

## Dossiê

### **II Congresso Internacional de Direito e Inovação**

# Direito Civil da Legalidade Constitucional na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

LUIZ EDSON FACHIN\*

---

\* Ministro do Supremo Tribunal Federal. Presidente do Supremo Tribunal Federal no biênio 2025-2027. Doutor e Mestre em Direito e Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Pós-doutorado no Canadá. Professor do Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

**Dr. Daniel Bucar (Moderador)**

Boa tarde a todas as pessoas que estão aqui no auditório. Para mim é uma grande emoção hoje estar ao lado da minha professora orientadora de mestrado, Maria Celina. Uma alegria tê-la aqui conosco, muito lembrada sempre no evento de legalidade constitucional do Direito Civil. Meu o orientador também, Anderson Schreiber, aqui na minha frente. E, sobretudo, o nosso Ministro, Professor para mim, sempre professor. Professor uma vez, para sempre será professor, Luiz Edson Fachin, que, como eu falei ontem, até professora Celina, só um minuto nesse momento, só para fazer a recordação, que essa casa aqui – vai ser difícil falar tão breve – ela me proporcionou, ela investiu muito em mim.

Eu estudei em Camerino, o investimento da Procuradoria, também estudei em Hamburgo durante um ano no Max Planck por conta aqui da Procuradoria e hoje, quer dizer, esse evento é uma dívida, dívida dupla que eu falei ontem também. Primeiro, uma dívida moral minha com a Procuradoria de trazer todo esse conhecimento do Direito Civil. A gente tem visto painéis absolutamente fantásticos e hoje aqui coroados com, enfim, duas potências do Direito Civil brasileiro: ao meu lado e também pelas civilistas, uma dívida histórica com o Direito Civil e o gênero feminino. Então, aqui é esse Congresso, mais que um Congresso é um manifesto também.

E sem mais delongas, vou passar a palavra para o Ministro Luiz Edson Fachin, que vai discorrer – e aí aqui também acho que já no tom do próprio mote do Congresso, que é a inovação, porque o nome é uma inovação já da própria conferência especial, que é o Direito Civil da legalidade constitucional na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ministro Fachin, a palavra é toda sua.

## **Ministro Luiz Edson Fachin**

Muito obrigado. Boa tarde a todos e a todas. É, de fato, uma genuína alegria estar aqui na presença de tantos estudiosos, estudiosas e estudantes e peço licença de modo especial para cumprimentar o Professor Doutor Daniel Bucar, que, há aproximadamente um ano e pouco atrás, havia feito, entre líquidos e sólidos da Camerino daquele momento, a promessa de fazer um evento aqui este ano. Portanto, entre suas numerosas virtudes, inclui-se também a virtude de cumprir a palavra dada e o fez de modo brilhante meus cumprimentos. Quero pedir também licença para cumprimentar os estimados colegas Professor Rocco Favale, que aqui presente se encontra a Professora Paola Mantovani. Com o nosso cumprimento, professora Maria Cristina de Cicco, também os nossos sinceros cumprimentos. E aqui ao meu lado um nome que é uma bandeira, a professora Maria Celina Bodin de Moraes, professora pioneira. Não há aluno meu que não tenha lido aquele texto geminal a caminho do Direito Civil constitucional da Professora Maria Celina. E em nome de todas as professoras e professoras aqui presentes, me permito cumprimentar o Professor Anderson Schreiber, que aqui se encontra.

Portanto, saúdo todas e todos os participantes desse evento e trago-lhes algumas reflexões que partem do direito fundamental à dignidade da pessoa humana como intrínseco do Estado de Direito Democrático. Por isso, a provocação bem apreendida pelo Doutor Daniel Bucar sobre o título da palestra e uma partícula diferenciadora que aí se encontra. Não é da legalidade, e sim na legalidade, ou seja, para considerar o que vamos tratar como intrínseco a um modelo de funcionamento da legalidade constitucional que pressupõe como condição de possibilidade o Estado de Direito Democrático e, evidentemente, uma sociedade aberta, livre e plural.

Por isso, a nossa premissa, portanto, se faz presente, junto com a necessidade de conviver e experimentar conflitos estruturais que, na teoria e na prática do Direito, demandam vetores interpretativos que desafiam a concretizar padrões mínimos de existência e dignidade. Esses vetores são axiológicos, portanto, são valores como a liberdade, a justiça social e a solidariedade, precisamente o que informa uma sociedade plural, sensível à autodeterminação pessoal e o respeito às diferenças. Por isso, por tratar de um direito concretizado, que deve já estar na legalidade constitucional, vou cuidar de expor alguns julgamentos e teses que emanam da jurisdição constitucional brasileira, precisamente nessa perspectiva e julgamentos desses últimos anos, especialmente desta última década.

