma coisa. De fato, enquanto normas, os direitos fundamentais regulam matéria no interesse de todos; já, enquanto valores, eles formam uma ordem simbólica na qual se expressam a identidade e a forma de vida de uma comunidade jurídica particular (HABERMAS, p. 2003, p. 317-318).

E, defendendo a necessidade de diferenciar os valores das normas, Habermas afirma que a distinção entre normas e valores só perde seu sentido em teorias que pretendem a validade universal para bens e valores, como é o caso das versões clássicas da ética dos bens. Mas, no pensamento pós-metafísico, essas éticas não seriam mais defensáveis, pois, mesmo em teorias contemporâneas, os bens ou valores universais assumem uma forma a tal ponto abstrata, que é possível reconhecer princípios deontológicos, tais como dignidade humana, solidariedade, autonomia, dentre outros. E, assim, a transformação conceitual de direitos e valores fundamentais significaria mascaramento teleológico de direitos que encobriria que, no contexto de fundamentação, normas e valores assumem papéis diferentes na argumentação (HABERMAS, p. 2003, p. 318).

Para Habermas, portanto, as diferenças entre princípios e valores podem ser sintetizadas no caráter deontológico dos princípios e no caráter teleológico dos valores (diferença ontológica, que diz respeito à natureza de cada uma dessas categorias).

A versão fraca da diferença entre valores e princípios.

O principal expoente da versão fraca da diferença entre valores e princípios é Robert Alexy. Embora o autor (ALEXY, 2012, p. 144-179) reconheça a imbricação de valores e de princípios (bem como sua similitude estrutural), sustenta a existência de diferença fundamental entre os con-

ceitos de princípio e de valores: enquanto os princípios existem no âmbito deontológico (dever-ser), os valores são conceitos axiológicos (juízos de valor), na esfera do bom. E, como o direito trata do que é devido, impõe-se um modelo mais de princípios do que de valores. Portanto, para Alexy (2012, p. 144-179), a diferença entre valores e princípios não diz respeito à natureza de ambos (ou seja, não é ontológica), mas é estrutural (ou seja, diz respeito a estrutura discursivo-argumentativa de ambas no contexto da decisão judicial).

Contudo, Alexy (2012, p. 144-179) não responde como diferenciar valores de princípios numa argumentação constitucional, pois admite que a Corte Constitucional possa se utilizar de ambas as formulações (valorativas e principiológicas) no momento da fundamentação, muito embora defenda que somente o modelo de princípios possa amparar a decisão judicial. Essa talvez seja a principal aporia da “versão fraca” da diferença entre princípios e valores de Alexy, pois, na prática, é extremamente difícil diferenciar com segurança uma referência a valores ou a princípios quando a decisão judicial se utiliza de disposições constitucionais carregadas de alto conteúdo axiológico, como, por exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e o da Fraternidade.

Na mesma linha da diferença estrutural exposta por Alexy colhem-se diversas manifestações na doutrina, que a adotam com maior ou menor intensidade. Luis S. Cabral de Moncada (2001, p. 413-414), por exemplo, explica que o discurso moral tem dupla natureza: uma valorativa (ou axiológica) e outra normativa. Por isso, enquanto os valores são fundamentos ou critérios que constatarem determinadas realidades morais, os princípios (e as normas em geral) visam orientar a conduta no plano individual ou social. Assim, o valor da igualdade não se confunde com a prescrição como desejáveis, através de princípios e normas, de condutas que lhe dão exequibilidade prática. Cabral de Moncada (2001, p. 414) adota expressamente a tese alexiana de que, diferenciar valores e princípios, corresponde a diferenciar a axiologia da deontologia. Dessa forma, enquanto os valores não apresentam dimensão prescritiva, os princípios geram dever de conduta através de uma ordem, uma proibição ou uma permissão.

Mas, Cabral de Moncada (2001, p. 414-416) entende que reduzir os valores aos princípios deontológicos correspondentes é pretender que o direito se justifique por si mesmo e que abdique da pretensão de correção

cujos parâmetros não podem deixar de ser transcendentais. Se, por um lado, não podemos declinar conteúdo axiológico diretamente dos princípios, também não é possível aceitar a posição de que a diferença reside apenas nos contextos linguísticos em que é usada (ou seja, dos enunciados), como se pudesse existir normas puramente prescritivas alheias a qualquer referência axiológica. Em toda linguagem jurídica está presente uma pretensão de correção axiológica que consolida a linguagem adequada. E, nesse sentido, os princípios resolvem problemas de produção e de aplicação do direito, colocando-o em contato com uma ordem de fundamentação de contornos éticos (valores) que vai legitimá-lo (MONCADA, 2001, p. 416).

Dessa forma, os valores que se levantam por trás dos princípios são cognoscíveis através da produção e aplicação do direito aos casos concretos, o que significa que os valores e o alcance dos princípios que lhes correspondem são identificáveis à medida daquelas operações e não em abstrato. Com isso os princípios põem-nos em contato, não com a moral concebida como um mundo de noções abstratas cognoscíveis em si próprias, reveladas ou racionais, mas com uma eticidade construída à medida das necessidades da prática legitimatória histórica e concreta (MONCADA, 2001, p. 416).

Há, nas “versões fracas”, também uma linha que vê a distinção entre valores e princípios como meramente de grau (quantitativa). Antonio-Enrique Pérez Luño (1999, p. 218), por exemplo, afirma que os valores constitucionais correspondem ao sistema de preferências expressadas no processo constituinte como prioritárias e fundamentadoras da convivência coletiva, correspondendo às opções ético-sociais básicas que devem presidir a ordem política, jurídica, econômica e cultural.

