



DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

Volume 1

APRESENTAÇÃO

Desembargador Lourival Serejo

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

PREFÁCIO

Alberto José Tavares Vieira da Silva

DESEMBARGADOR FEDERAL

Roberto Carvalho Veloso

JUIZ FEDERAL

ORGANIZADORES

José de Ribamar Froz Sobrinho • Roberto Carvalho Veloso • Marcelo de Carvalho Lima
Márcio Aleandro Correia Teixeira • Ariston Chagas Apoliano Junior



DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

**ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO
REYNALDO SOARES DA FONSECA
VOLUME I**



Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

Presidente Des. Lourival de Jesus Serejo Sousa
Vice-presidente Des. Jaime Ferreira de Araujo
Corregedor-Geral da Justiça Des. Paulo Sérgio Velten



Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão

Diretor Des. José Jorge Figueiredo dos Anjos
Vice-diretor Des. João Santana Sousa



Universidade Federal do Maranhão

Reitor Prof. Dr. Natalino Salgado Filho
Vice-Reitor Prof. Dr. Marcos Fábio Belo Matos



Editora da Universidade Federal do Maranhão

Diretor Prof. Dr. Sanatiel de Jesus Pereira
Conselho Editorial Prof. Dr. Arkley Marques Bandeira
Prof. Dr. Luís Henrique Serra
Prof. Dr. Elídio Armando Exposto Guarçoni
Prof. Dr. André da Silva Freires
Prof. Dr. Jadir Machado Lessa
Prof^ª. Dra. Diana Rocha da Silva
Prof^ª. Dra. Gisélia Brito dos Santos
Prof. Dr. Marcus Túlio Borowiski Lavarda
Prof. Dr. Marcos Nicolau Santos da Silva

JOSÉ DE RIBAMAR FROZ SOBRINHO
ROBERTO CARVALHO VELOSO
MARCELO DE CARVALHO LIMA
MÁRCIO ALEANDRO CORREIA TEIXEIRA
ARISTON CHAGAS APOLIANO JUNIOR
(Organizadores)

DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE

ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO
REYNALDO SOARES DA FONSECA
Volume 1

São Luís



2021

Projeto gráfico e capa Eduardo César Machado de Jesus

Revisão Ailla Rakel Viegas Gonçalves

Secretária Executiva Thays Froz de Brito

Foto da capa Ribamar Pinheiro

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca [recurso eletrônico]. / Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. – São Luís: ESMAM: EDUFMA, 2021.

706 p. -v.1

Recurso digital

Modo de acesso: World Wide Web

Vários autores

ISBN: 978-65-993764-2-9 (ESMAM)

978-65-89823-04-9 (EDUFMA)

1. Direitos Humanos. 2. Fraternidade. I. Fróz Sobrinho, José de Ribamar. II. Veloso, Roberto Carvalho. III. Lima, Marcelo de Carvalho. IV. Teixeira, Márcio Aleandro Correia. V. Júnior Apoliano, Ariston Chagas. VI. Título

CDU 342.7

CDD 341.481

Elaborada pela bibliotecária Manoelle Moraes dos Santos – Bibliotecária – CRB 13/921

Impresso no Brasil [2021] (versão impressa)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro pode ser reproduzida, armazenada em um sistema de recuperação ou transmitida de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico, mecânico, fotocópia, microimagem, gravação ou outro, sem permissão do autor e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

ESMAM | Escola Superior de Magistratura do Estado do Maranhão

1346, Búzios, 1270 - Calhau, São Luís - MA, 65071-700

Telefone: (98) 3235-3231

<http://www.tjma.jus.br/esmam> | esmam@tjma.jus.br

EDUFMA | Editora da UFMA

Av. dos Portugueses, 1966 – Vila Bacanga

CEP: 65080-805 | São Luís | MA | Brasil

Telefone: (98) 3272-8157

www.edufma.ufma.br | edufma@ufma.br

AGRADECIMENTOS

Esta fundamental obra “DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE: ESTUDOS EM HOMENAGEM AO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA” não teria sido possível se não fossem as inúmeras pessoas e instituições que nos ajudaram com seus artigos e apoios necessários à realização de tão instigante empreitada. Os frutos que ora apresentamos são resultados do empenho de seus autores, dos organizadores, dos assessores e o apoio consistente da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, que permitiu o empreendimento no decorrer desses últimos meses, mesmo com todas as restrições causadas pela pandemia, que nos ronda e desafia; acaso o resultado não seja tão vicejante, a responsabilidade por tal ausência é toda nossa, não se transmitindo aos nossos companheiros de caminhada.

O fato de termos nos empenhado em homenagear o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, esse operário do Direito à Fraternidade e dos Direitos Humanos, deve-se aos seus incontáveis préstimos ao desenvolvimento de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, que assegure os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, agradecemos não só pela amizade e pelas lutas comuns, mas, também, por tudo que representa à história nacional e que merece ser imortalizado.

Não poderíamos deixar de prestar os mais justos agradecimentos ao Prof. Dr. Roberto Carvalho Veloso – com quem passamos meses dialogando em alguns encontros, presenciais e virtuais, para tratar do formato e conteúdo desta singela homenagem ao nosso interlocutor. No mesmo estilo, diante das dificuldades impostas por força de questões sanitárias e da necessidade de adaptação ao novo normal de cada fase do processo de composição deste livro, o insigne mestre e magistrado Alberto Tavares ofereceu sugestões e pontuou estratégias, observando os entraves e apontando equívocos não vistos.

Agradecemos de igual modo a toda equipe – Prof. Dr. Márcio Aleandro Correia Teixeira, Prof. Me. Ariston Chagas Apoliano Junior e Prof. Me. Marcelo

Carvalho de Lima. Incansáveis gênios que construíram cada parte do trabalho, com carinho permanente e dedicação exemplar, a ser apresentado para a comunidade acadêmica do nosso universo jurídico.

Embora nosso trabalho tenha sido, em sua maior parte, baseado em informações prestadas pelos autores, familiares e amigos do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, foram em seus escritos de doutoramento, nas suas sábias decisões judiciais e noutros textos avulsos, que extraímos importantes conhecimentos para que pudéssemos chegar ao formato definido e a escolha dos autores que participam desta virtuosa empreitada. De modo específico, gostaríamos de agradecer aos noventa e quatro autores que nos atenderam, em nome do homenageado, oferecendo cada uma das caríssimas palavras escritas nos sessenta e seis artigos que selam esta obra para sempre.

Contudo, um trabalho para homenagear o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, com a colaboração de todos a nos auxiliar no processo de organização, não seria factível sem a disponibilidade e a graciosidade da Thays Brito, organizando e sistematizando, respondendo cada e-mail e atualizando a base de dados contendo o acervo da obra.

Agradecemos ao Prof. Dr. Natalino Salgado, Reitor da Universidade Federal do Maranhão e à Profa. Dra. Lucylea Gonçalves França, Chefe do Departamento de Direito, pelo constante acompanhamento no desenrolar da confecção da obra, pelos conselhos e acessibilidade sempre tão importantes.

E nosso agradecimento ao Desembargador Lourival Serejo, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, pela zelosa atenção ao projeto editorial e pelo fomento garantido através dos recursos do Fundo Especial de Modernização e Reaparelhamento do Judiciário de Maranhão (FERJ), sem o qual teria sido inviável a realização da produção dessa obra coletiva.

Nossa gratidão sem fronteiras ao amigo Reynaldo Soares da Fonseca, extensiva à sua querida família compartilhada pelo amor de Luziana, Leonardo, Rafael e Gabriel, que acolheu nossa proposta de homenageá-lo, afastado de qualquer vaidade, e nos acompanhou em cada momento no percurso deste trabalho, sem deixar que a ansiedade nos desviasse do caminho prazeroso ao seu grande final.

São Luís do Maranhão
Janeiro, 2021

José de Ribamar Fróz Sobrinho

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

APRESENTAÇÃO

O livro “Direitos Humanos e Fraternidade: estudos em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca” é um retrato perfeito do reconhecimento das contribuições do homenageado à temática dos direitos humanos e do princípio da fraternidade no âmbito do direito brasileiro, o que provocou a mobilização de noventa e sete autores na redação de sessenta e cinco artigos da mais alta qualidade acadêmica e técnico-jurídica e, assim, na atualização do debate sobre a matéria no direito pátrio.

O transcurso de mais de doze meses desse projeto editorial ocorreu por força dos cuidados e preocupações da comissão organizadora e de cada um dos autores em produzir uma obra que expressasse com a mesma intensidade a contínua e expressiva atuação do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca na defesa dos direitos e na construção de uma sociedade fraterna, conforme o mandamento constitucional.

A busca por produzir um livro adequado para o debate acadêmico e técnico-jurídico, conjugando as questões doutrinárias e jurisprudenciais e elevando-as ao enfrentamento dos problemas práticos da sociedade é uma constante em cada um de seus capítulos, refletindo e dialogando com o pensamento de seu homenageado.

Cumpre-nos registrar nossos agradecimentos aos autores, revisores, editores, coordenadores e às instituições diretamente envolvidas no processo de construção desta obra, à Universidade Federal do Maranhão, na pessoa do reitor Natalino Salgado, e à Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM, pelo seu diretor, desembargador Fróz Sobrinho, pelo cuidado e esforço em viabilizar os diálogos entre a Academia e o Judiciário.

Pedimos escusas e compreensão à comunidade jurídica e científica por eventuais esquecimentos e omissões, desde a emissão dos convites até o enfrentamento de temática específica, comuns em obras de grande profundidade como esta, com expressiva diversidade de matérias, além do quadro agravado pelo estado de calamidade, reconhecido desde o início deste ano de

2020, quando todos tivemos que nos adaptar às circunstâncias e condições possíveis para que a prestação dos serviços judiciais, principalmente aos mais necessitados, não fosse interrompida.

Renovamos nossa gratidão e reconhecimento aos coordenadores desta obra, o desembargador Fróz Sobrinho, o juiz federal Roberto Carvalho Veloso e aos advogados e professores Ariston Chagas Apoliano Junior, Márcio Aleandro Correia Teixeira e Marcelo de Carvalho Lima, pelo incansável trabalho na organização e sistematização que permitiram alcançar o resultado esperado.

Ao homenageado Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a inspiração para a construção desta obra doutrinária e técnico-jurídica, registramos nossa gratidão pela concordância em sua realização, desafio recebido como missão por todos aqueles que empreenderam esforços na sua concretização.

São Luís, novembro de 2020.

Desembargador Lourival Serejo

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão

PREFÁCIO

REYNALDO SOARES DA FONSECA, O MINISTRO DA FRATERNIDADE

A definição do pregador é a vida e o exemplo. (Padre Antonio Vieira)

A frase do padre Antonio Vieira reflete bem a pessoa do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que ao pregar a fraternidade a realiza desde a juventude, quando participou ativamente do Movimento dos Focolares, fundado pela italiana Chiara Lubich, compondo a Geração Nova – GEN. No dizer da fundadora do movimento, os focolarinos são “guardiães da chama do amor de Deus e do próximo”.

Nada melhor para definir o homenageado do que ser um guardião da chama do amor de Deus e do próximo. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, na qualidade de guardião do amor de Deus, é católico fervoroso e praticante, congregado na Igreja Nossa Senhora de Guadalupe, em Brasília, apoiando o trabalho de sua esposa, Luziana Campos Soares da Fonseca, na pastoral da caridade.

Diz o evangelho de Mateus que se conhece a árvore por seus frutos. Assim se dá com o homenageado e sua amada esposa: seus frutos são dignos e honrados. Leonardo é procurador do Estado de Mato Grosso do Sul e mestre em Direito pelo IDP. Rafael, casado com Karen, esperando a primeira filha do casal, Maria Clara, e primeira neta do homenageado, é analista judiciário e assessor de Ministro do STF, mestre em Direito pela UNB e doutorando em Direito pela USP e pelo Instituto Max Planck na Alemanha. Gabriel, o caçula, é assessor do Presidente do STF e mestrando em Direito pela USP.

O amor ao próximo está demonstrado em sua atuação na judicatura. Promovido ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região em 2009, assumiu duas coordenadorias sensíveis à solidariedade e à fraternidade, a coordenadoria dos

Juizados Especiais Federais e a do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da Primeira Região.

Em 2015, ascendeu ao Superior Tribunal de Justiça, representando a Justiça Federal. E nada mais propício ao Tribunal da Cidadania do que ter em seus quadros o Ministro da Fraternidade, preocupado com o amor ao próximo, conforme tem demonstrado nos seus julgados.

O homenageado é maranhense, nascido no Hospital Português, tendo residido até o final da década de 70 em um sobradão situado na Rua da Cruz, também conhecida como Sete de Setembro. Filho de Durval Soares da Fonseca e de Maria Thereza Soares da Fonseca. Da união dos pais nasceram os filhos: Maria de Fatima Soares da Fonseca, Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho, Luiz Alfredo Soares da Fonseca, Maria Lúcia Soares da Fonseca (falecida em 1961), Antonio Augusto Soares da Fonseca, Reynaldo Soares da Fonseca, Durval Soares da Fonseca Júnior e João Soares da Fonseca.

Desde tenra idade declara o seu amor ao Maranhão, do qual nunca se distanciou. Apesar de ter ido para Brasília em 1989, foi em seu torrão titularizado na 1ª Vara da Seção Judiciária do Maranhão, cujos anteriores titulares foram o Ministro do STF Carlos Alberto Madeira e o primeiro presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região Alberto José Tavares Vieira da Silva.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca tem uma trajetória de vida vitoriosa. Ainda aos 8 anos de idade, estudante do Colégio dos Irmãos Maristas, declamava a Canção do Exílio, de Gonçalves Dias.

Minha terra tem palmeiras
Onde canta o Sabiá,
As aves, que aqui gorjeiam,
Não gorjeiam como lá.
Nosso céu tem mais estrelas,
Nossas várzeas têm mais flores,
Nossos bosques têm mais vida,
Nossa vida mais amores.

Ingressou na Universidade Federal do Maranhão aos 17 anos, tendo sido monitor dos professores José Maria Ramos Martins e Agostinho Marques. Aos 22 anos, logrou aprovação no Concurso de Procurador do Estado do Maranhão e posteriormente no de professor efetivo da Universidade Federal do Maranhão, em primeiro lugar.

A convite do Desembargador Federal Alberto José Tavares Vieira da Silva, primeiro presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, mudou-se para Brasília em 1989 e contribuiu decisivamente para a implantação da novel corte de justiça federal, o maior tribunal de apelação do mundo.

Em Brasília, continuou com o seu brilhantismo, sendo aprovado nos concursos de Procurador do Distrito Federal, de Juiz de Direito do TJDFT e de Juiz Federal, carreira que abraçou com amor e dedicação, exercendo suas funções judicantes no Distrito Federal e no Maranhão. Nas seções judiciárias do Maranhão e do Distrito Federal, foi Diretor do Foro. Juiz Federal Titular na Capital Federal exerceu as funções de Juiz Auxiliar da Corregedoria da Justiça Federal da Primeira Região e Juiz Auxiliar da Presidência do TRF1.

Por merecimento, foi promovido a Desembargador do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em 2009, tendo exercido as seguintes funções: presidente da Sétima Turma e da Quarta Seção, Coordenador dos Juizados Especiais Federais e Coordenador do Sistema de Conciliação.

Em 2015, nomeado Ministro do Superior Tribunal de Justiça em vaga destinada à Justiça Federal tomou posse em concorrida solenidade. No STJ, integra a Quinta Turma, da qual foi presidente, possuindo hoje um dos menores acervos dos gabinetes criminais, em razão da sua destacada abnegação em prestar a jurisdição célere, conforme determina a Constituição Federal.

Na formação acadêmica, possui duas especializações: uma em Direito Constitucional (área de concentração: Semiologia Política, com ênfase em Direito, Democracia e Constituinte), pela Universidade Federal do Maranhão, em convênio com a Universidade Federal de Santa Catarina, e outra em Direito Penal e Processo Penal, pela Universidade de Brasília – UnB.

Fez o Curso de Alto Nível em Inteligência Financeira, patrocinado pela ABIN, COAF e ESAF, e participou dos Cursos de Aperfeiçoamento e dos Colóquios Internacionais de Direito Constitucional, Administrativo, Processo Civil e Tributário do Conselho da Justiça Federal com a Universidade Humboldt de Berlim e o Instituto de Direito Civil e Processual Civil Alemão e Comparado da Universidade de Friburgo, em cooperação com o Superior Tribunal Administrativo de Leipzig e Superior Tribunal Financeiro de Munique, na Alemanha.

Participou, ainda, do Curso de Aperfeiçoamento em Democracia e Desenvolvimento, realizado no Departamento Di Giurisprudenza da Universidade de Siena, Itália.

É mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP, com pesquisa realizada na Universidade de Siena-Itália, e pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos – *Ius Gentium Conimbrigae*/ Centro de Direitos Humanos (IGC) – Universidade de Coimbra – Portugal.

Reynaldo Soares da Fonseca foi recentemente eleito membro da Academia Maranhense de Letras, mercê de sua vasta produção bibliográfica, da qual se destaca a publicação pela Editora D'Plácido de sua tese de doutoramento intitulada “O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça.”

Na percuciente análise do princípio da fraternidade, assim o definiu

a) 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 e versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros valores historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade.¹

Toda sua vida dedicada ao trabalho e à fraternidade gerou grande respeito e consideração pelas pessoas que o rodeiam, expressão desses atributos são os 66 artigos contidos neste livro, escritos por mais de 90 autores.

Dentre esses, pode-se destacar os ministros das cortes superiores, Luiz Fux, Dias Toffoli e Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, Assusete Magalhães, Gurgel de Faria, Joel Ilan, Marco Aurélio Buzzi, Néfi Cordeiro, Ribeiro Dantas, Ricardo Cueva e Rogério Schietti, do Superior Tribunal de Justiça e Tarcísio Vieira, do Tribunal Superior Eleitoral.

Reitor da Universidade Federal do Maranhão, Natalino Salgado Filho, Subprocuradores-Gerais da República, Nicolao Dino e Paulo Gonet. Conselheiros do Conselho Nacional de Justiça: Candice Jobim, Daldice Santana, Henrique Ávila e Tourinho Neto. Presidente do TRE da Bahia, Edmilson Jatayh, Presidente do Tribunal de Justiça do Paraná, José Laurindo de Souza Netto.

Também contribuíram para o livro os Desembargadores do TRF1, Ney Bello e João Batista Moreira, os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Maranhão, Froz Sobrinho, Paulo Velten e Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe, os

1. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 169.

Desembargadores do TRT16, Gerson de Oliveira Costa Filho e James Magno Araújo Farias.

A Procuradora Geral do Distrito Federal, Ludmila Galvão Vieira de Carvalho, a Corregedora-Geral do Ministério Público do Maranhão, Themis Maria Pacheco de Carvalho, o Procurador de Justiça e ex-Corregedor Geral do Ministério Público de Sergipe, Carlos Augusto Alcântara Machado, o ex-presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Marcus Vinícius Furtado Coelho, os ex-presidentes da Associação dos Juízes Federais, Gabel Wedy e Roberto Veloso e o Secretário de Educação do Estado do Maranhão, Felipe Costa Camarão.

Inúmeros professores, juristas e magistrados homenagearam o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca com artigos nesta obra. No primeiro volume escreveram Aline D' Paula Silva Feitosa, Anderson Ricardo Fogaça, Anna Graziella Santana Neiva Costa, Antônio Oswaldo Scarpa, Ariston Chagas Apoliano Júnior, Bruna Danyelle Pinheiro das Chagas Santos, Bruno Carvalho Pires Leal, Carlos Helder Furtado Mendes, Claudio Alberto Gabriel Guimarães, Dilercy Aragão Adler, Guilherme Peres de Oliveira, Guilherme Saldanha Santana, Gustavo Araújo Vilas Boas, Henrique Garbellini Carnio, Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior, José Cláudio Pavão Santana, José Eulálio Figueiredo de Almeida, José Guimarães Mendes Neto, Livia Cristina Marques Peres, Lucylea Gonçalves França, Marco Aurélio Florêncio Filho, Pablo Zuniga Dourado, Pedro Nilson Moreira Viana, Rafael Campos Soares da Fonseca, Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho e Vitória de Macedo Buzzi.

No segundo, Ana Luiza Almeida Ferro, Andreyanna Beatriz Pereira Rodrigues, Arnelle Rolim Peixoto, Bruno Araújo Duailibe Pinheiro, Cassius Guimarães Chai, Delmo Mattos, Eduardo José Leal Moreira, Elber Kennedy Ferreira Moraes, Fabiano Ferreira Lopes, Geralda Magella de Faria Rossetto, Gleudson Malheiros Guimarães, Hugo Assis Passos, Isabela Medeiros Gurgel de Faria, Josiane Rose PetryVeronese, Kalil Sauaia Boahid Mello Almeida, Lucas Bevilacqua, Luciane Cardoso Barzotto, Marcella Araújo da Nova Brandão, Márcio Aleandro Correia Teixeira, Marcio Almeida, Marcio Luiz Coelho de Freitas, Marcio Sá Araújo, Marco Túlio Reis Magalhães, Maria Auxiliadora Minahim, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino, Marli Marlene Moraes da Costa, Nilza Reis, Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Pablo Gurgel Fernandes, Pedro Henrique Roque Lima, Renata Caldas Barreto, Robson Maia Lins, Sérgio Felipe de Melo Silva, Valéria Jansen de Castro.

Com efeito, a qualidade dos autores e dos textos produzidos demonstram a importância e a relevância do tema tratado neste livro – DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE – com uma riqueza e profundidade pouco vistas na bibliografia jurídica brasileira.

Vive-se em uma época de grandes dificuldades causadas por uma pandemia, e é alvissareiro verificar que os autores, pessoas de grande influência no meio social, estão preocupados com o bem-estar do próximo, seja na garantia dos Direitos Humanos seja na prática da fraternidade.

Por essa razão, este livro será uma referência na matéria, sendo dois volumes de pura discussão da inserção do sobreprincípio da fraternidade em diversas áreas do Direito. O debate contido nos artigos perpassa assuntos importantes, a saber: federalismo, atividade do Supremo Tribunal Federal, políticas judiciárias para o sistema prisional brasileiro, justiça restaurativa, democracia e participação política, entre outros de igual magnitude.

Mas, o que chama a atenção é a maneira como o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca tem aplicado a fraternidade em seus julgamentos na quinta turma do STJ, especializada em Direito penal. O também Ministro do STJ Ribeiro Dantas, em seu artigo, faz um apanhado dos acórdãos relatados pelo magistrado homenageado desde quando chegou ao STJ em 2015.

A exemplo do que fez o Ministro da Fraternidade ao relatar o RHC 143.641/SP e votar pela conversão de prisão preventiva em domiciliar de uma mãe com filho de 12 anos portador de hidrocefalia, quando argumentou que “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)”.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca é conciliador e fraterno por natureza. Por onde passou sempre construiu amizades e se preocupou com o próximo. É um exemplo de marido, de pai, de irmão, de filho, de amigo e de magistrado. Prestar-lhe uma justa homenagem com este livro é também uma maneira de presentear os leitores que terão uma maravilhosa fonte de pesquisa sobre o princípio da fraternidade, tão bem pregado e defendido pelo homenageado.

Desembargador Federal Alberto José Tavares Vieira da Silva
Juiz Federal Roberto Carvalho Veloso

SUMÁRIO

- 20 **FEDERALISMO FRATERNAL: CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO FEDERALISMO**
REYNALDO SOARES DA FONSECA
RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA
- 39 **O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÁRBITRO DO DIÁLOGO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, HUMANISMO E DEMOCRACIA**
LUIZ FUX
- 61 **POLÍTICAS JUDICIÁRIAS PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**
JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI
- 77 **INTERSECCIONALIDADE E FRATERNIDADE: JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO RESGATE DAS MULHERES ENCARCERADAS**
JOEL ILAN PACIORNIK
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO
ANDERSON RICARDO FOGAÇA
- 94 **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS MÉTODOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL**
MARCO AURÉLIO GASTALDI BUZZI
VITÓRIA DE MACEDO BUZZI
- 109 **LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE – ALGUNS REFLEXOS DO LEMA DA REVOLUÇÃO FRANCESA NO PROCESSO PENAL**
ROGERIO SCHIETTI CRUZ
- 129 **FRATERNIDADE E PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS NA POLÍTICA: RELEITURA DE CONSULTA PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL A RESPEITO DO GÊNERO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DA CONTABILIZAÇÃO DAS COTAS DE CANDIDATURAS E DA UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL NAS ELEIÇÕES**
TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO
- 151 **DIREITOS HUMANOS: JUSTIÇA E EFICIÊNCIA PENAL NO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA**
JOSÉ DE RIBAMAR FRÓZ SOBRINHO

- 195 **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA (RE)CONSTRUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA**
PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA
- 216 **FRATERNIDADE: UMA LEITURA TEÓRICA E DOGMÁTICA**
NEY DE BARROS BELLO FILHO
ANNA GRAZIELLA SANTANA NEIVA COSTA
- 256 **O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO ÂMBITO CIVIL**
RICARDO TADEU BUGARIN DUAILIBE
BRUNO CARVALHO PIRES LEAL
- 275 **O DIREITO PENAL, A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE**
FERNANDO TOURINHO NETO
- 291 **A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**
DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA
HERBERT CORNELIO PIETER DE BRUYN JÚNIOR
- 307 **A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA 2ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE EM SÃO LUÍS-MA: UM HORIZONTE QUE SINALIZA NOVOS CAMINHOS**
ROBERTO CARVALHO VELOSO
TEREZA CRISTINA SOARES DA FONSECA CARVALHO
- 335 **JUÍZO DE ADEQUAÇÃO: A AUTENTICIDADE CONSTITUCIONAL E A INTERPRETAÇÃO DISRUPTIVA**
JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA
- 351 **SOBRE ÉTICA, MEIO AMBIENTE E SOCIOBIODIVERSIDADE: NA TRILHA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**
NICOLAO DINO
- 374 **O ESTADO ENTRE A DEMOCRACIA E A SEDUÇÃO DO DISCURSO AUTORITÁRIO**
JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS
- 400 **FRATERNIDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE HUMANA**
PAULO G. GONET BRANCO

**410 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES
NO CONTROLE SOCIAL FORMAL: POSSIBILIDADES
E LIMITES NO ÂMBITO PUNITIVO**

CLAUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES
THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO
BRUNA DANYELLE PINHEIRO DAS CHAGAS SANTOS

**438 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO
MECANISMO CONSTITUCIONAL DE EFETIVIDADE
DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE**

LUCYLEA GONÇALVES FRANÇA
PEDRO NILSON MOREIRA VIANA
ALINE D' PAULA SILVA FEITOSA

456 DIGNIDADE HUMANA, FRATERNIDADE E DIREITO DE DEFESA

JOSÉ EULÁLIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA

**490 DESAFIOS PARA O (RE)CONHECIMENTO DE UM DIREITO
PENAL MAIS FRATERO: O SISTEMA GARANTISTA COMO
LEGITIMAÇÃO DO MÉTODO TÓPICO-HERMENÊUTICO**

MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO

**516 FRATRIAS, FRATERNIDADE E POLÍTICA:
ENSAIO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICO**

HENRIQUE GARBELLINI CARNIO

**533 FRATERNIDADE E POLÍTICA: UM PARALELO
COM WEBER E MAQUIAVEL**

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA
HENRIQUE DE ALMEIDA ÁVILA

**544 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO
PROPULSOR DE ACELERAÇÃO DEMOCRÁTICA**

ARISTON CHAGAS APOLIANO JÚNIOR
CARLOS HELDER FURTADO MENDES
JOSÉ GUIMARÃES MENDES NETO

**564 DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO JUDICIAL
E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

LÍVIA CRISTINA MARQUES PERES

- 581 A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
E AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**
PABLO ZUNIGA DOURADO
- 605 AS VIRTUDES PLATÔNICAS E ARISTOTÉLICAS E O CONSTRUCTO
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS INDIVÍDUOS**
GUILHERME SALDANHA SANTANA
- 634 DIREITOS SOCIAIS, ÉTICA E O PRINCÍPIO
CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE**
ANTÔNIO OSWALDO SCARPA
- 652 OUVIDORIA E PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: A ATUAÇÃO
E O ALCANCE DA OUVIDORIA REGIONAL ELEITORAL À LUZ
DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE**
GUSTAVO ARAUJO VILAS BOAS
- 670 OS DIREITOS HUMANOS E A FRATERNIDADE
COMO PRÁXIS SOCIAL: BREVE ENSAIO**
DILERCY ARAGÃO ADLER

FEDERALISMO FRATERNAL: CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO FEDERALISMO

REYNALDO SOARES DA FONSECA²

RAFAEL CAMPOS SOARES DA FONSECA³

1. INTRODUÇÃO

O federalismo como processo e constructo na história das ideias abarca uma quantidade de significados e usos no curso da tradição ocidental na qual se inclui o pensamento social brasileiro. A ambivalência e pluralidade dessa categoria na história das ideias pode desaconselhar à primeira vista um exame, com o rigor científico necessário, de caráter jusfilosófico sobre os influxos emanados dessa ideia em uma realidade complexa como a brasileira em cinco séculos de história oficial.

A esse respeito, Salomon Davis conclui que nunca se soube tanto sobre federalismo e, paradoxalmente, que: quanto mais sabe-se, menos satisfatório torna-se o legado da teoria federal em termos explicativos e descritivos.

Há uma profusão de qualificações e variedades de federalismo, *v.g.* dual, ortodoxo, clássico, tradicional, cooperativo, integrado, interdependente, novo, funcional, pragmático, orgânico, pluralista, monárquico, perfeito, coercitivo, completo, (des)centralizado, constitucional, contratual, incipiente, total. Em um imaginário que remonta às ligas gregas do Peloponeso e ateniense, perpassando pelo Reino da Macedônia, Império Romano e ligas medievais, uma interpretação possível é de que o desenvolvimento do significado dessa

1. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Doutor em Função Social pela Faculdade Autônoma de São Paulo e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade de São Paulo. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

3. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Assessor da Presidência do Supremo Tribunal Federal.

categoria parece estar atrelado a uma manipulação da realidade para servir a um nova racionalidade ou causa.

Sendo assim, em uma perspectiva pessimista, tirante algumas máximas genéricas como “unidade na diversidade,” pouco resta sob o ponto de vista conceitual ao federalismo, além de estruturas, ficções constitucionais, formas de associação e visões de autonomia comunal, ante um volume crescente de práticas denominadas federativas.⁴

Por outro lado, “[o] poder das ideias jamais pode ser subestimado. São as ideias que movem o mundo, o qual permanece em constante mutação.”⁵ Nesse sentido, é impossível desconsiderar o federalismo como *continuum* na história da humanidade há bastante tempo, a ponto de ser possível atribuir-lhe *status* canônico à luz do constitucionalismo, ao menos em seu viés pragmático, isto é, uma obra que, por sua originalidade e dignidade estética, o mundo não deixe voluntariamente morrer, tendo em conta a necessidade de leitura e releitura dos textos fundantes e da própria revisitação desse conceito para nos explicarmos hoje e para sempre, dado que o cânone secular, literário ou constitucional, já nos contém mediante posfiguração.⁶

Nesse ponto vem a calhar o “artigo definitivo secreto”, de Immanuel Kant, para alcançar a Paz Perpétua,⁷ adicionado na segunda edição do ensaio (1796), segundo o qual as máximas dos filósofos sobre as condições que possibilitam a paz pública devem ser tomadas em consideração pelos Estados armados para a guerra. Da leitura que faz Norberto Bobbio do pensamento do filósofo prussiano de Königsberg, o valor e a função da liberdade de filosofar (*libertas philosophandi*) consiste em ponto de chegada e de partida de sua concepção liberal da vida e da história. Então, a razão humana, que é expressão por excelência dos filósofos, está acima da potência do Estado, não podendo aquela ser por este apagada ou limitada. Em outras palavras, o republicanismo demanda um Estado aberto à livre cultura. Ademais, há uma potencialidade prática da filosofia que indica ter os pensadores algo a dizer aos poderosos,

4. DAVIS, Salomon Rufus. *The Federal Principle: a journey through time in quest of a meaning*. Berkeley: University of California, 1978, p. 209.

5. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 88.

6. No âmbito literário ou de estudos culturais: BLOOM, Harold. *O Cânone Ocidental*. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 39 e ss. Aplicando essa categoria de origem religiosa no escopo do direito constitucional, veja-se: BALKIN, S. M.; LEVINSON, Sanford. *The Canons of Constitutional Law*. In: *Harvard Law Review*, v. 111, n. 4, p. 963-1024, fev. 1998.

7. KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.

sem a pretensão platônica de que uns assumam os lugares dos outros, sem o batismo das urnas.⁸

Sendo assim, a força da experiência histórica⁹ revela termos superestimados à capacidade explicativa, descritiva e informacional dessa categoria, ao passo que a estrutura do sistema federal é cambiável e circunstancial, sendo o denominador comum motivado apenas por grupos territoriais que desejam manter-se juntos ou reconstituírem-se em forma associativa, ou seja, células sociais que se unem para promover simultaneamente interesses particulares e comuns.

Sob outra perspectiva, muito mais recente, temos visto uma plêiade de filósofos, politólogos, juristas e demais cientistas sociais interessada na reconstrução da fraternidade na condição de norma regulatória da vida pública em prol do bem comum, o que possui reflexos no sistema jurídico. A propósito, muito orgulha ao Primeiro Autor fornecer contributos à essa linha de pesquisa acadêmica¹⁰ e receber retornos positivos a respeito de ideias indispensáveis, a nosso juízo, para a persecução do objetivo republicano consistente em construir uma sociedade livre, justa e fraterna na ambiência brasileira. Logo, a presente homenagem serve muito mais à propagação do ideário fraterno em comparação à honra pessoal do homenageado, à luz do senso de oportunidade dos organizadores, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão e dos co-autores desta obra coletiva sonhada e concretizada a muitas mãos.

No esforço de indicar possíveis caminhos de diálogo e intersecção entre esses dois princípios constitucionais basilares à estruturação social no Brasil, ante o desconhecimento dos autores a respeito de suficientes estudos sobre o que aqui denominamos federalismo fraternal, este estudo versa sobre a inclusão das exigências normativas decorrentes da fraternidade no espaço de justificação do pacto federativo.