Antes, porém, peço licença para fazer alguns aportes teóricos introdutórios. De início, embora não fosse necessário rememorar, mas parto da premissa que por dignidade da pessoa humana se tem não somente o funcionamento do ordenamento constitucional em abstrato, quer, portanto, da Constituição interna, quer da Constituição material que, pela cláusula de abertura do §2º do artigo 5º, também é formada pelos tratados e convenções internacionais. Portanto, não apenas isso, mas uma exigência ética de proteção concreta e real a todas e a todos, isto é, os seres humanos em suas experiências, as mais diversas que são merecedores da mesma consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade circundante. Aqui se aplica aquela expressão que está na obra de Josef Hess, igual valor. Portanto, todos os seres humanos são dotados de igual valor.

Esse igual valor me permito acrescentar à afirmação de Josef Hess, dois horizontes nesta linha: de um lado, no campo do ser, ou seja, uma dimensão ontológica que esta legalidade condicional experimentou nas suas travessias a passagem do indivíduo para o

sujeito e do sujeito para a pessoa. Vale dizer, na travessia da constitucionalização das relações subjetivas interprivadas, trata-se de uma metodologia incisiva de humanização da relação jurídica entre pessoas e, obviamente, entre as pessoas e o Poder Público ou os delegatários do Poder Público. Este é o campo do ser de uma dimensão ontológica. Ao seu lado, há um campo do estar que diz respeito, portanto, uma dimensão funcional ou teleológica, se quisermos, que está presente, quer na elaboração secundária – por exemplo, este evento é uma demonstração da elaboração secundária. Discursos jurídicos, ideias, conceitos, teorias, caso sendo examinados –, portanto, quer essa dimensão funcional e teológica, afinal de contas, a que serve? Responde-se a essa pergunta: a que serve estar nessa elaboração secundária, mas também na elaboração primária, que é o terreno próprio dos fatos, a partir do qual ou dos quais há um movimento de aproximação imprescindível entre a força da letra da norma e o vigor construtivo dos fatos.

Abre uma nota de rodapé mental, portanto, para dizer que pluralidade de fontes não compõe-se apenas da pluralidade secundária das fontes, mas apanha também o seu material primário como matéria-prima das fontes do Direito. E isso nós operamos, quer pela interpretação da norma infraconstitucional, conforme os princípios constitucionais, leia-se, digamos assim, no veículo dos princípios estão uma dimensão da ética e toda a dimensão dos valores constitucionais. Portanto, quer pela interpretação, quer pela superação da clivagem abissal que se faz entre a proclamação discursiva e a concretização pela experiência. Por isso, unindo esses dois horizontes, o campo do ser e o campo do estar, está a nervura metodológica do Direito Civil na legalidade constitucional que reclama então uma metodologia, um casamento metodológico entre a tópica e a sistemática, com o enfrentamento dos problemas que, a essa ordem de ideias, são colocados. Ou seja, à luz da complexidade,

tudo o raciocínio plebiscitário, portanto, é afastado. Os famosos e tradicionais códigos binários são deixados de lado, como as dicotomias ultrapassadas, requer um ambiente discursivo adequado, requer, obviamente, a concretização dos códigos à luz das constituições. Demanda uma interpretação, obviamente também difícil, mas demanda uma interpretação constituinte do próprio objeto e do protagonismo problematizante do fenômeno da constitucionalização do Direito.

É por isso que algumas das críticas dirigidas à esta percepção que se dá na legalidade constitucional das relações subjetivas interprivadas, filtradas à luz da racionalidade constitucionalizadora, algumas dessas críticas apontam para uma densidade maior da insegurança jurídica que emergiria por conta de uma determinada metódica que teria que atentar para os fatos e para os casos concretos. Isto tem, obviamente, uma dose de acerto, nada obstante, faça lembrar como estou a dizer aqui, neste texto que vos preparei, faça lembrar um pouco do Machado de Assis, onde está o Sergio Negri, que citou aqui literatura, antes, do Machado de Assis nas *Memórias Póstumas*, quando de lá se extraiu a famosa teoria da equivalência das janelas. Em outras palavras, esse binômio “segurança e justiça” lembra que, na verdade, quem está diante de um beco sem saída, a rigor, se abrir a porta, ao invés de cair num abismo, pode abrir a porta do futuro. Portanto, é essa dimensão paradoxal que se vive. Mas, para isso, ao hermeneuta – para usar uma expressão kantiana – se reclama uma mente alargada. E é esse o desafio que tenho para mim neste século XXI.