Mas, o autor espanhol (LUÑO, 1999, 291) vê nos valores um sentido ‘relativamente’ preciso e, nos princípios constitucionais, ambiguidade e equivocidade, razão pela qual critica diversos critérios distintivos para diferenciar os valores dos princípios constitucionais. Pérez Luño explica que não seria apropriada a tese ontológica do suposto caráter axiológico dos valores, pois um mesmo valor (por exemplo, a igualdade) pode revestir a condição de valor, de princípio ou de norma específica. Tampouco seria convincente a postura que atribui aos princípios função instrumental frente ao caráter axiológico dos valores, pois os princípios também podem assumir conteúdo axiológico. De igual modo seria inadequado o critério

da normatividade, pois, estar-se-ia desconsiderando a força normativa dos valores na Constituição espanhola, o que o leva a propor que o critério mais adequado é o que se baseia nos diferentes graus de concreção entre valores e princípios (LUÑO, 1999, 291-292).

Nesse sentido, o autor espanhol (LUÑO, 1999, 291-292) diz que os princípios se distinguem dos valores por apresentarem maior grau de concreção e especificação do que estes, no tocante às situações a que podem ser aplicados e às consequências de sua aplicação. Os valores corresponderiam a ideias diretivas gerais que fundamentam, orientam e limitam criticamente a interpretação e aplicação das demais normas do ordenamento jurídico. Já os princípios possuem significado hermenêutico (metodológico) e atuam como fontes de direito (ontológico) ou determinações de valor (axiológico), recebendo sua peculiar orientação de sentido daqueles valores que especificam ou concretizam. Em suma, na visão de Pérez Luño, os valores funcionam como metanormas, em relação aos princípios e, como normas de terceiro grau, em relação às regras ou disposições específicas (LUÑO, 1999, 291-292).

A principal característica dessas posturas teóricas, da qual o pensamento de Pérez Luño é representativo, é conceber os valores como categoria normativa, ao lado de princípios e regras, estabelecendo distinção de grau entre eles. Mas, mesmo na doutrina espanhola, há quem, como Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero (2007, p. 145-166), apesar de também apresentarem diferença entre os princípios e valores como questão de grau, na prática reduzem os princípios a simples expressão jurídico positiva dos valores, baseados apenas na ênfase que se dá, no momento da argumentação, no elemento axiológico ou deontológico (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2007, p. 145-166).

Os autores (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2007, p. 154) defendem o caráter bifronte das normas e dos juízos de valor, argumentando que, quando se diz que uma norma é uma razão para a ação, está se dizendo duas coisas distintas: que uma norma é guia de comportamento e, também, que é critério de valoração (isto é, de justificação ou de crítica) da conduta. E, apesar de normalmente esses elementos estarem superpostos, em algumas ocasiões esses dois lados parecem separar-se, razão pela qual podemos dizer que, em uma norma, pode-se distinguir dois aspectos: o diretivo, isto é, normativo em sentido estrito, de guia de conduta, e o valo-

rativo ou de critério de valoração (de justificação ou de crítica).

Para Atienza e Ruiz Manero (2007, p. 155-157), imputamos valor a alguém para caracterizar sua visão da ‘vida boa’ ou de alguma maneira sua visão de como há de ser vivida a vida de forma apropriada. Com isso os autores reforçam a ideia de que a aceitação de um juízo de valor não pode separar-se da aceitação de pautas de conduta que ele mesmo implica. Mas, enquanto os juízos valorativos indicam a existência de razões para atuar, distintas da formulação mesma do juízo, normas não indicam a existência de razões para atuar, mas, com elas, se pretende constituir parte de tais razões (ATIENZA; RUIZ MANERO, 2007, p. 155-157).

Ambas as versões (a forte e a fraca) tem prós e contras, bem como geram consequências na práxis constitucional. Adotar uma destas versões, ou mesmo uma terceira posição, tem repercussões de ordem prática para o constitucionalismo.

Nesse contexto, é preciso analisar qual dessas versões seria a mais adequada para diferenciar os valores dos princípios no âmbito do sistema constitucional brasileiro, de forma a poder reconhecer plena eficácia normativa ao princípio da fraternidade, sem prejuízo de seu evidente componente valorativo.

3. DIFERENÇA ENTRE VALORES E PRINCÍPIOS NO SISTEMA BRASILEIRO

Na versão forte ‘habermasiana’ os valores não se confundem com os princípios, de tal forma que o sistema jurídico não tem como acolher os valores enquanto categoria normativa, dada a evidente diferença qualitativa entre eles. Esta diferença ontológica entre ambos não impede a relação entre o Direito e a Moral (Habermas, na verdade, defende a cooriginariedade de ambos), mas implica em deslocar a discussão axiológico-normativa para o momento anterior à formação do sistema do sistema jurídico que se institui a partir do sistema constitucional, ou seja, para o procedimento de formação democrática do direito. Essa interposição legislativa deve ser procedimentalmente elaborada, por meio de amplo debate democrático, no qual as opções axiológicas poderiam ser consensualmente construídas (MARTINS, 2017, 219-221).

A visão de Habermas pode ser parcialmente acolhida para reforçar a necessidade de uma revalorização procedimental da democracia no Bra-

sil, mas não é compatível com nosso sistema constitucional que, reconhecidamente, fez inúmeras escolhas substanciais (valorativas) (MARTINS, 2017, 219-221), como se pode ver em seu preâmbulo, nos artigos 1º a 4º da CF, no amplo rol de direitos fundamentais encontrados em todo o texto, e no art. 170 da Constituição.