Por conseguinte, permite-se ousar o novo diante dos desafios impostos pelo primeiro quartel do século XXI, em relação à convivência das unidades constituintes sob um mesmo teto soberano. A rigor, trata-se de problema de

8. BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 165.

9. A propósito, demonstra-se incomparável o esforço histórico desenvolvido ainda na década de 1920 em: MOGI, Sobei. *The Problem of Federalism*. 2 v. Londres: Allen & Unwin, 1930.

10. Por toda a produção bibliográfica, cita-se a versão comercial de obra decorrente de tese doutoral: FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

pesquisa de longo alcance a ser desenvolvido futuramente por esforço coletivo na seara adequada, com o devido fôlego acadêmico.

Assim, neste diminuto espaço, pretende-se apenas lançar considerações gerais acerca do que reputamos as linhas mestras dessa interação entre fraternidade e federalismo. Por isso, centra-se nas repercussões da legitimação normativa do ideal federativo nas funções concretizadoras de uma comunidade política fraterna. Nesse ponto, a própria dimensão contrafactual da ordem jurídica incentiva, ou pelo menos facilita, a produção acadêmica a partir de parâmetros ideais, positivados ou não, de correção da conduta das instituições.

Em síntese, a preocupação desse projeto normativo é a criação de uma vida pública por meio da engenharia de instituições e normas. “Sob um certo ponto de vista, já existe uma conexão próxima entre os projetos normativo e positivo na teoria política. Quem prescreve uma ação deve ser capaz de antecipar suas consequências relevantes em termos normativos.”¹¹ Nesse sentido, o federalismo deve ser concebido como um conceito político-jurídico lastreado por fundamentação crítico-reflexiva depreendida da moralidade política, e passível de explicitação em um critério de justiça.

2. FUNDAMENTAÇÃO NORMATIVA DO FEDERALISMO

Em um sentido amplo, federalismo é um arranjo jurídico-político em que duas ou mais comunidades autogovernadas compartilham o mesmo espaço político, sendo o corpo cívico pertencente tanto ao ente central quanto ao local.

Dentro desse espectro amplo, é possível imputar a característica de federal, ou *quasi*-federal, a diversas experiências históricas institucionalizadas, de modo mais específico após a concepção do Estado-nação na Paz de Westphalia, quando esse movimento político cinge-se à forma do estado, em contraposição ao estado unitário de soberania absoluta.

Com fulcro na realidade, aponta-se a ausência de reflexão crítico-reflexiva de índole normativa no que diz respeito aos arranjos federativos, isto é, qual seria a fundamentação normativa dos pactos geradores de uma Federação, ao passo que os processos de tomada de decisão e os impactos da adoção do

11. FERREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Trad. Eduardo Cesar Marques. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001.

modelo federativo em determinado contexto particular são objeto de devida (ou até demasiada) atenção por parte de cientistas sociais.¹²

De fato, a filosofia política, a política normativa e a teoria constitucional devem alguma atenção à questão da legitimação do federalismo, porquanto parâmetros ideais, positivados ou não, de correção da conduta de instituições estatais são pressupostas na hipótese de ocorrência de uma ação governamental.

Com o objetivo de atender a essas preocupações no limitado âmbito deste artigo, esta seção tratará das contribuições desde Johannes Althusius à *Publius*, especialmente Alexander Hamilton, como artífices da ideia moderna de federação.

De início, é possível identificar, pela sua negativa veemente, a possibilidade federativa no pensamento de Jean Bodin, expresso em seus seis livros sobre a República,¹³ pois, a fim de racionalizar o poder estatal monárquico a partir do Estado natural, era necessário conceber uma cadeia única e piramidal de comando e obediência, centralizando-se o poder na figura do soberano.¹⁴ Por isso, essas ideias levam à rejeição da descentralização de funções e do potencial compartilhamento de soberania, que são características próprias da tradição federalista, a qual começará a desenvolver-se apenas no século XVII.

Na filosofia política de John Locke, proposta no mesmo século, especificamente em seu “Segundo Ensaio sobre o Governo Civil”, da mesma forma se observa uma tripartição entre os poderes de fazer as leis e executá-las, a ser dividida entre o Parlamento e o Monarca soberano, ao passo que um terceiro poder seria o federativo, relativo unicamente às relações com outros Estados soberanos, o que não guarda maior pertinência ao objeto desta investigação, embora seja digno de nota na tradição política ocidental.¹⁵

De modo mais propositivo, o que levou Otto von Gierke (para seus próprios fins em uma Teoria da Corporação e do Estado) a qualificar Johannes Althusius como o pai do federalismo, diante da ausência de teorias federativas na Idade Média,¹⁶ é o fato que este não contesta a soberania única do

12. ALVES JÚNIOR, Onofre Batista; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalism fiscal brasileiro. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; ALVES JÚNIO, Onofre Batista; MOREIRA, André Mendes. Estado Federal e Tributação: das origens à crise atual. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

13. BODIN, Jean. De la Republique: fragments. Paris: De Medicis, 1949.

14. DAVIS, Salomon Rufus. The Federal Principle: a journey through time in quest of a meaning. Berkeley: University of California, 1978, p.43.

15. LOCKE, John. Dois Tratados sobre o Governo. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005, *passim*.

16. GIERKE, Otto. Political Theories of the Middle Age. Trad. Frederic William Maitland. Cambridge: University of Cambridge Press, 1900, p. 97-98 e 195-196.

poder político, no entanto compreende a organização política estatal a partir de associações coletivas cuja causa eficiente é o consentimento e o entendimento entre cidadãos que se comunicam e se ajudam mutuamente nos bens comuns e na riqueza coletiva. Assim, a causa final da política é o bem-estar e a conservação humana.¹⁷

A existência de confederações também é notada no último livro da obra do Barão de Pufendorf, “*De jure naturae et gentium*” (1672), a partir da experiência das confederações hanseáticas, do Sagrado Império Romano e das ligas da Grécia antiga, explicada sob a ótica da transitoriedade e da necessidade relativas às guerras, pois o poder supremo ainda deveria residir sobre única autoridade para cuidar-se da preservação material de um Estado.¹⁸ Não só por essa contribuição, a monografia em tela tornou-se um clássico precursor na seara do direito internacional público que estava por nascer.

Muito menos do que teorias federais ou fundamentações para as federações, a inovação desses autores decorre da linguagem federal,¹⁹ admitindo-se certa “irregularidade” no atributo da soberania do Estado-nação. Observava-se a incipiência de uma alternativa às teorias de Estado de soberania absoluta, sob as luzes do compartilhamento territorial do poder político em confederações.

Na verdade, é no âmbito do Iluminismo e das necessidades das precursoras relações internacionais entre Estados-nação (federalismo internacional) que a tradição clássica do federalismo como situação entre Estados coloca-se em primeiro lugar.

No Livro Nono “Das Leis em Relação com a Força Defensiva”, localizado na Segunda Parte de seu “Espírito das Leis”, o Barão de Montesquieu apresenta uma razão de cunho pragmático para a formação da federação, em repúblicas pequenas, na condição de uma “sociedade de sociedades” ou república federativa, tal como observado na Grécia Antiga, Roma, Holanda, Alemanha e Ligas Suíças. Em suma, essa organização deveria possuir todas as vantagens internas de um governo republicano e sob a perspectiva de força externa comportar-se como uma monarquia.²⁰

17. ALTHUSIUS, Johannes. Politics as the Art of Associating. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). Theories of Federalism: a reader. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 32.

18. PUFENDORF, Samuel von. Of the law of nature and nations: eight books. Trad. Basil Kennet. Londres: s.ed., 1717.

19. Compartilha-se da noção de discurso ou retórica federativa, não necessariamente espelhada como realidade federal: LANE, Jan-Erik. Federal language and federal realities. In: Zeitschrift fur Staats – und Europawissenschaft, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2016.

20. “Composta de pequenas repúblicas, gozaria da benignidade do governo interno de cada uma e, no que diz respeito ao exterior, teria, pela força da associação, todas as vantagens das grandes

Nesse aspecto, percebe-se que a distinção operacional entre federação e confederação veio muito antes do próprio *discrimen* no plano linguístico. Também se mostra interessante como o recurso ao argumento de Montesquieu, por parte de *Publius*, revela alguma dissonância com o que foi, de fato, argumentado pelo nobre francês para justificar uma aliança entre as treze colônias nos Estados Confederados da América.

Embora esteja longe de aspecto central no pensamento de Jean-Jacques Rousseau, também no francês, observa-se uma defesa da federação da Europa como possibilidade para a paz na Europa em resposta ao projeto político de St. Pierre. Em breve ensaio, esboça o que seriam os cinco artigos de uma Constituição da Federação da Europa, a ser assinada pelos Estados soberanos. A uma, os contratantes deveriam submeter-se a uma aliança perpétua e irrevogável, sendo suas disputas postas em um Congresso permanente e, se necessário, resolvidas por pronunciamento arbitral ou judicial. A duas, deveria ser especificado na Carta o número de soberanos com poder de voto na seara congressual. A três, o *status quo* territorial dos contratantes restariam garantidos por compromisso entre os membros. A quatro, o Estado soberano que infringisse o Tratado deveria ser visto como inimigo público pelos demais membros da Federação, sendo banido da Europa, simultaneamente os confederados deveriam lançar ofensiva, conjunta e com custos rateados, contra o membro banido. Por fim, a maioria de três quartos dos plenipotenciários da Federação poderiam decidir por tomar atitudes para maximizar as riquezas e interesses de todos os contratantes. Após, aponta quais impérios, reinos e estados na Europa à época, estariam aptos a participar do Conselho, ou seja, dezanove membros votantes.²¹

A despeito da relevância desses pensadores, verifica-se em Immanuel Kant o projeto filosófico mais sólido de um “federalismo entre Estados,” ao conceber as condições de uma paz universal e perpétua.

Decerto, a “invenção” do federalismo, como atualmente conhecido, pode ser atribuída a Immanuel Kant e Alexander Hamilton, que aos seus próprios

monarquias.” (MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. Do Espírito das leis. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. São Paulo: Abril cultural, 1979, p. 127).

21. ROUSSEAU, Jean-Jacques. The lasting peace through the federation of Europe: exposition and critique of St. Pierre's project. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). Theories of Federalism: a reader. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 68-69.

modos, complementares em alguma medida, calçaram, no plano teórico, as práticas políticas hodiernas.²²

Em sua investigação sobre os direitos das gentes, o filósofo prussiano inicia seu pensamento mediante a indagação quanto ao direito original de Estado livres irem à guerra entre si, o que, por derivação, pontifica um poder jurídico estatal incidente sobre seus próprios súditos de usá-los nessa empreitada beligerante, compreendendo bens e vidas.²³

Nesse campo, a viabilidade, por razão ética, de evitar uma guerra, seria sempre provisória, sendo a emergência de uma condição de paz perpétua, ideia, em alguma medida, aporética – inatingível e a ser perseguida incessantemente como fim, o ideal supremo da história futura – , estreitamente relacionada à uma associação entre diversos Estados, com o propósito de preservar a paz por intermédio de um congresso permanente de Estados, ao qual toda organização política não pertencente está livre para juntar-se. A própria natureza desse congresso seria de coalização voluntária passível de dissolução a qualquer tempo (em contraposição ao que se alcançou nos Estados norte-americanos). Remete-se, a esse propósito, à Assembleia dos Estados Gerais em Haia promovida pelas cortes europeias no século XVIII como referencial histórico. Em suma, somente a partir dessa associação congressual seria viável conceber a exequibilidade de um direito público das gentes, isto é, um “direito a ser instaurado para a decisão de suas lides de uma maneira civil, como por meio de um processo, e não (...) pela guerra.”²⁴

Como premissas de raciocínio, Kant estabelece como condições de possibilidade, para essa associação permanente de Estados soberanos, seis artigos preliminares e três definitivos, de modo a eliminar em uma sociedade jurídica universal as principais razões para a guerra.²⁵

Quanto aos preliminares, tem-se que (i) nenhum tratado de paz pode ser considerado como tal, se é feito com a tácita reserva de pretextos para uma guerra futura; (ii) nenhum Estado independente pode ser adquirido por outro por intermédio de sucessão hereditária, troca, compra ou doação; (iii) os exércitos permanentes devem desaparecer inteiramente no curso do tempo;

22. CASTALDI, Roberto (ed.). Immanuel Kant and Alexander Hamilton, the founders of federalism: a political theory for our time. Lang: 2013, *passim*.

23. KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 187.

24. KANT, Immanuel. A Metafísica dos Costumes. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 193.

25. BOBBIO, Norberto. Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant. 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 160-164; KANT, Immanuel. Toward Perpetual Peace. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). Theories of Federalism: a reader. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

(iv) não devem ser contraídas dívidas públicas em vista de uma ação a ser empreendida no exterior, evitando-se força financeira tendente à guerra; (v) nenhum Estado deve intrometer-se, por meio da força, na constituição e no governo de outro Estado; e (vi) quando em guerra, os Estados não devem permitir atos de hostilidade a ponto de inviabilizar eventual paz futura, em contraposição à aniquilação de uma das forças.

Essas disposições preliminares levariam a uma incipiente comunidade internacional, ou seja, um estado da arte mais propício à paz perpétua, a ser consolidada pela tríade de artigos definitivos: (i) a constituição de qualquer Estado deve ser republicana, o que implica necessariamente em pacifismo democrático; (ii) o direito internacional deve fundamentar-se numa federação de Estados; e (iii) o direito cosmopolita (ramo jurídico distinto ao internacional direcionado aos estrangeiros em determinado Estado-nação) deve ser limitado às condições de uma hospitalidade universal.

Feito esse excursão às teorias precursoras do federalismo, percebe-se que a tradição clássica do federalismo estava associada à convivência pacífica em nível internacional entre Estados independentes e soberanos, em contrariedade aos cenários de guerra observados à época. Por isso, não é despropositado afirmar que o conceito de federalismo empregado pelos norte-americanos é uma reinvenção do significante federal.

Por evidente, ideias são frutos de seus tempos. A dificuldade política norte-americana consistia em um governo central muito fraco para fazer jus a uma série de funções estatais relevantes a serem uniformemente coordenadas, tais como fazer paz e guerra, pagar dívida pública externa, promover o bem-estar geral, entre outras. Não é despropositado dizer que o governo federal correspondia mais a uma liga de nações amigas, e não a um governo nacional. Por outro lado, a revolução americana fundamentou-se em princípios democráticos no âmbito de Estados pequenos – antigas colônias sufocadas pelo poder imperialista da metrópole –, logo a noção de poder político descentralizado próximo ao cidadão era e é muito cara às massas democráticas dessa nação.

Diante dessa assertiva consensual relativa à fraqueza do governo central criado pelos Artigos da Confederação e da Paz Perpétua, a inventividade política ocasionou uma mudança copernicana no até então sacrossanto conceito de soberania estatal, inaugurando-se uma nova época ou tradição do ideal federal. Por ironia, aqueles que defendiam uma estrutura governamental

coincidente ao federalismo clássico (internacional) passaram a ser conhecidos como antifederalistas.

Grande parcela do esforço intelectual para pensar uma estrutura de governo federativo mais forte pode ser debitada aos escritos “Federalistas”, assinadas sob o pseudônimo *Publius* e de autoria compartilhada de Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, cuja finalidade era convencer os nova-iorquinos a pressionarem seus representantes constituídos em Assembleia local a ratificarem a Constituição proposta na Convenção da Filadelfia no verão de 1787. A despeito de ser questionável a consecução de seu intento prático, referidos escritos tornaram-se a principal obra explicativa do texto constitucional imaginado por seus pais fundadores, incorporando-se no cânone americano jurídico-político, juntamente com a Declaração de Independência e a própria Constituição vigente. Nesse contexto, os escritos Federalistas tiveram a árdua missão de corroer a força intelectual e o exercício de prudência subjacentes aos Artigos Confederados e defender um governo federal mais forte e centralizado.

Igualmente, é certo que a personalidade motriz desse empreendimento intelectual reside em Alexander Hamilton, que como delegado na Convenção havia defendido uma concepção de governo federal muito mais forte ao efetivamente positivado na ordem constitucional e posteriormente tornou-se um dos principais defensores da ratificação do texto constitucional proposto. Partiu da pena dele dois terços (51) dos 85 escritos federalistas, voltados fundamentalmente à estrutura de governo, ao passo que Madison centrou-se no sistema de governo em seus 29 escritos e John Jay escreveu apenas 5 artigos relacionados às relações exteriores. De todo modo, os três autores pugnaram, em alguma medida, pelos benefícios da adoção de uma forma de estado federativa.

Não à toa, já no escrito de n. 2 atribuído a John Jay, discorre-se sobre as vantagens da União, na condição permanente e indissolúvel, no tocante às relações internacionais, sendo fórmula mais segura para a promoção e manutenção da segurança e da felicidade em comparação às influências das facções locais conjunturalmente aliadas. “De acordo com o Povo,” com o qual o autor “coincidentemente” concorda, a prosperidade da América dependia da União com aptidão para fazer paz e guerra, combater inimigos externos, formar alianças e celebrar tratados. No artigo seguinte, ainda Jay remanescerá nesse tópico, para fins de afirmar a virtude do governo nacional em selecionar

como agentes políticos as melhores mentes da nação, gerando, portanto, maior segurança a todos na forma de governantes mais capazes e efetivos.²⁶

Por sua vez, James Madison rebate, no escrito n. 45, os alegados perigos da primazia de poderes da União em face dos governos estaduais. Nesse ponto, recorre a exemplos históricos que remontam à liga ateniense e repisa a retenção de um rol extensivo de poderes nos Estados na Constituição proposta. Outro ponto de especial destaque é a concepção de soberania compartilhada entre dois níveis de governo, porquanto os governos estaduais são partes constituintes e essenciais do governo central, sendo este dependente daqueles para sua constituição e funcionamento, a ponto de não haver Presidente dos Estados Unidos sem a intervenção das legislaturas estaduais. Além da dependência para nomeações não ser recíproca, a estrutura de Administração Pública, e respectivo funcionalismo dos Estados, seria muito superior ao nível federal e os poderes delegados pela Constituição ao governo seriam poucos e numerados. Em conclusão, o governo federal seria muito mais necessário em tempos de guerra e perigo, conquanto a esfera estadual teria dominância nos momentos de paz e segurança.

De todo modo, estão nos escritos de Alexander Hamilton a afirmação mais concatenada em defesa do governo federal, como salvaguarda doméstica à atuação das facções e insurreições estaduais. A partir do escrito de n. 9, aponta que a utilidade de uma república federativa é uma realidade histórica, e não uma mera ideia, para suprimir as facções e garantir a tranquilidade interna nos Estados. Ademais, essa arquitetura política serviria para enfrentar forças externas. Recorre nesse aspecto a Montesquieu, citando-o em vários trechos do discurso, pois o francês teria argumentado em favor da União, por ser esse tipo de organização política que permitiria as vantagens do republicanismo combinadas com aquelas da monarquia. Além disso, os perigos da centralização estariam devidamente relativizados pelo fato dos Estados serem partes

26. "Because when once an efficient national government is established, the best men in the country will not only consent to serve, but also will generally be appointed to manage it; for, although town or country, or other contracted influence, may place men in State assemblies, or senates, or courts of justice, or executive departments, yet more general and extensive reputation for talents and other qualifications will be necessary to recommend men to offices under the national government,—especially as it will have the widest field for choice, and never experience that want of proper persons which is not uncommon in some of the States. Hence, it will result that the administration, the political counsels, and the judicial decisions of the national government will be more wise, systematical, and judicious than those of individual States, and consequently more satisfactory with respect to other nations, as well as more SAFE with respect to us." (HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2009, p. 42).

constituintes da mesma soberania nacional, conjuntamente à retenção de porções volumosas dos poderes estatais e representando-se diretamente no Senado.

No escrito de n. 10, Hamilton verticaliza o argumento de que a União seria a mais capacitada para controlar a violência das facções. A propósito, define esta realidade política como cidadãos que formam maiorias ou minorias que se unem e atuam em prol de impulso comum de paixões e interesses adversários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses da comunidade.²⁷ Assim, os mais eficazes métodos para domar as facções seriam remover suas causas ou neutralizar seus efeitos, sendo o primeiro muito problemático, pois a fonte do comportamento faccioso seria a própria variedade e desigualdade na distribuição da propriedade.

Quanto à opção de centrar o foco nas consequências, confiar apenas em estadistas iluminados não seria a melhor solução de desenho constitucional, segundo o pensamento de Hamilton. Por isso, fez uma distinção, por vezes ignorada, entre república e democracia, apontando ter sido a primeira ideia o *leitmotiv* da Convenção de Filadélfia, pois atuaria por delegação do governo por parte dos cidadãos aos seus representantes e possibilitaria maior inclusão de esferas do país e de corpo cívico na associação política nacional. A partir desse corpo médio de representantes, seria desenvolvida a constituição federal, combinando-se interesses diversos referidos aos planos federal, regionais e locais de cada legislatura. Portanto, a estrutura própria da União na qualidade de governo republicano estaria menos propícia à captura por influência de líderes de facções cujos raios de atuação dificilmente seriam conflagrados por mais de um estado.

Não passaram infensos às críticas de Hamilton nos escritos de n. 15 e 17 os defeitos legislativos da Confederação, sobretudo o caráter temporário e fragmentado do Estado legislador na qualidade de alternativa institucional pragmaticamente inferior a uma união perpétua, pois governos separados e confederados apresentariam divergências internas e insurreições no tocante à autonormatização da vida pública passíveis de comparação aos baronatos feudais.

Por fim, a União também ostentaria vantagens no que dizem respeito às receitas públicas, sendo relevante a titularidade do nível federal de um poder geral de tributação, conforme posto por Hamilton nos escritos n. 12 e 31. Isso

27. *Ibid.*, p. 50.

porque a opção política por um governo federal teria incontestáveis efeitos benéficos sobre a prosperidade comercial dos Estados, ou seja, a própria fonte da riqueza nacional.

Com esteio no argumento de que a habilidade de um país pagar tributos deve ser proporcional à quantidade de dinheiro em circulação e à celeridade que o numerário circula, parcela dos poderes tributários e da capacidade arrecadatória deveria cingir à União, pois o que se constatava à época era a multiplicação de leis tributárias estaduais, métodos de arrecadação de baixa eficácia, expectativas públicas por maior uniformidade desapontadas e os erários estaduais continuarem vazios. Além disso, a classe proprietária ostentaria grande dificuldade de aceitar gravame tributário sobre seus ativos imóveis, sendo muito mais aconselhável permitir que a União tributasse o consumo e o comércio exterior, notadamente a importação, algo muito mais aceitável por sua quase imperceptibilidade.²⁸

A partir da premissa segundo a qual as receitas são a engrenagem essencial para responder a emergências nacionais, a União deveria possuir poder geral de tributação, sendo pouco provável a invasão do governo central nas áreas de atribuição dos entes estaduais, seja pelo modo de governar republicano, seja pela pressão popular contrária ao aumento da carga tributária.

Revisados os pensamentos que perpassam de Althusius aos Federalistas, a viragem conceitual resultante de necessidades práticas permitirá a adaptação semântica do federalismo para futuros problemas referentes à tomada de decisão em espaços territoriais e temporais vastos. Afirma-se, portanto, a visão federal como ideia antiga e contemporânea, lida e relida no cânone constitucional ocidental por diversas matrizes teóricas, todas funcionalizadas à resolução de desafios jurídico-políticos de natureza territorial exurgidos nos últimos séculos.

De toda maneira, a fundamentação crítico-reflexiva do federalismo continua um problema atual e sem consenso resolutivo, a demandar esforços exaustivos da filosofia política e teoria política normativa.²⁹

28. Ibid., p. 56.

29. NORMAN, Wayne J. Towards a normative theory of federalism. In: Group Rights, Toronto, p. 79-99, 1994. Correlacionando a teoria normativa federal com os pensamentos do liberalismo e do comunitarismo, confira-se: TUSHNET, Mark. Federalism and Liberalism. In: Cardozo Journal of International and Comparative Law, n. 329, p. 329-344, 1996; TAYLOR, Charles. Shared and Divergent Values. In: Options for a New Canada, Toronto, n. 53, p. 74-75, 1991.

A título exemplificativo, no bojo do contratualismo social concebido por John Rawls,³⁰ verifica-se em Schutter um notável esforço para justificar normativamente o federalismo para além de um simples mecanismo que promove países multiculturais e subnacionais com unidade que se auto-governam. Para o filósofo de Leuven, federalismo é melhor traduzido em princípios amalgamados de equidade (*fairness*) em uma sociedade marcado por pluralismos de identidade nacionais. Assim, a ideia federal seria a melhor maneira de explicar em termos justos o reconhecimento de indivíduos com identidades nacionais. Isso porque o referente acomoda divergências com a dupla pertença do cidadão aos níveis federal e subnacional, além de prover uma maneira equânime de adjudicar entre identidades conflitantes de indivíduos que integram as unidades constituintes da estrutura federal.³¹

Nada obstante a complexidade desse sempre novo debate de quatro séculos, mostra-se pertinente refletir a respeito de ganhos cognitivos decorrentes do desenvolvimento da categoria conceitual da fraternidade na preservação dos pactos federativos recorrentes na tradição constitucional ocidental.

3. A INFLUÊNCIA DA FRATERNIDADE NO FEDERALISMO

Assumido como premissa de raciocínio que a fraternidade tem condições de gerar uma contribuição específica à vida política institucional e ordinária, porquanto sua origem remonta a uma ligação universal entre seres igualmente dignos que tem por resultado um complexo sistema de solidariedade social e atenção aos necessitados, à luz da imperatividade de afirmação da ética pública. Na condição de categoria política, o ideal fraternal promete refundar a prática democrática, ao compatibilizar o relacionamento entre a igualdade (paridade) e a liberdade (diferença), em prol de uma causa única. Em termos políticos, o conteúdo desse princípio expressa-se pela condição de igualdade entre irmãos e irmãs que sirva de suporte ao desenvolvimento livre de cada qual na sua própria diversidade. Portanto, na forma de parte constitutiva do processo de tomada de decisões públicas e guia hermenêutico das demais normas em interação dinâmica, a fraternidade consiste em método e teor da política.³²

30. FOLLESDAL, Andreas. Federal Inequality among Equals: a contractualist Defense. *Metaphilosophy* (special issue: global justice), v. 32, n. 1/2, p. 236-255, jan. 2001.

31. SCHUTTER, Helder de. Federalism as Fairness. *The Journal of Political Philosophy*, v. 19, n. 2, p. 167-189, 2011, p. 168.

32. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 55.

Por seu turno, no bojo do universo jurídico, a fraternidade também é parâmetro normativo de correção da conduta de sujeitos de direito, ou seja, consiste em categoria jurídica relacional com aptidão para regular a vida gregária e estabilizar as expectativas sociais no tocante às condutas humanas. Ante essa razão, o ideal fraternal assume centralidade nas operações de fundamentação, legitimação, identificação, qualificação e positivação de direitos fundamentais.

Na qualidade de condicionante normativo-estrutural ao sistema jurídico, o conceito de fraternidade incidente sobre a ordem constitucional implica em limitação ao conteúdo, função e finalidade desta. As condições sociológicas vinculantes ao Poder Constituinte decorrem de influxos valorativos cujo marco é a dignidade da pessoa humana, uma ideologia constitucional e uma função transformativa da estrutura social a que se rompe na transição de ordens jurídicas, como pôde se verificar na concepção de um constitucionalismo transformativo. Nesses termos, a fraternidade propõe vedações e limites materiais ao conteúdo da Constituição e a própria autodeterminação coletiva de um Povo, sob a perspectiva do republicanismo, assim como formulações e arranjos sociais alternativos em prol de maior isonomia entre os cidadãos e de um bem-estar fraternalmente considerado.³³

Realizadas essas breves aproximações a respeito da fraternidade na condição de categorias política e jurídica, demonstram-se conexões intrínsecas entre essa ideia e o federalismo. Há significativa utilidade em uma categoria normativa que indica vias comunicacionais para solução de controvérsias sociais e a gerência comum da vida pública, à luz de valores humanistas como tolerância, compaixão e irmandade.

A título de ilustração, projeta-se favoravelmente ao duplo compromisso da igualdade traduzido em autonomia individual e autogoverno coletivo. Isso é válido não apenas a indivíduos, mas também a coletividades, inclusive institucionalizadas, como é o caso dos entes federativos. Por isso, resta facilitado o fim público de promoção de interesses particulares e comuns mediante a união em formato associativo entre células sociais autônomas com dispersão territorial.

A transcendência social, política, econômica e jurídica do imaginário fraterno auxilia, ainda, a governança de comunidades parcialmente sobrepostas que compartilham espaço político, decisões e corpo cívico. Considerado o componente ético e moral das categorias jurídicas fundamentais, a exemplo

33. *Ibid.*, p. 74.

do federalismo, a construção do vínculo federativo de coloração fraterna melhor justifica as práticas decorrentes de política territorial, indicando também opções e correções ao desvirtuamento do impulso colaborativo típico do fenômeno associativo ora analisado.

Efetuada revisão de literatura a respeito da origem pragmática do federalismo em torno do repúdio progressivo à guerra injusta e de aposta institucional a soluções dialogadas aos conflitos de macrojustiça exsurgidos da convivência humana, torna-se evidente que o ideal federativo e a fraternidade influenciam-se reciprocamente, por serem instrumentos de paz nas perspectivas de soberania política tanto interna quanto externa.

Após esse início internacionalista, até mesmo pela reconfiguração do papel do Estado no contexto de guerra total postas duas vezes no século XX, diversos Povos escolheram por procedimentos democráticos a resolução de problemas de coordenação social mediante a centralização de decisões em esferas governamentais maiores nas hipóteses de entes estatais decompostos. Nessa linha, a mediação possível à fraternidade em contraposição aos excessos nas ênfases conferias ora à liberdade, ora à igualdade, também se demonstra vantagem à associação representada pelo federalismo fraternal, notadamente diante do perigo sempre presente da centralização de poderes no governo federal descambe para o autoritarismo no sistema político.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ideal federativo está intimamente ligado à afirmação de uma organização política estatal formada por associações coletivas, por sua vez motivadas pela convivência entre cidadãos em redes comunicativas que se ajudam na gestão do bem comum historicamente referenciado, o que, enfim, promove o bem-estar humano.

Ademais, em função da abertura axiológica e metodológica da Constituição, o federalismo deve ser concebido como um conceito político-jurídico lastreado por fundamentação crítico-reflexiva depreendida da moralidade política e passível de explicitação em um critério de justiça.

Conjugadas essas premissas ao que argumentado ao longo das três seções prévias as quais compõe este contributo acadêmico, demonstra-se oportuno advogar pela influência do arcabouço conceitual e normativo emanado do

princípio constitucional da fraternidade para fins de reabilitar a capacidade explicativa, descritiva e informacional do federalismo nos sistemas sociais.

Sendo assim, indicaram-se nortes acadêmicos de diálogo entre esses dois princípios constitucionais basilares à estruturação social do Estado, tendo em vista a utilidade da inclusão das exigências normativas decorrentes da fraternidade no espaço de justificação do pacto federativo.

Conforme posto em introdução, cuida-se de problemática dotada de suficiente complexidade para justificar o desenvolvido futuro de um amplo esforço acadêmico de fôlego, de modo a abarcar as nuances da interseção desse campo denominado federalismo fraternal. Neste artigo centrou-se em questão relativa à legitimação normativa do ideal federativo e respectivas conexões com as preocupações extraídas da fraternidade. Isso nos levou a perpassar pelo pensamento político e filosófico de colossos inseridos na tradição da modernidade ocidental, especialmente Immanuel Kant e Alexander Hamilton, porém sem descurar de Barão de Montesquieu, Jean-Jacques Rousseau, John Locke, Johannes Althusius e Samuel de Pufendorf, de modo a ressaltar o ideário pacífico, internacionalista/constitucionalista e colaborativo atinente à origem do federalismo.

Considera-se, portanto, atingido o objetivo de reabilitação teórica da conexão pragmática entre federalismo e fraternidade funcionalizada ao redor de um projeto normativo de conotação criativa à vida pública.

REFERÊNCIAS

ALTHUSIUS, Johannes. Politics as the Art of Associating. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). **Theories of Federalism: a reader**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

ALVES JÚNIOR, Onofre Batista; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Que pacto federativo? Em busca de uma teoria normativa adequada ao federalism fiscal brasileiro. In: DERZI, Misabel Abreu Machado; ALVES JÚNIO, Onofre Batista; MOREIRA, André Mendes. **Estado Federal e Tributação: das origens à crise atual**. V. 1. Belo Horizonte: Arraes, 2015.

BALKIN, S. M.; LEVINSON, Sanford. The Canons of Constitutional Law. In: **Harvard Law Review**, v. 111, n. 4, p. 963-1024, fev. 1998.

BLOOM, Harold. **O Cânone Ocidental**. Trad. Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

- BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3 ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BODIN, Jean. **De la Republique: fragments**. Paris: De Medicis, 1949.
- DAVIS, Salomon Rufus. **The Federal Principle: a journey through time in quest of a meaning**. Berkeley: University of California, 1978.
- CASTALDI, Roberto (ed.). **Immanuel Kant and Alexander Hamilton, the founders of federalism: a political theory for our time**. Lang: 2013.
- FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional na ciência política: conceitos de racionalidade em teoria política. Trad. Eduardo Cesar Marques. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 45, fev. 2001.
- FOLLESDAL, Andreas. Federal Inequality among Equals: a contractualist Defense. **Metaphilosophy (special issue: global justice)**, v. 32, n. 1/2, p. 236-255, jan. 2001.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- GIERKE, Otto. **Political Theories of the Middle Age**. Trad. Frederic William Maitland. Cambridge: University of Cambridge Press, 1900.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The Federalist Papers**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2009.
- KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- _____. **À Paz Perpétua**. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2011.
- _____. **Toward Perpetual Peace**. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). **Theories of Federalism: a reader**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.
- MOGI, Sobei. **The Problem of Federalism**. 2 v. Londres: Allen & Unwin, 1930.
- LANE, Jan-Erik. Federal language and federal realities. In: **Zeitschrift fur Staats – und Europawissenschaft**, v. 8, n. 2, p. 251-265, 2016.
- LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. 2 ed. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2 ed. São Paulo: Abril cultural, 1979.
- NORMAN, Wayne J. Towards a normative theory of federalism. In: **Group Rights**, Toronto, p. 79-99, 1994.

PUFENDORF, Samuel von. **Of the law of nature and nations: eight books**. Trad. Basil Kennet. Londres: s.ed., 1717.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. The lasting peace through the federation of Europe: exposition and critique of St. Pierre's project. In: KARMIS, Dimitrio; NORMAN, Wayne (ed.). **Theories of Federalism: a reader**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2005.

SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

SCHUTTER, Helder de. Federalism as Fairness. **The Journal of Political Philosophy**, v. 19, n. 2, p. 167-189, 2011.

TAYLOR, Charles. Shared and Divergent Values. In: **Options for a New Canada**, Toronto, n. 53, p. 74-75, 1991.

TUSHNET, Mark. Federalism and Liberalism. In: **Cardozo Journal of International and Comparative Law**, n. 329, p. 329-344, 1996.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÁRBITRO DO DIÁLOGO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, HUMANISMO E DEMOCRACIA

LUIZ FUX³⁴

1. INTRODUÇÃO

Mercê da derrocada dos regimes autoritários na Segunda Guerra Mundial, a democracia gradualmente se tornou a base estruturante de diversos Estados do Ocidente, substituindo o arbítrio e a concentração de Poder pela pluralidade, tolerância e representatividade. Na linha do tão querido jurista Carlos Ayres Britto³⁵, essa democracia se encontra em constante expansão e carrega em si a noção do humanismo: a noção de que, com o direito ao voto, deve haver um elevado padrão de civilidade do povo. A noção de democracia, portanto, encontra-se indissociavelmente ligada à noção de humanismo.

Uma característica do humanismo é a de consagrar o menos falado dos valores³⁶ da Revolução Francesa de 1789, o da fraternidade. Esta é a noção de que – por cada indivíduo ser um universo em si, mas parte de um organismo social comum – deve haver integração comunitária verdadeira na sociedade. Conseqüentemente, além dos direitos individuais e dos direitos sociais, a sociedade deve trabalhar em conjunto, irmãmente, para oferecer oportunidades aos indivíduos que a compõem, a fim de a inclui-los plenamente³⁷.

34. Presidente do Supremo Tribunal Federal. Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Livre-Docente em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

35. BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 1. ed. 2. reimp, 2012.

36. *Liberté, Égalité, Fraternité*.

37. FONSECA, Reynaldo Soares da. *A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia

No ordenamento brasileiro, o desembarque dessa democracia multifacetada e humanista ocorreu apenas com a Carta de 1988³⁸. Assim como o texto constitucional preocupou-se em estabelecer as regras para que a democracia fosse exercida e preservada, houve a preocupação em introduzir direitos, deveres e regras que efetivassem o ímpeto humanista do constituinte. Sendo essa a relação entre o humanismo e o Direito, este fornece os mecanismos para o atingimento e manutenção daquele³⁹.

A atual Constituição foi um marco para o resgate democrático do País, mormente por consolidar importantes elementos de cidadania no processo político brasileiro. Com a derrocada do “anteprojeto dos notáveis” e a consolidação de uma ampla Assembleia Nacional Constituinte, abriram-se os canais democráticos e participativos para a escrita do novo texto constitucional, em uma deliberação inclusiva.⁴⁰

No cenário de uma Constituição humanista como a de 1988, é consenso que o Judiciário deve exercer a missão de garantia dos comandos constitucionais, zelando pelas determinações do constituinte. No entanto, há inúmeras divergências quanto à forma e aos limites do Judiciário para cumprir a sua função “na prática”.

Na primeira parte deste trabalho, observo essas divergências e busco caracterizar o atual estado de compartilhamento de formas e estruturas jurídicas, sob o enfoque de como isso afetaria as relações dialógicas entre as soluções de jurisdições distintas a problemas constitucionais comuns. São tratadas, ainda, as críticas que floresceram perante essa homogeneização.

Deveras, um dos aspectos mais problematizados nesse cenário é o aumento da relevância dos Tribunais Constitucionais, enquanto tomadores de decisão em controvérsias que perpassam por questões culturais, políticas, sociais e econômicas. Nesse cenário de demandas complexas, é importante

Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, 2014, p. 120.

38. Preâmbulo da CRFB/1988: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

39. BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte: Editora Fórum, 1. ed. 2. reimp, 2012.

40. ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democracia. Lua Nova, São Paulo, v.88, p. 29-87, 2013, p. 73-74.

que as decisões judiciais observem os limites institucionais de atuação e de capacidade do órgão que as proferiu.

Na segunda parte do trabalho, realizo uma breve análise acerca da posição de destaque do Supremo Tribunal Federal em nosso arranjo político, observando a construção de sua legitimidade decisória, em grande medida, como conseqüência de uma Constituição que emite uma série de incentivos, tanto normativo-estruturais quanto específicos para tanto.

Por fim, na terceira parte, perpasso por algumas críticas quanto à atuação decisória do Supremo Tribunal Federal em face de espaços que, em tese, pertenceriam aos representantes eleitos, analisando mudanças procedimentais que criam um ambiente propício a uma jurisdição constitucional mais plural.

2. CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E CORTES CONSTITUCIONAIS: BREVES COMENTÁRIOS

A problematização da relação entre o constitucionalismo e a democracia é um campo de debate rico na interface entre a Filosofia Política e o Direito Constitucional. Decerto, a preocupação com a limitação do poder político ganha novos contornos à medida que se pressupõe que o povo é, ao mesmo tempo, a fonte da qual emana a soberania e o destinatário das normas e dos atos de Governo. Na articulação desses conceitos, emergiria uma tensão de ordem constitutiva, cooriginária e produtiva⁴¹.

Sob o enfoque do professor Frank Michelman, a referida tensão é um paradoxo essencial para o funcionamento de qualquer democracia constitucional⁴². Caberia à norma fundamental, portanto, estabelecer as regras do jogo: os procedimentos da política majoritária, a matéria disponível à produção normativa infraconstitucional e as estruturas nas quais se concentra e se organiza a capacidade decisória. Assim, sem o constitucionalismo, estaríamos sujeitos à possibilidade de uma ditadura da maioria; sem a democracia, a narrativa do constitucionalismo careceria de legitimidade, pondo em xeque a sua sobrevivência como arranjo de comportamentos e de expectativas⁴³.

Em virtude do exposto, uma das formas mais usuais de introduzir reflexões sobre o espaço de atuação de determinada Corte consiste em identificar as

41. CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. Revista Direito GV, São Paulo, v.6, n.1, p. 159-174, jan. 2010, p. 166.

42. MICHELMAN, Frank I. Brennan and Democracy. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

43. CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, 2003, p. 82.

características principais da Constituição perante a qual exerce sua jurisdição. No entanto, a importância da análise pontual de disposições normativas perde espaço quando nos deparamos com o compartilhamento dos pré-compromissos assumidos por várias nações. Nesse ponto, a homogeneidade de elementos textuais e a previsão de um mesmo rol de direitos conduzem ao enfrentamento de problemas constitucionais comuns.

Nesse sentido, David Law e Mila Versteeg realizaram um amplo estudo empírico para demonstrar como as Constituições foram se tornando mais parecidas, em termos de linguagem⁴⁴. Em uma perspectiva tradicional, que acaba por se revestir de dogma, essa aproximação discursiva decorreria de uma evolução linear na positivação dos direitos: a conquista das liberdades civis; a previsão de direitos socioeconômicos, e, por fim, o reconhecimento de direitos coletivos e difusos⁴⁵. Os dados coletados infirmam essa sistematização historicista, pois levantam a hipótese de que a incorporação de formas jurídicas ocorre por processos de aprendizagem, competição, conformidade e redes constitucionais.

Para além de uma preocupação acadêmica com a metodologia mais adequada no diagnóstico de convergências, a observação de experiências ao redor do globo mostra que a tentativa de estender os cânones dos constitucionalismos norte-americano e europeu para as demais nações traz problemas de ordem prática. Isso porque o constitucionalismo global reverbera, também, nas decisões dos Tribunais Constitucionais, possibilitando que se inspirem e reflitam sobre as soluções proferidas em outras jurisdições.

No que concerne à valoração negativa do fenômeno global de judicialização da política, vislumbra-se uma caracterização dos argumentos de Direito Comparado enquanto instrumentos retóricos, enquanto ‘soluções prontas’, que poupam esforços na avaliação do quadro fático, porém que, ao interagir com relações de poder diferentes, produzem resultados indesejáveis. Isso porque se a adoção desses direitos de cunho genérico não é usualmente acompanhada de remodelamentos institucionais que permitiriam a eficácia plena das promessas, tampouco é capaz de por se alterar a cultura política de uma nação. Em função disso, os estudos que enfocam essa tendência de constitucionalismo global

44. LAW, David; MILA, Versteeg. *The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism*. California Law Review, v.99, n.5, 2011.

45. Como exemplo dessa abordagem, ver CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). *Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 25-44.

são permeados por uma contradição de outra ordem: de um lado, as Cartas Políticas são documentos formalmente cada vez mais similares; por outro, o modo como as conquistas são recepcionadas e concretizadas não deixa de ser influenciado pelas particularidades e, em especial, por eventuais distorções no processo político a nível nacional.

Considerando essa perspectiva local, cada País assistiria à ascensão de sua Corte Constitucional, figurando como um importante agente de transformações políticas. A semelhança do que observamos em relação ao constitucionalismo global, o estabelecimento dessa agenda de decisões em casos salientes também não é indene de críticas. As objeções acadêmicas, por sua vez, estão embasadas em argumentos sobre legitimidade e sobre a posição que o Judiciário assume nas interações entre os Poderes.

Na primeira linha crítica, o foco é problematizar o papel contramajoritário do Judiciário. Questionam-se os limites da atuação jurisdicional no plano discursivo, sobre qual deveria ser a postura dos magistrados, sobre quais deveriam ser os argumentos utilizados. Tal perspectiva trouxe relevantes reflexões no seguinte sentido: afinal, juízes que não foram eleitos pela população estariam aptos a decidir problemáticas morais de amplo desacordo social e disputas políticas que impactam diretamente a vida dos cidadãos?⁴⁶ Consequentemente, esses juízes deveriam possuir a autoridade para infirmar leis aprovadas por instituições representativas, quando convencidos de que essas estariam violando direitos individuais?⁴⁷

Por sua vez, a segunda linha crítica se detém sobre os riscos de um protagonismo judicial para a vivência democrática em sentido amplo. São levantados aspectos negativos da apreciação judicial de controvérsias relevantes, sob o argumento de que a lógica democrática é melhor realizada no processo político representativo. Para os fins do presente artigo, no entanto, focarei no segundo grupo de críticas.

A sistematização conjunta dessas correntes ocorre porque, salvas as devidas proporções, ambas expressam duras discordâncias quanto ao modelo teórico pelo qual o Judiciário seria o último e o principal intérprete da Constituição. Nela, estão incluídos os autores que pregam a prevalência das deliberações parlamentares e aqueles que valorizam a participação popular na construção dos significados constitucionais.

46. ALLAN, James. An Unashamed Majoritarian Critical Notice. *Dalhousie Law Journal*, v. 27, n. 2, 2004.

47. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, n.6, p.1346-1406, 2006, p. 1348.

Em uma transição entre os argumentos deontológicos sobre legitimidade e a preocupação com a interação real entre Legislativo e Judiciário, John Hart Ely se situava ainda em um debate de disputa filosófica sobre qual seria a melhor maneira de interpretar a Constituição, no qual também figuravam teorias originalistas⁴⁸ e substancialistas⁴⁹.

Cumprir notar, desde já, que a transposição de seus postulados tem o escopo limitado porque ele os formula em face de uma Constituição sintética, na qual o grau de detalhamento só se estende à separação de poderes e em que a definição de objetivos constitucionais é deixada em aberto. Nada obstante, Ely traz interessantes contribuições sobre quando o Tribunal Constitucional pode intervir, primando por uma postura de maior contenção e deferência às deliberações parlamentares.

Na teoria procedimentalista, a Carta Política teria dois objetivos: (i) manter a máquina democrática em funcionamento, com os canais de participação e de comunicação abertos e (ii) garantir que a maioria e as minorias fossem tratadas com igual respeito e consideração. Enquanto o primeiro propósito se relaciona ao princípio do controle popular, o segundo remete ao princípio do igualitarismo, sendo que ambos fariam parte do processo político em sentido amplo.

Como exposto acima, ao partir de uma acepção de procedimento que engloba as liberdades individuais necessárias à participação, o autor defende, por exemplo, que as decisões da Era Warren, considerada pela literatura como uma das composições mais progressistas, poderiam ser justificadas por uma preocupação com a justiça procedimental. Por essa razão, opõe-se ao que enquadra sob a alcunha de abordagens axiológicas, dedicando boa parte de sua crítica a Alexander Bickel.

Ademais, a preocupação em descrever de forma mais detalhada o processo democrático visava assegurar a abertura da tomada de decisões e, principalmente, a estabelecer que os decision-makers teriam o dever de levar em consideração tanto os interesses majoritários, quanto os interesses das minorias que fossem diretamente afetadas, em uma relação de representação virtual.

No tocante ao último argumento, o senso de representação virtual seria uma justificativa para a legitimidade do Parlamento em propor e implementar

48. Como expoente do originalismo norte-americano, cita-se o Ministro Antonin Scalia. SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton University Paperbacks, 1997.

49. Também na literatura norte-americana, destaca-se DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Harvard University Press, 1985.

escolhas majoritárias; em última instância, presume-se que a formulação de políticas se dá por meio de procedimentos substancialmente neutros, os quais incluem a consideração prévia e a tentativa de mitigação dos impactos para aqueles cujos interesses não foram os mais contemplados.

Afinal, para Hart Ely, qual seria o espaço reservado ao órgão de cúpula do Judiciário? Em sede de controle de constitucionalidade, estaria incumbido de identificar duas situações: (i) quando os incluídos (maiorias decisórias) inviabilizam os canais de mudança, impedindo a permeabilidade a demandas dos grupos excluídos, e (ii) quando são antepostas barreiras informais a uma determinada minoria, em especial o preconceito.

Aproximando-se mais de uma crítica sobre as relações reais de poder, mas ainda na defesa de uma jurisdição constitucional em que o monopólio da interpretação pertença à Corte, tem-se o constitucionalismo popular. Sob essa perspectiva, as discordâncias partem do pressuposto de que os outros atores políticos são igualmente legítimos para promover mudanças, mesmo que informais, na forma como direitos são lidos e aplicados.

Autores norte-americanos como Larry Kramer e Mark Tushnet encabeçaram tal teoria no âmbito da Universidade de Harvard. A despeito das particularidades de cada pensamento, o constitucionalismo popular se opõe ao protagonismo judicial proeminente, ao passo que destaca o papel da sociedade na construção do Direito.

Para Kramer, o papel do povo não se limitaria a momentos de ebulição política que tangenciassem o conteúdo da Constituição. Em verdade, a população seria detentora de poder de um controle constante e ativo sobre a interpretação constitucional e sobre o *enforcement* do próprio direito constitucional⁵⁰. Em virtude disso, Kramer caracteriza a supremacia judicial como um fenômeno a ser combatido, entendendo-a como “a noção de que juízes possuem a última palavra no que diz respeito à interpretação constitucional e que, consequentemente, suas decisões definiriam o significado da Constituição para todos”⁵¹.

Por seu turno, Mark Tushnet descortina um sentido mais amplo de interpretação constitucional, colocando a Constituição para fora das Cortes. Para o autor, o próprio Direito Constitucional seria um tipo especial de direito, um direito de cunho político⁵². Nesse ímpeto, não rejeita a ideia de

50. KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. California Law Review, Berkeley, v. 92, n. 4, 2004, p. 959.

51. KRAMER, Larry D. The People Themselves: popular constitutionalism and judicial review. Cambridge: Oxford University Press, 2005, p. 125.

52. TUSHNET, MARK. Popular Constitutionalism as a Political Law. Chicago-Kent Law Review, v.81,

constitucionalismo, tampouco se opõe ao dogma da supremacia constitucional. Em verdade, o professor estadunidense se insurge contra a associação entre supremacia constitucional e supremacia judicial, perante a qual se desenvolve uma jurisdição demasiadamente centrada nas Cortes Constitucionais. O efeito nocivo dessa relação seria a necessidade de endosso pelo Tribunal às respostas advindas de outros espaços sociais, pois que somente assim receberiam reconhecimento.⁵³

Em sentindo convergente, a professora Reva Siegel e o professor Robert Post, ambos da *Yale Law School*, observam as Cortes como atores relevantes na construção do significado da Constituição. No entanto, buscam expor, em um modelo teórico cunhado de “constitucionalismo democrático”, que eventuais discordâncias interpretativas da população para com alguma decisão da Corte fazem parte do processo democrático regular de desenvolvimento do Direito Constitucional. Em uma abordagem pouco intuitiva, ressaltam os efeitos positivos de um backlash social às decisões judiciais. Isso porque adotam a premissa de que seria um erro a associação automática entre o que a Corte interpreta e o que a Constituição prevê, pois que não deveria haver uma correspondência direta e necessária. Dessa forma, discordar de uma decisão judicial ou de uma interpretação constitucional não significaria discordar da Constituição.⁵⁴

Em síntese, para os críticos, a atividade jurisdicional precisaria estar mais a par dos impactos que um grau demasiadamente intenso de intervenção causa na política ordinária e na mobilização social. Sem essa sensibilidade, poderiam ser emitidos desincentivos à política representativa e, mais gravemente, à mobilização popular em torno de demandas de grupos.

3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DOS INCENTIVOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Conforme exposto, o exercício da jurisdição constitucional continua a ser alimentado pela cultura política em que se insere, apesar das tendências constitucionais em âmbito global – com a expansão do rol de direitos fundamentais, o enfrentamento de problemas constitucionais comuns e até a adoção

p. 991-1006, 2006, p. 991.

53. TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 186.

54. POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. *Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash*. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007.

de arranjos institucionais formalmente idênticos entre diversas jurisdições. Apenas a título de exemplo, caso se observe a noção inerente ao direito à liberdade de expressão, ver-se-á que ela é muito distinta a depender do país, apesar de ser um direito previsto por inúmeros ordenamentos constitucionais ao redor do mundo.⁵⁵

Dessa forma, cabe analisar a recente experiência constitucional brasileira para melhor compreender suas particularidades. A Constituição de 1988 trouxe mudanças estruturais para o sistema político brasileiro, para a ordem econômica nacional e para diversos outros âmbitos, inclusive no tocante à estrutura do Poder Judiciário. No que concerne às alterações mencionadas, um dos atores mais afetados com mudanças no novo ordenamento constitucional foi o próprio Supremo Tribunal Federal.

Sem partir de uma concepção idealista sobre a missão institucional do Tribunal, antes priorizando a descrição de escolhas políticas e de suas respectivas reações, poderíamos elencar quatro correlações entre a redação da Carta Maior e o papel que o Judiciário ocupa hoje, subdividindo-as em duas categorias.

3.1. REAÇÕES A INCENTIVOS NORMATIVO-ESTRUTURAIS

Inicialmente, pretendo demonstrar que o desenho da Constituição Cidadã aponta para uma Corte estável, devido à manutenção das regras que lhes conferem a estrutura básica, e para um raciocínio jurídico em torno de princípios. Porque essas variáveis dizem respeito à divisão primordial de competências entre os Poderes e à forma como as normas constitucionais são redigidas, denomino-as incentivos normativo-estruturais. Trata-se de características sistêmicas, que permeiam todo o texto, alterando substancialmente sua tônica.

O primeiro fenômeno se caracteriza pelo reforço ao princípio da separação de poderes, com a aquisição de mais independência e autonomia pelo Poder Judiciário, a partir do advento da Constituição de 1988⁵⁶. Ao contrário do que ocorrera em Constituições anteriores, o STF permaneceu inalterado quanto a sua forma de composição – foram mantidos “o número, a forma de indicação e as garantias dos Ministros”⁵⁷. Isso fez com que não só os Ministros

55. Ver, por exemplo, NIEUWENHUIS, Aernout. Freedom of Speech: USA vs Germany and Europe. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. v. 18, n.2, p. 195-214, 2000.

56. SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. *Revista de Estudos Avançados*, São Paulo, v.18, n. 51, 2004, p. 82.

57. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. *Revista Direito GV*, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016, p. 409.

individualmente tivessem suas garantias protegidas, como também o órgão passou a disfrutar de maior autonomia no âmbito financeiro e orçamentário.

Esse panorama de consolidação e de perenidade do arranjo do Tribunal é, certamente, uma das razões que o colocam como uma instituição forte. Dito de outro modo, o Supremo Tribunal Federal, enquanto instituição, tem a vantagem de, há décadas, operar dentro de limites institucionais estáveis, o que deveria lhe dar uma maior dimensão de como e quando agir.

No que tange à redação, a Constituição acabou por incluir em seu bojo detalhes sobre diversas temáticas, a fim de veicular um projeto de nação. Segundo o Ministro e professor Luís Roberto Barroso⁵⁸, esse fenômeno é chamado de “constitucionalização abrangente” – inúmeras matérias que “antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” foram introjetadas no texto constitucional. Em consequência disso, pretensões antes pertencentes ao âmbito de deliberação legislativa infraconstitucional se tornaram sindicáveis perante as jurisdições constitucionais, isto é, são potenciais pretensões jurídicas.

Nesse particular, observa-se o segundo fenômeno: a influência da constitucionalização dos princípios⁵⁹, que afeta a racionalidade judicial em todas as instâncias. A veiculação de conteúdos sob esse alto grau de abstração intensifica a carga axiológica no ordenamento jurídico, porém não pode torná-lo dependente de juízos valorativos. Em outras palavras, o princípio não se confunde com o valor, pois que não deixa de ser uma norma, que opõe direitos a deveres e permissões a proibições; porém, decerto, o princípio obriga o intérprete a adotar operações lógicas que vão além da literalidade e do silogismo, chaves pelas quais se aplicam as regras.

À medida que a Constituição brasileira prescreve os fundamentos da República e se vale de diretrizes gerais que irradiam para todo o Direito, ela criaria uma ordem objetiva de princípios. Em uma situação ideal, o ordenamento principiológico não se pautaria pela hierarquização, isto é, não suscitaria relações de prevalência absoluta. Também idealmente, a reação que tal estrutura deveria provocar nos juízes seria a preocupação em estabelecer relações fundamentadas de preferência, para demonstrar quais são as circunstâncias de fato e de direito que conduzem à aplicação do princípio no caso concreto.

58. BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 4.

59. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Malheiros Editores. São Paulo, 2008, pp. 144-179.

Aqui, cumpre notar que nenhuma Teoria da Argumentação Jurídica nega a influência de concepções subjetivas na escolha das premissas e no enquadramento das condições fáticas e jurídicas. No entanto, sob a influência desses marcos teóricos, o magistrado teria um elevado ônus argumentativo para racionalizar o processo psíquico de decisão, deixando claro como a solução do caso dialoga com as normas existentes.

Infere-se, portanto, que a enumeração de princípios dá origem a uma margem interpretativa maior. Nesse ponto, os agentes da jurisdição brasileira não poderiam limitar seu alinhamento filosóficos a argumentos procedimentais, para os quais a Carta somente se ocuparia de aspectos formais do processo decisório. Porque a redação da nossa Constituição impõe cláusulas abertas, nossos juízes dificilmente poderiam nortear seu modo de agir em teorias procedimentais estritas. Em contrapartida, a orientação axiológica do texto constitucional não é uma licença para que se estabeleçam quaisquer relações de causalidade.

Perante as características do nosso sistema, é preciso admitir que as decisões judiciais, por vezes, enfrentarão demandas com forte apelo moral. Nesses casos, o que se espera é a habilidade de operar com princípios de forma responsável. Com responsabilidade, quero dizer que os Tribunais não podem enxertar conteúdos que são muito distantes do que a forma jurídica do princípio permite. Essa delimitação jurídica dos princípios, quando não é trazida no bojo da própria Constituição, resultaria de construções jurisprudenciais, das análises da doutrina, das consequências que certas escolhas interpretativas desencadearão e até da forma como o caso é apresentado por quem peticiona.

Diante dessa imbricada situação, os julgadores devem manejar os valores que a própria comunidade política escolheu proteger, primando por uma fundamentação que seja transparente quanto aos argumentos que decorrem de critérios jurídicos e aos argumentos que advém de juízos valorativos que a Constituição propõe. Ainda que a prática dos Tribunais – por suas limitações temporais, espaciais e institucionais – não possa seguir fielmente os métodos das teorias *standard* da argumentação, tampouco seu *modus operandi* pode ser decisionista, em que as relações de prevalência entre princípios não estão lastreadas por elementos do caso, mas sim por uma lógica intuitiva e pouco fundamentada.

3.2. REAÇÕES A INCENTIVOS NORMATIVOS ESPECÍFICOS

Nessa categoria de incentivos, aponto dispositivos que instituem regras de competência. Os fatores que descreverei a seguir estão mais relacionados à dinâmica interna do Tribunal, pois disciplinam os casos em que Supremo atua e os legitimados a acessar cada via de controle. Assim, denominei esses incentivos de específicos, porque dependem mais de critérios que a Constituição enumerou em normas pontuais, em contraposição à categoria anterior, cujo enfoque recaía sobre a posição do Supremo na interação institucional e sobre o desafio do Judiciário, desde a primeira até a última instância, em decidir a partir de princípios.

O terceiro fenômeno consiste nos novos contornos do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, com a ampliação das competências da Corte⁶⁰. Em meio ao nosso sistema híbrido⁶¹, que combina características tanto do sistema estadunidense quanto do austríaco-germânico, a Constituição conferiu ao STF funções típicas de, pelo menos, três instituições distintas, à luz das mais diversas estruturas constitucionais ao redor do mundo⁶²: (i) a função de Tribunal Constitucional, com fulcro na alínea ‘a’ do artigo 102, I, devendo processar e julgar originariamente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com a impugnação de lei ou ato normativo federal ou estadual, e a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (ii) a função de Foro Especializado, competência atribuída pelas alíneas ‘b’, ‘c’ e ‘d’ do artigo 102, I, no processamento de Ações Penais Originárias, cujos réus são as mais altas autoridades do sistema político brasileiro; e (iii) a função de tribunal último de apelação, com base nos critérios do artigo 102, III, ao julgar os recursos extraordinários relativos às causas decididas em única ou última instância.

Por fim, o quarto fenômeno diz respeito ao fim do monopólio do Procurador Geral da República na propositura de ações de controle concentrado. O artigo 103 da Constituição de 1988 expandiu os canais de acesso à jurisdição constitucional, pois ampliou o rol dos entes legitimados para discutir em abstrato a constitucionalidade de uma lei.

60. O Tribunal deixou de exercer somente sua competência de tribunal uniformizador do direito federal infraconstitucional, que passou a ser exercida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

61. Sobre o tema, ver ARANTES, Rogério Bastos. O Sistema Híbrido de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. Revista CEJ, Brasília, v.1, n.1, jan./abr. 1997.

62. VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez 2008, p. 447.

Dessa forma, o referido artigo “abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF”⁶³. Desde que atendido o requisito de atuação a nível nacional, movimentos sociais e outros grupos focais de interesse são legitimados para propor perante o órgão máximo do Judiciário suas demandas, não atendidas nem sequer ouvidas pelas instituições majoritárias no processo político ordinário. Outrossim, a Corte passou a ter “dezenas de portas de acesso diferentes” pelas quais “indivíduos [e] instituições podem [se] utilizar para levar uma determinada questão ao conhecimento dos ministros”⁶⁴.

Lado outro, esses *players*, não raras vezes, passaram a adotar um comportamento estratégico: ao serem derrotados no processo político majoritário, judicializam suas posições para as rediscutir e buscar reverter situações normativas desfavoráveis. Ora, a postura em comento não deixa de ser uma subversão da lógica tradicional do processo decisório e está no cerne da discussão sobre o nível ótimo – ou, ao menos, o melhor nível possível – de intervenção judicial. É justamente acerca dessa temática que versarão os próximos tópicos.

3.3. PARA QUE OS INCENTIVOS NÃO SE TORNEM UM CONVITE À INTERVENÇÃO EXCESSIVA

Mediante a descrição dos acontecimentos recentes e das mudanças que ocasionaram, fica patente que o protagonismo do Poder Judiciário é um fenômeno complexo, cujo manejo requer um raciocínio flexível dos operadores do Direito, abertos ao diálogo com soluções proferidas em outras jurisdições, porém atentos aos processos históricos nacionais.

No Brasil, perante a plêiade de compromissos que a Constituição de 1988 assume com os cidadãos e considerando a dificuldade do avanço de certas pautas nos debates parlamentares, o desafio do Supremo Tribunal Federal consiste identificar em quais demandas de alta relevância política, moral ou econômica cabe uma solução mais interventiva, com o posicionamento no mérito, ou uma postura mais dialógica, em que apenas propicia um espaço institucional de restituição do diálogo entre as partes, impedindo que se decidam prematuramente pautas com potencial de discussão na esfera pública.

63. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. Revista Direito GV, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016, p. 413.

64. Ibid.

4. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A SOCIEDADE: POSSÍVEIS DIÁLOGOS

Até o presente momento, levantamos evidências que confirmam a seguinte hipótese: a relação entre o Supremo e a Constituição de 1988 é simbiótica. Ao passo em que a Constituição tenha estruturalmente permitido o protagonismo assumido pelo Tribunal, o Supremo se coloca como o guardião de sua normatividade, no intuito de assegurar o seu cumprimento em momentos de crise e de tensão institucionais.

Nessa relação de reforço mútuo, a Constituição moldou a estrutura do Tribunal e expandiu suas competências, de forma a ressignificar sua missão institucional. Em contrapartida, nos últimos 30 anos de experiência constitucional, o Tribunal capitaneou a consolidação da Constituição: (i) defendeu e assegurou as salvaguardas fundamentais dos cidadãos nela previstas, (ii) definiu os sentidos de suas cláusulas abertas, (iii) dirimiu questões de alto desacordo político e moral; e (iv) concedeu força normativa às promessas constitucionais.

A posição de destaque do Supremo Tribunal Federal tem recebido várias críticas, segundo as quais a Constituição não pode se apresentar como um documento estritamente técnico, distante do povo, com seu significado manejado somente por juristas⁶⁵. A interpretação constitucional legítima, portanto, poderia e deveria advir de estruturas sociais e políticas para além do Supremo Tribunal Federal.

Em trabalho prévio, analisei as possíveis incompletudes e deficiências que essa perspectiva do constitucionalismo popular pode apresentar, tendo em vista exemplos extraídos da experiência do Tribunal⁶⁶. No entanto, no presente artigo, farei o caminho inverso: explorarei como as atividades decisórias do Supremo têm combatido essas críticas, para não perpetuar de um modo de agir que promova a supremacia judicial.

Segundo a lição de Joaquim Falcão e de Fabiana Luci de Oliveira, um dos loci nos quais a interlocução entre a Corte e a sociedade se intensificou foi

65. GODOY, Miguel G. Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

66. FLUX, Luiz. O papel do Supremo Tribunal Federal e a salvaguarda das manifestações sociais: para além da dicotomia substancialismo e procedimentalismo. In: FLUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

justamente “na disputa e produção do sentido exigível da Constituição⁶⁷”. Outrossim, a interpretação constitucional se apresenta, cada vez mais, como um espaço aberto de deliberação. Se é comum reconhecer o STF como detentor do “monopólio da interpretação exigível”⁶⁸, é necessário perceber, também, que não tem se distanciado do ideal de Peter Häberle de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”⁶⁹.

No ímpeto de não compactuar com o *modus operandi* de uma supremacia judicial excludente, a Corte busca a permeabilidade a argumentos de vários setores – consequentemente, de diversas áreas do conhecimento – na construção da interpretação constitucional⁷⁰. Isso tem sido feito a partir de, pelo menos, dois mecanismos: a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae*. Em demandas nas quais se observam maiores controvérsias morais e/ou consequências econômicas, o resultado das relações comunicativas entre o STF e a sociedade aponta para uma jurisdição constitucional cujas decisões são legítimas aos olhos dos demais partícipes da comunidade política.

Ora, é interessante notar que a pluralização da jurisdição foi realizada por meio de mudanças procedimentais, priorizando-se a abertura de canais de participação no âmbito do processo de tomada de decisão, que até então era muito autocentrado e técnico. Os avanços mencionados desvelam uma insituição que está comprometida não com a imposição externa e definitiva de valores e visões, mas que se abre para dar “vez e voz” às múltiplas camadas populacionais.

De uma perspectiva formal, a Lei 9.868/99 foi a responsável por inserir ambas as figuras na jurisdição constitucional brasileira⁷¹. Assim, pode-se afirmar que “a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez, mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional”⁷². Para ilustrar essa tese, po-

67. FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? Lua Nova, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013, p.430.

68. *Ibidem*, p. 431.

69. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição*. Revista Direito Público, Brasília, v.11, n.60, 2014.

70. Cumpre notar, no entanto, que ainda existem barreiras relativas ao acesso desses mecanismos de participação do Tribunal. Todavia, é inegável o mérito de tais iniciativas do STF, de modo a se afastar de um paradigma de supremacia judicial sufocante.

71. GODOY, Miguel G. *Devolver a Constituição ao Povo: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 187.

72. MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência*.

demos tomar dois exemplos: a ADI 4650⁷³, sobre o financiamento de campanhas políticas, e a ADC 42⁷⁴, sobre o Código Florestal, ambas de minha relatoria.

No primeiro caso, a ADI foi ajuizada, em 2011, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a fim de questionar dispositivos da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.906/95) e das Eleições (Lei 9.504/97). As inconstitucionalidades alegadas se relacionavam à autorização de doações de recursos de pessoas jurídicas privadas para campanhas eleitorais de partidos e de candidatos. À época, ressaltai a importância da colaboração da sociedade para com a Suprema Corte, mormente porque o financiamento de campanhas se apresenta como um tema central para nossa democracia, cuja regulação, resultante da decisão, se pautou por evitar cooptações, causadoras de fortes prejuízos ao sistema político-representativo.

Nesse processo, seis amici curiae foram admitidos e uma audiência pública foi realizada, nos dias 24 e 23 de junho de 2013, para que fosse possível não só compreender informações técnicas relevantes para a demanda, como também escutar aqueles que seriam, direta e indiretamente, influenciados pela decisão. Do ponto de vista qualitativo, foram aceitos como amici curiae e como expositores partidos políticos, institutos de pesquisa e instituições do âmbito acadêmico, a exemplo da Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

No segundo caso, estavam em discussão os dispositivos do Código Florestal, no julgamento conjunto da Ação Declaratória de Constitucionalidade 42 (ADC 42) e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 4901, 4902, 4903 e 4937. Convocou-se uma audiência pública para o dia 18 de abril de 2018, da qual participaram inúmeros movimentos sociais, como o Núcleo Amigos da Terra Brasil; importantes acadêmicos e pesquisadores, como o Mater Natura – Instituto de Estudos Ambientais; representantes de órgãos governamentais relacionados à questão ambiental, e empresa de setores da economia impactados pela Lei.