Por isso, e retornando então a um clássico, a Kant, o ser humano não pode mesmo ser considerado um meio das ações de quem quer que seja, especialmente do Estado, inclusive do Estado juiz, mas o seu fim mais importante. Daí porque o desafio que temos quer no Direito Civil, quer em todos os outros ramos do Direito, é o

de marcar o século XXI como a superação do clássico conceito de Estado nação pelo conceito de Estado de direitos humanos e fundamentais em função da pessoa humana. E, portanto, não se admitindo qualquer interpretação constitucional nem validade de norma jurídica que indique em sentido contrário. Isto, portanto, corresponde a partir do próprio texto constitucional expresso. No nosso caso, temos norma expressa sobre isso. É uma dimensão da constitucionalização formal, inciso III do artigo 1º da Constituição, mas ainda que assim não fosse na Constituição material está a percepção desta nossa premissa que a dignidade humana de indiscutível status constitucional e de força normativa capaz de garantir uma hermenêutica de extração constitucional, quer seja mediada pela legislação infraconstitucional, quer seja de extração direta da Constituição, afirmando, portanto, no caso concreto, ser uma norma de valor concretizada.

Por isso, numa compreensão constitucional concretista, que é a compreensão do governo jurídico das relações interprivadas na legalidade constitucional, a dignidade implica a vedação, de qualquer forma, de reificação dos seres humanos, como também a resguarda de uma dimensão de igual consideração e respeito no âmbito da comunidade. E numa perspectiva ainda mais verticalizada em relação àquilo que usualmente se denominou de teoria do reconhecimento, é possível afirmar que a dignidade exige não apenas o respeito ao outro, ou seja, a observância de consideração à dignidade do outro, como condição do respeito à própria dignidade, mas também a exigência de toda e qualquer autoridade pública e da comunidade envolvente, atitudes de igual respeito e consideração mútua. É o chamado contexto recíproco da dignidade, com essa dimensão intrínseca da vida em comunidade, e, portanto, não vincula, obviamente, apenas as autoridades públicas, mas também todos os conviventes de uma dada comunidade e, para isso, o

objetivo é o de viabilizar condições concretas de os seres humanos se tornarem, serem e permanecerem pessoas. O que implica o reconhecimento de suas liberdades e autonomias, ambos os vocábulos no plural.

Em outras palavras, essas autonomias devem ser concretizadas no âmbito da proteção extensiva do princípio da dignidade humana, que norteia não apenas a liberdade da pessoa, permitindo fazer suas próprias escolhas, mas também o modo de gerir a sua vida conforme a sua própria vontade e consciência. Por isso, nesse Estado que se coloca como desafio neste século XX, ou seja, o Estado de direitos humanos e fundamentais, entendendo inexistir maiores controvérsias sobre a assertiva de que a dignidade humana, que é, a rigor, o direito a ter direitos, transforma os cidadãos em sujeitos reais das suas próprias ações. Apresenta-se, portanto, como uma ponte teórica e via de consequência dogmática para o enquadramento intersubjetivo de todos e de cada um. Por isso tenho que deve, pelo menos como método, o Direito Civil Constitucional rejeitar o ideário da racionalidade vinculada pela totalidade e completude, ao mesmo tempo em que se defronta, ainda nos dias atuais, com certo monismo imperante como se Direito e Estado fossem eventualmente sinônimos, tal como escreveu o primeiro Kelsen há muito tempo atrás.

Nesta dimensão, falar-se nos dias atuais em zonas de não direito seria adotar a expressão Direito Antropotécnico, expressão essa – abrindo aqui também uma outra notinha de rodapé mental – que está na obra de Peter Sloterdijk num livro recente que tem a edição em alemão e uma tradução em 2019 para o inglês. Portanto, esta ordem de ideias implica numa superação do antropocentrismo não apenas diante dos seres sencientes, mas também dos desafios do sentido exclusivamente antropocêntrico de humanidade que tem evidenciado muito mais um caráter parasitário do que hospedeiro no



âmbito – para usar a expressão da encíclica papal – dessa casa comum que nós todos habitamos. Daí a relevância como premissa, ainda aqui, de articularmos o binômio “liberdade e responsabilidade”, eis que o Estado de direitos humanos e fundamentais não apenas reafirma a máxima extensão desses direitos, mas também admite restrições às liberdades individuais e coletivas, se houver razões adequadas, necessárias e proporcionais. Portanto, o tríplice pilar: adequação, necessidade e proporcionalidade. E que não resultem de abuso e excesso de poder, de proteção deficiente ou impacto desproporcional na vida de indivíduos ou coletividades vulneráveis.