Contudo, tanto a tese fraca de Alexy, quanto a de Pérez Luño, nos levam também a alguns equívocos como: i) o de acreditar que em nosso sistema constitucional não podem existir valores sem formulação principiológica correspondente; ii) o de pensar que, a todo princípio constitucional e a todo direito fundamental, corresponde sempre um valor que o fundamenta de forma imediata e direta e do qual ele é a máxima expressão positiva e iii) o de admitir que a decisão judicial, baseada em princípios com forte carga axiológica, é mera explicitação positiva do valor correspondente (MARTINS, 2017, 222-224).

Quando o constituinte decidiu que um valor, como o da dignidade da pessoa humana ou do pluralismo, deveria ser transformado em princípio, isso foi feito expressamente. Por outro lado, há valores que não têm no texto constitucional uma formulação principiológica, o que não impede que desempenhem funções valorativas e que sejam reconhecidos como princípios implícitos. Não obstante, o conteúdo normativo de um princípio não é o mesmo conteúdo axiológico de um valor correspondente (MARTINS, 2017, 222-224).

Na doutrina nacional colhem-se algumas manifestações que se aproximam tanto da tese de distinção forte de Habermas, quanto da tese de identidade exposta por Dworkin, bem como da distinção fraca proposta por Alexy (estrutural) ou por Pérez Luño (de grau).

Humberto Ávila (2014, p. 156), com base em Habermas, entende que um valor é algo que estabelece qual comportamento é o mais aconselhável conforme determinado sistema de valores, demandando uma operação de prevalência diante de outros valores. Por isso afirma que os valores são relativos, no sentido de dependerem de possibilidades valorativas e contextuais. E, assim, critica a noção 'alexynana' da diferença entre princípios e valores, aduzindo que, quando se afirma que um princípio é uma norma carecedora de ponderação e no conceito de ponderação inclui-se a possibilidade de afastamento completo por meio de regras de prevalência, se está sustentando que os princípios não são normas. O autor afirma

que, na definição de princípios como normas carecedoras de ponderação, acaba-se conduzindo a um 'relativismo axiológico', pois todos os princípios podem ser afastados, inclusive os reputados como fundamentais, por veicularem valores que não podem ser descartados.

Por sua vez, André Rufino do Vale (2009, p. 151-155), com base em Alexy, lembra que os sistemas jurídicos dos Estados constitucionais estão compostos, em seu nível hierárquico mais elevado, de normas cujo conteúdo axiológico desencadeia permanente estado de colisão, de tal forma que a tensão entre valores contraditórios é da essência desses sistemas jurídicos. Dessa forma, entende que os valores são elementos essenciais de um sistema jurídico, pois é por meio deles que se torna possível a unidade e a coerência do sistema e afirma que não é possível estabelecer distinção rígida entre princípios e valores, já que os princípios jurídicos representam o instrumento de articulação das dimensões axiológica e deontológica.

Ora, a Constituição de 1988 optou por uma estrutura axiológica própria para os valores que ela pretendeu promover (entre os quais o da fraternidade), tanto por meio de sua incorporação aos princípios, quanto do estabelecimento de um catálogo de direitos fundamentais e de inúmeras referências valorativas autônomas.

Da versão fraca de Alexy é preciso extrair que a diferença entre os valores e os princípios realmente reside no caráter deontológico dos princípios e no caráter axiológico dos valores. Mas, para além da tese alexyana, caminha-se rumo à superação do esquema do sopesamento para o reconhecimento de que os valores exercem funções específicas no sistema constitucional, na linha do que propõe Pérez Luño. Por sua vez, da tese de Pérez Luño é preciso reconhecer que os valores são metanormas, exercendo relevantes funções no sistema constitucional, mas que, ao contrário do que ele propõe, a diferença entre princípios e valores não é apenas de grau de concreção, mas qualitativa (estrutura), como defende Alexy (MARTINS, 2017, p. 224-225).

A superioridade dos valores é axiológica e não normativa, pois valores não são normas de grau superior aos princípios e às regras. Mas compõem, junto com as normas (princípios e regras), o sistema constitucional brasileiro. Na condição de metanormas, valores orientam toda hermenêutica constitucional, fazendo com que haja permanente recons-

trução axiológica da práxis constitucional (MARTINS, 2017, p. 224-225).

Muito embora as conexões de sentido do princípio devam ser buscadas no valor, este não tem apenas um momento de universalidade abstrata em oposição a um momento de individualidade concreta do princípio. Como os valores não estabelecem prescrições, mas orientam escolhas humanas de acordo com um sistema de valores previamente estabelecido, transformar um valor em princípio consiste, na prática, em um processo de parcial desaxiologização do valor. Neste processo, o valor perde sua condição de símbolo de preferência que orienta escolhas humanas para se transformar em norma jurídica vinculativa. Por isso o valor dignidade da pessoa humana não coincide integralmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, da mesma forma que o valor da igualdade não corresponde integralmente ao princípio da igualdade e que o valor da liberdade não coincide integralmente com o princípio da liberdade (MARTINS, 2017, p. 225).

Na prática, portanto, o conteúdo normativo de um princípio é muito mais restrito que o conteúdo axiológico de um valor: princípios devem ser densificados juridicamente e utilizados para construir normas concretas axiologicamente legítimas; princípios resolvem situações reais no âmbito do direito, com base em prescrições normativas, enquanto valores orientam as escolhas que tornam o resultado concreto legítimo (MARTINS, 2017, p. 225).

Em síntese, os valores não prescrevem condutas, mas apenas orientam as escolhas humanas e permitem que se qualifique essas condutas como em conformidade, ou não, com o direito. Já os princípios têm uma dimensão prescritiva, à medida que permitem, proíbem, ou ordenam algo a alguém.