Nessa ocasião, os amici foram mais assertivos quanto à falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para deliberar sobre os limites de exploração econômica dos recursos naturais. As informações prestadas por especialistas

dência do Supremo Tribunal Federal. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, ano 2, 2008/2009, p. 4.

73. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI 4650. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

74. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADC 42. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

e as objeções dos setores impactados pelo marco legal (Lei 12.651/2012) foram essenciais com o intuito de proferir uma decisão empiricamente informada. Percebe-se, assim, a importância prática da participação dos segmentos sociais e de especialistas da área para o alcance de um desfecho técnico e participativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Cidadã, por seu caráter humanista, criou condições para um ambiente de liberdade, de igualdade e de participação cívica. Em paralelo ao processo de construção de uma identidade nacional, nos moldes do Estado Democrático de Direito, ao assumir novas posições no arranjo institucional, despontou como um importante agente de transformações sociais. Um agente cuja atuação pauta-se pelo princípio da fraternidade, atuando conforme as normas jurídicas, mas direcionado ao objetivo constitucional de realizar uma verdadeira integração comunitária.

Com esse intuito, reiteradamente atuaria para assegurar a normatividade das garantias fundamentais, para arbitrar conflitos políticos sensíveis e para solucionar controvérsias econômicas de alta complexidade. Na resolução de conflitos, o STF, embora ainda adote majoritariamente a heterocomposição, está expandindo o uso da autocomposição⁷⁵, pois essa forma de solucionar lides, por gerar maior pacificação social, está de acordo com o humanismo.

Conforme observei na primeira parte, o protagonismo exercido pelo STF no processo decisório não é exclusividade do Brasil. Ao contrário, em escala global, Cortes Supremas em vários países, por meio do exercício da judicial *review*, resolvem litígios cujas questões de fundo são altamente relevantes para o funcionamento do sistema democrático de suas nações.

A intervenção mais ativa dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário seria, portanto, um dos componentes do fenômeno de relativa homogeneidade de elementos textuais em Constituições, consequência da tendência do pós-guerra de expansão da democracia e do humanismo, disseminando um conjunto comum de direitos a vários Estados.

Nesse panorama, demonstrei como a nossa Carta veiculou incentivos que, por sua vez, permitiram intervenções com injunções mais fortes por parte do Supremo. Com efeito, a aquisição de maiores autonomia e independência pelo Tribunal é reforçada por dispositivos que ampliam os critérios de acesso

75. Exemplos de processos no STF em que houve autocomposição: Reclamações 17.320 e 14.247; Mandado de Segurança 35.648; e Ação Cível Originária 3.156 e 2.536.

à via do controle concentrado de constitucionalidade. Somando-se a isso, a incorporação de princípios na racionalidade judicial é um mecanismo importante para que os julgadores sejam capazes de proferir decisões adequadas a demandas cada vez mais plurais.

Os referidos exemplos são interessantes para observarmos que os incentivos normativo-estruturais e normativos específicos – enumerados em um rol não exaustivo – não atuam isoladamente, mas é justamente a conjugação deles que leva a uma compreensão macrossistêmica do fenômeno. Entretanto, a conquista de protagonismo pelos Tribunais não é indene de críticas, ainda que, conforme ilustramos, existam motivos plausíveis para crer que se trata de uma relação mutuamente constitutiva face à Constituição.

No caso brasileiro, a problematização em torno da legitimidade judicial, não raras vezes, desconsidera que a deferência excessiva dos tribunais aos demais poderes – especialmente ao Poder Legislativo – pode significar, ressalvada a análise casuística, uma conivência com o entrave à discussão de pautas colocadas à margem pelo processo político ordinário. Contrariando o humanismo que permeia o contexto normativo brasileiro, visto que não é possível obter um elevado padrão de civilidade do povo enquanto pautas de grupos menos influentes no processo político forem olvidadas.

Ciente dos limites de sua atuação, quando percebe necessária a excepcional intervenção judicial no conflito, o Supremo Tribunal Federal tem priorizado aberturas procedimentais, mediante dois mecanismos principais: a realização de audiências públicas e a admissão de *amici curiae*.

Nesse ímpeto de proferir decisões empiricamente informadas, pela inafastabilidade do dever de decidir em demandas sociais, políticas e econômicas de alto impacto, o Tribunal tem se utilizado desses mecanismos para galgar maior legitimidade decisória e para ter acesso a opiniões abalizadas. Certamente, são fatores que adicionam a expertise interdisciplinar e a necessária consideração de impactos à leitura de disposições normativas. Com as questões desafiadoras que diuturnamente lhe são impostas, o Supremo precisa adotar modos de agir que realcem o seu papel de guardião da Constituição, porém que não suplantem suas limitações institucionais. Para tanto, sem hesitações, na medida em que se torna necessário, o Tribunal deve dispensar o discurso jurídico hermético e escutar os atores políticos e os especialistas sobre as controvérsias que, além de tangenciar as garantias constitucionais, demandam conhecimento extrajurídico sobre o contexto e sobre os impactos das soluções juridicamente possíveis.

Além de esses mecanismos permitirem ao Judiciário obter informações de experts e de atores políticos, a abertura das portas do tribunal para a sociedade, por meio desses mecanismos, está em acordo com o princípio da fraternidade, em seu aspecto de determinar a inclusão de membros da sociedade para a realização dos interesses dessa sociedade humanista.

O que se afigura o maior desafio do Supremo Tribunal Federal é prestar sua jurisdição sem perder de vista a função de proteção das minorias nem olvidar a importância de preservar e eventualmente expandir as conquistas democráticas de todos os cidadãos. De forma a efetivar o ímpeto humanista do constituinte, contribuindo para uma sociedade mais inclusiva e plural.

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem se comportado como o árbitro último dos conflitos e o fiel da balança de nossa democracia, sempre disposto a dialogar com os demais atores, com vistas ao fortalecimento do processo político e o respeito a uma comunidade política plural. Apesar dos inúmeros desafios que tivemos nessa trajetória, os resultados positivos de reforço à estabilidade institucional alcançados desde 1988 testemunham a favor de nosso futuro. Certo é que o Supremo Tribunal Federal permanecerá firme em seu mister de guardião maior da Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. The Rise of World Constitutionalism. **Virginia Law Review**, v. 83, n. 4, p. 771-797, 1997.
- ALLAN, James. An Unashamed Majoritarian Critical Notice. **Dalhousie Law Journal**, v. 27, n. 2, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Malheiros Editores. São Paulo, 2008, pp. 144-179.
- ARANTES, Rogério Bastos. O Sistema Híbrido de Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil. **Revista CEJ**, Brasília, v.1, n.1, jan./abr. 1997.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criação e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, v.12, n.2, p. 405-440, mai. 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012.
- BICKEL, Alexander M. **The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the Bar of Politics**. New Haven: Yale University Press, 2ª Ed, 1986.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC 42**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

_____, **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 1. ed. 2. reimp, 2012, pp. 31-35.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do Ordenamento Jurídico e Democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 88, p. 81-108, 2003.

_____, **A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito**. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Org.). **Jurisdição e Hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, pp. 25-44.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. Constitucionalismo e Democracia – soberania e poder constituinte. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, p. 159-174, jan. 2010.

CHOUDHRY, Sujit. **The Migration of Constitutional Ideas**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a Agenda Pública Nacional: de outro desconhecido a Supremo protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, n. 88, p. 429-469, 2013.

FUX, Luiz. **O papel do Supremo Tribunal Federal e a salvaguarda das manifestações sociais**: para além da dicotomia substancialismo e procedimentalismo. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

_____, **A Jurisdição Constitucional na experiência do Supremo Tribunal Federal**: uma caminhada democrática, independente e corajosa. In: FUX, Luiz; ARAUJO, Valter Schuenquener de. (Coord.). **Jurisdição Constitucional II: Cidadania e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

_____; SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. **Constituições e Cultura Política: para além do constitucionalismo contramajoritário**. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian R. L. (Org.). **Liberdade e Fraternidade: a contribuição de Ayres Britto para o Direito**. 1ª ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

ELY, J. H. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **A conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). São Paulo, p. 120. 2014.

FRIEDMAN, Barry. The Birth of an Academic Obsession: the History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five. **The Yale Law Journal**, v. 112, p. 153-259, 2002.

GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

GROPPI, Tânia. El uso de precedentes extranjeros por parte de los Tribunales Constitucionales. In: CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Diálogo entre jurisdicciones. Santiago Chile: Librotecnia, 2014.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Revista Direito Público**, Brasília, v.11, n.60, 2014.

HIRSCHL, Ran. The new constitutionalism and the judicialization of pure politics worldwide. **Fordham Law Review**, New York, v. 75, n. 2, 2006.

JACKSON, Vicki. Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance and Engagement. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 119, p. 109-128, 2005.

KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 4, 2004.

_____. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Cambridge: Oxford University Press, 2005.

LAW, David; MILA, Versteeg. The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v.99, n.5, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, ano 2, 2008/2009.

MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

NIEUWENHUIS, Aernout. Freedom of Speech: USA vs Germany and Europe. **Netherlands Quarterly of Human Rights**. v. 18, n.2, p. 195-214, 2000.

POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007.

ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v.88, p. 29-87, 2013.

SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n. 51, 2004.

SCALIA, Antonin. **A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law**. Princeton University Paperbacks, 1997.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TUSHNET, MARK. Popular Constitutionalism as a Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, v.81, p. 991-1006, 2006.

_____. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999.

_____. Against Judicial Review. Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series, paper n. 09-20, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez 2008.

POLÍTICAS JUDICIÁRIAS PARA O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI⁷⁶

1. INTRODUÇÃO

Questão objeto das maiores preocupações do Poder Judiciário nacional é a situação em que se encontra o sistema prisional brasileiro. De fato, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347 – MC, ocorrido em setembro de 2015, consignou que o sistema prisional brasileiro se caracteriza pela “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”, devendo, por isso, ser caracterizado como um “estado de coisas inconstitucional”.

No cerne dos problemas que afligem as prisões brasileiras, está a superlotação carcerária. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, temos mais de 755 mil presos – a terceira maior população carcerária do mundo. Um sistema prisional saturado não cumpre seu propósito constitucional e acaba por agravar os problemas que deveria resolver, aprofundando a marginalização social e a insegurança pública.

As dificuldades observadas no sistema prisional brasileiro não se resumem a uma desordem de natureza estrutural e funcional. Elas espelham, também, uma jurisdição que não é ágil e que não detém, muitas vezes, o controle da tramitação de seus processos. O bom funcionamento da justiça penal, com respostas rápidas e efetivas, contribui para um sistema prisional menos tenso, mais equilibrado e, por isso, mais justo.

76. Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (2018-2020); Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (2014-2016); Advogado-Geral da União (2007-2009); Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República (2003-2005).

As soluções para os problemas do sistema prisional brasileiro passam pela racionalização e pelo aumento da eficiência na gestão dos processos de execução penal. O Judiciário precisa de ferramentas que lhe permitam acompanhar, com precisão e agilidade, a situação dos presos provisórios e o cumprimento das penas e das medidas socioeducativas. A Justiça precisa atuar também no retorno dos reeducandos à sociedade, abrindo canais de acesso a direitos básicos como educação, emprego, renda, saúde, alimentação, dentre outros.

É justamente nessas frentes que o Conselho Nacional de Justiça tem focado sua atuação perante o sistema de justiça criminal. O Conselho assumiu como política pública prioritária o enfrentamento aos gargalos de sistema prisional, a partir de iniciativas caracterizadas pelo investimento tecnológico voltado à racionalização da gestão processual e pelo diálogo interinstitucional. Nesse esforço, destaca-se o Programa Justiça Presente, instituído em janeiro de 2019 e que se volta, em síntese, à qualificação dos sistemas prisional e socioeducativo, à redução da superpopulação carcerária e à realização de ações necessárias à garantia de direitos básicos das pessoas privadas de liberdade ou em processo de reeducação.

Esse texto objetiva expor os avanços alcançados pelo Poder Judiciário brasileiro, sob a liderança do CNJ, nas políticas judiciárias de enfrentamento aos problemas do sistema prisional. Oferece-se uma análise acerca das consequências da superlotação carcerária para os direitos humanos dos presos para, em seguida, abordar-se as ações do CNJ para reverter esse quadro, com ênfase no Programa Justiça Presente, iniciativa revolucionária e ambiciosa com a qual, a partir do aprendizado com projetos anteriores, se busca avançar em todas as frentes do chamado “ciclo penal”.

2. SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Dados do Conselho Nacional de Justiça, de dezembro de 2019, revelam que existem 755.274 presos no Brasil, para um total de 442.349 vagas, havendo, portanto, um déficit de 312.925 vagas e uma *taxa de ocupação* de 170,74%.

Todos os estados apresentam taxa de ocupação superior a 100%, o que evidencia que superlotação é uma situação crônica e endêmica, pois se transformou em uma realidade nacional. Do total de presos do país, 29,8% são provisórios.

De 1990 a 2019, a *taxa de aprisionamento* – que corresponde ao número de presos para cada 100.000 habitantes – saltou de 61 para 359,4, ou seja, quase

sextuplicou em 29 anos. Em dez anos (de 2000 a 2020), o número de vagas no sistema prisional mais do que triplicou (aumentou de 135,71 mil para 442,34 mil). No entanto, a elevação no número de vagas não acompanhou a elevação acelerada no contingente de presos.

O problema da superlotação carcerária não é exclusivo do Brasil. Os índices de encarceramento vêm aumentando em diversos países, como evidenciam Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Ana Lúcia Tavares Ferreira⁷⁷:

Um primeiro grupo de países de diferentes continentes apresentou, nos últimos 15 anos, um crescimento da taxa de encarceramento acima de 100%, como por exemplo, Djibouti (133%), Brasil (153%), Uruguai (115%), destacando-se alguns com crescimento superior a 200%, como Turquia (209%), Angola (253%) e Kosovo (663%). Os países do grupo majoritário ocupam uma posição intermediária, com crescimento da taxa de encarceramento inferior a 100%, dentre os quais Canadá (1,7%), Chile (11%) Inglaterra e País de Gales (19%), Noruega (26.32%) México (31%), Austrália (33%), Argentina (65%) e Cabo Verde (65%). No extremo oposto ao primeiro grupo, estão os países que apresentam taxa de encarceramento decrescente, como Itália (-7,5%), Alemanha (-10%), Burundi (-40%), África do Sul (-25%), destacando-se especialmente os casos da Rússia (-36%) e Estados Unidos (-1,6%), tradicionalmente conhecidos pelos altos índices de encarceramento.

Vejam que o Brasil está entre os primeiros países do mundo em crescimento da taxa de encarceramento. Além disso, ocupamos a terceira posição do ranking mundial de população carcerária, ficando atrás dos EUA e da China.

A emergência da pandemia decorrente do novo coronavírus (COVID-19) amplificou a discussão acerca da situação periclitante das prisões brasileiras, visto que a superlotação e as condições sanitárias precárias desses estabelecimentos favorecem o contágio pela COVID-19, colocando em risco a saúde e a vida de detentos, de seus familiares, de agentes prisionais e de trabalhadores do sistema prisional.

Por essa razão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação nº 62, de março de 2020, orientando que Tribunais e magistrados adotem medidas preventivas à propagação do novo coronavírus nos estabelecimentos prisionais e socioeducativos. Essa recomendação está sendo divulgada pelo escritório brasileiro do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

77. ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 164/2020, p. 161 – 199, Fev / 2020.

(PNUD Brasil) como boa prática para diversos países e obteve reconhecimento internacional.

As conclusões obtidas pelos Ministros do STF no julgamento da ADPF nº 347 foram embasadas, em grande parte, nas informações colhidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados acerca da situação inadmissível em que se encontravam as prisões brasileiras. O diagnóstico da comissão foi assim sintetizado pelo Ministro Marco Aurélio, relator do caso:

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que **superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.** A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário (ADPF 347/DF – MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 19/2/16, p. 23, grifo nosso).

A situação das prisões brasileiras viola diversas normas basilares da Constituição de 1988: o princípio da dignidade da pessoa humana; a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante; a vedação às penas cruéis; a obrigação estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; o dever de respeito à integridade física e moral dos presos; e os direitos à saúde, à educação, à alimentação, ao trabalho, à previdência, à assistência social e à assistência judiciária.

Soma-se a isso o descumprimento da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, no art. 5, estabelece que toda e qualquer pessoa deve ser respeitada em sua integridade física, psíquica e moral, tratada com o devido respeito à dignidade que decorre da condição de ser humano e que as penas

privativas da liberdade tenham por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

Segundo o “Informe sobre os Direitos das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, Superpopulação Carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos”, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, publicado em 2011, o problema da superlotação carcerária deve ser reconhecido como uma situação que pode chegar a constituir, por si só, tratamento cruel, desumano ou degradante⁷⁸.

Mas não é só. A superlotação resulta na frustração das finalidades da pena. O ambiente opressor e violento das prisões favorece a degradação da personalidade do preso. Em vez de oportunidades de ocupação, como trabalho, estudo e leitura, o que o presidiário mais encontra nas cadeias são a corrupção e a ação de grupos e organizações criminosas, as quais diariamente cooptam novos adeptos. A pena acaba por converter-se de oportunidade para transformação pessoal, em um instrumento de segregação e aprofundamento das desigualdades sociais⁷⁹.

A sanção penal não pode ser convertida em pena cruel e perpétua, ultrapassando os limites estabelecidos pela sentença. Não obstante a reprovabilidade do crime praticado, o apenado não perde a qualidade de ser humano, nem a dignidade ou os direitos que decorrem dessa condição. Nesse sentido, é precisa a lição do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca⁸⁰:

(...) o criminoso, seja quem for ele ou a gravidade do ato praticado, é membro também do tecido social e não pode ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, não é possível mais entender a pena apenas na visão retribucionista tradicional (reduzida), como se fosse um fim em si mesmo, como vingança, castigo, compensação ou reparação do mal provocado pelo crime. Na verdade, a pena tem uma justificação ética e um ideário ressocializante (reinserção, reintegração). E a estratégia de reinserção social acentua a

78. ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 164/2020, p. 161 – 199, Fev / 2020.

79. Lembra Luís Lanfredi que “não logramos com essa “cultura”, de apostar na prisão como o “remédio para todos os males”, reduzir a criminalidade ou construir uma sociedade mais justa e menos desigual. E esse é o “dogma” da segurança pública, pouco compreendido”. LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. O controle de convencionalidade no Brasil – Discutindo o legado da contribuição do Conselho Nacional de Justiça em matéria de fortalecimento de direitos e garantias no sistema penitenciário. Controle de Convencionalidade. Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim. Brasília: CNJ, 2016, p. 81.

80. FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização. Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 16ª Edição, 2019, p. 64 – 90.

necessidade de políticas públicas que combatam os fatores criminógenos. É a busca da Justiça restaurativa. Não se pode pensar, aliás, em restauração de laços, sem o estabelecimento do trabalho prisional como medida de ressocialização (CF/88, art. 6º e LEP, art. 41); de práticas educativas nos estabelecimentos prisionais (LEP, arts. 17 a 21); da compreensão da intervenção mínima do Direito Penal e do desenvolvimento efetivo de políticas públicas. Todos são eixos estruturantes de tal modelo de justiça penal (p. 77).

É dever do estado não somente punir as condutas desviantes. Deve o Estado, também, promover a ressocialização, a qual previne e refreia a prática de crimes. Somente dessa forma o estado cumpre seu papel constitucional de promover a segurança pública (art. 144 da Constituição de 1988). Por isso, é impreterível que o poder público promova ações e estratégias que previnam a reincidência criminal e efetivamente favoreçam a reintegração do egresso à sociedade.

Os gargalos dos sistemas prisional e socioeducativo brasileiros – com suas consequências para a dignidade dos presos, dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa e dos reeducandos – decorrem de múltiplos fatores. Dentre eles, se incluem questões relativas à própria gestão das execuções penais no país. É marcante o impacto social negativo da longa duração dos processos, do elevado índice de presos provisórios e de seus reflexos na superlotação do sistema carcerário.

O Conselho Nacional de Justiça – no exercício de sua vocação constitucional de aprimorar a Justiça brasileira e, com isso, tornar efetivos os direitos fundamentais – tem liderado iniciativas nacionais intersetoriais para reverter a situação dramática em que se encontra o sistema prisional brasileiro. Com essas iniciativas, busca-se corrigir distorções que vão desde o início da execução até o retorno do egresso à sociedade, por meio de medidas que buscam efetivamente restituir-lhe a cidadania.

3. O PROTAGONISMO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA NO ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA

A transformação da realidade do sistema prisional brasileiro passa, necessariamente, pela modernização de nosso sistema penal. Temos problemas estruturais que precisam ser corrigidos, a partir de intervenções permanentes, coordenadas e sistêmicas.

Em parceria com tribunais de todo o país e com diversas instituições públicas e privadas, nacionais e internacionais, o Conselho Nacional de Justiça assumiu o compromisso de, progressivamente, superar o quadro de violações de direitos no sistema prisional e no sistema socioeducativo.

Conforme observa Richard Pae Kim, a atribuição do Conselho Nacional de Justiça de controle da atividade administrativa e financeira do Judiciário envolve não somente fiscalizar essa atividade, mas também

“(...) participar do processo de modernização [desse Poder] (...) [n]ão só por meio de seus atos normativos e atos administrativos, como também pela implantação de determinadas políticas judiciárias e políticas intersetoriais, decorrentes da cooperação com outros poderes, o Conselho Nacional de Justiça tem conseguido ampliar, **de forma mais eficaz, o atendimento a direitos fundamentais dos cidadãos**⁸¹ (grifo nosso).

O CNJ vem adotando um conjunto de medidas que mobilizam tribunais e outras instituições do país no enfrentamento do cenário de violação de direitos fundamentais e de superlotação do sistema carcerário brasileiro.

Importante marco desse enfrentamento foi a instituição, pela Lei nº 12.106/2009, do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), que completou dez anos de existência em dezembro do ano passado. Cumpre ao departamento averiguar as condições de encarceramento, as medidas de ressocialização dos presos, a tramitação dos processos criminais, a execução penal e a situação dos adolescentes em conflito com a lei.

No projeto de lei de criação do departamento, o Ministro Gilmar Mendes anotou que “[u]m único liberto sob excesso de execução (e temos centenas de exemplos nesse sentido, tal como o denunciam os mutirões carcerários) já justificaria todo o esforço de preocupação para a criação dessa estrutura no âmbito do poder judiciário”. É esse pensamento que impulsiona as ações do DMF, cuja função precípua é *transformar a realidade do sistema prisional e socioeducativo brasileiro* para que o cumprimento da pena ou da medida socioeducativa não corresponda à degradação da dignidade do condenado e atenda efetivamente a seus propósitos constitucionais.

81. KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-135.

Sob a gestão do Ministro Gilmar Mendes, o Conselho Nacional de Justiça realizou mutirões carcerários e implementou o Programa Começar de Novo, que nasceu como uma plataforma virtual na qual egressos poderiam encontrar oportunidades de educação e trabalho. Foi de Sua Excelência a iniciativa de trazer para o Poder Judiciário a tarefa de fomentar ações em nível nacional para garantir direitos e assegurar a inserção laboral e social dos egressos do sistema prisional.

Posteriormente, na gestão do Ministro Cezar Peluso, o Conselho instituiu o programa Justiça ao Jovem, destinado a realizar um diagnóstico em nível nacional da execução das medidas socioeducativas de internação de adolescentes em conflito com a lei. Durante a gestão de Sua Excelência, também foi criado o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), precursor do atual Banco Nacional de Monitoramento de Prisões.

Em 2015, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, o CNJ liderou um verdadeiro salto civilizatório ao instituir, regulamentar e difundir as audiências de custódia em todas as unidades da Federação, fazendo valer o direito de toda pessoa presa ser apresentada à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Viabilizando, assim, importante ferramenta para que o Poder Judiciário brasileiro alcance outro patamar em sua missão de salvaguardar garantias constitucionais.

Ainda sob o comando do Ministro Ricardo Lewandowski, o CNJ, reconhecendo a importância do Programa Começar de Novo, propôs a criação dos Escritórios Sociais, espaços destinados a atender o público egresso do sistema prisional e seus familiares, direcionando-os para a rede de assistência social. O primeiro escritório foi instituído em 2016, no Espírito Santo, como parte do projeto Cidadania nos Presídios, também do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Aprimorando o Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP), a Ministra Cármen Lúcia implantou, em todo o país, o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (também BNMP), esforço que delineou a intenção do CNJ de dar centralidade à utilização de ferramentas tecnológicas para subsidiar o trabalho dos órgãos que atuam no sistema de justiça, permitindo ao Poder Judiciário brasileiro melhor controle, gestão e monitoramento do cumprimento dos mandados de prisão expedidos.

Essas realizações trouxeram novos paradigmas para a atuação dos juízes em todo o país. No entanto, o desafio que temos pela frente na tarefa de

transformar a realidade prisional brasileira é enorme. Os gargalos desse sistema decorrem de fatores múltiplos e complexos, não comportando respostas simples e de curto prazo.

Ao assumir a presidência do CNJ, em 2018, percebemos que a superação do quadro de superlotação do sistema prisional e de violação massiva e permanente de direitos fundamentais somente seria possível a partir de duas premissas: (a) a valorização da experiência acumulada e das boas práticas fomentadas pelo DMF e (b) o trabalho em colaboração e parceria com outras instituições.

Tendo isso em vista, instituímos o Programa Justiça Presente, resultante da experiência e do conhecimento construído com as iniciativas implementadas pelas gestões anteriores e que reúne iniciativas que incidem em todas as etapas do ciclo penal, mobilizando uma extensa rede de parceiros.

4. O PROGRAMA JUSTIÇA PRESENTE

Em novembro de 2018, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou acordo de cooperação internacional com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD/ONU) para, a partir de recursos disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, desenvolver ferramentas e estratégias de fortalecimento do monitoramento e da fiscalização dos sistemas prisional e socioeducativo, com ênfase na redução da superlotação e da superpopulação nesses sistemas.

Esse acordo resultou em um programa tão ambicioso quanto necessário, ao qual demos o nome de Justiça Presente. Trata-se de um portfólio de dezenove iniciativas que incidem nas diversas frentes do que denominamos de “ciclo penal”, abarcando desde medidas para a racionalização da porta de entrada até a qualificação da porta de saída dos sistemas prisional e socioeducativo, incluindo o fomento à geração de renda pelos egressos desses sistemas e sua inserção no mercado de trabalho.

O objetivo final do Justiça Presente é, em síntese, *transformar a realidade penal a longo prazo*, garantindo que o ciclo penal ocorra com respeito à dignidade dos presos e de modo que seja viabilizada sua efetiva ressocialização.

As ações do programa contemplam a realização de estudos, avaliações e planos, bem como a criação de mecanismos e de instrumentos que potencializem a implantação, a disseminação e a sustentação de capacidades técnicas, conceituais e operativas voltadas ao aperfeiçoamento das políticas penais e

socioeducativas no país. O projeto valoriza o trabalho interinstitucional entre os poderes Judiciário e Executivo e fomenta a disseminação das metodologias desenvolvidas no âmbito do projeto e a sustentabilidade das ações nele realizadas.

Dentre as iniciativas do programa, destaca-se a prioridade absoluta conferida à melhoria e à universalização do Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU), adotado como política nacional pelo CNJ em 2016. A partir da Resolução CNJ nº 280/2019, o SEEU se tornou obrigatório para todos os tribunais do país, funcionando sob a governança de um Comitê Gestor especializado. Estamos caminhando rumo à gestão unificada da execução penal de todos os tribunais e à informatização integral desses processos.

Fazer do SEEU uma plataforma única e obrigatória foi uma decisão importante e necessária, visto que os sistemas processuais de todo o país, em regra, “não dialogam entre si”, cada um detendo de um funcionamento completamente independente dos demais – isto é, os sistemas não se comunicam, inviabilizando a centralização dos dados sobre a execução, da qual depende a elaboração de análises globais e de diagnósticos em nível nacional.

Em um país imenso, complexo, com litigiosidade elevada e no qual as relações, cada vez mais, funcionam sob o paradigma digital, não há mais lugar para processos impressos em papel ou armazenados em sistemas informatizados dispersos. Urge privilegiar uma visão nacional de controle da gestão e da fiscalização do cumprimento da pena no país.

Além disso, é inadmissível que pessoas que tenham logrado os direitos inerentes à execução penal ou mesmo tenham cumprimento integralmente a pena sejam mantidas encarceradas, por força da ausência de informações precisas e facilmente acessíveis a respeito das execuções do país e que permitam a análise individualizada da situação de cada preso.

O CNJ busca adaptar o SEEU às realidades locais, atendo-se sempre aos critérios de qualificação de dados estruturados e de eficiência. A opção pelo SEEU no formato adotado decorreu de minuciosa comparação entre os diferentes sistemas disponíveis nos tribunais brasileiros. O modelo eleito foi o desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, o qual foi replicado pelo CNJ, sendo, no entanto, aprimorado para comportar novas funcionalidades, adaptadas às demandas de cada um dos tribunais do país.

A vantagens do SEEU são inúmeras. Do ponto de vista da gestão judiciária, a adoção de um sistema único é revolucionária, porque unifica procedimentos

e rotinas judiciais, aperfeiçoando os mutirões carcerários que hoje são realizados de forma heterogênea e sem qualquer sistematização em todo o país.

A institucionalização de um sistema único, público, gratuito e de código aberto facilitará a extração de dados e informações atualizadas sobre expedientes e cumprimentos de pena em tempo real. A adoção de um sistema que prestigia a gestão dos benefícios a serem concedidos reduzirá a vulnerabilidade das pessoas presas, hoje sujeitas a grupos organizados que encontram espaço de atuação na falta de informações processuais ou na morosidade judiciária.

O SEEU representa, também, a garantia de que a fiscalização e o cumprimento da sanção penal estarão mais ajustados à individualidade de cada apenado. O sistema tem, entre suas ferramentas, marcos temporais precisos e de comunicação automática. Ele possibilita considerar posições individuais específicas, registrando a participação em atividades laborais e educacionais para fins de remição de pena.

O sistema é intuitivo e fácil de operar pelos serventuários da justiça, com funcionalidades que facilitam e reduzem a carga de trabalho. O magistrado pode, de qualquer lugar, e com poucos cliques, verificar as pendências e decisões que o aguardam. O sistema se desenvolve a custo-zero, gerando considerável economia de recursos financeiros e humanos.

A obtenção de dados estratégicos sobre o sistema de execução penal é, ainda, a certeza de que teremos mais insumos para a elaboração de políticas e estratégias adequadas à superação do estado de coisas inconstitucional apontado pelo STF. Não é possível formular políticas públicas sem diagnósticos consistentes acerca dos problemas, e diagnósticos dessa qualidade somente são produzidos a partir de dados confiáveis – um dos objetivos do SEEU é, justamente, viabilizar a pronta obtenção de dados precisos e confiáveis acerca da realidade prisional brasileira.

O SEEU é, também, sinônimo de maior transparência na administração da Justiça e maior credibilidade do Poder Judiciário para equacionar as assimetrias e o descompasso do sistema prisional e da segurança pública. É, assim, um ponto de aproximação entre o Poder Judiciário e a sociedade.

Em síntese, a implantação nacional do SEEU em todos os tribunais brasileiros representa um avanço extraordinário para o alcance de uma gestão judiciária mais eficiente, transparente e responsável, com respostas compatíveis com a grave crise que se abate sobre nosso sistema prisional.

O resultado final dessa racionalização é uma execução penal muito mais justa, na qual é possível diagnosticar facilmente a situação de cada preso e seus respectivos direitos, viabilizando o pronto deferimento de benefícios pelo juiz da execução e, mais além, a formulação de políticas públicas mais adequadas e efetivas no combate à superlotação e à violação de direitos dos presos.

Ao final de nossa gestão à frente do CNJ, após um esforço que combinou o envio de forças-tarefas lideradas por magistrados em estreita cooperação com tribunais locais e estratégias de implantação, com digitalização e cadastramento de processos e ferramentas de migração, o SEEU chegou a 26 dos 27 tribunais de justiça e a 4 dos 5 tribunais federais, com um *acervo que supera 1,4 milhão de processos*.

Rememoro que, no julgamento da ADPF nº 347, o Supremo Tribunal Federal determinou que o Conselho Nacional de Justiça coordenasse mutirão carcerário com o objetivo de revisar todos os processos de execução penal em curso no país que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, para a devida regularização dessas prisões e o atendimento à lei de execuções penais. O CNJ está fazendo mais do que isso: está potencializando a efetivação de um mutirão carcerário *permanente e online*, oferecendo em tempo real o quadro das execuções penais em curso em todo o país.

A garantia dos direitos e a promoção da cidadania das pessoas presas ou egressas do sistema prisional e socioeducativo é o que move o programa Justiça Presente. Sabe-se que essas pessoas têm maior dificuldade de acesso às políticas de cidadania e de trabalho. Segundo informações coletadas no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, apenas 17,5% dos presos trabalham e 10,5% dos presos estudam.

Se grande parte da população brasileira não tem acesso aos bens e direitos fundamentais garantidos pela Constituição, como saúde, educação, moradia, trabalho, lazer e transporte, tal situação aflige, de forma muito mais grave, as pessoas egressas do sistema prisional, que, após o cumprimento da pena, passam a viver à mercê da própria sorte, vitimadas pela absoluta ausência estatal.

Trata-se de um quadro incompatível com os tratados de direitos humanos adotados pelo Brasil e que afronta os princípios e diretrizes norteadores do sistema de execução penal, voltado tanto para o efetivo cumprimento da pena quanto para a “harmônica integração social do condenado e do internado”, conforme previsto na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84).

A negação de direitos básicos aos egressos do sistema penal é um incentivo à vinculação a grupos criminosos que atuam a partir dos presídios, o que contribui para agravar o quadro de insegurança pública. Por isso, criar condições que garantam uma vida digna aos reeducandos é contribuir para a redução das taxas de reincidência criminal e para a melhoria da segurança pública em nosso país.

O Estado, sobretudo o Poder Judiciário, precisa atuar para que os egressos do sistema penal possam reconstruir suas trajetórias de vida e contribuir, de forma ativa, para edificar uma nova nação com menos criminalidade e mais cidadania. Toda a sociedade ganha com a efetiva reinserção social dessas pessoas.