De modo que aqui abro também uma notinha de rodapé mental um pouco mais longa. Eu ouvi o painel anterior e lembrei-me de uma reflexão que fiz e pedi à Doutora Sandra que trabalha conosco e está aqui para imprimir, porque encontrei – nessa prótese cibernética que todos nós usamos, que chamamos de celular – essa reflexão a partir de uma obra publicada inicialmente na Itália, mas depois traduzida para o Brasil, que foram as conferências de Italo Calvino. E se nós estamos lembrados, nas famosas conferências para as quais Italo Calvino foi convidado a proferir em Harvard, no ciclo do ano acadêmico, tem muitos anos, 1985 e 1986, ele procurava articular ali ciência ética e sociedade. E, portanto, almejava o pensador italiano transmitir à humanidade do milênio suas ideias sobre o que estava por vir. Estou abrindo essa nota de rodapé para voltar algumas décadas atrás e lembrar que ele redigiu cinco das seis conferências que havia se disposto a propor. Creio que nós nos lembramos que ele veio a falecer. Uma morte súbita o impediu de dizer o que ele houvera escrito sobre leveza, rapidez exatidão, visibilidade e multiplicidade. Esses cinco temas estão no livro porque foram cinco conferências que ele escreveu. Faltou a sexta de nome consistência, que jamais foi escrita.

Por isso, escrevi recentemente que, relendo muitos anos depois os cinco textos, emergiu o que poderia tê-lo motivado a pensar, ou seja, como transformar círculos viciosos em círculos virtuosos. Na raiz das coisas, cometo a ousadia de dizer que talvez ali faltou um capítulo fundamental para o século XXI e que poderia ter o nome de limites. Daí porque a ideia de que o Estado de direitos humanos e fundamentais garante direitos, mas também prevê deveres. Prevê possibilidades, mas também traduz limites. Somente com limites teremos instituições despidas de qualquer opressão, leves, rápidas, transformadoras ou, como escreveu Italo Calvino, exatas, consistentes, visíveis, múltiplas, polifônicas, portanto, estáveis e impessoais.

Rememorando aqui aquele capítulo da República de Platão. Quem sabe essas características nos permitam sair dessa caverna em que talvez a humanidade tenha se embretado ou se embrenhado nesses últimos anos para, infelizmente, enxergar mais as penumbras e as sombras do que a luz? Fecho a essa nota mais alongada de rodapé, porque eu lhes dizia então dos limites, ou seja, do binômio, liberdade e responsabilidade. No plano da liberdade, para prosseguir aqui, todos nós conhecemos a leitura que Dworkin fez da Constituição norte-americana na perspectiva da liberdade. E ele indica, como uma das mais proeminentes a serem realçadas, a liberdade positiva que se realiza no âmbito de uma comunidade política verdadeira, assim entendida, ou seja, essa dimensão de pertencimento e, ao mesmo tempo, de uma liberdade que emancipa, se dá numa comunidade. Primeiro: que detém as condições estruturais que permitam à pessoa efetivamente reputar seu membro moral. Portanto, num país e numa sociedade discriminatória, desigual e recheada de tantas circunstâncias que ainda marcam o Brasil, a noção de pertencimento é uma noção, ainda que demanda muitas etapas para a sua realização concreta e efetiva.

Segunda qualidade dessa comunidade, nos termos de Dworkin: uma comunidade que expresse concepção de igualdade e de consideração para com os interesses de todos os membros da comunidade. Logo, se ninguém tem, nem aqui, nem alhures, uma Constituição para chamar de sua, também ninguém tem um país para chamar de seu.

E esta frase acaba de me fazer lembrar que em 1996, o Gabriel García Marques, proferiu uma conferência na Colômbia falando dos males que a Colômbia à época, em 1996, passava. E ele dizia, no final dessa conferência, aliás, ele escreveu, porque ele não foi à conferência, mandou o texto. Era uma conferência sobre segurança e justiça. Ele dizia, a Colômbia é um país desingovernável, porque cada colombiano pensa que ele é o próprio país. Portanto, se ninguém tem uma Constituição para chamar de sua, também ninguém tem um país para chamar de seu. Essa dimensão aberta, plural, coexistencial, demanda uma concepção de igualdade de consideração para com os interesses de todos os membros.

E, por último, seja essa Comunidade feita por agentes morais independentes. O que significa essa independência moral, nos termos de moral adotado por Dworkin? Significa que um não pode impor ao outro a sua própria concepção de bem. Logo, essa é a dimensão do respeito e esse é o desafio profundo e verdadeiro que nós temos quando nós tratamos das relações intersubjetivas privadas, filtradas na legalidade constitucional. De modo que, feita essa introdução, passemos agora a alguns precedentes da jurisdição constitucional que decorrem de um diálogo entre aqueles valores hermenêuticos que antes mencionei e circunstâncias sociais que suscitam a interpretação constitucional.