Por isso, com razão Cabral de Moncada, já que, apesar dos princípios e normas estabelecerem ou vedarem condutas de forma a dar exequibilidade prática aos valores, não podemos declinar conteúdo axiológico diretamente dos princípios e, por outro lado, também não podemos admitir que existam normas puramente prescritivas, alheias a qualquer referência axiológica. Na prática, os princípios resolvem problemas de produção e de aplicação do direito, ou seja, trazem o mundo da vida para o direito, mas colocando-o em contato com uma ordem de fundamentação de contornos éticos, constitucionalmente prevista, que o vai legitimar (MONCA-

DA, 2001, p. 413-417).

Para melhor ilustrar a questão valemo-nos de dois valores previstos em nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana e a fraternidade.

A dignidade da pessoa humana surge no contexto da filosofia cristã que buscava racionalizar o divino, a partir da ideia de igualdade inata inerente a todos os seres humanos concebidos à imagem e semelhança de Deus e atinge seu ápice filosófico na concepção de dever moral de Kant, expressa no imperativo categórico. Influenciada por essa construção teórica e pelo sentido utópico da ideia de dignidade da pessoa humana, o valor “dignidade da pessoa humana” passa a ser incorporado em inúmeras declarações de direitos para finalmente, no pós Segunda Guerra Mundial, passar a ser reiteradamente incluído em tratados internacionais e em inúmeras Constituições, agora sob a forma de princípio jurídico (MARTINS, 2012, p. 19-45).

Esse percurso, que vai da elaboração de um valor religioso à sua transformação em valor moral e que passa pela incorporação em declarações de direito e pela posterior referência em tratados internacionais de proteção de direitos humanos até se transformar em princípio jurídico constitucionalizado, constitui, não apenas a história da juridicização da dignidade da pessoa humana, mas da eficácia normativa dos direitos fundamentais, da afirmação histórica do constitucionalismo a partir das Constituições rígidas (MARTINS, 2017, p. 227) e do próprio princípio da fraternidade.

Mas, a simples constitucionalização da dignidade da pessoa humana em nossa Carta, por si só, seria insuficiente para lhe atribuir eficácia normativa, pois faltava uma densificação jurídica do princípio que pudesse conferir-lhe conteúdo jurídico, estabelecer seus contornos semânticos e delimitar as fronteiras com o valor que ele representa. Esse processo de densificação jurídica do princípio foi realizado com grande rapidez pela dogmática brasileira e pela jurisdição constitucional (MARTINS, 2017, p. 227).

Atualmente, alguns até criticam a condição de superprincípio que a dignidade da pessoa humana alcançou (NEVES, 2014; STRECK, 2014). Mas, o fato é que a realização do princípio da dignidade da pessoa humana confere maior pretensão normativa ao valor dignidade da pessoa humana. Assim, toda vez que o princípio da dignidade da pessoa humana

for utilizado como fundamento para uma decisão, o sentido axiológico de sua expressão normativa estará presente (MARTINS, 2017, p. 227-228).

Ora, em resumo, podemos estabelecer que a diferença entre princípios e valores em nossa Constituição reside em, pelo menos, quatro pontos: a) valores fazem parte do sistema constitucional na condição de metanormas, não tendo eficácia normativa direta, mas somente indireta, auxiliando na construção da norma concreta axiologicamente legítima; b) valores situam-se na esfera axiológica, não estabelecendo prescrições de ordem, permissão ou proibição como fazem os princípios, mas servindo como parâmetros para orientar as escolhas humanas e para qualificá-las como conforme, ou não, o direito; c) valores podem ser utilizados na argumentação jurídica, mas não constituem fundamento suficiente para a decisão judicial, pois a norma deve ser construída com base nas prescrições deontológicas dos princípios e das regras; c) valores orientam, fundamentam, limitam criticamente, integram e atualizam o sistema constitucional, conferindo-lhe unidade, coerência e atualidade (MARTINS, 2017, 231).

Nesse contexto, importante sublinhar que, na perspectiva jurídico-axiológica deste artigo, o reconhecimento de que a Constituição de 1988 foi responsável pela positivação de inúmeros valores (inclusive o da fraternidade) insere-se no contexto da transformação do sistema jurídico normativo em um sistema constitucional axiológico-normativo que se estabelece a partir da incorporação de valores sob a forma de direitos fundamentais.

E, além disso, reconhecer a positivação de valores em nossa Constituição implica em admitir que eles (valores) fazem parte do nosso sistema jurídico constitucional, não sendo externos ao sistema, mas, que ao mesmo tempo não são normas (princípios e regras).

No caso do princípio da fraternidade este entendimento assume importância ímpar, pois mesmo para aqueles que negam sua condição de princípio, não haveria como negar sua importância como valor que deve orientar toda hermenêutica constitucional.

Não obstante tais considerações, no processo tópico tentaremos demonstrar sua condição de princípio e, então, estabelecer quais seriam os limites normativos de seu conteúdo jurídico.

4. A FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme já mencionamos, o valor da fraternidade encontra-se expressamente mencionado no Preâmbulo de nossa Constituição. Apesar de ter uma história extremamente similar à da dignidade da pessoa humana quanto à sua origem religiosa e à sua condição de valor moral e de ter sido incluído em declarações de direitos, sendo a mais célebre a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, não conseguiu até agora lograr densidade jurídica suficiente para ser considerado como princípio jurídico de forma unânime na doutrina, o que levou autores a designá-lo, em feliz expressão, como o “princípio esquecido” (BRANDÃO, 2015, p. 102-103).