Tendo isso em vista, algumas das frentes de atuação do Justiça Presente são a realização de parcerias estratégicas para a oferta de cursos de profissionalização EAD intramuros voltados às pessoas privadas de liberdade, o fomento a projetos de remição por leitura e o fomento à inserção laboral de pessoas presas.

Em nossa gestão no CNJ, instituímos, de forma inovadora, mediante a Resolução CNJ nº 307, de 17 de dezembro de 2019, a Política de Atenção a Pessoas Egressas do Sistema Prisional no âmbito do Poder Judiciário, que passou a englobar as ações anteriores relativas ao tema – a exemplo do Começar de Novo – e a centralizá-las nos Escritórios Sociais, idealizados na gestão do Ministro Ricardo Lewandowski, como espaços de atenção e acolhimento dos reeducandos e de seus familiares.

Trata-se de política intersetorial e interinstitucional de inclusão social de pessoas egressas do sistema prisional que envolve diferentes políticas públicas, sistemas e atores do poder público e da sociedade civil. Um dos princípios dessa política é a singularização do atendimento, visando à garantia de direitos fundamentais das pessoas egressas do sistema prisional por meio da facilitação do acesso a serviços públicos de assistência social, saúde, educação, renda, trabalho, habitação, lazer e cultura.

Em nossa gestão no CNJ, como resultado de um esforço de disseminação nacional, a presença dos Escritórios Sociais passou de dois para dez estados, com novas unidades no Amazonas, Roraima, Amapá, Tocantins, Piauí, Bahia, Paraíba e Alagoas, além de dois em Niterói e Maricá, no Rio de Janeiro.

Em julho de 2019, o Conselho Nacional de Justiça celebrou o Termo de Cooperação com a Fundação de Apoio à Pesquisa do Distrito Federal (FAP-DF)

e a Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Inovação do Distrito Federal para o desenvolvimento de ferramentas, pesquisas e estratégias para viabilizar a criação de um Escritório Social Virtual.

A solução tecnológica oferecerá serviços de suporte às pessoas egressas e a seus familiares, a partir de funcionalidades que permitirão o acesso individual a informações, serviços, orientações e oportunidades de emprego, renda e qualificação. A ferramenta permite o encontro de egressos e seus familiares com políticas de atendimento e com oportunidades de formação e de colocação profissional. Busca-se atender a uma demanda reprimida por informações por parte de um público potencial de ao menos 300 mil pessoas egressas por ano.

Também está prevista a integração da ferramenta ao Sistema Eletrônico de Execução Unificado (SEEU). Os egressos receberão alertas de comunicação e informações de seus respectivos processos disparados diretamente do SEEU.

Esse encontro virtual, capaz de alcançar um número maior de brasileiros que vivem em nosso país-continente, possibilitará, de maneira inovadora, que essas pessoas tenham, de fato, dentro de uma perspectiva emancipadora, a oportunidade de seguir sua própria rota, passando a integrar um círculo virtuoso de recuperação, ressocialização e desenvolvimento integral de suas potencialidades.

O CNJ também tem como prioridades garantir que todos os presos do país tenham identificação biométrica e articular estruturas permanentes para a emissão de documentos básicos. Pesquisa recente realizada em tribunais de justiça revelou que pelo menos nove estados da federação não possuem levantamento de documentação civil das pessoas presas.

Destaco a parceria que o CNJ firmou com o Tribunal Superior Eleitoral, sob o comando da Ministra Rosa Weber. Esse ajuste envolve o desenvolvimento e a execução do programa de cadastramento biométrico e de emissão de Documento Nacional de Identificação (DNI) de pessoas privadas de liberdade. O CNJ entabulou, também, acordo com a Associação dos Registradores de Pessoas Naturais (ARPEN) para a promoção de ações voltadas à emissão gratuita de documentação civil para as pessoas privadas de liberdade ou em situação de prisão, apresentadas em audiências de custódia ou egressas do sistema prisional e socioeducativo.

A documentação é um requisito para a cidadania, condição para o acesso a direitos e políticas públicas, dentro ou fora de unidades prisionais. Sem documentação básica não é possível emitir carteira de trabalho ou efetuar matrícula

em um curso de formação. Garantir que os presos tenham sua documentação civil é fundamental não apenas para facilitar o conhecimento acerca da situação de cada preso, mas também para viabilizar sua reintegração social.

A identificação biométrica, por sua vez, promove maior segurança, confiabilidade e agilidade à gestão dos dados relativos às pessoas privadas de liberdade. Ela permitirá, inclusive, o monitoramento da reincidência, um dado ainda impreciso em nosso país. Integrando os dados biométricos com o SEEU, será possível traçar um perfil minucioso de nossa população carcerária, viabilizando a elaboração de políticas públicas mais eficientes.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há caminho para a superação do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional senão pela compreensão do caráter estrutural da crise que enfrentamos. Só seremos capazes de promover mudanças efetivas quando as soluções forem capazes de atacar as raízes de nossos problemas. As iniciativas do Conselho Nacional de Justiça para o enfrentamento dos problemas estruturais do sistema carcerário brasileiro partem dessas premissas.

São visíveis os avanços liderados pelo CNJ na implementação de políticas judiciárias para a garantia dos direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade e dos reeducandos. Esses avanços evidenciam um acúmulo de conhecimento e um amadurecimento institucional no tratamento de um problema complexo, cujo enfrentamento exige abordagem sistêmica e interinstitucional.

As iniciativas em curso nos permitem avistar um horizonte promissor de transformações, que são necessárias e urgentes, diante do quadro em que se encontra nosso sistema prisional. Mas ainda temos muito a avançar, como demonstram os dados acerca da população carcerária brasileira.

A transformação da realidade do sistema prisional requer trabalho contínuo, persistente, focado nos resultados que se busca alcançar e com o envolvimento de múltiplos atores sociais. É preciso também focar na qualidade dos diagnósticos produzidos nessa seara, com vistas à formulação de políticas públicas efetivamente aptas a operar os resultados desejados.

Somente com a superação do quadro de violação dos direitos das pessoas privadas de liberdade seremos capazes de atingir plenamente os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização;

reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição de 1988).

REFERÊNCIAS

ADRIANO JAPIASSÚ, Carlos Eduardo; FERREIRA, Ana Lúcia Tavares
Superpopulação carcerária e Sistemas Internacionais de Direitos Humanos.
Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 164/2020, p. 161 – 199, Fev / 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio jurídico da fraternidade no Brasil: em busca de concretização.** Revista dos Estudantes de Direito da UnB, 16. ed., 2019, p. 64 – 90.

KIM, Richard Pae. O Conselho Nacional de Justiça como órgão garantidor e qualificador de direitos fundamentais. **O Conselho Nacional de Justiça e sua atuação como órgão do Poder Judiciário: homenagem aos 10 anos do CNJ.** São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 115-135.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. **O controle de convencionalidade no Brasil – Discutindo o legado da contribuição do Conselho Nacional de Justiça em matéria de fortalecimento de direitos e garantias no sistema penitenciário.** Controle de Convencionalidade. Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz, Tarciso Dal Maso Jardim – Brasília: CNJ, 2016, p. 78-84.

INTERSECCIONALIDADE E FRATERNIDADE: JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO RESGATE DAS MULHERES ENCARCERADAS

JOEL ILAN PACIORNIK⁸²
JOSÉ LAURINDO DE SOUZA NETTO⁸³
ANDERSON RICARDO FOGAÇA⁸⁴

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo verificar a potencialidade da justiça restaurativa como instrumento capaz de enfrentar os efeitos nefastos causados pela discriminação interseccional enfrentada pela população carcerária feminina.

O estudo se justifica e é de importância máxima porque os ordenamentos jurídicos internacional e brasileiro são estruturados a partir de uma base axiológico-normativa de liberdade, igualdade e fraternidade, razão pela qual não podem permitir que as consequências negativas oriundas daquela discriminação e do “estado de coisas inconstitucional” do sistema prisional brasileiro, sejam perpetuadas.

O século XX ficará para sempre marcado na história da humanidade como um dos períodos mais violentos de que se teve notícia. A agressão sistêmica e feroz contra os direitos humanos foi tamanha que, no fim das contas, acabou por ensejar a criação de uma inédita rede internacional de proteção

82. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

83. Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade *Degli Studi di Roma “La Sapienza”*. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Gestão 2019/2020.

84. Mestre pela Universidade Internacional – UNINTER, Professor da Escola da Magistratura do Paraná – EMAP e Juiz de Direito em Segundo Grau do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

àqueles direitos. A Segunda Guerra Mundial evidenciou, como nunca, que o Estado também poderia ser agente violador da dignidade, motivo pelo qual salvaguardá-la não poderia ser tarefa de responsabilidade exclusiva de cada Estado Nacional.

Essa rede de proteção internacional dos direitos humanos, capitaneada pela Organização das Nações Unidas (ONU), tem como valor central o reconhecimento e respeito à dignidade da pessoa humana, verdadeiro dever ético que é imposto também *a cada ser humano*, e não apenas aos diversos governos do globo.

Nessa perspectiva, é possível identificar um verdadeiro *dever de fraternidade*, como revela, inclusive, a parte final do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948): “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, *devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade*” — realçou-se.

A partir da estruturação desse Direito Internacional dos Direitos Humanos, que nasce com a mencionada Declaração Universal, os Estados-membros da ONU passaram a ser (ao menos eticamente) obrigados a adotar diversas políticas públicas voltadas à consecução dos objetivos das Nações Unidas.

Essa tarefa ganha ainda mais relevo no Brasil, já que contextos históricos marcados pela repressão e pelo autoritarismo impõem que o ordenamento jurídico seja solidificado a partir de um conteúdo substancialmente democrático, que propicie, assim, o cumprimento do dever de respeito a todos os direitos humanos.

Embora o discurso se apresente de forma harmoniosa nos textos internacionais — e, inclusive, na Constituição da República de 1988 —, certo é que se vivencia tempo em que a intolerância, o ódio ao diferente e o preconceito, seja racial, de gênero ou mesmo social, entre tantos outros, se enraízam cada vez mais na sociedade. Basta que se rememore alguns episódios que, por serem extremamente simbólicos, têm o condão de expor a institucionalização e a banalização da indiferença. Há uma verdadeira (e grave) dissonância entre o discurso institucional com a prática cotidiana e é preciso combatê-la.

Há na doutrina quem identifique no preconceito um fenômeno tão complexo que, geralmente, se manifesta a partir da conjugação de diversos critérios, como raça, gênero, classe social, sexualidade etc. É a partir dessa constatação que vem ganhando terreno a ideia da *discriminação múltipla ou interseccional* — que é, sem sombra de dúvidas, uma realidade no mundo. O cuidado global com essa discriminação interseccional ensejou a celebração de diversos tratados

e convenções internacionais, reforçando o sistema de proteção aos direitos humanos da mulher, com destaque para a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), que é o primeiro tratado internacional que dispõe amplamente sobre os direitos humanos da mulher; a Declaração de Duran (Conferência Mundial da ONU contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância de 2001); as Regras de Bangkok para Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (2010), entre outros.

Já no sistema regional interamericano de direitos humanos cita-se o Pacto de San Jose da Costa Rica (Organização dos Estados Americanos, 1969) e a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância (2013), havendo, inclusive, expressa referência ao termo “discriminação múltipla” em seus respectivos artigos 1º e itens 3.⁸⁵

Nesse contexto, se o Estado brasileiro faz parte de uma rede globalizada de proteção aos direitos humanos que tem como um de seus pontos de partida o dever de fraternidade e o consequente e necessário combate à discriminação interseccional, qual é o papel que deve desempenhar, internamente, para fomentar a erradicação da intolerância e do ódio, valorizando os laços de respeito entre as pessoas, concretizando aquele dever e combatendo a discriminação interseccional? Mais especificamente, como o Poder Judiciário deve ingressar nesse campo e ser verdadeiro agente catalisador da mudança de comportamento, dirigindo a sua atuação sob a perspectiva da interseccionalidade?

Objetiva-se com o presente artigo, assim, sob o enfoque específico da discriminação interseccional que é suportada pelas mulheres encarceradas no Brasil, demonstrar que é por meio de práticas e métodos afetos à justiça restaurativa que o Poder Judiciário pode direcionar a sua atuação para atender ao dever fundamental de fraternidade que lhe é imposto, desempenhando papel de protagonismo no debate sobre a discriminação interseccional.

Para o estabelecimento de uma conclusão segura, empregou-se o método lógico-dedutivo, compulsando-se bibliografia especializada sobre o tema e alguns dados estatísticos sobre o perfil das mulheres encarceradas no Brasil.

85. “Artigo 1 – Para os efeitos desta Convenção: (...) 3. Discriminação múltipla ou agravada é qualquer preferência, distinção, exclusão ou restrição baseada, de modo concomitante, em dois ou mais dos critérios dispostos no Artigo 1.1, ou outros reconhecidos em instrumentos internacionais, cujo objetivo ou resultado seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes, em qualquer área da vida pública ou privada” (Disponível em: <<https://bit.ly/2Q6sUPS>>. Acesso em 12 mar. 2020).

2. O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

Em Ética a Nicômaco, Aristóteles ensina que “a fraternidade é um impulso inerente à condição humana e uma virtude extremamente necessária à vida”.⁸⁶ De fato, por ser um *zoon politikon*, o homem necessita viver em uma sociedade que seja harmoniosa e tolerante às diferenças para que possa, assim, exercer sua cidadania e desenvolver livremente a sua personalidade.

Esse respeito e tolerância somente existe em uma comunidade política que seja verdadeiramente fraterna. O ideal de fraternidade, muito identificado com o aspecto religioso, sofreu um extremo processo de secularização durante a Revolução Francesa do fim do século XVIII — o que não se verificou na experiência norte-americana do final daquele mesmo século, onde a fraternidade permaneceu conectada aos valores religiosos puritanos.

A esse respeito, apesar de o trinômio revolucionário liberdade, igualdade e fraternidade ser lembrado até hoje, a politização do conceito de fraternidade provocou uma abstração que, na França, promoveu uma alteração do entendimento e compreensão sobre o dever de fraternidade.⁸⁷

No Brasil, é evidente que os valores básicos inseridos na Constituição de 1988, identificáveis a partir de seu preâmbulo⁸⁸ e de seu artigo 3º, incisos I e IV,⁸⁹ absorveram os ideais revolucionários franceses,⁹⁰ na medida em que a instituição do Estado Democrático deve “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, tendo como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade) e solidária (fraternidade).

86. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 212.

87. Ibidem, p. 213.

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

89. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...) IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

90. FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 169.

É a partir dessa estruturação que se identifica a positivação da fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, com a maestria que lhe é particular, bem concebe em sua obra *O Princípio Constitucional da Fraternidade* como tal normativa tem sido resgatada no sistema de justiça.

Para o autor, todas as pessoas que integram a sociedade devem ser igualmente consideradas, referenciadas e respeitadas, pois se objetiva uma “vida em comunhão e uma comunhão de vida” que somente pode ser alcançada se houver uma “dimensão fraternal” na comunidade.⁹¹

Nesse contexto, o princípio constitucional da fraternidade, que é uma categoria autenticamente jurídica e não pertencente apenas aos domínios da religião ou da moral, sugere um “novo paradigma de justiça”, no qual as relações humanas podem ser verdadeiramente restauradas e pacificadas.⁹²

Isso significa dizer, noutras palavras, que o constitucionalismo liberal clássico e o constitucionalismo social foram superados pela ideia de constitucionalismo fraternal,⁹³ pois recebeu influxos da fraternidade como uma alternativa possível para a concretização dos princípios da igualdade e da liberdade sem prejuízo da consideração daquele que é diferente do outro.⁹⁴

Com efeito, na medida em que, para o Ministro Reynaldo Soares Fonseca, a fraternidade é “o fator de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade”,⁹⁵ é inviável conceber uma sociedade que respeite plenamente esses dois direitos e não seja, ao mesmo tempo, fraterna.

A partir da leitura que Fonseca faz do princípio constitucional da fraternidade, pretende-se abordar a grave dissonância existente entre o discurso internacional e o nacional sobre a fraternidade e a dinâmica das relações de poder que se estabelecem cotidianamente em relação às mulheres presas no Brasil.

Chama-se a atenção, no ponto, para como a intolerância de gênero, racial, social, de sexualidade, de religião, entre tantas outras, vem caminhando a passos largos e ganhando cada vez mais espaço no mundo, tornando-se comum a ocorrência de uma discriminação múltipla, que conjuga diversos fatores proibidos de discriminação.

91. FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 77.

92. *Ibidem*, p. 165 e 169.

93. *Ibidem*, p. 170.

94. *Ibidem*, p. 77.

95. *Ibidem*, p. 167.

Se o ideal de fraternidade traz em seu bojo, como bem explica Fonseca, a exigência de uma sociedade que contemple as diferenças e considere-as, é preciso contemporaneamente ler esse princípio, mais do que nunca, de modo que sua força normativa incida de maneira potencializada sobre as práticas e discursos de ódio, pois a lição mais importante que se extrai da obra do Ministro Fonseca, pensamos, é a de que a valorização da fraternidade é uma alternativa possível (e recomendável) para a materialização dos princípios constitucionais da igualdade e da liberdade, ou seja, é uma via sólida para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária.

3. CRITÉRIOS PROIBIDOS DE DISCRIMINAÇÃO E INTERSECCIONALIDADE

De acordo com diversos instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos editados pela Organização das Nações Unidas (ONU) — dentre os quais se destacam a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2006), todos incorporados ao direito interno —, considera-se discriminação qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou o feito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida.

Como já brevemente apontado, trata-se de um fenômeno social múltiplo e complexo cujas motivações, por isso mesmo, não podem ser reduzidas a um único fator. De todo modo, é possível estabelecer uma lista de critérios que geralmente são causas de discriminação entre as pessoas, quais sejam: a) gênero; b) raça; c) etnia; d) religião; e) orientação sexual; f) deficiência; e g) idade.

A apontada complexidade dos atos discriminatórios permite que se tenha cumulações destes critérios, com diferentes gradações, na medida em que, por exemplo, a injustiça sofrida por mulheres negras é diferente daquela experimentada por mulheres brancas, do mesmo modo que homens negros vivenciam tratamento preconceituoso que não pode ser equiparado ao dispensado às mulheres negras.

Dados do IPEA — Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, em estudo denominado Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015, revelam que as mulheres negras ocupam quase o dobro dos postos de trabalhos domésticos em comparação às mulheres brancas, além de receberem salários menores. O mesmo estudo, que analisa os dados de 1995 a 2015, confirma a hipótese: homens brancos são os que mais ganham, seguidos de mulheres brancas, homens negros e mulheres negras.⁹⁶

É justamente essa espécie de intercâmbio entre os critérios proibidos de discriminação, ao permitir um “cruzamento” de múltiplas formas de discriminação, que passa a justificar uma abordagem do fenômeno a partir da teoria interseccional (interseccionalidade). Trata-se, a interseccionalidade, de uma forma, de uma perspectiva, de uma abordagem distinta e qualitativa de se analisar a realidade da discriminação.

Essa teoria origina-se do estudo da sobreposição ou intersecção de identidades sociais e sistemas relacionados de opressão, dominação ou discriminação, isto é, ocupa-se em examinar como diferentes fatores biológicos, sociais e culturais, que se relacionam com os critérios proibidos de discriminação, interagem entre si múltipla e, muitas vezes, simultaneamente, para produzir o fenômeno discriminatório.

Defende-se que modelos clássicos de opressão existentes dentro das sociedades (como racismo, sexismo, xenofobia, homofobia, transfobia e intolerância religiosa, por exemplo) não operam isoladamente, senão de maneira inter-relacionada, provocando verdadeira discriminação múltipla, conforme anota Roger Raupp Rios:

(...) utiliza-se a expressão “discriminação interseccional” para a compreensão da categoria jurídica da discriminação múltipla como fenômeno original, irreduzível e inassimilável ao somatório de diversos critérios proibidos de discriminação de forma simultânea. (...). A discriminação interseccional ocorre quando dois ou mais critérios proibidos interagem, sem que haja possibilidade de decomposição deles. (...). A discriminação interseccional implica uma análise contextualizada, dinâmica e estrutural, a partir de mais de um critério proibido de discriminação.⁹⁷

96. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça – 1995 a 2015. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf>. Acesso em 29 mar. 2020.

97. RAUPP RIOS, Roger. Democracia e Direito da autodiscriminação: Interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. In: Revista Ciência e Cultura, v. 69, São Paulo, jan./mar. 2017.

O reconhecimento e a reprovação institucional da discriminação interseccional também chegaram ao Brasil.⁹⁸ Alyne da Silva Pimentel, jovem negra e pobre, faleceu em virtude de tratamento médico inadequado recebido em hospital público. O país figurou como denunciado perante o Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e constatou-se, em decisão de 2011, a presença de mais de um critério proibido de discriminação, “não apenas com base em seu sexo, mas também com base em seu *status* como uma mulher de ascendência africana e seu plano socioeconômico”.

Com efeito, aliás, foi no seio do feminismo negro estadunidense (o surgimento da expressão *black feminism* ocorre na segunda metade da década de 1970) que se passou a discutir o caráter interseccional dos atos de discriminação. Ampliando o movimento que até então era apenas composto por mulheres brancas e donas de casa, e restrito à busca por oportunidades de trabalho, o feminismo negro trouxe discussões sobre raça, classe, gênero, sexualidade, idade, etnia, nacionalidade, e evidenciou como os estereótipos de “mulas”, que aguentam qualquer carga de trabalho, e de donas de casa que limpam, cozinham e cuidam das crianças, recaíam sobre elas.

O estudo da interseccionalidade revela-se, portanto, fundamental para o conhecimento e a prática jurídica. Ao tornar visíveis situações discriminatórias não percebidas, abre-se a possibilidade de visibilidade de indivíduos e de grupos até então ignorados, conduzindo a maiores chances de sucesso as políticas públicas contra a discriminação.

Nesse contexto, a análise sobre a discriminação múltipla deve pautar-se por uma perspectiva qualitativa, considerando as experiências específicas do grupo subjugado, e não de maneira meramente quantitativa, sob pena de se perceber apenas parte da discriminação.

Colocadas estas premissas teóricas e ressaltada a necessidade de se considerar cada grupo social (análise qualitativa), passa-se a enfrentar a específica situação das mulheres encarceradas no Brasil para demonstrar a premissa estabelecida no início deste trabalho, qual seja, a de que o Poder Judiciário deve ser protagonista no combate à discriminação interseccional a partir de práticas restaurativas para resgatar as mulheres do cárcere, sem que isso implique impunidade, e com valorização do princípio constitucional da fraternidade.

98. No Brasil, o tratamento jurídico da discriminação múltipla ainda é incipiente, embora tenha avançado com a incorporação dos tratados e convenções internacionais. É possível destacar, para além do inciso IV do artigo 3º da Constituição: i) o Estatuto da Cidade (Lei 12.288/2010), em que há clara alusão à discriminação múltipla, inclusive com a definição de desigualdade de gênero e raça e menção explícita a mulheres negras; e ii) a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), na qual são previstas diretrizes para que se tenha atenção à intersecção racial, social e étnica em casos de violência contra a mulher.

4. AS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

O Brasil ostenta nada menos do que a quarta maior população carcerária feminina do mundo, com cerca de 37,7 mil mulheres presas, com índice de crescimento dobrado em relação aos homens, segundo dados de 2019 do Departamento Penitenciário Nacional.⁹⁹

Desse contingente de mulheres encarceradas, as mulheres negras e pobres são a grande maioria. A escolaridade é outro fator que pesa. Em um estudo feito em mais de 176 países, chegou-se à conclusão de que as mulheres com formação escolar até o secundário se veem forçadas a recorrer ao tráfico de drogas para sua subsistência. O desemprego feminino também é uma das causas para a prática de atividade delituosa.¹⁰⁰

Quando se analisa o perfil das mulheres encarceradas, percebe-se, facilmente, um padrão: em sua grande maioria, são pessoas negras ou pardas (66%), pobres, que já foram alvo de algum tipo de violência (física, sexual ou psicológica), com baixo nível de escolaridade, fruto de uma família desestruturada e presa por tráfico de drogas.¹⁰¹

Aliás, a chamada Nova Política Nacional sobre Drogas (Lei nº 13.840/2019), ao prever o tratamento baseado na abstinência, no apoio de comunidades terapêuticas (geralmente de cunho religioso) e no estímulo à visão de que são as circunstâncias do flagrante que devem determinar se o indivíduo é um usuário ou traficante, somente tende a agravar esse quadro de encarceramento, pois já se revela ineficaz ao tratamento do problema.

Assim, tem-se que a política brasileira sobre drogas se intersecciona com o encarceramento feminino de modo que reduzir esse padrão de encarceramento a uma mera coincidência é uma forma extremamente simplista e incompleta de se lidar com esse fenômeno social que, a toda evidência, não se compatibiliza com a abordagem qualitativa da interseccionalidade.

Com efeito, as mulheres apresentam demandas e necessidades diferenciadas quando comparadas aos homens encarcerados, razão pela qual o

99. Disponível em: < <https://bit.ly/3aOiKLz>>. p. 06. Acesso em 12 mar. 2020.

100. CLOUTIER, Gretchen. Latin America's Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. In: *Clocks and Clouds*, n. 1, vol. 7, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8DINI>>. Acesso em 24 fev. 2020.

101. De acordo com dados do INFOPEN, "crimes relacionados ao tráfico de drogas correspondem a 62% das incidências penais pelas quais as mulheres privadas de liberdade foram condenadas ou aguardavam julgamento em 2016, o que significa dizer que 3 em cada 5 mulheres que se encontram no sistema prisional respondem por crimes ligados ao tráfico". Disponível em: < <https://bit.ly/3aOiKLz>>. Acesso em 12 mar. 2020.

reconhecimento dessa diferença e a importância de sua consideração, isto é, do entendimento de que as presas compõem um grupo único e particular, é um passo fundamental para a compreensão da discriminação múltipla.

É que, para a sociedade, as mulheres são, via de regra, as únicas responsáveis por seus filhos, concebidos fora ou dentro do cárcere. No primeiro caso, há uma nítida desestruturação da família e, no segundo, é evidente a falta de auxílio estatal adequado durante e após a gestação. A população carcerária feminina, por fatores biológicos (como o ciclo menstrual), também reclama maior atenção quanto a aspectos higiênicos e esse cuidado não tem sido a elas direcionado.

Essa negligência do sistema prisional brasileiro com a mulher, que também insiste em negar-lhes o direito à prisão domiciliar ou ao regime aberto para que possam cuidar dos filhos, em que pese previsão no Código de Processo Penal permitindo a prisão domiciliar, apenas acentua sua exclusão e opressão, evidenciando como a experiência do cárcere é muito mais gravosa às mulheres do que aos homens.

Ou seja, o encarceramento feminino é cíclico e contempla a exclusão social, a pobreza e a opressão perante uma sociedade machista e excludente. A partir disso, a mulher, subalternizada socialmente, busca, no crime, uma solução para os seus problemas financeiros, acabando na prisão por ser o braço mais vulnerável do crime organizado.

E, uma vez dentro do sistema prisional, ela se depara com uma realidade na qual o Estado dispensa-lhe o mesmo tratamento que dá aos homens, olvidando-se de adaptar a estrutura e o funcionamento das prisões às suas necessidades, ou seja, age desconsiderando o critério proibido de discriminação do gênero.

5. O PODER JUDICIÁRIO E A INTERSECCIONALIDADE: JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO RESGATE DA MULHER ENCARCERADA – CEMSU/TJPR

Igor Ajouz bem relembra que a solidariedade, que é uma das dimensões da fraternidade, pode ser analisada por uma perspectiva vertical, pela qual o Estado, por intermédio de sua estrutura administrativa, se ocupa das ações públicas destinadas à remoção dos obstáculos que impeçam o livre desenvolvimento

da personalidade de seus cidadãos, a partir de recursos captados de toda a coletividade.¹⁰²

O importante escólio do Ministro Reynaldo Soares Fonseca, como visto anteriormente, é o de que a fraternidade é uma via essencial e extremamente útil para a resolução de conflitos.

É dever institucional do Poder Judiciário, como parte integrante do Estado, promover políticas que visem à diminuição da desigualdade social e ao respeito às diferenças, pois somente assim será atingido um dos principais objetivos da República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Em se tratando, especificamente, da situação das mulheres presas no Brasil e de suas particularidades, que é o enfoque sob o qual se analisará o papel do Poder Judiciário, fazer uma leitura qualitativa desse encarceramento e adequada, portanto, ao reconhecimento da discriminação interseccional se revela como a perspectiva mais propícia para o direcionamento de sua atuação em conformidade com o princípio da fraternidade.

À luz da fraternidade, portanto, de que modo o Poder Judiciário pode atuar para quebrar o círculo vicioso do encarceramento?

Para valorizar o princípio da fraternidade como instrumento de combate à discriminação interseccional sofrida pelas mulheres encarceradas, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por meio de sua 2º Vice-Presidência, vem analisando a temática sob o ponto de vista da discriminação múltipla, tendo passado a alcançar resultados positivos a partir do entendimento de que o emprego de práticas restaurativas se conforma ao princípio da fraternidade.

A Resolução nº 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, conceitua, estrutura e traz institutos da prática restaurativa.

Extrai-se da Resolução nº 225/2016, do CNJ, que a Justiça Restaurativa é formada por um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e de violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano são solucionados de modo estruturado, com a necessária participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um

102. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 214.

ou mais facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa. As práticas restaurativas têm como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

A justiça restaurativa existe, portanto, para conscientizar as pessoas sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores da violência, pois acredita-se que, desta forma, fornece uma alternativa ao clássico modelo punitivo que já se mostrou incapaz de quebrar o ciclo da violência.

No Tribunal de Justiça do Paraná, criou-se a chamada Central de Medidas Socialmente Úteis (CEMSU), que tem um enfoque restaurativo e funciona como um espaço para o desenvolvimento de práticas dessa natureza, com a presença do facilitador restaurativo. A Central tem se ocupado do resgate das mulheres encarceradas a partir de práticas restaurativas com aquelas que se encontram em prisão domiciliar ou regime aberto, com o propósito de impedir nova prática delitiva.

Nesse espaço, utilizam-se métodos restaurativos como os Círculos de Construção de Paz, uma expressão dos processos circulares nos quais as mulheres infratoras falam, ouvem e discutem entre si as circunstâncias que motivaram a infração praticada. A conscientização sempre é o foco da reunião.

Esses encontros funcionam como verdadeiras terapias por meio de métodos cognitivos comportamentais entre as mulheres, os familiares e a rede de proteção, dando estrutura para que a mulher infratora encontre, por si, a porta de saída do tráfico (como visto, um dos crimes mais comuns por elas praticados), para que seus filhos possam ser encaminhados à escola, para que consiga, enfim, ter condições mínimas de se afastar das pessoas que a inseriram no mundo do crime.

A questão dos filhos é uma grande preocupação. Muitos deles nascem dentro dos estabelecimentos prisionais e vivenciam as consequências oxidantes do cárcere desde sempre; outros, com a prisão de suas mães, acabam desamparados. No fim das contas, as crianças são uma das maiores vítimas do encarceramento feminino, e é por isso que a rede de proteção à infância também participa da prática restaurativa, fornecendo o suporte necessário para a tutela desses direitos.

As mulheres que participam das práticas restaurativas na CEMSU são, em regra, mulheres presas preventivamente que tiveram a prisão domiciliar concedida por força do art. 318, incisos IV e V, do Código de Processo Penal, incluídos na legislação processual pelo Marco Legal da Primeira Infância (Lei 13.257/2016, art. 41). Por tal direito, a prisão preventiva de mulheres gestantes e com filhos menores de 12 anos de idade, é substituída por prisão domiciliar, desde que o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça ou contra a própria criança.

Nesse ponto, deve ser mencionada a decisão do Supremo Tribunal Federal de conceder *habeas corpus* coletivo para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda, exceto na hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes ou, ainda, em outras situações excepcionálíssimas, as quais só poderiam vir a impedir a substituição prisional por meio de fundamentação judicial apropriada (HC 143.641/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Não podem deixar de ser mencionadas, ainda, as Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras, conhecidas por Regras de Bangkok. Adotadas pelos Estados-Membros da ONU, essas normas visam dar atenção às especificidades de gênero no encarceramento feminino. Como exemplo nesse sentido, a Regra 42, pela qual o “regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as”. Com isso, tutela-se, de forma especial e específica, os direitos dos nascituros/filhos das gestantes/mães encarceradas, para que esses não passem, nos primeiros anos de vida, injustamente, pelas agruras do sistema prisional brasileiro.

O Poder Judiciário paranaense, conferindo o maior alcance aos direitos previstos na Constituição Federal (artigos 6º, 227 e 229), nas Regras de Bangkok e no Marco Legal da Primeira Infância, lendo interseccionalmente a situação das mulheres presas, trabalha a questão de gênero, raça, classe social, entre outras, como elementos fundamentais que se relacionam e promovem um círculo vicioso de criminalidade e encarceramento, propondo, então, uma alternativa pela Justiça Restaurativa que, por valorizar a dignidade das

mulheres, se apresenta em conformidade com o princípio da fraternidade em sua dimensão de via possível e recomendável de resolução de conflitos.

Como bem ressaltado pelo Ministro Reynaldo Soares Fonseca, o princípio da solidariedade pode ser coerente e adequadamente utilizado pelos tribunais como “chave analítica normativamente válida” para enfrentar as desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais.¹⁰³

Se é preciso combater a discriminação interseccional, a única saída para recuperar essas mulheres e integrá-las à sociedade não pode ser a da lógica (opressora) da prisão que, com efeito, contribui para o aumento do problema. A prisão, principalmente para as mulheres (e seus filhos), representa, na prática, um abandono social e institucional, uma ausência absoluta de amparo.

Nessa perspectiva, afigura-se que é por meio da justiça restaurativa que se tem a chance de escrever uma nova história para essas mulheres, na medida em que essas práticas restaurativas partem da consideração das circunstâncias que levaram essas mulheres à prática delitiva.

A Justiça Restaurativa colocada em prática pela CEMSU/TJPR (Grupos Reflexivos: Mulheres e Gênero e os Círculos de Construção de Paz), ao aplicar o princípio da transformação do ser humano para propiciar à mulher infratora uma reflexão sobre seus erros e sobre as circunstâncias que os originaram e, principalmente, dar-lhe um espaço de fala, valoriza a sua dignidade e, na mesma exata medida, concretiza o princípio constitucional da fraternidade, funcionando, ainda, como um método de prevenção da criminalidade.