No Brasil, como sabem, o desenho constitucional de 1988 previu na Constituição da redemocratização que ao Supremo Tribunal Federal caberia, como de fato cabe, a guarda da Constituição e atribuiu ao Supremo a guarda que vai

metaforicamente falando do lápis à turbina, ou seja, um leque extraordinário, para não dizer amazônico, de competências, quer pela via do controle concentrado de constitucionalidade, cujo rol de legitimados é um rol amplíssimo, quer pelo controle difuso de constitucionalidade, que, de algum modo, faz com que toda a demanda iniciada em algum lugar do Brasil, ao fim e ao cabo, pelo menos com um agravo em recurso extraordinário, acaba batendo às portas do Supremo Tribunal Federal.

É por essas e outras que, neste momento que nós estamos aqui reunidos, mais de 82.000.000 de processos tramitam no Brasil exatamente nos dias de hoje. Ou seja, uma alta litigiosidade, o que tem, como diria o cardiologista, sístoles e diástoles, ou seja, tem elementos interessantes que representa alguns exercícios muito saudáveis, de cidadania e da defesa dos direitos, mas também tem um conjunto de circunstâncias, como, por exemplo, na execução fiscal, nas questões previdenciárias, que são inexplicáveis, não só a morosidade, como a alta litigiosidade. Mas desses exemplos, começo dando-lhes um exemplo que pode ser extraído concretamente, da vida de mulheres localizadas em segmentos sociais historicamente excluídos ou marginalizados e que experimentam circunstâncias que são aptas para restringir em múltiplos aspectos, as possibilidades de escolha e planejamento familiar.

Nós examinamos essa matéria na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, a chamada lei de biossegurança, esteve aqui em questão e lá Tribunal assentou que a dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisória-familiar, ou seja, a liberdade de decidir sobre os arranjos familiares, como planejar a quantidade de filhos, a possibilidade de como serão assistidos, afetiva e materialmente, bem tudo com o que a maternidade e a paternidade implicam. Maternidade e paternidade, que, como sabemos, são funções, não necessariamente pessoas.

Constitui, portanto, aí um dos temas que confirmam a natureza jusfundamental desta liberdade decisório-familiar. E na esteira desse debate, com olhar também fixado na justiça social subjacente, coloca-se a liberdade e autonomia das pessoas num patamar não apenas de autoconstituição, mas também do direito de reclamar políticas públicas que sejam capazes de efetivamente resguardar o poder de escolha das pessoas, afinal, justiça sem normas efetivas é um vazio completo.

Há outros casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que é possível observar a construção da compreensão do tribunal sobre o tema da autonomia. Ilustrativo é o tema – sei bem que não é isento de controvérsias. Aliás, nem o cumprimento de bom dia atualmente tem sido isento de controvérsias –, mas menciono o tema da Repercussão Geral nº 1.236, no qual fixamos a seguinte tese: nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens, previsto no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública.

Em outra ocasião, quando o Tribunal tratou – isso agora um pouco mais antigo, esse julgamento que acabo de citar é mais recente –, mas lá atrás, quando o Tribunal tratou da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, que foi Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, ali se assentou que a criminalização da mulher que viesse a interromper a gravidez é incompatível com os direitos fundamentais, especialmente os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada. A autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais, corresponde à integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre no seu corpo e no seu psiquismo os efeitos da gravidez.

Nesta linha, alguns anos mais tarde e, portanto, no que diz

respeito ao binômio liberdade e igualdade, cito o tema da Repercussão Geral nº 1.072, no qual ficou assim disposto: a mãe servidora ou trabalhadora não gestante em união homoafetiva tem direito ao gozo de licença maternidade. Caso a companheira tenha utilizado o benefício, ou seja, caso a companheira dela tenha utilizado o benefício da licença maternidade, para não incidir em duplicidade, o Tribunal decidiu que fará então jus à licença pelo período equivalente ao da licença paternidade. Foi equivalente funcional para harmonizar a solução que aqui se colocava.

Esses precedentes revelam que em contextos diversos se mostra necessário ressignificar a prática do princípio da dignidade da pessoa humana a fim de concretizar, como disse no início e aqui reitero, padrões mínimos de existência digna em uma sociedade que não preze apenas teoricamente pela igualdade e pela liberdade. Do ponto de vista prático e projetado num outro campo, foi o que nós decidimos na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617 que versava sobre a destinação de recursos do Fundo Partidário para o financiamento de campanhas de candidatas mulheres. Naquela oportunidade, o pleno do Tribunal concluiu que a melhor interpretação da Constituição garante o patamar legal mínimo de candidaturas femininas e de recursos do Fundo Partidário.