Ainda que se conceba a Constituição como a concreta tradução dos valores de uma comunidade, em determinado momento histórico, lembramos que o que fez a Constituição de 1988 foi objetivar valores no processo constitucional, sem recorrer a fórmulas fixas e imutáveis. Assim, esses valores objetivados não se identificam apenas a partir dos princípios, mas, especialmente, a partir da análise do catálogo de direitos fundamentais existentes e da inter-relação entre estes. Por isso, costuma-se dizer que os direitos fundamentais constituem verdadeira tábua ou pauta axiológica de nossa Constituição.

É justamente desta pauta axiológica que podemos extrair o princípio da fraternidade e não apenas do nosso Preâmbulo constitucional. Em outros termos, o sistema jurídico constitucional brasileiro alberga expressamente o princípio da fraternidade, sendo sua expressão normativa encontrada não apenas neste trecho de nossa Carta, senão por todo catálogo de direitos fundamentais.

De fato, a leitura do amplo sistema de direitos fundamentais em nossa Constituição marca (ou pelo menos tenta marcar) o constitucionalismo brasileiro como modalidade de um constitucionalismo fraternal ou altruístico (BRITTO, 2007, p. 37).

Nesse sentido, ao admitirmos a dimensão axiológica do Direito, bem como que os valores são incorporados ao sistema jurídico, principalmente pela positivação de direitos fundamentais, sublinhamos que o sistema jurídico-constitucional constitui instrumento de realização dos valores constitucionalmente reconhecidos, entre eles o da fraternidade. Logo, a realização concreta dos princípios (e das regras) é a realização também do valor constitucional neles representados.

É bem verdade que o fato de ter sido referida apenas no Preâmbulo significou severa barreira à eficácia normativa da fraternidade enquanto categoria jurídica. Mas, essa barreira tem sido vencida por meio de uma dogmática jurídica comprometida com a efetividade do valor da fraternidade, que vem buscando desenvolver seu conteúdo jurídico, estabelecer seus contornos semânticos e delimitar as fronteiras entre o princípio da fraternidade e o valor que ela representa.

Além disso, a sua recente aceitação pela jurisprudência tem nos conduzido a um processo de retroalimentação recíproca, em que a dogmática e a jurisprudência trabalham conjuntamente em prol de sua densificação jurídica.

Na jurisprudência do STF, por exemplo, especialmente por menção do ex-Ministro Carlos Ayres Britto, colhem-se algumas importantes referências à fraternidade como princípio jurídico.

Assim, no RMS 26071/DF, julgamento em 13.11.2007, uma primeira menção à sociedade fraterna foi utilizada para fundamentar o reconhecimento de que o candidato com visão mononuclear padece de deficiência para fins de reserva de vagas em concursos públicos.

Da mesma forma, na ADI n. 3510/DF, julgamento em 29.05.2008, o Acórdão menciona que o ordenamento constitucional brasileiro, 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”. E prossegue no sentido de que “o que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões ‘in vitro’, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam” (STF, DJe, 29.05.2010, ADI 3510/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto).

Já no HC n. 94163/RS, julgamento em 02.12.2008, a referência à sociedade fraterna foi utilizada para fundamentar a concessão de ordem de habeas corpus visando fixar a data base da recontagem do novo prazo de livramento condicional, após fuga do preso, a partir do início do cumprimento da pena e não da recaptura (STF, DJe, 23.10.2009, HC 94.163/RS,

Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto).

Por fim, na ADPF n. 132, julgada conjuntamente com a ADI n. 4.277/DF em 05.05.2011, que tratou da união homoafetiva, houve expressa menção no Acórdão da “proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal” (STF, DJe, 14.10.2011, ADPF 132/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto).

No âmbito do STJ, a jurisprudência tem usado à profusão o princípio da fraternidade para fundamentar ordens de habeas corpus para conceder prisão domiciliar a gestantes com filhos menores de 12 anos. Em diversas oportunidades, especialmente em Acórdãos de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca a Corte estabeleceu que “o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.769/2018 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º)” (STJ, DJe, 01.03.2019, HC 487766, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca).

Também na esfera previdenciária começam a aparecer inúmeras referências ao princípio da fraternidade enquanto categoria jurídica. Em decisão paradigmática do TRF da 1ª Região, por exemplo, reconheceu seu conteúdo jurídico, afirmando que:

(...) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º)". (HC 389.348/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017). 4. Com base no entendimento majoritário do STJ e diante da situação fática apresentada nos autos, que nos remete ao princípio da frater-

nidade, trazendo ao julgador uma situação que merece análise menos processualista e mais humanista, eis que se trata de autora analfabeta, hipossuficiente, com 79 (setenta e nove) anos, que não soube esclarecer que a sua real pretensão seria a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade, entendendo que a sentença de primeiro grau não atendeu, de maneira prática, ao pleito, merecendo análise desta Corte sobre o preenchimento dos requisitos para a concessão do benefício de aposentadoria rural por idade. (TRF1, eDJF1, 09.08.2017, AC 0000850-2012.4.01.9199, Primeira Turma, Rel. Juíza Federal Convocada Lívia Cristina Marques Peres).

A doutrina que vem se debruçando sobre o tema (tanto local, quanto estrangeira) tem visto na fraternidade a consolidação principiológica de um valor do universalismo político, sublinhando não apenas sua importância, mas seu caráter de princípio relacional.

Ora, fixada a premissa de que a fraternidade, na atual quadratura histórica, pode, pelo menos a partir da Constituição de 1988, ser considerada como um princípio, devemos tentar identificar qual o conteúdo jurídico do princípio da fraternidade. Nessa busca, colhem-se da doutrina importantes análises que podem servir de base para nossa proposta teórica.