O objetivo da CEMSU/TJPR é resgatar as mulheres do cárcere a partir de uma abordagem mais adequada à construção de uma sociedade fraterna. A lógica da opressão deve perder a cada dia mais espaço para a lógica do empoderamento feminino — e isso só é possível se a criminalidade feminina começar a ser lida a partir de todos os critérios proibidos de discriminação que a fomentam.

A partir da compreensão, pelo Poder Judiciário, do fenômeno da discriminação interseccional ou múltipla, é possível direcionar sua atuação para o combate efetivo à desigualdade e ao preconceito, promovendo o princípio da fraternidade que está constitucionalmente obrigado a observar.

103. FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 168.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discriminação múltipla ou interseccional é uma realidade mundial que não se pode nem negar, nem esquecer e nem negligenciar. O fenômeno social complexo da discriminação envolve vários critérios proibidos de discriminação que, no âmbito da criminalidade feminina, promove um círculo vicioso de punição e encarceramento.

Diante desse quadro caótico — o Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo —, os Poderes Públicos têm sido internacionalmente constringidos a adotar políticas que tenham o condão de combater a discriminação interseccional, e essa tarefa se estende ao Poder Judiciário, responsável final, paradoxalmente, por efetivamente produzir esse encarceramento em massa.

Considerando que a criminalidade das mulheres decorre de fatores múltiplos como o gênero, a raça, a classe social e, especificamente no Brasil, a política de drogas adotada, a resposta tradicional da prisão não pode ser a única colocada em prática, mormente quando há um dever institucional e fundamental de fraternidade por parte do Estado e de toda a sociedade. Com efeito, há um apelo à consciência coletiva acerca dos deveres fundamentais da cidadania na construção de uma sociedade justa e equilibrada.¹⁰⁴

As valiosas lições do Ministro Reynaldo Soares Fonseca, em sua obra *O princípio constitucional da fraternidade* e seu resgate no sistema de justiça, revelam como o espírito fraterno tem o condão de servir como alternativa válida e cogente para a situação das mulheres encarceradas no Brasil. Como pontua o autor, a redescoberta da fraternidade “apresenta-se como fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelos democratas”.¹⁰⁵

Problemas complexos não envolvem soluções fáceis. Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, realizando uma leitura interseccional da discriminação que afeta as mulheres encarceradas, vem promovendo, por meio de sua Central de Medias Socialmente Úteis (CEMSU/TJPR), o resgate das mulheres presas a partir de uma abordagem nova, adequada ao dever fundamental de fraternidade, calcada na prática da justiça restaurativa.

104. AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: Revista SÍNTESE Direito Previdenciário, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012. p. 216.

105. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 169.

A justiça restaurativa, nesses casos, tem se mostrado como um instrumento capaz de enfrentar e diminuir os efeitos oxidantes que a discriminação múltipla, sofrida pelas mulheres no cárcere, promove. Sem sombra de dúvidas, é o método mais indicado para tratar do problema do encarceramento feminino, devendo ser adotado por todo o Poder Judiciário.

Há uma mudança de paradigma ocorrendo e o Poder Judiciário, como expressão do Estado e um dos maiores responsáveis pela tutela dos direitos, deve assumir uma posição de destaque ou protagonismo no enfrentamento da discriminação interseccional a partir de uma aplicação séria do princípio constitucional da fraternidade.

Evidencia-se a importância e a necessidade da compreensão da discriminação interseccional para a correta concretização do princípio da igualdade como mandamento antidiscriminatório, figurando a fraternidade como um fator de equilíbrio, na lição de Reynaldo Soares Fonseca.

Uma vez percebida e compreendida, o combate à discriminação terá mais condições de prosperar, a partir de uma interpretação contextualizada, estruturada e dinâmica do princípio da fraternidade, para o que a atenção para a interseccionalidade da discriminação é fundamental, dada a crescente complexidade da vida individual e coletiva. No caso das mulheres encarceradas, a análise interseccional da discriminação sofrida impõe a conclusão de que a justiça restaurativa é o caminho que se mostra conectado à fraternidade.

Afinal, como bem sintetiza Reynaldo Soares Fonseca, a fraternidade não exclui direito algum e vice-versa,¹⁰⁶ razão pela qual vem sendo proclamada por diversas constituições modernas por se revelar como um mecanismo importante na tutela dos direitos de liberdade e igualdade.

REFERÊNCIAS

AJOUZ, Igor. O conteúdo axiológico dos princípios da subsidiariedade e da fraternidade: apontamentos para a compreensão do sistema de assistência social. In: **Revista SÍNTESE Direito Previdenciário**, São Paulo, ano 10, n. 46, p. 201-223, jan./fev. 2012.

CLOUTIER, Gretchen. Latin America's Female Prisoner Problem: How the War on Drugs, Feminization of Poverty, and Female Liberation Contribute to Mass Incarceration of Women. In: **Clocks ans Clouds**, n. 1, vol. 7, 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2Q8DINi>>. Acesso em 24 fev. 2020.

106. FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 169.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade**: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FREDMAN, Sandra. **Discrimination law**. 2. ed. New York: Oxford University, 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. 4. ed. Brasília: Ipea, 2011. p. 28 e ss. Disponível em: <<https://bit.ly/3cTsLJr>>. Acesso em 12 mar. 2020.

MEDEIROS, Marcelo; COSTA, Joana. O que entendemos por “feminização da pobreza”? Disponível em: <<https://bit.ly/2W42rX7>>. Acesso em 12 mar. 2020.

RAUPP RIOS, Roger. Democracia e Direito da autodiscriminação: Interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. In: **Revista Ciência e Cultura**, v. 69, São Paulo, jan./mar. 2017.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS MÉTODOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

MARCO AURÉLIO GASTALDI BUZZI¹⁰⁷

VITÓRIA DE MACEDO BUZZI¹⁰⁸

“[...] É muito mais fácil mudar as leis de um país do que modernizar seus costumes e transformar as mentalidades”.

Fábio Konder Comparato¹⁰⁹

O propósito da presente composição não é o de proceder uma investigação acerca do tema apresentado, mas empreender no sentido de propor uma reflexão sobre a boa coligação formada entre a política pública do Poder Judiciário voltada aos Métodos mais Adequados de Solução de Conflitos e o Princípio da Fraternidade, posto que os primeiros, na concepção intuída neste discurso, somente se concretizam caso operem em plena sintonia com o último.

É que a prática de dirimir litígios, por intermédio dos sistemas da jurisdição tradicional, materializa-se exclusivamente quando atua de modo vertical, adversarial e coercitivo. Diversamente, os sistemas consensuais de pacificação social, ao solucionar um conflito, formulam um produto final considerado de qualidade inigualavelmente superior à sentença judicial.

O comando judicial é superado pelo ajuste promovido diretamente entre as partes, essencialmente porque o fruto da mediação e da conciliação resulta do pleno exercício da negociação, que só existe na exata proporção com que opera imbuída de solidariedade e fraternidade, pressupostos lógicos da atuação dos sujeitos nesta seara, e sem os quais seria vã a busca pela composição.

Falar, portanto, no fraterno e solidário resultado construído pelo consenso entre aqueles que seriam supostos contendores, é refletir sobre noções

107. Professor, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra, Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

108. Advogada, mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

109. COMPARATO, Fábio Konder. Rumo à Justiça. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

próprias da formação humanista, a qual, desde sempre, é fundante, provedora e disseminadora de benefícios gerados pelo constante progresso, não apenas de festejados institutos e princípio jurídicos, mas, sobretudo, protagonista do aperfeiçoamento do *ethos vivendi* das sociedades.

Daí que, para discorrer sobre o fraternal consenso, é indispensável aludir à longa caminhada dos direitos humanos no bojo da sua trajetória histórica.

Segundo a noção estabelecida no âmbito da Organização das Nações Unidas¹¹⁰, o que se categoriza como Direitos Humanos¹¹¹ deve reportar a garantias que protejam indivíduos e grupos contra ações ou omissões (do Estado) que atentem contra a dignidade humana. Quando acolhidos em determinado sistema jurídico, convertem-se em Direitos Fundamentais.

Essa visão não deixa de ser oriunda de concepção bastante impregnada de pragmatismo, pois adota referencial no sentido de que os Direitos Humanos são categorizados como Fundamentais quando admitidos, e só então, no seio de dado ordenamento jurídico. Quanto a essa prumada, é prudente fazer a ressalva de que, no mundo das ideias não há proibição a divergências conceituais e, pois, científicas operacionais.

De qualquer sorte, a teoria liberal de Direitos Humanos entende que o grande feixe de direitos garantidores de mudanças substanciais nas relações humanas, que verdadeiramente resultara no resgate do bem comum, passou a militar de modo mais nítido a partir de episódios que deram maior apuro às noções de cidadania.

A independência dos Estados Unidos, cujo ápice culminou no advento da sua Constituição (1787), e a Revolução Francesa, por via da qual foram definidos direitos individuais e coletivos com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, divulgada em agosto de 1789, são marcos importantes na longa caminhada rumo à consolidação das categorias fraternidade e solidariedade como bens jurídicos merecedores de proteção normativa.

Não que ao longo da história jamais houvesse ocorrido outro momento de grave e evidente preocupação com a tutela de direitos reputados essenciais para o aperfeiçoamento da cidadania, como bem pode demonstrar o advento

110. A Organização das Nações Unidas (ONU) é uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial. Atualmente, a estrutura central da ONU fica em Nova York, com sedes também em Genebra (Suíça), Viena (Áustria) e Nairóbi (Quênia), além de escritórios espalhados em grande parte do mundo.

111. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações.

da Revolução de 1848, identificada como “A Primavera dos Povos”, iniciada na França, que espalhou seus ideais liberais por várias partes do mundo, e foi decisiva para a implantação da democracia em diversos países.

A Magna Carta e a Carta Florestal, elaboradas na Grã-Bretanha no século XIII, igualmente merecem ao menos referência quando o assunto mira relevantes conquistas sociais, pois garantiram direitos, a princípio à nobreza, e mais tarde aos demais cidadãos¹¹², contra o poder absoluto dos reis.

A longa senda desse tumultuado itinerário que conduziu os povos à consolidação de progressivas e importantes conquistas no âmbito dos direitos individuais e coletivos, recomendou a criação de uma metodologia de análise capaz de bem definir os períodos temporais, as modalidades de direitos e as razões preponderantes que militaram para a consolidação dos respectivos benefícios.

Daí a segmentação, por parte da teoria liberal de Direitos Humanos, das épocas e dos episódios, de modo a melhor identificar e entender os fenômenos que deram origem às muitas vezes radicais modificações do *ethos vivendi* até então mantido no seio de determinada sociedade, observando-se que a substituição dele por outro, no mais das vezes, deu-se ao custo de milhares de vidas humanas¹¹³.

Assim, não negligenciado o contexto histórico do período pertinente ao final do século XVIII, é viável identificá-lo como alusivo à fase dos direitos humanos de primeira geração, percebendo-se, evidentemente, que nele o principal vetor a exigir tutela dizia respeito à ideia clássica de liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos, considerados de imediata aplicação pois, para serem alcançados, bastava a não atuação ou não interferência do Estado. Chamados também de direitos de *status negativus*, representaram um limite ou controle à ação dos poderes públicos¹¹⁴.

Os direitos humanos de segunda geração, locados no pós Primeira Guerra Mundial, privilegiaram a ideia do Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*), a qual exigiu a implementação de políticas públicas voltadas ao acesso à saúde, educação, habitação, ao trabalho, ao lazer, etc. São os direitos econômicos,

112. É importante pontuar que somente quem possuía o status de cidadão era detentor de direitos na época. Tal status, contudo, excluía a maior parte da população.

113. SOUZA, Isabela. Direitos Humanos: conheça as três gerações. *In: Politize!*. [S. l.], 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

114. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal. 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

sociais e culturais, cujo alcance pressupõe a intervenção positiva do Estado. Por serem direitos prestacionais, o Estado deve atuar para que sejam efetivamente materializados através de políticas públicas.

Nessa mesma senda surgem os direitos humanos de terceira geração, a contar dos anos 1960, quando passa a ser dada efetividade à proteção do ideal de fraternidade ou solidariedade, contemplando-se os direitos difusos, cujos benefícios são outorgados a múltiplos titulares, indeterminados ou não. É a vez os direitos coletivos.

Por intermédio da teoria geracional de Karel Vasak¹¹⁵, é possível, portanto, distribuir os direitos humanos em: **primeira geração (liberdade), segunda geração (igualdade) e terceira geração (fraternidade)**.

A quarta geração de direitos humanos, para alguns em vias de consolidação, decorreria da globalização dos direitos. Referem-se, em seu conteúdo, à tutela dos direitos “à democracia direta, à informação e ao pluralismo”¹¹⁶, e englobariam inclusive os direitos relacionados à bioética e à tecnologia.

Todavia, já há algum tempo, fala-se nos direitos de quinta, sexta, sétima e oitava gerações, em que pesem as críticas dos que entendem que tal partição, ainda que teórica, acerca do tratamento dispensado aos direitos humanos, em verdade apenas substitui uma geração por outra, sendo que a enumeração dada a ela cria a ideia de superação até mesmo de hierarquia entre os institutos que lhes são atinentes¹¹⁷.

Ainda, é necessário pontuar criticamente que a conquista dos direitos humanos não pode ser vista como sempre linear, como faz crer a separação geracional, e tampouco universal, e pode avançar ou retroceder em diferentes períodos históricos.

Fora isso, há de se mencionar, também, que os críticos da própria teoria tradicional de direitos humanos apontam a necessidade de, em primeiro lugar, reconhecer-se que a tal teoria não é a única, mas sim mais uma forma de se compreender os direitos humanos; e, em segundo lugar, de se reconhecer tal formulação como liberal e fortemente eurocêntrica. Nesse sentido, merecem

115. Karel Vasak foi Primeiro Secretário-geral do Instituto Internacional de Direitos Humanos em Estrasburgo (1969), diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO e assessor jurídico no referido instituto e na Organização Mundial de Turismo. Em 1979, Vasak propôs uma divisão dos direitos humanos em gerações, inspirado nos ideais da Revolução Francesa sob a tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

116. MACHADO, op. cit., p. 129.

117. TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 5 jul. 2020.

referência as teorias críticas de Direitos Humanos que, rompendo com os fundamentos da teoria tradicional, reivindicam a necessidade, em um contexto de pluralismo, de se reconhecerem as múltiplas formulações de direitos em seus respectivos contextos¹¹⁸.

As críticas, inclusive, tornam-se bastante unânimes quando apontam que, observando-se a classificação, ou escala de graduação, os direitos ora em mira são tratados de modo fragmentado, afrontando a indivisibilidade dos direitos humanos, o que, ao invés de agilizar e auxiliar no seu trato, pode dificultar interpretações sobre o seu conteúdo¹¹⁹.

Não obstante, é relevante não olvidar, segundo Alexandre de Moraes¹²⁰, que, na atualidade, na maioria dos países organizados sob a égide do estado de direito, são as respectivas constituições que envergam a proteção aos direitos que dizem respeito aos direitos fundamentais aqui tratados, inclusive os direitos à solidariedade e fraternidade.

E, em que pese possa ser relevante o enquadramento dos direitos humanos no âmbito de um catálogo temporal, de sorte a viabilizar o exame das reais circunstâncias sociais, políticas e econômicas reinantes ao tempo do respectivo surgimento, eventual divergência quanto ao enquadramento deles nesta ou naquela divisão de geração, não impede a análise das peculiaridades pertinentes aos seus respectivos nascedouros, o que, aliás, torna ainda mais confiável o estudo.

Para dar suporte à observação acima lançada, é valioso trazer para o bojo desta exposição o escólio de Celso Lafer, quando deixa ver que, no seio de uma sociedade que se pauta pela defesa de direitos (sociedade inclusiva), várias são as consequências deste seu agir. A inicial e muito relevante, entre todas elas, diz respeito ao reconhecimento de que o **primeiro direito de todo indivíduo é o de ter direito a direitos**¹²¹.

Valendo-se dessa perspectiva de segmentar para então analisar o contexto histórico e sociológico de determinado fenômeno jurídico, de sorte a buscar sua melhor compreensão e análise, igualmente não há como deixar de reputar a lição dada por Mauro Cappelletti em sua festejada obra *Acesso à Justiça*¹²².

118. GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. *Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico*. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019.

119. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

120. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

121. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

122. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Nor-

Ambos aportes possuem em comum a preocupação com o relevante papel da paz social, esteja ela contida e garantida no preceito de direito material, ainda que sob uma ótica preponderantemente principiológica, esteja ela sendo resguardada por via do incremento de métodos mais adequados de acesso à jurisdição.

Se, para Bonavides, o direito à paz está na quinta modalidade de geração de direitos¹²³, aos olhos de Cappelletti ela está exatamente na circunstância de que Estado e Sociedade buscam garanti-la forjando instrumentos que possam ser manuseados e acionados precipuamente para esse fim, de pacificar conflitos, por via de práticas elementares. Daí a necessidade não apenas de se idealizar, mas, principalmente, de se prestar o acesso mais pronto possível à ordem jurídica justa, o que há de ser feito por ferramentas capazes de tanto propiciar.

O mestre italiano preconizou três ondas renovatórias do processo, as quais constam como fatores capazes de ensejar grande aperfeiçoamento da atividade fim do Estado juiz, enquanto voltada à prestação da tutela jurisdicional como fator de pacificação.

A primeira onda renovatória diz respeito à propiciar o acesso à justiça por parte dos mais pobres; a segunda, preconiza a tutela de interesses coletivos; e a terceira, aborda a desconstrução do processo tradicional para admitir métodos mais adequados de resolução de conflitos.

Assim, a mobilização inicial – primeira onda renovatória – referida por Cappelletti diz respeito à facilitação do acesso à justiça, a ser concretizada por intermédio da assistência jurídica (não só judiciária), que superaria o grave fator excludente da obtenção tanto de eventual orientação jurídica quanto do acesso à tutela jurisdicional.

A superação desse óbice está na concessão do benefício da gratuidade dos custos da contratação do advogado ou advogada, bem como do pagamento das custas judiciais, de sorte que também aos menos abastados, aos pobres, aos miseráveis, seja possível tanto consultar o (a) advogado (a) para, seja a título preventivo, seja ante a iminência de um conflito, obter esclarecimentos acerca de eventuais dúvidas sobre os direitos em jogo.

No mesmo norte está a isenção do pagamento das custas judiciais, de modo a ver desobstruído o acesso à propositura de demandas voltadas à proteção de interesses eventualmente sonogados.

thfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

123. BONAVIDES, Paulo. Palestra proferida no CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS, 2, 2008, Fortaleza, de 03 a 05 de abril.

Como segunda onda renovatória do processo identificou-se a tutela de interesses coletivos, atualmente já incorporada aos nossos sistemas jurídicos, com moldura até mesmo mais sofisticada do que aquela proposta originalmente, pois está garantida a proteção e, pois, tutela judicial aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹²⁴.

Tais direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos foram albergados na Constituição Federal de 1988, mas igualmente obtiveram tratamento normativo ao advento da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Como visto, essa modalidade de tutela, até pouco tempo, era inexistente ou, quando muito, a parte ou as partes interessadas em buscar guarida à pretensão de interesse coletivo, se sujeitariam ao intento de um cem número de demandas judiciais, ainda que o objetivo derradeiro fosse alcançado por um comando judicial de idêntico conteúdo para todas as lides.

A terceira onda renovatória do processo guarda pertinência com a desconstrução do processo tradicional, o que nada tem a ver com destruição da via judicial, mas sim com a construção de métodos mais adequados de resolução de conflitos, como bem defende o Professor Kazuo Watanabe, principal construtor da Resolução nº 125-CNJ/2010¹²⁵.

E, reiterar-se, os instrumentos de pacificação social ideados para utilização quando houver conflito, profusamente incluídos nos normativos, devem admitir franca identificação e fácil manuseio, posto que exatamente para esse fim, de pacificar conflitos, é que foram concebidos e introduzidos nos sistemas jurídicos. Daí a necessidade não apenas de se fazer constar nos códigos os preceitos que aludem à proteção de direito, mas, principalmente, aferir, verificar se o acesso à ordem jurídica pode ser efetiva e eficazmente prestacionado por meio daquelas ferramentas anunciadas.

É exatamente nesse sentido que ensina o constitucionalista lusitano José Gomes Canotilho¹²⁶, mormente quando aborda o indiscutível valor das declarações que reconheceram os mais relevantes direitos a bem da humanidade,

124. BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

125. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

126. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

jamais deixando de aduzir, todavia, que, em que pese a relevância da sempre gloriosa época das declarações de direitos, presentemente, com grande premissa, esta mesma humanidade necessita e deseja ver aqueles declarados direitos efetivamente prestados.

Agora é o tempo dos direitos prestacionais.

A igualdade de direitos, o acesso à educação e à saúde, a garantia à subsistência digna, entre tantos outros indispensáveis direitos hodiernamente já reconhecidos, agora, mais do que nunca, o cidadão contemporâneo quer vê-los prestacionados, efetivados, conduzidos diretamente dos textos legais para dentro do cotidiano das suas vidas, a bem da sua família, da sua vida, da sua segurança e da sua felicidade, enfim.

Mais do que nunca, por todo o planeta, a sociedade politicamente organizada anseia ver efetivados, concretizados, prestados no mundo real aqueles direitos já reconhecidos e declarados nas Cartas Constitucionais e nas legislações ordinárias.

Aí está o propósito deste texto.

A paz, fruto da solidariedade, da fraternidade, é o ápice das aspirações de todos os povos, por todo o mundo, como também o é de todo cidadão e cidadã, no dia a dia do seu trabalho, na rotina da sua vida.

Onde quer que se encontre o interessado, o vetor que a justifica, desde os primórdios da humanidade, tem a ver com a necessidade do humano ao convívio social, constituindo-se, a vida pacífica em comunidade, como o grande tento capaz de sustentar o seu consistente progresso ou a sua infeliz derrocada. Tal percepção emerge desde a da pré-história, reagindo e adaptando-se ao progresso gerado ao longo da extensa caminhada, não sendo possível olvidar que as balizas do acesso à paz estão situadas, preponderantemente, nos estuários da solidariedade e da fraternidade.

Em que pese a tão desejada segurança jurídica, garantida preponderantemente por via das prescrições contidas nos sistemas jurídicos construídos nos parlamentos, não há equívoco ao recordar que durante anos, no Brasil, os Métodos mais Adequados de Resolução de Conflitos, grande vetor de pacificação social e, pois, da solidariedade e fraternidade, foram levados às populações sem que houvesse um mínimo regramento.

As atividades realizadas nos núcleos hoje denominados Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSCs), como não se almeja fazer remissão tópica ao tempo do Império, e sua Constituição de 1824, em época

mais recente remontam à fase ainda anterior aos próprios Juizados de Pequenas Causas, estes disciplinados, já tardiamente, pela Lei nº 7.244/84, os quais foram seguidos pelos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), em resposta a iniciativas absolutamente informais adotadas por juízes de direito e advogados, em programas que visavam exatamente a solução de conflitos de interesses por meio de mecanismos mais céleres e simplificados, sem custos e informais, em muito diferenciados do sistema tradicional de jurisdição.

Ainda que à guisa de ilustração, vale recordar e referir a iniciativas em tudo informais, pois não amparadas em normativo algum, vez que inexistentes à época, quando na longínqua década de 1970, muitos dos juristas que viriam a encabeçar o FONAJE (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), valendo-se tão somente do princípio da licitude e, pois, do ânimo de solidariedade, instalaram país afora postos de atendimento às populações, destacadamente às mais carentes, levando até elas métodos de solução de conflitos, via de regra incrementados por meio de procedimentos extrajudiciais (mutirões), promovendo conjuntamente o indispensável atendimento à cidadania (registros tardios de nascimento, título de eleitor, encaminhamento à alfabetização, etc.).

Esses serviços serviram de base para que, anos mais tarde, fosse concebido e implementado o programa nacional Justiça Cidadã, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão do Poder Judiciário criado pela Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004 e instalado no dia 14 de junho de 2005, inicialmente sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, em cuja gestão foi aprovado o antes referido projeto, concebido pela magistrada paulista Mariela Ferraz e por este cossignatário.

Posteriormente, sob a presidência da Ministra Ellen Gracie, igualmente no âmbito do CNJ, concretizou-se a implementação do projeto Justiça Cidadã, agora já convertido no atual programa “Movimento pela Conciliação”, o qual durante anos foi coordenado por aqueles juízes e juízas que o conceberam, sendo que na gestão do Ministro Gilmar Mendes promoveu-se a grande expansão, e instalação, por todo o território nacional, dos originários Postos de Atendimento e Conciliação (PACs), renomeados posteriormente de CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos).

O advento da Resolução nº 125-CNJ/2010 deu-se sob a presidência do Ministro Peluso, concebida sob a laboriosa atuação do Professor Kazuo Watanabe, o seu mentor. O que se observou foi nada mais que a fraternidade semeando

a paz social, em práticas capitaneadas pela magistratura, a bem do resgate da cidadania.

Conforme referia Ada Pellegrini Grinover¹²⁷, presencia-se no Brasil o ressurgimento dos Métodos mais Adequados de Solução de Conflitos, os quais, ao contrário do que ocorrera ao tempo da sua implementação, quando neles se atuava sem apoio normativo algum, atualmente contam com um microsistema legal próprio, conforme está na Resolução nº 125-CNJ/2010, na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e no atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

A referência acima declinada vale para ressaltar que os sistemas jurídicos, destacadamente quando detém origem latina, primam por levar à formalização todas as regras que possam balizar o dia a dia dos cidadãos e cidadãs.

Dando sequência a esta abordagem, no que tange à inclusão nos sistemas normativos dos direitos fundamentais à tutela de determinados interesses ou ao desenvolvimento de políticas públicas, a atual Constituição Brasileira (1988) atribuiu plena relevância ao caráter humanístico dos referenciais (valores) que entendeu prestigiar. Essa opção ideológica, voltada, sim, para o essencialmente humano e para a cidadania, torna evidente a meta eleita pela construção de uma sociedade fraterna.

Já no seu preâmbulo está afirmada a opção pela construção “[...] de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”¹²⁸. Daí porque resta evidente que categorias como a fraternidade e a solidariedade, ainda que haja quem diga terem restado normatizadas de modo tímido, acabaram sendo levadas para o interior dos normativos, seja por via direita, seja por equivalência categórica¹²⁹, isso porque, como é cediço, os Direitos Humanos atuam precisamente em defesa dos ostensivamente mais fracos.

E é na esteira desse clamor, já acima alinhavado, que pontua Cristiano Salmeirão quando afirma que “a sociedade possui uma visão pobre do que é o Princípio da Fraternidade, reconhecendo apenas como ideal filosófico, religioso, social, mas nunca é lembrado como categoria jurídica estando inserida de forma explícita e implícita no texto Constitucional”¹³⁰.

127. GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *In*: Revista da Escola Nacional da Magistratura. v. 3, n. 5, p. 22-27, maio, 2008.

128. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jul. 2020.

129. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

130. SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão mono-

Obviamente, o Princípio da Fraternidade é merecedor do maior prestígio, e não são poucos, e nem descabidos, os clamores defendendo o seu mais intenso trato no contexto constitucional, mormente quando considerado o fato de que vivemos sob a égide do *ethos vivendi* da sociedade de consumo, a qual estampa o signo da indiferença aos valores humanísticos, estes que são celebrados no rico andor da fraternidade, da solidariedade, dos valores sociais, enfim.

Ainda assim, um contemplar aberto do Princípio da Fraternidade; permite divisar a sua presença nos mais pertinentes e indispensáveis tópicos do texto constitucional, garantindo entre os seus fundamentais, o bem estar de todos (art. 3º, VI), assegurando os direitos sociais de acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, à previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados (art. 6º).

Relevante, sob este enfoque do amparo constitucional ao Princípio da Fraternidade, trazer a lição de Carlos Augusto Alcântara Machado¹³¹ quando pontua:

Ademais, o sistema jurídico constitucional brasileiro, além de garantir direitos de status diferenciados, como destacado, busca assegurar o *bem-estar* de todos os que se submetem à ordem jurídica pelo constituinte plasmada por meio e a partir da Constituição de 1988. Assim, em oito oportunidades, considerando a dimensão fraternal do constitucionalismo, refere-se ao *bem-estar*, inicialmente como valor supremo de uma sociedade fraterna, no preâmbulo da Constituição Federal, e depois, em campos específicos do seu disciplinamento normativo: no artigo 23, parágrafo único (bem-estar nacional); artigo 182, *caput* (bem-estar dos habitantes da cidade); artigo 186, IV (bem-estar dos proprietários e trabalhadores – requisito para aferição da função social da propriedade rural); art. 193, *caput* (bem-estar social); art. 219, *caput* (bem-estar da população); art. 230, *caput* (bem-estar dos idosos) e no art. 231, §1º (bem-estar dos índios¹³²).

Como se vê, o direito à fraternidade está, sim, objetivamente contido em prescrições constitucionais, seja de forma explícita ou implícita, mas devidamente contemplado. Sua percepção pede uma leitura multidisciplinar, até mesmo expansiva, afinal, como é cediço entre os curiosos desta temática, a fraternidade é considerada um dos nortes do ideário das Revoluções Francesa e Americana.

crática do relator: combate das desigualdades sociais. In: Âmbito Jurídico, 1 abr. 2013.

131. MACHADO, op. cit., p. 130.

132. Sugeriríamos a substituição por “bem-estar dos povos originários”.

O Estado fraterno, a constituição fraterna, os normativos que aludem ao Princípio da Fraternidade, todos estão atentos ao mesmo propósito. Na verdade, como no dizer de Carlos Ayres Britto¹³³, estão plenos e formam um verdadeiro sistema altruístico.

E, aportando ao altruísmo, ainda que sob uma ótica mais imediatista, em tempos de estado global de exceção sanitária, é cabido trazer à baila a oportuna fala de Reynaldo Soares da Fonseca¹³⁴, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, que, em recente manifestação, destacou ser o Princípio da Fraternidade o caminho a ser adotado pela humanidade na construção de uma “sociedade fraterna na solução pacífica de conflitos”.

A esse propósito, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto¹³⁵, defende justamente que as práticas fraternas merecem ser efetivadas, mediante a seguinte recomendação: “A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos [...]. [...] A virtude está sempre no meio (*medius in virtus*).”

O emprego proativo do Princípio da Fraternidade, ainda que primitivamente pudesse ensejar debates sobre a seara em que se admite incidir, atualmente é certo que contém íntimo liame tanto sociológico quanto jurídico e propósito alinhado com a busca pelo bem comum. A noção de fraternidade, lastrada em valores humanísticos, já desde o seu nascedouro redundou em romper divisas, abrir frentes, redefinir o próprio *establishment* e, assim, superar fronteiras, sobretudo aquelas ditadas por um conservadorismo vazio.

Constitui-se em poderoso vetor para a construção de novos paradigmas, uma vez que a fraternidade é íntima aliada aos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, pois ambos institutos, cada qual ao seu tempo e modo, surgiram informalmente, como resposta à necessidade de se construir novas soluções para as mesmas e antigas questões.

O fraterno é o construtor da paz. Daí porque é o fator preponderante para a obtenção da mediação, da conciliação, do ajuste compartilhado e comutativo, elo forte da corrente entre os que solidariamente lapidam a solução consensuada do conflito, esta que é muito mais satisfatória e pacificadora do que o mais apurado decreto pronunciado pelo Estado jurisdicional.

133. BRITTO, Carlos Ayres. *O Humanismo como Categoria Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

134. FONSECA, Reynaldo Soares da. Palestra proferida no debate DIREITO E FUTURO EM TEMPOS DE PANDEMIA, 2020, Brasília (DF), 19 de abril de 2020. *In*: STJ Notícias (Ministro Reynaldo fala do princípio da fraternidade em debate sobre direito e futuro na crise do vírus). Acesso em: 8 jul. 2020.

135. BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218.

Por fim, foi na forja renhida, muitas vezes de caros embates, que o novo aprumo da cidadania fundou uma mudança de mentalidades. Ainda que sempre com sacrifícios, a sociedade, mundo afora, divisou a reconhecimento e a declaração de direitos até então sonegados, estes que, na contemporaneidade, outra vez no fragor de novas disputas, clamam por ser concretizados, transmitidos do bojo das cartas e códigos para a realidade do cotidiano das pessoas.

Sim, reitere-se, é o tempo dos direitos prestacionais.

A sociedade cosmopolita, ávida por mudanças substanciais, não apenas nas relações humanas, mas em todas as demais áreas de interesses, ousa desafiar a segurança jurídica tradicional para outra edificar, lastrada no bem comum, na solidariedade, na fraterna busca dos mais adequados meios de pacificação social.

REFERÊNCIAS

- BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. Palestra proferida no **CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS**, 2, 2008, Fortaleza (CE), 03 a 05 de abril.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Preâmbulo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Nações Unidas**, 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **Princípio Constitucional da Fraternidade**: Seu regaste no sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Palestra proferida no debate DIREITO E FUTURO EM TEMPOS DE PANDEMIA, 2020, Brasília (DF), 19 de abril de 2020. *In*: **STJ Notícias** (Ministro Reynaldo fala do princípio da fraternidade em debate sobre direito e futuro na crise do vírus). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-Reynaldo-fala-do-principio-da-fraternidade-em-debate-sobre-direito-e-futuro-na-crise-do-virus.aspx>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel E. Los derechos humanos en el siglo XXI: una mirada desde el pensamiento crítico. 1a ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. *In*: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. v. 3, n. 5, p. 22-27, maio, 2008.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A garantia constitucional da fraternidade**: constitucionalismo fraternal. 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MAGNA CARTA (*Magna Charta Libertatum*). 1215. **Universidade de São Paulo – USP: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, 1999 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Jeferson Botelho. As dimensões do Direito e a Segurança Pública. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3949, 24 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27710>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. *Âmbito Jurídico*, 1 abr. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-fraternidade-e-sua-efetivacao-atraves-da-decisao-monocratica-do-relator-combate-das-desigualdades-sociais/#:~:text=A%20sociedade%20possui%20uma%20vis%C3%A3o,e%20impl%C3%ADcita%20no%20texto%20Constitucional>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SOUZA, Isabela. Direitos Humanos: conheça as três gerações. *In: Politize!*. [S. l.], 11 jul. 2017. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/tres-geracoes-dos-direitos-humanos/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

TORRANO, Marco Antonio Valencio. Quantas dimensões (ou gerações) dos direitos humanos existem?. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4247, 16 fev. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31948>>. Acesso em: 5 jul. 2020.

LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE – ALGUNS REFLEXOS DO LEMA DA REVOLUÇÃO FRANCESA NO PROCESSO PENAL¹³⁶

ROGERIO SCHIETTI CRUZ¹³⁷

1. INTRODUÇÃO

A história das ideias penais costuma ser dividida, ao menos didaticamente – mas também, creio, ideologicamente – entre antes e depois do Iluminismo. Até esse momento epifânico da trajetória humana, o Direito Criminal configurava-se com a marca da irracionalidade, em que predominavam a infligção de penas corporais a autores dos crimes mais triviais e procedimentos penais (seria muito otimismo achar que já havia um verdadeiro Processo Penal, como ramo das ciências jurídicas) caracterizados pelo desrespeito a postulados que, em nossa compreensão atual, parecem tão óbvios que nunca poderiam ter deixado de existir.

O indivíduo, se suspeito de um desvio de conduta, encontrava-se totalmente à mercê das autoridades oficiais (ou mesmo de particulares), simples objeto de investigação e de punição. Felizmente, “no fim do século XVIII e começo do XIX, a despeito de algumas grandes fogueiras, a melancólica festa de punição vai-se extinguindo” (FOUCAULT, 1996, p. 14).

Foi preciso chegar a maré das ideias iluministas para inaugurar-se uma nova era do Direito Criminal, na qual a atividade punitiva do Estado passa a vincular-se a valores tais como a **liberdade, a igualdade e a fraternidade**, motes da Revolução Francesa, no final do século XVIII. A **liberdade** assume

136. Texto em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça.

137. Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direitos Humanos pelo IIDH, de San Jose, Costa Rica, Professor do Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho e da pós-graduação do Damásio, Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

lugar de destaque na pauta das nações centrais, sujeitando-se a sacrifício apenas em casos expressamente previstos e mediante a obediência a regras forjadas pelas progressivas conquistas civilizatórias. A **igualdade**¹³⁸ é afirmada em tratados internacionais e nas constituições dos países. A **fraternidade**, passo último para a verdadeira comunhão dos povos, é também um horizonte a orientar a caminhada humana na Terra.

Não deixo sem registro, entretanto, que a Declaração de 1789 ainda não dera a necessária amplitude à **igualdade** entre os seres humanos, visto que aludia apenas a homens e cidadãos em seu texto. Por tal razão, houve também uma (quase desconhecida) proposta de declaração homóloga em favor das mulheres, *iniciativa liderada por Marie Gouze (que adotou o nome de **Olympe de Gouges**), cuja atuação política em variedade de frentes de luta lhe rendeu a guilhotina, instrumento principal do Terror jacobino.*

Vale a pena mencionar que, como marco importante da história dos direitos humanos, a *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em que pese a observação feita em nota anterior, representou um avanço em relação às anteriores declarações norte-americanas. Em verdade, “estas últimas, mesmo a maior, a da Virgínia, continuavam individualistas, bem *americanas*. Os deputados franceses, ao contrário, quiseram trabalhar pela humanidade.” Assim, a declaração francesa “é redigida em termos que se possa aplicar em todos os países, em todos os tempos” (GODECHOT, 1976, p. 45).

Especificamente em relação ao progresso da persecução penal no mundo, é notória sua conformação a modelos de Estados Democráticos de Direito, em que se passa de uma matriz destinada a ser mero instrumento de efetivação do Direito Penal, para evoluir e constituir-se, ao menos sob uma perspectiva teleológica, em autêntico instrumento de proteção dos direitos da pessoa humana contra o arbítrio do Estado.

Nessa nova *ratio* punitiva, somente crimes previamente previstos em lei (princípio da legalidade) e com penas proporcionais à gravidade da conduta (princípio da proporcionalidade) podem sem impingidos aos violadores da lei penal; e a punição deve ocorrer com sanções privativas de liberdade ou restritivas de direitos (não mais com penas cruéis e desumanas, como a maior parte das reprimendas corporais), decorrentes de sentença prolatada após

138. Um importante marco, para esse propósito de conferir igualdade a todos, foi a Declaração dos Direitos do **Homem e do Cidadão**, de 1789: “**Art.1º. Os homens** nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. A *Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã* exibia, em seu art. 1º, a seguinte redação: “A mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum”.

devido processo legal, durante o qual o réu possa exercer sua defesa livremente, opondo-se à pretensão punitiva estatal, com os meios e os recursos colocados à sua disposição pelo próprio Estado.¹³⁹

Assim, a sanção penal, desde que derivada de um processo respeitador das regras do jogo, legitima a soberania estatal e racionaliza a atividade punitiva, antes apoiada na vingança, na apuração e no julgamento sumário, ao alvedrio e sob as regras do governante da ocasião.

De toda sorte, em quase todos os atuais códigos e/ou nas constituições que se seguiram, ao longo das duas últimas centúrias, um rol de direitos e garantias pode ser facilmente identificado. Entre esses direitos, podemos enumerar os seguintes: (a) a acusação contra alguém não pode ser feita pelo mesmo órgão que irá julgar o acusado; (b) o órgão julgador deve ter sua competência previamente definida em lei e deverá cercar-se de garantias que assegurem sua imparcialidade e sua independência jurídica e política; (c) o acusado deve ser tratado como inocente até sentença em sentido contrário e (d), ao longo do processo penal, devem assegurar-se-lhe iguais oportunidades em relação ao acusador; (e) o acusado deve ser prontamente comunicado sobre o conteúdo da acusação formulada contra ele, além de (f) ser-lhe garantido o direito de exercer sua defesa, tanto pessoalmente quanto por meio de advogado, sem limitações ou restrições irrazoáveis; (g) ao acusado deve assegurar-se o direito de recorrer a outro órgão judicial das decisões finais que lhe sejam desfavoráveis e das decisões que afetem sua liberdade; (h) tanto o réu quanto o órgão de acusação têm o direito de ser informados sobre petições ou documentos juntados pela parte contrária, de reagir em igualdade de condições, bem como têm o direito de influir nas decisões judiciais, apresentando argumentos e provas que considerem relevantes para a demonstração de suas teses e de seus direitos; (i) os atos processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à publicidade interna e externa; (j) as decisões judiciais devem ser suficientemente motivadas.

139. No Brasil, essa racionalidade punitiva foi inaugurada, do ponto de vista normativo, com a Constituição de 1824, cujo artigo 179 simboliza a mudança de rumos de nossa justiça criminal, ainda carente, porém, de efetiva e integral concretização: Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. [...] 11 – Ninguém será sentenciado sendo pela autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita. [...] 19 – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis. 20 – Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto, não haverá, em caso algum, confiscação de bens; nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja. 21 – As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes [...].

A essas, se poderiam somar outras regras e garantias que, a depender das opções de política criminal de cada país, integram o rol mínimo de um devido processo legal, tanto em sua faceta procedimental (*procedural due process*), quanto em sua configuração material (*substantive due process*), esta última a denotar a razoabilidade (*reasonableness*) e a racionalidade (*rationality*) dos atos estatais (SIQUEIRA CASTRO, 1989, p. 383).

Identifica-se, nessa trajetória, a apropriação pelo Estado da função de punir, que sai, portanto, das mãos da vítima ou da comunidade afetada pelo crime (vingança privada e/ou social), e assume o propósito de **retribuir, com racionalidade, o desvio de comportamento**. Em verdade, “o direito penal nasce não como desenvolvimento, mas, sim, como *negação da vingança*” (FERRAJOLI, 2002, p. 269).

Importante lição, a propósito, nos oferece o homenageado desta coletânea, Ministro e Professor Reynaldo Soares da Fonseca, em sua consagrada obra sobre o princípio da fraternidade. Destaca o eminente magistrado que

[...] o perdão e a fraternidade ultrapassam as exigências da justiça, sem anulação dessas exigências. Querem a verdade e a memória dos fatos. Opõem-se ao rancor e à vingança, não à justiça. Tem uma dimensão social e não é puramente individual, moral ou religiosa. Pressupõem a reconciliação entre o agente do crime e a sociedade, com as condições mínimas para reeducação e reinserção social do infrator. São, na verdade, instrumento de transformação social; fonte de libertação e de pacificação tanto para o agente como para a vítima e para a sociedade (SOARES DA FONSECA, 2019, p. 134).

2. A LIBERDADE, REGRA NO PROCESSO PENAL

Bem observa Javier Llobet RODRÍGUEZ (2016), que “Atualmente, desde diversas concepções, reclama-se que, frente às tendências atuais do direito penal substantivo e do direito processual penal, deve-se retomar o pensamento da ilustração e da Escola Clássica, ocupando um lugar fundamental as obras de Cesare Beccaria e Francesco Carrara”.

Coube, de fato, a Beccaria inaugurar – a partir das ideias que condensou em seu pequeno grande livro (*Dos delitos e das penas*) – o Direito Penal que hoje conhecemos, cuja marca principal, sem dúvida alguma, é a consideração de que o homem é *titular de direitos* e não mero objeto de investigação. Nessa perspectiva, “Não mais existe liberdade todas as vezes que as leis permitem

que em certas circunstâncias um cidadão deixe de ser um homem para tornar-se uma coisa que se possa pôr a prêmio” (BECCARIA, 1997, Cap. XXVII).

O pensamento contemporâneo, fruto do avanço civilizatório, não mais contempla, complacentemente, o predomínio e a opressão do Estado sobre o indivíduo; não mais aceita que o homem seja instrumentalizado para a realização dos objetivos estatais ou que possa sacrificar sua liberdade em nome de vagos interesses sociais. Ainda que, por óbvio, a liberdade humana encontre limites e possa ser sacrificada em nome da proteção de outros bens e direitos individuais, para o convívio harmônico de todos, a “maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem” Exposição de Motivos ao Código Penal de 1940), não há de ser mais um fim em si mesma e muito menos uma autorização para que, a pretexto de combater o crime e seus autores, o Estado desborde das fronteiras que o distinguem do modelo praticado no Antigo Regime.

O Estado pode ser – e por vezes, deve ser – duro e perseverante na tarefa de restabelecer a ordem jurídica violada e punir os responsáveis por infrações penais. Aliás, essa função é inerente à atividade estatal, porque sem segurança não há liberdade. Legítimos, nesse particular, os mandados constitucionais de criminalização, que, partindo da noção de direito fundamental, estabelecem a necessidade de uma fundamentação de índole constitucional para a criação de normas penais incriminadoras, baseada nos bens jurídico-penais inscritos no texto constitucional, e, por consequência, a imposição dos deveres estatais de proteção dos direitos fundamentais, cuja realização está ligada ao Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (CANARIS, 2006, p. 101-28).

Mas a segurança que um Estado Democrático de Direito deve prover aos seus nacionais há de construir-se sob um marco de respeito às instituições, às leis e aos direitos de todos os que habitam o seu território, de sorte a não estimular um sentimento de antagonismo entre o Estado (por seus agentes de segurança) e os indivíduos, propício ao desenvolvimento de políticas em que se apequenam direitos básicos de cada um dos integrantes da coletividade. Ao contrário, o esforço estatal para manter a ordem e a segurança deve orientar-se por uma política de respeito aos indivíduos em geral, os quais, mesmo quando eventualmente violam a lei, não podem ser tratados como *inimigos*, mas ainda como cidadãos que, como qualquer outro, continuam a gozar de direitos, concretamente afirmados, ainda que submetidos à inevitável ponderação de

bens e interesses (*ius libertatis* vs. *ius puniendi*) quando confrontados com o dever estatal de proteção da sociedade.

Por isso, a expressão mais adequada a se usar hoje, em vez de segurança pública, é segurança *cidadã*, porque, na verdade, o que se pretende é a promoção de medidas necessárias para assegurar a proteção dos direitos humanos nas relações não apenas entre o Estado e os indivíduos mas também nas relações interindividuais. Se o Estado, por seus agentes, cumpre seus deveres tendo como paradigma a pauta axiológica da Constituição da República – máxime o princípio da dignidade da pessoa humana –, irá incentivar, ainda quando necessário o uso moderado da força, a criação de um ambiente de respeito às leis e de convivência pacífica entre todos.

Essa postura do Estado perante o indivíduo não o exime – muito pelo contrário – de ser eficiente no cumprimento de seu dever **primário de proteger a vida e outros bem jurídicos tutelados pelo Direito Penal**.

Há, portanto, uma permanente **obrigação positiva das autoridades** de tomar **medidas preventivas** que efetivamente abrigam **os indivíduos contra ataques à sua vida, ao seu patrimônio, à sua dignidade sexual, à sua saúde e a todos os demais direitos que estejam** sob risco de perecimento ou dano por atos criminais de outros indivíduos.

E, nas situações em que, não obstante esse dever de proteção, qualquer desses direitos tenha sido infringido, cumpre ao Estado novamente agir, ao propósito de ver responsabilizado penalmente quem afrontou a lei com a prática delitiva.

Nessa tarefa de punir os autores de infrações penais, **o Estado continua obrigado a manter-se dentro das regras e dos limites por ele próprio estabelecidos, de modo a evitar o abuso ou o excesso de poder**.

Sob tal perspectiva, é nefasta uma justiça jacobina (CAFERRA, 1996, p. 53), **irracionalmente punitivista**; mas também não há espaço para o extremo oposto, do **romântico abolicionismo penal**, porquanto o direito penal, como **sistema de minimização da violência e do arbítrio punitivo**, não pode ser deslegitimado, sob pena de retorno aos modelos punitivos irracionais.

Com efeito,

o abolicionismo penal – independentemente dos seus intentos liberatórios e humanitários – configura-se, portanto, como uma utopia regressiva que projeta, sobre pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos concretamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância

e/ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal – com o seu complexo, difícil e precário sistema de garantias – que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista (FERRAJOLI, 2002, p. 275).

É dentro, portanto, do Direito Penal que o Estado pode, civilizada e humanamente, realizar sua tarefa de prover segurança a todos os indivíduos, sem o sacrifício desnecessário e abusivo da liberdade de cada um; e é mediante o correto emprego tanto do Direito Penal quanto do Direito Processual Penal que o Estado pode, ante a conflituosidade gerada pela infração penal, impor ao seu autor as respectivas sanções, em atividade administrativa e judicial conforme aos postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Para tanto, deverão os agentes políticos que protagonizam a relação processual penal mover-se sempre por critérios de **objetividade** (Ministério Público) e **imparcialidade** (juízes e tribunais), fazendo uso de medidas restritivas ou supressivas da liberdade apenas excepcionalmente, mediante a devida motivação, e sempre de maneira proporcional à gravidade da conduta e às condições pessoais do investigado ou réu.

A legitimidade dessa atividade estatal de apuração dos crimes e punição dos culpados se realiza pelo modo de ser na condução do processo, especialmente na forma de tratar o sujeito passivo da relação processual, presumido inocente até a definição do juízo.

E tratar o acusado com o inocente implica uma série de cuidados por parte dos agentes públicos responsáveis pela custódia, pela investigação, pela acusação e pelo julgamento do preso: não utilizar algemas¹⁴⁰, salvo em caso de fundado

140. “[...] Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. [HC 91.952, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 7-8-2008, P, DJE de 19-12-2008]. O tema foi alçado a tal relevância, que resultou na edição de Súmula Vinculante nº 11, assim disposta: ‘Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado’. Cite-se, como exemplo de aplicação do referido preceito sumular, a decisão proferida em julgamento de recurso em habeas corpus pelo STJ, em cuja ementa se assentou que [...] 3. O uso de algemas – de quem se apresenta ao Tribunal ou ao juiz, para ser interrogado ou para assistir a uma audiência ou julgamento como acusado – somente se justifica ante o concreto receio de que, com as mãos livres, fuja ou coloque em risco a segurança das pessoas que participam do ato processual. 4. Não se mostra aceitável que se obvие a presunção de inocência (como regra de tratamento) e se contorne o rigor da Súmula Vinculante n. 11 com motivação genérica e abstrata que, na prática, serviria para todos os casos de pessoas julgadas pelo Tribunal do Júri, visto que se cuida de órgão jurisdicional incumbido de julgar os crimes mais graves do Código Penal, definidos quase sempre como hediondos. [...]” (RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 76.591 – SP, j. 9/3/2017 – 6ª Turma, Rel/para o acórdão Min Rogério Schietti Cruz).

risco à segurança de terceiros ou de fuga; não expor a imagem e o nome do preso ao público, com exibições midiáticas forçadas, exceto se houver um interesse maior em jogo; não exigir que o preso confesse o crime, com ameaças e menos ainda com métodos violentos ou fraudulentos de obtenção de provas; não empregar, em atos de investigação e judiciais, referências impróprias ao preso que ainda não foi condenado; não proibir que o preso compareça a uma audiência judicial ou ao seu julgamento com suas próprias roupas; não alterar escolhas estéticas de sua própria imagem física (cabelo, barba, adereços), salvo por razões de segurança, devidamente justificadas; não privar o preso, enfim, de direitos que não foram suprimidos com a medida de cautela pessoal mais extrema, a prisão preventiva ou temporária (SCHIETTI CRUZ, 2019-B).

É preciso que se compreenda, de uma vez por todas, que o suspeito que vem a ser preso por ordem judicial antes ou durante o processo não está sendo punido. A prisão, em tais situações, não pode assumir caráter punitivo (sendo a privação da liberdade uma “pena”, não pode preceder a sentença senão quando o reclamar a necessidade, já dizia Beccaria), antecipando o que somente poderá ocorrer após o processo chegar ao seu termo final, com a condenação do acusado. Aliás, é bem isso o que diz o art. 315 do Código de Processo Penal, ao ter acrescido o § 2º pela Lei nº 13.964/2019, que dispõe: “Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.”

Da mesma forma que a liberdade, durante o processo, somente pode ser sacrificada em hipóteses excepcionais, quando não haja outro meio, menos gravoso, de proteger os meios e os fins do processo, também ao sobrevir a condenação do culpado será sempre dever estatal averiguar se há possibilidade de executar a pena sem a supressão da liberdade física do condenado.

Para tanto, há de cuidar o juiz de verificar, com prudência e boa vontade, se não é cabível a imposição de pena não privativa de liberdade, ou se, sendo esta a única prevista e não podendo ser substituída por restritiva de direitos ou por multa, não pode ser condicionalmente suspensa ou cumprida em regime inicial de pena aberto ou semiaberto.

E, durante a execução da reprimenda, caberá ao juiz competente estar sempre vigilante para não impingir ao apenado restrições que não foram atingidas por sua privação de liberdade. Isso importa em um permanente cuidado com as condições do cumprimento da sanção, com a observância dos prazos e com a efetivação dos benefícios da execução penal, no tempo e no modo devidos.

3. A IGUALDADE, DE OPORTUNIDADES E DE INICIATIVAS

Sobre o tema, pontuei, em trabalho acadêmico (SCHIETTI CRUZ, 2013, *passim*), que a igualdade é o princípio primário na escala axiológica de uma sociedade, de cuja observância depende a realização dos demais valores a ela essenciais.

Daí por que, no Preâmbulo da nossa Constituição¹⁴¹, a igualdade é considerada, ao lado da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento e da justiça, como um dos “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

A igualdade, positivada, como princípio e diretriz axiológica, também no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, não impõe apenas o dever estatal de assegurar que todos sejam tratados como iguais perante a lei, mas também que sejam igualmente tratados como iguais na aplicação da lei, pelo Poder Executivo, em políticas públicas derivadas de legítimas opções do Poder Legislativo¹⁴². Quanto ao Poder Judiciário, particularmente no exercício da jurisdição criminal, o princípio isonômico exige que sejam os indivíduos tratados com oferta de iguais oportunidades, de acordo com as respectivas possibilidades de acesso à jurisdição e de exercício de seus poderes e direitos. Além disso, o resultado da interpretação e da aplicação das leis não pode conduzir a resultados contraditórios, ou que importem em benefício de uns e prejuízo de outros, sem uma justificativa plausível.

Cuida-se de um valor que reclama tolerância das diferenças que individualizam cada ser humano, em razão do sexo, da etnia, da cor, da convicção religiosa etc. Mas, de outro lado, a igualdade pressupõe intolerância às desigualdades de ordem social que impedem o livre desenvolver da pessoa humana. Por conseguinte, deve haver uma busca pelo reconhecimento e pelo

141. O Preâmbulo de uma Constituição é “o documento de intenções do diploma, e consiste em uma certidão de origem e legitimidade do novo texto e uma proclamação de princípios, demonstrando a ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o surgimento jurídico de um novo Estado” (MORAES, 2000, p. 57).

142. [...] o Plenário, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado em ação declaratória de constitucionalidade em que se discutia a legitimidade da Lei federal 12.990/2014. [...] Desse modo, qualquer política redistributivista precisará indiscutivelmente assegurar vantagens competitivas aos negros. Enfatizou, em relação à igualdade como reconhecimento, que esse aspecto identifica a igualdade quanto ao respeito às minorias e ao tratamento da diferença de um modo geral. Significa respeitar as pessoas nas suas diferenças e procurar aproximá-las, igualando as oportunidades. [ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, Informativo 868.]

respeito das diferenças pessoais e, também, a remoção ou a compensação das desigualdades sociais.¹⁴³

No âmbito da persecução penal, o Estado, ao executar a soberana função de punir o conjecturado infrator da lei penal, esbarra no interesse deste último em manter a liberdade, até que se reconheça, de forma definitiva, a prevalência do interesse punitivo.

Configura-se, portanto, um conflito, ou uma controvérsia, em que os *combatentes* buscam exercer os seus poderes, faculdades e direitos processuais com as *armas* que lhes são disponibilizadas ao longo da *disputa*. Emerge, então, necessária a efetivação, nesse *embate civilizado*, de uma autêntica paridade de armas, ou seja, um equilíbrio de meios e de oportunidades para as partes envolvidas no litígio (*par conditio*).

Duas observações, a propósito, não de ser feitas:

Se, de um lado, é justificável e compreensível que não se possa exigir do sujeito passivo da lide outro comportamento que não o de procurar preservar sua liberdade, independentemente de, sob a ótica objetiva, ser justo ou não o resultado alcançado, o Estado, por meio do Ministério Público, não pode assumir uma postura inflexível ao propósito de obter uma sanção criminal àquele que considerou autor da conduta ilícita. A atuação do titular da ação penal, portanto, deve ser regida pela objetividade e sempre aberta à ideia de que ao Estado interessa tanto a condenação do culpado quanto, mais ainda, a absolvição do inocente.

De outra parte, no balanceamento dos interesses que se opõem durante a persecução penal – o *ius puniendi*, pelo Estado, e o *ius libertatis*, pelo indivíduo – reclama-se o reconhecimento de que é este último quem está sempre na posição defensiva e inferiorizado pelos maiores poderes de que dispõe o Estado perante ele, máxime na fase preliminar das investigações. Logo, justifica-se o estabelecimento de instrumentos idôneos a equilibrar a balança processual que, de outro modo, penderia sempre a favor da acusação.

Daí a razão para se conceber o processo penal como uma atividade estatal em que o acusado, por sua posição de maior fragilidade, deve merecer algumas compensações ou vantagens em relação ao órgão estatal que exercita a

143. Nossa Carta Régia segue tal orientação, pois, enquanto assegura a todos os residentes no Brasil a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), punindo qualquer discriminação atentatória a esse direito fundamental (art. 5º, XLII), afirma constituírem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III).

persecução penal, ainda que isso represente a eventual impunidade de alguns culpados (FERRAJOLI, 2002, p. 84).

Eis a razão de ser do princípio do *favor rei* (também chamado *favor libertatis*, ou *favor defensionis*), o qual autoriza certas compensações no curso da ação penal (exemplificativamente podemos citar a existência de recursos e ações somente para a proteção do réu, como os embargos infringentes e o habeas corpus), de maneira a assegurar maior igualdade entre as partes de uma relação processual penal.

Na verdade, “o tratamento privilegiado de quem se defende atende não apenas a um princípio geral, que impõe maior consideração daquele que poderá vir a ter sacrificado o seu direito à liberdade, mas igualmente resulta da conotação histórica de que na generalidade dos casos a acusação criminal recai sobre sujeitos já desfavorecidos no plano social e econômico” (MAGALHÃES GOMES FILHO, 2001, p. 42).

4. A FRATERNIDADE, NA CONDUÇÃO DOS PROCESSOS

Ao abrir o ano acadêmico de 1862 na Universidade de Pisa, Francesco Carrara, máximo expoente da Escola Clássica, iniciou sua aula com a seguinte exclamação-indagação:

PUNIR! ETERNAMENTE PUNIR! Será, pois, uma perpétua herança da progenerura de Adão esse triste espetáculo de homens dominados por malvadas paixões, que desconhecem os direitos de seus irmãos; e de outros homens que, com consciência de agir legitimamente, reagem contra os ofensores, às vezes ainda mais furiosos, para despojá-los de seus direitos? Essa reciprocidade incessante de violências e de dores será uma lei inalterável, um vórtice do qual o gênero humano não poderá jamais esperar uma saída na sua peregrinação terrena? (CARRARA, 1955, p. 109).

Vale-se o professor pisano – como observei em capítulo de recente publicação acadêmica (SCHIETTI CRUZ, 2020) – de todo o seu espírito científico, inquieto, e de toda a sua sensibilidade, aguda, para mostrar como a reação dos assim chamados “bons” contra os infratores do direito tem sido, inexoravelmente, marcada, desde o episódio inicial da tradição cristã, com o fratricídio cometido por Caim, pela inflição de um castigo, decorrente de uma “necessidade humana”.

Tal leitura mostra familiaridade com uma concepção de certo modo religiosa (algo que, no século seguinte, se expressaria com igual intensidade por outro prócer do Direito Francesco Carnelutti), em virtude da qual se acreditava na racionalidade e também na essência divina do homem civilizado. Dizia CARRARA que

Não se conduz o homem para o bem com o terror. Deus lhe concedeu a razão e a aspiração da justiça para que com elas se fortalecesse na luta contra as paixões perversas. A razão, a simpatia, os sentimentos nobres e generosos, o exemplo, são o arsenal infalível no que deve ter fé todo aquele a quem lhe toque o pesado ofício de governar as multidões pelo caminho do Direito (1955, p. 128).

Ao final de sua memorável lição, responde o lente à indagação formulada no início da aula, confirmando que punir é “o destino da humanidade”. Porém,

Não se punirá já com ímpeto de caprichoso furor, senão com amor fraterno. Não se punirá já aviltando ou destruindo a personalidade humana, senão realçando no homem o sentimento de sua própria dignidade, e chamando-o de novo ao amor do bem. Não se punirá já para satisfazerem fanáticos delírios ou exigências tirânicas, senão para tutelar a ordem exterior, que Deus mesmo previu *ab eterno* e impôs à humanidade (CARRARA, 1955, p. 128).

Decerto que as palavras proferidas pelo eminente pensador italiano ecoam no espírito de todo profissional do Direito que acompanha o drama e o sofrimento que a prática de um crime impinge à vítima e a familiares, impotentes diante de um ato que, muitas vezes, parece contradizer a essência divina do homem. De outro ângulo, gera inquietude à mente de quem se debruça sobre o tema o fato de ainda não ser a humanidade capaz, em pleno século XXI, de encontrar mecanismos mais civilizados e racionais para responder ao ato criminoso.

Como enfatizei em obra coletiva (SCHIETTI, 2019-A), ainda há muito a caminhar, não apenas em países sem tradição democrática, mas também nas nações centrais, onde são férteis os exemplos de anacronismos punitivos, autoritarismos de agentes públicos, desumanidades no cumprimento de penas e uma ainda surpreendente falta de claro repúdio social a práticas não mais compatíveis com uma sociedade que se pretende “fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna

e internacional, com a solução pacífica das controvérsias” (Preâmbulo da Constituição de 1988).

Decerto que a postura da sociedade em relação ao modo de ser do processo penal tem a ver com a maneira autoritária ou respeitosa com que o Estado, por suas agências punitivas e seu Poder Judiciário, conduz a relação processual no que concerne ao tratamento dispensado ao acusado. “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu” (FIGUEIREDO DIAS, 1984, p. 428), é um alerta que bem expressa essa dupla possibilidade.

Só se pode afirmar humano e fraterno o processo penal em que o acusado é elevado à condição de protagonista da atividade processual. A *personalização* do imputado é condição para que, tratado como um sujeito processual com voz ativa perante o órgão julgador (BIDART, 1996, p. 25), possa participar da produção de seu caso (HASSEMER, 1984, p. 173). O acusado é, portanto, sempre um **sujeito** do processo penal, e não mero **objeto** de uma **inquirição** oficial.

O processo deve, então, ser conduzido pelo juiz com **estilo humano**, é dizer, interpretando-se as normas de modo a valorizar não o homem abstrato, mas o homem real, de carne e osso (RIVERO SANCHEZ, 1997, p. 69).

Lapidar, sobre o tema, é a lição de FERRAJOLI, ao pontuar a necessidade de que o juiz, no exercício da jurisdição penal, se deixe permear pela valoração equitativa do caso a julgar. Como diz:

A valoração equitativa jamais se refere, na realidade, ao caso abstrato, senão sempre ao caso concreto e humanamente determinado. É, assim, através dela que se realiza o respeito à pessoa humana em julgamento [...] É nela que se manifesta a sensibilidade, a inteligência e a moralidade do juiz. Essa compreensão simpatética não consiste em uma identificação com os hábitos mentais do sujeito em julgamento, como a que proviria de uma romântica fusão afetiva, mas em uma ‘participação imaginativa indireta e mediata’, que é de tipo racional, porque se baseia na ‘representação da situação de fato’ submetida a julgamento. Ainda menos reflete a subjetividade emocional e parcial do juiz. Ao contrário, é o produto de um esforço intencional do juiz dirigido a prescindir o mais possível de suas ideologias pessoais, seus preconceitos e de suas inclinações para ‘compreender’ ou participar das ideologias, inclinações e condicionamentos do sujeito em julgamento. Nesse sentido, a equidade é também uma condição de imparcialidade do juiz. É iníquo não só o juiz obtuso, que não sabe captar as conotações específicas do caso julgado, mas também o que faz pesar sua subjetividade no julgamento, sem conseguir e

talvez sem sequer tentar desprender-se dela para compreender a do acusado (FERRAJOLI, 2002, p. 132).

Ainda do jusfilósofo italiano se extrai a lição de que é indispensável que o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, não realize tão somente a verificação da correspondência do fato provado à lei (*juris-dictio*), mas que também perceba as conotações específicas do caso denotado e verificado (*juris-prudentia*). É por meio dessa qualidade [a prudência] “que ingressam – como devem ingressar – no juízo o contexto ambiental do fato e as condições nas quais foi vivido, as circunstâncias efetivas humanas e sociais nas quais residem sua concretização e particularidade e que o tornam diferente de todos os demais, por mais que, como outros, esteja denotado pelo mesmo *nomen* ou título de delito” (FERRAJOLI, 2002, p. 131).

Sob essa perspectiva, não pode o juiz criminal brasileiro deixar de levar em conta a gravidade da situação do nosso sistema penitenciário, que está em permanente e duradoura crise e constitui, sem dúvida alguma, o grande opróbrio de todo o sistema de justiça criminal.¹⁴⁴

À vista do notório déficit material e humano do sistema penitenciário, cabe aos magistrados, com responsabilidade, minimizar os efeitos danosos que recaem sobre a imensa população de pessoas submetidas, direta e indiretamente, às agruras do cárcere. O ponto de partida é ter em conta essa precariedade das condições dos estabelecimentos prisionais de modo geral e, a partir de então, oferecer qualificada jurisdição, quer nos processos subjetivos, quer nos processos objetivos. Em um destes (MC-ADPF nº 347, julgada em 2016), o Supremo Tribunal Federal reconheceu o **Estado de Coisas Inconstitucional**, determinando, ainda de forma liminar, que juízes e tribunais considerem, fundamentadamente, esse quadro dramático do sistema penitenciário

144. Em antiga reflexão, anotei: Diante do fenômeno mais grave da convivência humana, agimos tal qual atores de uma peça de teatro: juízes, promotores de justiça e advogados têm a missão de protagonizar esse dramático *script* que se escreve com a ocorrência de um crime. O Juiz e o Promotor, comprometidos que estão com a realização da Justiça e com o encontro da verdade, maiores facilidades teriam para exercer a missão de eliminar, mitigar, ou, pelo menos, não propagar os sentimentos que derivam do crime. Mas também ao Advogado, ainda que premido pela necessidade de cumprir, com a máxima eficiência, o mandato que lhe foi outorgado, não escapa o dever de procurar pacificar, e não apenas solucionar juridicamente, o conflito de que participa. Há profissões que somente trazem alegrias aos outros: arquitetura, engenharia e medicina, por exemplo, realizam sonhos ou curam enfermidades de pessoas, e não precisam causar a dor a outrem. Porém, os atores da Justiça Criminal são porta-vozes da infelicidade alheia, pois se eventualmente confortam o titular de um direito violado, ou a dor de quem foi vítima de um crime, trazem, por outro lado, ao autor da conduta e aos seus familiares, um sofrimento que, muitas vezes, ao menos estes últimos não mereceriam padecer (SCHIETTI CRUZ, 1997).

brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal, estabelecendo, quando possível, penas alternativas à prisão.¹⁴⁵

A seu turno, falar de fraternidade no processo penal é, também, falar do cuidado que o Estado deve dispensar à evitação de práticas delitivas, parte das quais, sublinhe-se, se concretiza por falha do dever de proteção de que se incumbe o Estado, especialmente em relação a crimes que a Carta Política elege como de combate prioritário (crimes hediondos e assemelhados, crimes contra o meio ambiente, contra a mulher, contra crianças e adolescentes, contra idosos etc.). E o faz por meio de disposições que expressam uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais (SARLET, 2001, p. 146), a impelir o Estado não apenas a proteger os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa) mas também a garantir a preservação dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressão propiciada por terceiros.

Notou-se, nesse particular, clara tendência do direito contemporâneo a criar mecanismos legislativos e estruturas judiciárias voltadas a conferir maior proteção às vítimas de crimes em geral.

Sinal dessa guinada normativa veio com a modificação do art. 201 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.690/2008, com os escopos de atenuar os riscos de uma vitimização secundária e de salvaguardar a vítima de novas ações delitivas do acusado. Assim, com o novo teor do artigo 201 do CPP – ainda não incorporado à rotina de grande parte dos julgadores – o ofendido passa a ser comunicado, no endereço por ele indicado (inclusive eletrônico), dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, designação de data para audiência, sentença, decisões e acórdãos que mantenham ou modifiquem a prisão do réu (§§ 2º e 3º). Outrossim, o ofendido passa a dispor de espaço separado “antes do início da audiência e durante a sua realização” (§ 4º), cabendo ao juiz adotar todas as providências necessárias “à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação” (§ 6º).