Abro uma nota de rodapé mental para dizer que a criatividade de alguns partidos políticos, mais tarde, entendeu que o mínimo era teto e não piso. Portanto, obviamente, isto acabou gerando uma compreensão que nem sempre se dá da maneira mais adequada das decisões. E, como se pode perceber, a tese nuclear aí se refere à questão de gênero, igualdade, diferença e respeito aos direitos das mulheres, reservar espaço de participação política das mulheres, ou seja, da participação na polis. A chamada vida ativa, que é uma expressão muito cara à obra de Hannah Arendt, deve também ter correspondência no acesso das candidatas aos recursos públicos

para financiamento de suas candidaturas. Por isso, a igualdade real entre homens e mulheres exige não apenas que as mulheres tenham garantidas iguais oportunidades, mas que lhe seja assegurado o acesso a essas oportunidades para atingir a igualdade de resultados. Portanto, a igualdade real substancial não é apenas uma igualdade de saída, é também uma igualdade de chegada.

Em tema de inclusão social, o Tribunal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, manteve a constitucionalidade da denominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – e aqui há muitas pessoas especializadas nessa matéria. Ou seja, o Estatuto da Pessoa com Deficiência chancelou a obrigatoriedade das escolas particulares ou privadas de oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência. Não se trata de tolerar, trata-se de aprender com aprender com o diferente, que é um estágio básico da socialização que evita que se criem novos Napoleões na sociedade contemporânea.

A tese que prevaleceu foi a de que a lei assume o compromisso ético de acolhimento e pluralidade adotados pela Constituição. Exige que não apenas as escolas públicas, como também as instituições de ensino particular, devem pautar sua atuação educacional a partir de todas as potencialidades que o direito fundamental à educação possui. Como, aliás, está na Convenção de Nova Iorque e foi o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos incorporado no Brasil com status de norma constitucional. Aliás, esse bloco de constitucionalidade, portanto, faz parte do Direito brasileiro. Logo, não é um outro. É direito interno que merece a aplicação. O estudo desse caso nos levou à conclusão de que os direitos humanos e fundamentais das pessoas com deficiência devem ser assegurados no plano interno e obviamente também no plano internacional. No plano interno cria direitos, deveres e

obrigações como a das escolas particulares ou privadas garantirem o ensino inclusivo.

Num outro julgamento, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.649, compreendeu-se pela constitucionalidade da lei que concede passe livre às pessoas com deficiência, tendo em vista que propicia melhores condições de participação na vida em sociedade, o que significa um efeito concreto da humanização das relações sociais. Não faz muito tempo, no Tema de Repercussão Geral nº 822, o tribunal foi chamado, foi a rigor, por assim dizer, interpelado a decidir um tema bastante interessante e controverso, como aliás são todos os outros, mas esse de um modo especial, porque aqui não houve unanimidade, como aliás quase nunca há, mas de qualquer modo, nesse em especial houve um conjunto interessante de divergências que é sobre o ensino na modalidade domiciliar, o assim conhecido *home schooling*.

A conclusão do Tribunal em termos gerais – houve muitos votos díspares – foi no sentido de que a maioria do Tribunal entendeu que a Constituição não o veda de forma absoluta mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças jovens e adolescentes. Naquela ocasião o tribunal assinalou a nítida relação do ensino com dignidade humana, ressaltando que o acesso à educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana ou à própria cidadania, como escreveu, com todo mérito e merece todo o nosso louvor – quem está sentado aqui ao nosso lado – a professora Maria Celina. Esta dimensão qualifica a comunidade como um todo e dignifica o indivíduo como verdadeiramente um titular de direito subjetivo fundamental numa obra que é livro de cabeceira de todos nós.



Mais adiante, numa Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual também fui relator, a nº 5.543, esta ação foi proposta em face de normas administrativas do Ministério da Saúde e da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Essas normativas impediam a doação sanguínea para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo nos períodos subsequentes a tal prática. Nós examinamos esse tema e prevaleceu a seguinte tese que propus: não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringindo deles a possibilidade de serem como são e de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade. O núcleo do debate envolveu, portanto, o princípio da dignidade humana, o direito fundamental à igualdade e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de promover o bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação. Quase que se encadernava uma cópia da Constituição e se remetia a Anvisa para que a própria letra da Constituição fosse cumprida, porque, como sabemos, a Constituição de 1988 não tem proclamações discursivas vãs, o que ali está é norma vinculante a todos, seja o Estado juiz, seja o Estado administrador.