Assim, por exemplo, Eduardo Rafael Petry Veronese (2015, p. 99-101) viu na fraternidade inúmeros aspectos plurissignificantes. Desde um contexto de complementaridade dos princípios da liberdade e igualdade, numa relação dinâmica, a uma determinação histórica como unificador da realidade política e social. Além disso, viu também na fraternidade a materialização de relações complexas do cooperativismo; bem como um princípio de norteamo e solução de paradoxos sociais. Mas defendeu basicamente o caráter transdisciplinar da fraternidade, dado que se move nas esferas jurídica, política e social (VERONESE, 2015, 99-101). Defendeu, por fim, um conceito de fraternidade que abarque as esferas da participação e comprometimento, originando o conceito de participação comprometida (VERONESE, 2015, 102-103), como corolário do sentido jurídico da fraternidade.

Já para Carlos Augusto Alcântara Machado (2017, p. 23-24), a Carta Constitucional vigente absorveu os três valores do movimento revolucionário de 1789 ao definir como primeiro objetivo da República Federativa

do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sublinhando assim uma dimensão política (construir uma sociedade livre); uma dimensão social (construir uma sociedade justa); uma dimensão fraternal (construir uma sociedade solidária) de nossa sociedade.

Machado (2017, p. 129) explica que em diversas oportunidades em que a Constituição de 1988 se refere ao bem-estar, está considerando a dimensão fraternal do constitucionalismo. Assim, os direitos de fraternidade foram reconhecidos, possibilitando o advento do constitucionalismo fraternal. Dessa forma, tanto no Preâmbulo, como nos art. 23, parágrafo único (bem estar nacional); art. 182, caput, (bem-estar dos habitantes das cidades); art. 186, IV (bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais); art. 193, caput (bem-estar social); art. 219, caput (bem-estar da população); art. 230, caput (bem-estar dos idosos) e art. 213, § 1º (bem-estar dos índios) há referências ao constitucionalismo fraternal.

Ora, nesse contexto (MACHADO, 2017), a construção de uma sociedade fraterna, tal qual prevista em nosso Preâmbulo Constitucional, passa pelo reconhecimento do princípio da fraternidade como elemento basilar do Estado Democrático de Direito que busque assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Machado (2017, p. 217-219), entretanto, não sublinha apenas estes aspectos em sua tentativa de articular a fraternidade como categoria política. Ao contrário, analisando os aspectos históricos da fraternidade, fez enfática defesa desta como categoria jurídica a partir da articulação da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) com os objetivos da República (at. 3º, I, da CF) e da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos ao sistema jurídico, com expressa chancela constitucional.

Em sentido similar, Vieira e Camargo (2013, p. 124-125) afirmam que o texto constitucional não cria um sociedade fraterna, mas reconhece a fraternidade como uma dimensão ético-valorativa do Estado Democrático de Direito, o que ressalta sua interação com a justiça, a liberdade e a dignidade, bem como a circunstância de que ela só se realiza coletivamente. Por isso, a relação entre o direito e fraternidade permitem pensar a partir de um nós no lugar de um eu e os outros.

Já Veronese e Oliveira (2013, p. xi) explicam que:

(...) a fraternidade como elemento essencial a constituição, formulação e interpretação do Direito exsurge como sustentáculo do Estado Democrático de Direito, ao lado da liberdade e da igualdade, e, ainda, fundamenta-se numa ética relacional que tem como objetivo a superação de modelos individualistas, com vistas a uma sociedade inclusiva, de partilha e comunhão.

Assim, “a fraternidade colabora para construir uma nova relacionalidade humana, que tem por objetivo a cultura da alteridade, da tolerância, da não violência e da racionalidade ecológica, fortalecendo os valores humanitários” (OLIVEIRA; LANGOSKI, 2013, p. 51).

Nesse contexto, Ildete Regina Vale da Silva e Paulo de Tarso Brandão (2015, p. 102-103) explicam que o esquecimento da fraternidade como princípio do universalismo político decorreu, entre outras causas, da circunstância de que ela (Fraternidade) traz discussões sobre as relações e os vínculos de solidariedade comunitária, às quais nem a liberdade e nem a igualdade tem condições de resolver. Com efeito, os valores da liberdade e da igualdade respondiam a uma lógica moderna condizente com o modelo cultural da autodecisão individual, que repousa sobre bases individualistas, enquanto que a fraternidade é um valor marcadamente relacionado à solidariedade comunitária.

Por isso, a fraternidade emerge como princípio, em relação de interdependência entre os princípios da liberdade e da igualdade, para atender questões colocadas em desequilíbrio pelo processo de globalização econômica, com respeito à atuação das pessoas na reivindicação de iguais oportunidades e do respeito à própria diversidade cultural (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 174). Nesse sentido, a fraternidade se apresenta como um princípio que recupera o sentido do humano, apresentando-se como exigência e demanda nos processos de transformações sociais.

Especificamente em relação ao princípio no contexto constitucional brasileiro, Ildete Regina Vale da Silva e Paulo de Tarso Brandão (2015, p. 175-177) enxergam na fraternidade um fundamento para entender a Constituição brasileira como projeto cultural. Assim, afirmam que é preciso reconhecer que o Estado Constitucional brasileiro é uma aquisição cultural e que a Constituição é um projeto cultural; que a tríade Liberdade, Igualdade, Fraternidade representou para a modernidade uma síntese cultural e política, sendo necessário compreender os motivos pelos quais

a fraternidade foi esquecida; e que a liberdade e a igualdade foram insuficientes ao projeto da modernidade o compromisso com a realização e proteção dos direitos fundamentais. Assim, a fraternidade seria o fundamento que permite compreender a Constituição brasileira como projeto cultural.