Também nesta linha, na ADPF nº 787, o Tribunal determinou todas as providências necessárias para garantir o acesso das pessoas transexuais e travestis a políticas públicas de saúde. No Mandado de Injunção nº 4.733 que julgamos, tratou-se ali da criminalização da homofobia e a tese que prevaleceu foi a seguinte: à luz dos tratados internacionais de que a República Federativa do Brasil é parte dessume-se da leitura do texto de 1938, um mandado constitucional de criminalização no que pertine a toda e qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Abro uma outra notinha de rodapé mental para dizer que esse

é um tema que tem, obviamente, bastante controvérsia no Direito Penal e na criminologia, que é o de mandados de criminalização por decisão de tribunal constitucional ou mesmo a ideia segundo a qual o caminho da criminalização, sejam, fosse ou não, um caminho legítimo para a superação desse tipo de discriminação. A tese que nós adotamos foi a de que a Constituição brasileira, em numerosos casos que estão inclusive no capítulo dos direitos fundamentais, admite a chancela de sanções nesta ordem de ideias, tipificando-as como crime para, por assim dizer, proteger direitos ou impor deveres. Portanto, a um direito penal sancionador legitimado pela Constituição e isso não me parece, portanto, fora do arco das possibilidades. A discussão aqui envolveu o direito à dignidade, à igualdade, à garantia constitucional do acesso à justiça e ao próprio mandado judicial de criminalização contra qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Ali havia uma omissão inconstitucional do parlamento por não editar a lei que a Constituição determinava que o fizesse.

O Tribunal reconheceu a mora legislativa e a homofobia e a transfobia foram enquadradas como integrantes do tipo de racismo. Fixou-se que o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero e também a expressão sexual da pessoa. A omissão legislativa em tipificar a discriminação ofenderia um sentido mínimo de justiça ao sinalizar que seriam consentidos o sofrimento e a violência como se uma pessoa não fosse digna de viver em igualdade – era do pertencimento que antes eu falava com base em Dworkin. Consignou-se que a Constituição não tolera o sofrimento imposto por atos nefastos de discriminação que sejam capazes de retirar das pessoas a justa expectativa de que tenham igual valor em seu projeto de vida, o igual valor do que falava Josef Hess, que citei ao início dessas palavras.

Menciono ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275, que foi ajuizada em face de regra da lei de registros públicos, almejando uma interpretação conforme à Constituição – como sabem, essa é uma das técnicas que se utiliza no controle de constitucionalidade, a interpretação conforme – de modo a permitir a substituição do prenome por apelidos públicos. E a tese assim enunciou: a pessoa transgênero dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do pronome da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, *independentemente de procedimento cirúrgico* por se tratar de tema relativo ao direito fundamental e ao livre desenvolvimento da personalidade.

Diga-me, o país o que faz com as minorias e nós podemos dizer que país é este? Por isso, a tese que ali se assentou é de que a identidade de gênero é a manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. Essa foi a tese central deste julgamento. Aqui se colocou em discussão, obviamente, um dos direitos da personalidade, ou seja, de quando em quando esses temas obviamente aparecem aos nossos julgamentos e todos nós sabemos do valor personalíssimo desse conjunto de signos, por meio dos quais nós nos apresentamos e nos identificamos e, portanto, essa designação de como cada pessoa é conhecida em seu meio indica seguramente o seu modo de ser e de estar. Daí aqueles dois horizontes que mencionei inicialmente, a dimensão ontológica, o modo de ser e o modo de estar a dimensão teleológica ou finalística. Essas características marcam o Direito, inserem o nome não apenas como atributo da personalidade, mas como derivação direta do princípio da dignidade e, portanto, como centro e fundamento do próprio ordenamento jurídico.

O nome, portanto, deve traduzir a realidade vivida pela pessoa, de modo que não seria condizente com uma leitura do

Direito Civil na legalidade constitucional, obrigar-se a pessoa a submeter-se a procedimento cirúrgico para poder identificar-se com o nome pelo qual é conhecida na vida social. Por isso, essa dimensão da dignidade possui um inequívoco substrato axiológico, portanto, carrega valores e, de outro lado, fático, porque presta conta à realidade da vida, às pessoas concretas e às circunstâncias presenciáveis, tangíveis ou perceptíveis. Daí porque a importância no Direito Civil na legalidade constitucional da superação do monismo pelo dualismo, ou dizendo de uma maneira mais bacaninha, a constitucionalização do pluralismo como esculpida na nossa Constituição brasileira. E por isso, uma das funções primordiais desse direito é uma construção hermenêutica compromissória para que sua efetividade se converta em proveito para as pessoas e para as suas relações de coexistencialidade, ou seja, uma dimensão, portanto, nitidamente emancipatória. Vê-se aí a relevância nesses pequenos e breves exemplos que citei meio apressadamente, mas vê-se a relevância do diálogo entre conhecimento e experiência, que não são duas faces da mesma moeda, por assim dizer, estão simbioticamente imbricados, como se imbricam teoria e empiria. E é a partir daí que se faz com mais efetividade o respeito à diferença – a vigência da fraternidade e da solidariedade.