Os autores sublinham (SILVA; BRANDÃO, 2015, p. 175-177), ainda, que a fraternidade deve ser compreendida como princípio que permite a relação de interdependência com a igualdade e a liberdade, na condição de princípio do universalismo político, pois que recupera o sentido humano na organização da convivência em Sociedade.

Na doutrina estrangeira, por outro lado, Michele Carducci (2003), embora não fale diretamente do princípio da fraternidade, explica que falar de um direito constitucional altruísta significa colocar-se o problema do outro não apenas como destinatário de normas e interpretações constitucionais, mas como sujeito ativo desta comunhão constitucional. Assim, o direito constitucional repensaria suas fórmulas de renovação e adaptação às novidades, permitindo o acesso do cidadão às próprias instituições estatais, naquilo que o autor chama de comunhão constitucional. O outro é, portanto, o próprio indivíduo que deixar de ser mero destinatário da Constituição e se torna agente capaz de preencher e interpretar tal norma. Na visão de Carducci (2003), portanto, o Estado passa a ter a função de permitir o diálogo entre os cidadãos de forma contínua, aproximando contextos culturais diferentes.

Depreende-se da doutrina e da jurisprudência que, embora a fraternidade seja um valor que ainda não obteve a mesma densidade jurídica da dignidade da pessoa humana, não há mais dúvidas quanto à circunstância de que deve ser considerado um princípio de nosso sistema jurídico constitucional. Mas, conforme já referimos, um princípio que se extrai não apenas do Preâmbulo Constitucional, embora especialmente por conta deste; senão de uma leitura sistemática de nossa Constituição, dado que guarda intensa relação com os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, da liberdade e da igualdade.

Observe-se que em inúmeras passagens a Constituição faz menção indireta ao princípio da fraternidade, principalmente quando há expressa referência ao bem-estar como já bem identificou Machado (2017, p. 129), mas não é apenas quando se analisa o Preâmbulo e as referências ao bem-

-estar em nossa Constituição que podemos identificar o conteúdo jurídico da fraternidade.

De fato, a referência aos objetivos fundamentais da República (art. 3º, da CF); aos direitos sociais (art. 6º, da CF) e à assistência social (art. 194, da CF), são também claros exemplos da expressão normativa constitucional da fraternidade.

Com efeito, levando-se em conta que a assistência social tem suas origens na assistência pública e religiosa, constituindo método de proteção social que ampara as pessoas independente de contribuição – em face da falta de capacidade contributiva do assistido –, o capítulo destinado à assistência social em nossa Constituição também é um exemplo paradigmático de normas constitucionais voltadas à concretização do princípio da fraternidade (e da solidariedade social).

Caberia, é bem verdade, nesta vertente social do princípio da fraternidade diferenciá-lo do princípio da solidariedade social, mas dada as limitações deste artigo, cabe-nos apenas sublinhar que, embora haja intensa inter-relação entre a solidariedade social e a fraternidade, ambos não se confundem; mas se complementam e se interpenetram.

Enquanto a fraternidade assume um caráter relacional intersubjetivo, que diz respeito principalmente à relação fraternal que devemos ter com o Outro (relação horizontal), a solidariedade social diz respeito a um dever estatal e comunitário de se garantir prestações sociais previstas no sistema jurídico (relação vertical).

Sob a ótica da solidariedade social, o cidadão tem direito oponível ao Estado e a terceiros de obter as prestações, especialmente as de natureza social, estabelecidas em nossa Constituição. Já sob a ótica da fraternidade exsurge o direito de reconhecimento mútuo de todos nós como pessoas, iguais em direitos e obrigações, que fundamenta exigências recíprocas de amparo e auxílio.

Tanto o respeito à fraternidade, quando o respeito à solidariedade, nos conduzem a uma atitude de apoio e de cuidado, uns com os outros, exigindo diálogo, tolerância e co-responsabilidade comunitária. Ambos princípios têm, portanto, um intenso componente ético-jurídico.

Mas enquanto a solidariedade fundamenta um dever estatal e comunitário de amparo e proteção (toda sociedade deve colaborar para com este dever), a fraternidade implica uma atitude intersubjetiva de reconhe-

cimento do Outro – de seus direitos, deveres e potencialidades – enquanto ser humano integral e merecedor de igual consideração e respeito.

O que observamos, portanto, é que a fraternidade assume, enquanto princípio, um caráter relacional em nossa Constituição, fazendo a ligação da igualdade e da liberdade, e, também, interligando estes importantes princípios do universalismo político com a dignidade da pessoa humana e com a solidariedade social.

Assim, reconhecer a fraternidade como princípio implica em admitir que não há como pensar na igualdade sem a liberdade e na liberdade sem a igualdade. É justamente a fraternidade que interliga os princípios naquilo que eles têm de significativo, impedindo visões absolutistas que, em nome de uma ou outra visão política, transformam princípios complementares em princípios incompatíveis.

Por fim, reconhecer a fraternidade como princípio relacional implica também em pensar a liberdade e a igualdade levando em conta a dimensão humana, real e concreta destes princípios. Ou seja, implica em entrelaçar estes princípios do universalismo político com a dignidade da pessoa humana e a solidariedade social, em tudo o que estes representam para o ser humano real e para o seu dia a dia e sua concepção de vida boa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cada vez mais se configura a necessidade de se readequar, reinterpretar e, principalmente, de se realizar na vida concreta do homem os direitos fundamentais previstos nas Constituições. Além disso, as novas – e cada vez mais rápidas e mutáveis – demandas sociais têm levado ao surgimento de novos direitos e reconfiguraram os antigos, num processo de constante necessidade de redefinição e reconfiguração dos parâmetros normativos vigentes.

No bojo desta transformação, que modificou as próprias bases do Estado Democrático de Direito, as Constituições passaram também a ser, de forma explícita ou implícita, o locus para o exercício de uma função contramajoritária da democracia, que se baseia no pluralismo das sociedades contemporâneas.

Assim, na democracia contemporânea, os direitos fundamentais estão diretamente relacionados ao debate democrático, já que a deliberação pública se presta não somente a permitir que a sociedade, de forma demo-

crática, possa definir quais são os direitos que são tidos por fundamentais, mas também estabelecer os contornos, os limites e o alcance destes direitos fundamentais.

Não por acaso, recentemente a fraternidade tem ganho especial importância na dogmática jurídica nacional, com sua expressa admissão, pelos que se debruçam sobre o tema, como princípio jurídico relacional, dotado de alta carga axiológica e ética.

Ao longo deste artigo, pudemos demonstrar que o princípio da fraternidade está previsto no Preâmbulo da Constituição de 1988, mas que seu conteúdo jurídico pode ser extraído de todo o texto e não apenas do Preâmbulo, senão que, especialmente, dos art. 3º; 6º; de todas as referências ao bem-estar e das disposições constitucionais sobre a assistência social (art. 194 e ss).

Assim, contemporaneamente, também em nosso sistema jurídico, o princípio da fraternidade pode ser visto como um importante componente dogmático para a solução hermenêutica de problemas concretos, sempre com um viés humanista de valorização do ser humano e de suas conquistas civilizatórias.

Da mesma forma, reconhecer a fraternidade enquanto princípio de nossa Constituição significa admitir seu caráter relacional intersubjetivo, que diz respeito principalmente à relação fraternal que devemos ter com o Outro, reconhecendo-o como pessoa com iguais direitos e obrigações, ou seja, implica admitir o direito que o Outro tem de ser reconhecido enquanto ser humano integral e merecedor de igual consideração e respeito.

Do componente ético-jurídico que permeia a Fraternidade, extrai-se, também, a exigência de permanente diálogo, tolerância e co-responsabilidade comunitária.

Finalmente, observamos que o princípio da fraternidade faz a ligação entre o princípio da igualdade e o da liberdade, e destes com o princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Depreende-se, portanto, da doutrina e da jurisprudência pátria sobre o tema, que o princípio da fraternidade pode fazer a ponte entre princípios diversos, compatibilizando-os por meio de uma hermenêutica comprometida com a efetividade constitucional, evitando que visões absolutistas enfraqueçam conquistas humanistas e civilizatórias de nosso sistema constitucional.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. Tradução da 1. ed. brasileira por Alfredo Bosi. Rev. da tradução e tradução dos novos textos por Ivone Castilho Benedetti. Verbetes 'valor'. 4. ed. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000, p. 989.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoria de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Verbetes 'Valor'. Rio de Janeiro, RJ: Zahar, 1997.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CABRAL DE MONCADA, L. S. *Estudos de direito público*. Lisboa: Coimbra Editora, 2001.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros, Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

DINIS, Marcio Augusto de Vasconcelos. *Estado social e princípio da solidariedade*. Revista Nomos. Fortaleza, v. 26, edição comemorativa, 2007. Disponível em: <www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/20117 > Acesso em 12 de abril de 2019.

FERRATER MORA, J. *Dicionário de Filosofia*. Tradução de Maria Stela Gonçalves et alii. Tomo IV. 2ª ed. São Paulo, SP: Edições Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume I. 2. ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 2003.

------. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,

2003.

HELLER, Agnes. *Hipótesis para una Teoria Marxista de los Valores*. Barcelona, Grijalbo, 1974.

_____. *A Filosofia Radical*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo, SP: Brasiliense, 1983.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário básico de filosofia*. Verbete 'valor'. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

LACEY, Hugh. *Valores e atividade científica* 1. 2. ed. Tradução de Marcos Barbosa de Oliveira et alii. São Paulo: Associação Filosófica Scientiae/ Editora 34, 2008.

MANNHEIN, Karl. *Diagnóstico de nosso tempo*. Tradução de Octavio Alves Velho. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

MARRAMAO, Giacomo. *Passagio a Occidente: Filosofia e globalizzazione*, apud SILVA, Ildete Regina Vale da; Brandão, Paulo de Tarso. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2015.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance*. Curitiba: Appris editora, 2017.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1. ed. 7. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Constituição de 1988 e seus valores no sistema: conceito, características, metanormatividade, funções, estrutura positiva, limites e possibilidades dos valores no sistema constitucional*. Curitiba: Juruá, 2017.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; LANGOSKI, Deisemara Turatti. *A sustentabilidade como expressão do princípio da fraternidade*. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (Org). *O direito no século XXI: o que a fraternidade tem a dizer*. Florianópolis: Insular, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1999.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Constituição e fraternidade: o valor normativo do preâmbulo da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de Andrade. *Princípio constitucional da solidariedade*. Revista de doutrina da 4ª região. Porto Alegre, nº 57, dez. 2013. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao057/AnaCristina_Silva.html> Acesso em 12 de abril de 2019.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

VALE. André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanches. *Ética*. Tradução de João Dell'Anna. 16 ed. Rio de Janeiro, RJ: Civilização Brasileira, 1996.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry. *Um conceito de fraternidade para o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

VERONESE, Josiane Rosa Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Introdução. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org). *Direito e fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VIEIRA, Claudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo direito. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de (Org). *Direito e fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