Para rumar à conclusão, creio que devemos ter no horizonte que, numa República, os poderes republicanos, os entes federativos e a coletividade são chamados, todos são chamados ou chamadas para efetivar direitos que dignifiquem a existência humana, que ofereça melhores condições para que a pessoa possa desfrutar de liberdade individual e social, ter uma coexistência digna. Aproveito o ensejo, eis que nós estamos no novembro, um pouco rugoso e áspero, para dizer-lhes também uma palavra de conclusão acerca da magistratura constitucional e o Brasil desse áspero presente. Serenidade, discrição, procedimento e comedimento produzem confiança. Os

desafios reais que hoje enfrentamos, a rigor, estão num país desigual, discriminatório e injusto, o que não combina com a exacerbação de trajetórias individuais, especialmente na magistratura.

Nós, os juízes e eu, há dez anos, tive inicialmente alguma dificuldade de pronunciar o início desta frase, eis que eu venho do magistério para o que nasci e da advocacia, mas aos poucos, e muito rapidamente, a toga da magistratura constitucional me investiu da responsabilidade, como diria o ministro Celso de Mello, das *gravitas* de pronunciar nós, os juízes, devemos ter olhos de ver o mundo que nos rodeia. Nada nos deve ser indiferente. Ser e estar como juiz, especialmente juiz constitucional, é sentir-se tocado pela beleza dos fatos, pela tragédia dos acontecimentos, pela dor e pelas alegrias – sejam estruturais ou transeuntes –, e sempre seguir em frente, iluminado pela razão sistemática que deve simultaneamente gerar justiça e segurança jurídica.

Por isso, tal como disse Saramago na fria Estocolmo quando recebeu o Prêmio Nobel de Literatura, ao lutar por direitos, não esqueçamos de reivindicar os nossos deveres. E dentre esses deveres está a submissão à legalidade constitucional do Estado de Direito Democrático. Por isso, um juiz não pode determinar-se por qualquer outra emanção do poder, venha de onde vier. Daí porque que cada um de nós, professores, magistrados e educadores, saibamos cumprir a vida. Posso lhes dizer, sendo um dos mais de 18 mil magistrados do Brasil de hoje, que há sim juízes no Brasil, e não hesitaremos jamais sobre o respeito aos direitos, especialmente os direitos humanos e fundamentais. Esse é o compromisso da atuação conjunta, una, leal e altruísta, com o qual encerro e faço um voto de confiança para que o porvir nos legue uma configuração sócio-histórica, com esperança num futuro comum, com mediações suficientes para consensos minimamente estáveis e que consigamos, como sociedade, como Estado e como humanidade, nos afastar do

limiar da exaustão institucional que nós nos encontramos.

Partindo da ideia segundo a qual, desde Platão, a justiça é uma qualidade compartilhada, os meios e modos de nossa atuação devem espelhar valores compartilhados, uma espécie de gramática moral comum, um necessário campo da ética da alteridade. Daí e daqui podem sair lições para o Brasil e, quiçá, para o planeta desse áspero e interpelante presente. A firme ideia de que há uma rede de obrigações morais, éticas e jurídicas que deve ser honrada por todas e todos, acima das nossas convicções pessoais. Esse mínimo denominador comum de diálogo social requer o trabalho de todos nós em sala de aula, na advocacia, na magistratura, nas defensorias, no Ministério Público, em todas as funções essenciais à justiça. Um trabalho que seja sério, constante, coerente e resiliente como é o Direito Civil constitucional: sério, constante, coerente e resiliente. Muito obrigado pela vossa atenção!

### **Dr. Daniel Bucar (Moderador)**

Muito obrigado, Ministro Edson Fachin, acho que a reação dos nossos espectadores aqui demonstra, posso dizer, a qualidade extraordinária, astronômica, de todo o seu pensamento que nos guia. E agradecendo por toda a presença aqui da Professora Doutora Rosana Fachin, que também está aqui na plateia, da minha querida Professora Maria Celina, dos nossos procuradores do município, são vários aqui. Fico muito feliz com a presença de todos. Eu faço agradecimento em nome do nosso Presidente da Associação, Vinícius Pinho, dos nossos queridos professores, colegas nossos estudantes. Passou aqui, veja só, a Irani, minha aluna de graduação, que é o futuro do nosso Direito Civil. Parabéns, obrigado pela sua presença. E dizer que está encerrado este painel. Muito obrigado.