145. Além disso, o STF reconheceu o dever do Estado: “manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. [...]” [RE 580.252, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 16-2-2017, P, Informativo 854, rg.]

Por sua vez, o artigo 217 prevê que o juiz, se verificar “que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento”, deve colher a prova oral por meio de videoconferência, assegurada a presença do réu, salvo impossibilidade do uso de tal tecnologia, quando, então, o acusado será retirado da audiência durante o depoimento.

Merecem menção também, para ilustrar, as inúmeras leis que nos últimos 30 anos, otimizaram os mecanismos de proteção da vítima e de oferta de maior visibilidade e acesso ao Poder Judiciário: Lei de Proteção da Vítima (Lei nº 9.807/1999), Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e Lei Maria da Penha, a qual, saliente-se, introduziu um microsistema jurídico-penal e promoveu profundas alterações no trato estatal da violência doméstica e familiar contra a mulher.¹⁴⁶

146. Nessa perspectiva decidiu a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o Recurso Especial nº 1643051/MS, de cuja ementa extraem-se os seguintes excertos: “[...] 1. O Superior Tribunal de Justiça – sob a influência dos princípios da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), da igualdade (CF, art. 5º, I) e da vedação a qualquer discriminação atentatória dos direitos e das liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLII), e em razão da determinação de que ‘O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações’ (art. 226, § 8º) – tem avançado na maximização dos princípios e das regras do novo subsistema jurídico introduzido em nosso ordenamento com a Lei n. 11.340/2006, vencendo a timidez hermenêutica no reproche à violência doméstica e familiar contra a mulher, como deixam claro os verbetes sumulares n. 542, 588, 589 e 600. 2. Refutar, com veemência, a violência contra as mulheres implica defender sua liberdade (para amar, pensar, trabalhar, se expressar), criar mecanismos para seu fortalecimento, ampliar o raio de sua proteção jurídica e otimizar todos os instrumentos normativos que de algum modo compensem ou atenuem o sofrimento e os malefícios causados pela violência sofrida na condição de mulher. 3. A evolução legislativa ocorrida na última década em nosso sistema jurídico evidencia uma tendência, também verificada em âmbito internacional, a uma maior valorização e legitimação da vítima, particularmente a mulher, no processo penal. 4. Entre diversas outras inovações introduzidas no Código de Processo Penal com a reforma de 2008, nomeadamente com a Lei n. 11.719/2008, destaca-se a inclusão do inciso IV ao art. 387, que, consoante pacífica jurisprudência desta Corte Superior, contempla a viabilidade de indenização para as duas espécies de dano – o material e o moral –, desde que tenha havido a dedução de seu pedido na denúncia ou na queixa. 5. Mais robusta ainda há de ser tal compreensão quando se cuida de danos morais experimentados pela mulher vítima de violência doméstica. Em tal situação, emerge a inarredável compreensão de que a fixação, na sentença condenatória, de indenização, a título de danos morais, para a vítima de violência doméstica, independe de indicação de um valor líquido e certo pelo postulante da reparação de danos, podendo o *quantum* ser fixado minimamente pelo Juiz sentenciante, de acordo com seu prudente arbítrio. 6. No âmbito da reparação dos danos morais – visto que, por óbvio, os danos materiais dependem de comprovação do prejuízo, como sói ocorrer em ações de similar natureza –, a Lei Maria da Penha, complementada pela reforma do Código de Processo Penal já mencionada, passou a permitir que o juízo único – o criminal – possa decidir sobre um montante que, relacionado à dor, ao sofrimento, à humilhação da vítima, de difícil mensuração, deriva da própria prática criminosa experimentada.[...] 10. Recurso especial provido para restabelecer a indenização mínima fixada em favor pelo Juízo de primeiro grau, a título de danos morais à vítima da violência doméstica. TESE: Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória (REsp 1643051/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2018, DJe 08/03/2018).

Enfim, para exercer a judicatura penal – mais do que nunca, nestes tempos estranhos, em que se reacendem fogueiras que já se imaginavam extintas há muito – é ainda mais candente a necessidade de que os juízes – em relação aos quais ultimamente vem sendo construída uma imagem depreciativa, decorrente de decisões que desagradam a opinião pública (BELLO, 2019) – permaneçam **fieis aos seus compromissos deontológicos** e aos deveres que lhes impõem a altivez do cargo e a supremacia das normas constitucionais.

O sistema de justiça criminal não pode abrir mão de uma magistratura independente e protegida contra reações abusivas de setores hegemônicos descompromissados com a pessoa humana, de alguns segmentos midiáticos irresponsáveis e de injunções irracionais de parte da população. **Não pode a magistratura abrir mão de conduzir o processo criminal sempre ancorada na Constituição e nas leis**, com a compreensão dos limites e dos objetivos da atuação de cada um dos sujeitos processuais, sem sobreposição de funções. Há de, em uma palavra, cultivar o **respeito ao devido processo legal** (substantivo e procedimental), legitimando suas decisões por meio de suficiente e mínima justificação, assegurando, por sua vez, que as partes sejam tratadas em igualdade de condições (formais e materiais) e que a construção das decisões seja fruto do contraditório das partes.

Como, em precisa e acurada observação, nosso homenageado, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca,

A construção de uma sociedade fraterna não significa uma sociedade conivente com impunidade, com o descumprimento da ordem jurídica. A construção de uma sociedade fraterna não pode ter compromisso com corrupção, com lavagem de dinheiro, com crime cibernético ou com tráfico de entorpecentes. Construir uma sociedade fraterna é punir aquele que cometeu ilícito penal, mas cumprir o ditame do ordenamento constitucional, assegurando a ele direitos. Também como ser humano. Dentro da cadeia de progressão de penas nós temos que retirar esse caos inconstitucional do sistema carcerário brasileiro (Entrevista ao CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-08/entrevista-reynaldo-soares-fonseca-ministro-stj>. Acesso em: 4 jul. 2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há muito ainda a avançar para que se alcance o modelo ideal de um Estado moderno, democrático, verdadeiramente promotor dos direitos individuais, sociais e políticos de seus nacionais, em que se realize, em sua plenitude, o tríptico principiológico da Revolução Francesa.

Em verdade, muito embora quase todos, senão todos, os povos do ocidente se afirmem democráticos (basta dizer que a Coreia do Norte se intitula, oficialmente, República Popular Democrática da Coreia) – afinal, é simpático assim qualificar-se (SICA, 2009, p. 292) – amiúde se verificam, no tocante aos sistemas de justiça criminal, alguns *gaps* entre a estrutura normativa e a realidade praticada nos tribunais e nos escaninhos das agências de persecução penal, onde grassam procedimentos divorciados do paradigma estabelecido nas respectivas constituições e leis de cada país.

Não há como negar, especificamente em relação ao nosso país, que caminhamos bastante, sobretudo a partir da Constituição da República de 1988, momento em que, definitivamente, o nacional deixa de ser súdito e passa a ostentar o título de cidadão, com uma miríade de direitos individuais reconhecidos no *Bill of Rights* (art. 5º).

Certo é que, salvo para alguns setores de cariz antidemocrático e antiliberal – que, ultimamente, parecem haver emergido de tumbas de obscuridade – todos concordamos com a ideia de que uma justiça criminal inspirada nos ideais da **Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade** reclama o equilíbrio entre, de um lado, os justos anseios da sociedade por um grau maior **de eficiência do sistema punitivo, com a diminuição do nível de morosidade dos processos e de impunidade dos autores de condutas criminosas** e, de outro, a não menos cara aspiração de **que a atividade repressora do Estado jamais se afaste do *standard* civilizatório** que qualifica e condiciona aquela atividade como formal e substancialmente legítima e justa.

Em uma perspectiva otimista, como a de feição racional de RIDLEY (2010), é de esperar-se que, da mesma forma que nos espantamos ao olhar para o passado e perceber o quanto se avançou até o presente, creiamos na crescente qualificação da justiça criminal, como consequência natural do aperfeiçoamento do homem e de suas instituições.

Enfim, que sejamos capazes de implementar os ideais da Revolução Francesa sem o terror que infelizmente marcou também um período desse momento histórico. E, assim, considerar a **Liberdade** humana como uma condição natural de todos e de cada um, uma conquista inarredável de nossa existência humana; assegurar que todos possam viver em **Igualdade** de condições e possibilidades de se expressar livremente, como integrantes de uma comunidade; por fim, promover e sustentar a existência humana sob um espírito de **Fraternidade**, de modo a nos identificarmos como essencialmente iguais,

ainda que separados por crenças religiosas, ideologias políticas, origens, etnias, raças, orientações sexuais e classes sociais.

Afinal, nas palavras de um dos mais notáveis líderes do século XX, Martin Luther King, “Ou vivemos juntos como irmãos, ou morremos todos juntos como idiotas.”

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed., rev. e trad. J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BELLO, Ney. **O Judiciário e o Supremo**: a equivocada criação de um demônio popular. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-17/crime-castigo-judiciario-stf-equivocada-criacao-demonio-popular>. Acesso em: 30 abr. 2019.

BIDART, Adolfo Gelsi. **Proceso penal**: aproximacion a los fundamentos. MonteVero: FCU, 1996.

CAFERRA, Vito M. **Il magistrato senza qualità**. Bari: Laterza & Figli, 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Coimbra: Almedina, 2006, 2ª tiragem.

CARRARA, Francesco. Variedad de la idea fundamental del derecho punitivo. In: **Opúsculos de Derecho Criminal**. Buenos Aires: Arayú, 1955.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paulo Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, v. 1.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. História da violência nas prisões. 13. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

GODECHOT, Jacques. **As revoluções**: 1770-1799. Trad. Erothildes M. B. da Rocha. São Paulo: Pioneira, 1976.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984.

MAGALHÃES GOMES FILHO, Antonio. **Motivação das decisões penais**. São Paulo: RT, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**, 3. ed., São Paulo, Atlas, 2000.

RIDLEY, Matt. **The rational optimist**. How prosperity evolves. New York: HarperCollins Publishers, 2010.

RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. Proceso, democracia y humanización. **Revista de Ciências Penales de Costa Rica**, ano 9, n. 13, Ago/1997.

RODRÍGUEZ, Javier Llobet. As garantias processuais penais na obra de beccaria e sua atualidade. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 8, n. 15, p. 177-202, jul./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIETTI CRUZ, Rogerio. **Prisão Cautelar: dramas, princípios, alternativas**. 5. ed. Salvador: Lumen Juris, 2020.

_____. **Violações desnecessárias**. Jota, 8/12/2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-nalise/artigos/violacoes-desnecessarias-o-caso-alter-do-chao-08122019.B

_____. Algumas premissas para um devido processo penal. In: Malan, Diogo et al. (Coordenadores). **Processo Penal humanista**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.A

_____. **Garantias processuais nos recursos criminais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013

_____. **Por que odiar?** Correio Braziliense, Brasília, Caderno Direito e Justiça, 2 de junho de 1997.

SICA, Leonardo. Mediação, processo penal e democracia. In: **Processo penal e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOARES DA FONSECA, Reynaldo. **O princípio constitucional da fraternidade**. Seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

_____. **Resgate do princípio da fraternidade não significa conivência e impunidade** (Entrevista ao Conjur). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-08/entrevista-reynaldo-soares-fonseca-ministro-stj>. Acesso em: 4 jul. 2020.

FRATERNIDADE E PARTICIPAÇÃO DAS MINORIAS NA POLÍTICA

RELEITURA DE CONSULTA PERANTE O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL A RESPEITO DO GÊNERO COMO CRITÉRIO DEFINIDOR DA CONTABILIZAÇÃO DAS COTAS DE CANDIDATURAS E DA UTILIZAÇÃO DO NOME SOCIAL NAS ELEIÇÕES

TARCISIO VIEIRA DE CARVALHO NETO¹⁴⁷

1. INTRODUÇÃO

O contexto de anormalidade experimentado em circunstâncias de calamidade pública de natureza sanitária reafirma a imperatividade e a relevância de estudos a respeito da fraternidade e sua relevância jurídica, notadamente na qualidade de experiência possível e de ideário voltado ao debate e à reflexão conjunta da comunidade jurídica internacional e brasileira.

Por essa razão, saúdo a conveniência e a oportunidade dos organizadores da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão consistente em, a um só tempo, promover espaço científico para endereçar tema fulcral ligado à efetividade da dignidade da pessoa humana e à persecução do objetivo republicano de construir uma sociedade livre, justa e fraterna, bem como prestar devidas homenagens a um jurista do quilate intelectual do Excelentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

A esse respeito, algumas palavras se impõem em tributo ao homenageado pela originalidade do debate inaugurado acerca do princípio constitucional

147. Professor Adjunto da Universidade de Brasília. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos no *Ius Gentium Conimbrigae*/Centro de Direitos Humanos de Portugal. Doutor e mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo e graduado em Direito pela Universidade de Brasília. Ministro do Tribunal Superior Eleitoral e Subprocurador-Geral do Distrito Federal. gab.tvc@tse.jus.br

da fraternidade em sua tese de doutoramento. Igualmente, a mesma percepção laudatória deriva do brio acadêmico de quem se dedica ao magistério em instituição pública desde o ano de 1987 e exerce a magistratura a partir do início da década de 1990, após notável passagem pela Procuradoria-Geral do Estado do Maranhão.

Feito esse introito, o presente artigo objetiva demonstrar a incidência do princípio da fraternidade no Direito Eleitoral por intermédio de estudo de caso referente à Consulta nº 0604054-58.2017.6.00.0000, formulada por senadora e processada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE), com relatoria deste subscritor. Na espécie, debateu-se a existência de lacuna legal na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), especialmente no comando normativo que impõe ação afirmativa para superar o déficit democrático oriundo da sub-representação das mulheres no Parlamento.

Por unanimidade, o TSE considerou que a expressão “cada sexo” constante na dicção legal não contempla a diversidade de gênero com seus marcadores sociais singulares e diferenciados. Logo, é o gênero, e não o sexo biológico, o critério definidor da contabilização de pessoas transexuais para fins de cômputo na seara de cotas de candidatura.

A partir de perspectiva dedutiva, pretende-se partir da dogmática dos direitos fundamentais e da preponderância da dignidade da pessoa humana nesta até a realidade empírica e processual que moldou os contornos da consulta na Justiça Eleitoral. No intermédio, será proposta reflexão jurídica sobre conteúdo, qualificação e regime jurídico da fraternidade no constitucionalismo hodierno, assim como as premissas teóricas e dogmáticas que orientam o Direito Eleitoral em casos sensíveis à ordem axiológica da comunidade política. Em seguida, pretende-se perquirir os reiterados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a questão da orientação sexual e da determinação do gênero.

2. AXIOLOGIA DO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

O desenvolvimento do Estado na modernidade desembocou na prevalência do Estado constitucional de direito. Nesse campo, observa-se a progressiva centralidade da promoção de direitos fundamentais no mister existencial do poder público. Por isso, a vinculação deste à ordem jurídica tem índole

substancial com derivações de forma e conteúdo mediante a constitucionalização do sistema jurídico.

No Estado constitucional, os próprios atos legislativos inovadores no ordenamento estão subordinados a outra lei superior, a Constituição, em termos materiais e formais, o que influi nas questões de validade do direito. Nesse sentido, toda interpretação ou aplicação de norma jurídica deve estar em conformidade com as diretivas constitucionais. Disso decorre a conclusão de Luigi Ferrajoli de que há um compromisso vital entre direito, Estado e democracia, à luz do modelo constitucional eleito em decisão soberana.¹⁴⁸

A partir dessa alteração fundamental e do consequente ganho de autonomia do direito em relação às outras esferas sociais, como a moral e a religião, nota-se que, do Estado legal para o Estado constitucional, o próprio fundamento dessa instituição transfere-se aos direitos fundamentais.

Com efeito, o autor italiano reconhece uma autêntica mudança cultural com evidentes reflexos nos paradigmas jurídicos, tendo em conta que a Constituição passa a ser vista, e exercitada, como limite e vínculo destinado aos poderes eleitos pela maioria democrática. Essa situação justifica, em última medida, o controle de constitucionalidade e o desenvolvimento da jurisdição constitucional, traduzíveis em expansões institucionais e permanentes de atribuições e poderes aos tribunais *vis-à-vis* maiorias ocasionais que ascendem ao governo com o objetivo de implementar suas ideias e ideologias e eventualmente infringem o patrimônio jurídico de grupos minoritários.¹⁴⁹

Em termos constitucionais, seminal tornou-se a evocação jurídica da força normativa da Constituição, a partir do pensamento de Konrad Hesse, porquanto as normas constitucionais que façam valer um Estado constitucional devem converter-se em “força ativa” diuturnamente nas esferas pública e privada. É dizer:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas [...] puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa caso se façam presentes, na consciência geral – particularmente,

148. FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

149. FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). *O Estado de direito: história, teoria, crítica*. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – , não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*) mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*).¹⁵⁰

Por outro lado, ficou evidente, no curso da segunda metade do século XX, que a força de um projeto constitucional não depende apenas de uma racionalidade cartesiana que institua órgãos do Estado, cujas finalidades são promover e garantir direitos fundamentais. Nas palavras de Pablo Lucas Verdú, por meio do conceito de sentimento constitucional, há a necessidade de expressão emocional por parte do povo consistente em adesão ao desenho constitucional e aos direitos humanos.¹⁵¹ Assim, os princípios constitucionais inspiradores e diretores requerem uma interpretação de concretização que supera os métodos hermenêuticos clássicos, ao exigir a adoção de valorações no ato de julgar. Com a assunção de que toda Constituição é uma estrutura normativa aberta, ou seja, há um núcleo essencial dessa ordem que vincula e deve permanecer estável, porém também existe um espaço de conformação no momento de aplicação da lei que pressupõe uma contribuição intelectual específica do intérprete. Essa dinâmica de vinculação e abertura é fundamental para a integração política e a adesão ao projeto constitucional.

Na literatura brasileira, semelhante raciocínio pode ser encontrado no pensamento de Carlos Ayres Britto, quando sustenta que é a Constituição o direito mais axiológico e de mais forte compromisso humanista.¹⁵² Logo, valores democráticos em torno dos quais orbitam o humanismo devem ser positivados como figuras de direito em sede constitucional. Em suma, considera-se a Constituição o espaço lógico de toda a axiologia jurídico-democrática, de modo que o novo humanismo defendido pelo autor demanda necessariamente a concretização constitucional da democracia por meio de ferramentas jurídicas.

Postos os marcos teóricos supracitados e essa linha argumentativa, já seria possível constatar a relevância civilizatória da fraternidade apreendida no escopo do senso comum por cidadãos e juristas sencientes, até mesmo como condição de possibilidade para o porvir do constitucionalismo.

Em seara jurídica, assumido que a Constituição brasileira é uma resposta para o passado e uma proposta para o futuro que não pode ser negligenciada

150. HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132, grifos no original.

151. VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como de integração política*. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

pelos juristas que se guiam pelo constitucionalismo igualitário ou por uma dogmática constitucional emancipatória, torna-se papel da dogmática constitucional potencializar os dados normativos, democráticos, compromissórios, analíticos e reflexivos da ordem fundante.¹⁵³

No entanto, o refinamento intelectual do homenageado que culminou na robustez de sua tese de doutoramento permite mais matizes metodológicas que nos facilitam pensar a realidade complexa e heterogênea como ela se apresenta hodiernamente. Isso porque, além de dedicar um capítulo a perquirir a ideia de fraternidade na tradição cultural ocidental, Reynaldo Soares da Fonseca expôs, com convicção e maestria, o seu entendimento de fraternidade nas respectivas dimensões jurídica e política e, conseqüentemente, constitucional.

Nessa trilha, no âmbito desta investigação, torna-se relevante abordar (i) o caráter político dessa categoria por meio da tríade liberdade-igualdade-fraternidade e sua repercussão na democracia e (ii) a posição da fraternidade na dogmática dos direitos fundamentais e o conseqüente relacionamento desse ideal normativo com a dignidade da pessoa humana.

3. DEMOCRACIA E FRATERNIDADE

A materialização do Iluminismo exigiu a formulação teórica de diversos constructos filosóficos para concretizar-se empiricamente e gerar resultados tão significativos quanto o Estado moderno. A título de exemplo, Saul Tourinho Leal argumenta ao ponto de identificar nas raízes da Revolução Francesa e como legado do movimento constitucionalista a preocupação com a felicidade.¹⁵⁴ Por constatar os ecos e as referências a essa ideia nos documentos jurídico-políticos mais relevantes desse momento histórico, aponta: “[o] projeto constitucional tinha um fim específico e esse fim era a felicidade. Não fazia sentido pensar no projeto constitucional afastado dessa bandeira. Esse é o berço do constitucionalismo moderno”.¹⁵⁵

Segundo o homenageado, o mesmo eclipse na consciência histórica ocorreu com o ideal fraterno após a instrumentalização do trinômio liberdade-igualdade-fraternidade pelo Terceiro Estado. A necessidade de voltar a debater a fraternidade deriva da realização incompleta dos vetores da liberdade e da

153. CLÊVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

154. LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017.

155. LEAL, Saul Tourinho. *Direito à felicidade*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 205-206.

igualdade, visto que a sociedade não renunciou à concretização dos valores universais da democracia. Portanto, o ideal fraterno apresenta-se politicamente como exigência e demanda social.¹⁵⁶

Extraí-se, por exemplo, do pensamento de Michele Carducci, a urgência de um direito constitucional altruísta em face do exaurimento de uma forma de compreender a liberdade que tem sua legitimidade erodida ante a exclusão de povos e indivíduos do acesso aos bens fundamentais na ambiência da globalização.¹⁵⁷ Por conseguinte, mostra-se imperativo redefinir a liberdade como “responsabilidade-para-com-os-outros”, de maneira a universalizar o direito de ter direitos para todo o gênero humano.¹⁵⁸

Por outro lado, o conteúdo jurídico da igualdade não autoriza a desconsideração das diferenças intrínsecas a cada ser humano em prol de um tratamento uniforme, principalmente quando decorre do Estado. Por isso, após análise comparativa das tradições constitucionais latino-americanas, Roberto Gargarella postula que a concretização da igualdade demanda um duplo compromisso de respeito, seja ao autogoverno coletivo, seja à autonomia individual.¹⁵⁹

A propósito dessa tensão oriunda da impossibilidade de promoção unilateral da liberdade ou da igualdade, Jorge Miranda é particularmente preclaro:

Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente a par, uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e da liberdade política.¹⁶⁰

Diante das dificuldades históricas depreendidas das experiências de realização do binômio liberdade-igualdade, Clèmerson Clève defende que a construção de uma dogmática potencializadora de valores libertários e igualitários perpassa por uma ética de responsabilidade, uma política de criatividade e um

156. FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade:** seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

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

158. CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta.** Trad. Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 59.

159. GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución:** dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010). Katz: Buenos Aires, 2014.

160. MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 286.

compromisso ideológico definido em oposição à neutralidade ou à manutenção do estado de coisas.¹⁶¹

Ao seu próprio modo e fincado na fraternidade, Reynaldo Soares da Fonseca resume sua posição:

Com essa diretriz metodológica [de Chiara Lubich], torna-se possível tratar a fraternidade como categoria política com aptidão a refundar a prática democrática, ao compatibilizar o relacionamento entre a igualdade (paridade) e a liberdade (diferença), em prol de uma causa unificante. Logo, o conteúdo mínimo desse princípio político expressa-se como a condição de igualdade entre irmãos e irmãs de modo a ser possível que cada um seja livre na sua própria diversidade. Sendo assim, à fraternidade abrem-se as possibilidades atuais e futuras, ganhando universalidade perante a humanidade e a própria condição humana. Enfim, esse princípio político tem o potencial de atuar como método e conteúdo da política, ao tornar-se parte constitutiva do processo de tomada de decisões políticas, assim como guia hermenêutico das demais normas em interação dinâmica.¹⁶²

Em síntese, o homenageado indica um luminoso sendeiro pelo qual a fraternidade e a democracia caminham de forma não só harmoniosa, mas irmanadas. Em outras palavras, a deliberação democrática recomenda a utilização do ideal fraterno como fonte para a formação de juízos políticos pelos cidadãos.

4. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FRATERNIDADE

Como visto, a origem e o futuro do constitucionalismo pressupõem a satisfação da finalidade estatal correspondente aos direitos fundamentais. No entanto, o conteúdo, os fins e os limites dessa categoria jurídica devem apresentar adaptações aos desafios atuais e complexos caso seja desejável a manutenção ou o soerguimento de sua relevância na ordem jurídica do Estado e da sociedade.¹⁶³

Nesse panorama, José Carlos Vieira de Andrade expõe o espaço do domínio conceitual dos direitos fundamentais. Dessa definição extrai-se a autonomia institucional dessa categoria constitucional. Os núcleos estrutural e material dos direitos fundamentais referem-se a posições jurídicas subjetivas reputadas

161. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

162. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 55.

163. GRIMM, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madri: Trotta, 2006.

fundamentais e imputadas a todos os indivíduos ou, pelo menos, a categorias abertas de pessoas. Ademais, a função desses direitos é proteger e garantir posições, relações ou bens jurídicos considerados essenciais ou primários em sede constitucional. Por fim, defende que a existência de uma plêiade de direitos fundamentais serve para uma intenção específica, qual seja, a manifestação jurídica de um princípio de valor: o da dignidade da pessoa humana.¹⁶⁴

Por essa razão, a afirmação de que existem direitos fundamentais informados ou derivados da fraternidade não é simples. O homenageado avança mais:

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica.¹⁶⁵

Nesses termos, com esteio nas lições de Luís Roberto Barroso e com ciência de que se versa sobre um conceito multifacetado e de origem filosófica, a dignidade da pessoa humana atua como um valor fundamental e um princípio constitucional, porquanto serve para justificar moralmente posições e para fundamentar, em termos normativos, direitos fundamentais.¹⁶⁶ Ademais, essa categoria desempenha um papel interpretativo, pois necessariamente informa a interpretação de normas constitucionais, tendo em conta que integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Com o objetivo de unificar seu uso e conferir alguma objetividade linguística, Barroso estabelece como conteúdo mínimo para o conceito de dignidade da pessoa humana: (i) um valor intrínseco ou ontológico a todo ser de onde decorre a origem de um conjunto de direitos fundamentais; (ii) um elemento ético que corresponde à autonomia e fundamenta o livre-arbítrio dos indivíduos, tomando decisões existenciais, baseadas na sua própria concepção de bem, sem influências externas indevidas; e (iii) um valor comunitário, o qual

164. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

165. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 96.

166. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

viabiliza restrições legítimas à dignidade individual de uma pessoa em nome de valores sociais ou interesses estatais.¹⁶⁷

Ao considerar que as condições sociológicas vinculantes ao Poder Constituinte decorrem de influxos valorativos, cujo marco é a dignidade da pessoa humana, e de uma ideologia e dogmática constitucional emancipatória, é possível chegar à argumentação de Reynaldo Soares da Fonseca, segundo a qual a fraternidade funciona como parâmetro normativo de correção da conduta de sujeitos de direito. Ademais, o ideal fraternal assume centralidade nas operações de fundamentação, legitimação, identificação, qualificação e positivação de direitos fundamentais.

Pautado em boa doutrina e aplicações jurisprudenciais, Fonseca retira do preâmbulo e do art. 3º, III, da Constituição da República e de tratados internacionais de direitos humanos a fundamentalidade formal desse direito fundamental, ao passo que a materialidade corresponde a prestações, autorizações, vedações e limites materiais às ações públicas, sociais e particulares incidentes sobre os destinatários da ordem constitucional que dão guarida a uma concepção de vida em sociedade que implica um projeto existencial do ser humano.¹⁶⁸

Enfim, remanesce a esse contributo acadêmico destinado a prestar homenagem a um magistrado a missão de investigar possíveis leituras ou interpretações da jurisprudência do TSE pelas lentes da dignidade da pessoa humana, bem como da fraternidade preconizada pelo homenageado.

5. PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MINORIAS E DÉFICIT DEMOCRÁTICO DOS TRANSGÊNERO

O ideal de democracia deliberativa tem as seguintes características: inclusão, deliberação e igualdade. A primeira se expressa na presença discursiva de todos os possíveis afetados no processo de deliberação e na tomada de decisão. O elemento deliberativo se entende como a expressão argumentativa do que servirá como fundamento da decisão e teste de correção material do ajustado.

167. BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

168. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade*: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

Por fim, a dimensão igualitária se traduz na situação de isonomia deliberativa de todos os partícipes e coautores da decisão.¹⁶⁹

Portanto, a democracia condiciona a ação pública, porquanto a observância ao procedimento democrático revela-se fonte de legitimidade permanente dos atos públicos. Assim, há complementaridade entre o Estado e a espacialidade participativa da esfera pública.

Nesse panorama, a participação das minorias no debate público e nas instituições formais da política é não só desejável, mas essencial para a preservação do Estado democrático de direito, diante do quadro de ausência de representatividade de grupos expressivos da sociedade brasileira nos poderes eleitos. Por isso, justifica-se a existência de ações afirmativas por meio do Direito Eleitoral e dirigidas aos cidadãos hipossuficientes sob as perspectivas econômica e política.

Isso porque, no estado atual da arte, há uma dicotomia paradoxal decorrente das desigualdades sociais na seara da conquista e da efetivação da cidadania no Brasil. No pensamento de Marcelo Neves, observa-se que há subintegração das massas que compõem as camadas populares marginalizadas à Constituição expressa na baixa eficácia dos direitos fundamentais; concomitantemente, ocorre sobreintegração dos grupos privilegiados, inclusive com apoio da burocracia estatal, que se utilizam do texto constitucional na medida em que este lhes é favorável, tendendo a desconsiderá-lo em seu horizonte do agir quando haja contrariedade entre seus interesses e os ditames constitucionais.¹⁷⁰

Esse diagnóstico é particularmente verdadeiro quanto aos grupos vulneráveis ou minoritários, que são coletividades de indivíduos que reúnem cumulativamente os seguintes caracteres: (i) destoam do padrão social dominante e por isso são estigmatizados; (ii) são alvos de práticas discriminatórias e ostentam menor nível de fruição empírica de direitos; (iii) apresentam dificuldade em acessar bens públicos ou ter seus pleitos acolhidos pela política majoritária; e (iv) demandam do Estado o emprego de técnicas de proteção específicas para assegurar a sua igualdade material perante os demais cidadãos.¹⁷¹

169. GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

170. NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

171. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. *Revista da AGU*, Brasília, v. 19, n. 1, p. 17-44, jan./mar. 2020.

Nesse sentido, foi apresentada consulta formulada em tese ao TSE sobre matéria eleitoral, iniciativa de senadora da República, vertida em cinco indagações:

A expressão “cada sexo” contida no art. 10, § 3º, da Lei das Eleições se refere ao sexo biológico ou ao gênero? Homens e mulheres trans devem ser contabilizados nas cotas respectivas, feminina e masculina? A determinação de que o candidato deve “indicar seu nome completo”, contida no art. 12, caput, da Lei das Eleições, no pedido de candidatura se refere ao nome social ou ao nome civil? É lícito que os(as) candidatos(as) indiquem somente seus nomes sociais, se fizerem prova que as certidões referem a eles próprios? Caso as pessoas trans devam indicar seu nome civil, é possível que sejam indicadas, nas urnas eletrônicas e demais cadastros eleitorais, apenas por seus nomes sociais? A expressão contida na mesma norma “não estabeleça dúvida quanto à sua identidade” aplica-se à identidade de gênero, enquanto especificação do direito de personalidade à identidade pessoal? O uso dos nomes sociais, mesmo equiparados aos “apelidos” a que se refere a norma do art. 12 da Lei das Eleições, se restringe às candidaturas proporcionais ou aplica-se às candidaturas majoritárias?

Em suma, legítima a consulta formulada por sua indiscutível densidade social e jurídica, nos termos do art. 23, XII, do Código Eleitoral, cingiu-se o Tribunal à interpretação de dois dispositivos da Lei das Eleições: o art. 10, § 3º, que disciplina os percentuais de gênero que devem ser observados nos processos de registro de candidatura (cotas de gênero); e o art. 12, que dispõe sobre a indicação do nome e as variações nominais com as quais o candidato deseja ser registrado, ou seja, o nome que constará da urna eletrônica.

Em cotejo do caso em espécie e da formulação teórica do princípio constitucional da fraternidade, torna-se oportuno o seguinte itinerário argumentativo. Em primeiro lugar, a postura contramajoritária e protetiva observada na jurisprudência do STF em relação aos grupos vulneráveis em função de orientação sexual ou identidade de gênero. Em seguida, a realidade constitucional e comparada dos transgênero que postulam cargos públicos eletivos. Posteriormente, a notícia da consulta em espécie com a explanação das razões de decidir do TSE. Enfim, uma proposta de releitura da decisão da Justiça Eleitoral a partir da fraternidade.

5.1 A JURISPRUDÊNCIA DO STF PELA PROTEÇÃO DE GRUPOS VULNERÁVEIS EM FUNÇÃO DE ORIENTAÇÃO SEXUAL E DA IDENTIDADE DE GÊNERO

A partir do desenvolvimento das teorias da argumentação, é possível sustentar que a racionalidade da jurisprudência emana de sua conformidade a condições, critérios ou regras que o constituem. Assim, concebe-se uma Corte Constitucional que realize um controle procedimental e substancial da ordem jurídica à luz da rigidez e da supremacia constitucionais.

Na verdade, a instituição da jurisdição constitucional permite a conjugação de uma teoria da argumentação jurídica com o discurso de direitos fundamentais em prol da obtenção de juízos constitucionalmente corretos. Acerca da racionalidade do processo de efetividade da jurisdição constitucional, Robert Alexy é particularmente assertivo:

A insegurança quanto aos resultados do discurso no âmbito dos direitos fundamentais leva à necessidade de decisões dotadas de autoridade. Se a maioria parlamentar não deve controlar a si mesma, o que significaria ser juiz em causa própria, sobra apenas a alternativa de alguma forma de jurisdição constitucional. O fato de um tribunal constitucional não apenas argumentar, mas também decidir, nada tem de irracional. De forma geral, vale a idéia de que a razão prática pode ser realizada apenas no âmbito de um sistema jurídico que vincule, de forma racional, argumentação e decisão.¹⁷²

Nesse escopo, uma Corte Constitucional exerce seu papel na democracia constitucional a partir da limitação de autoridades majoritárias, de modo que a regra das maiorias pode encontrar óbice nos direitos das minorias que dissentem do majoritariamente consentido. Versa-se sobre a função contra-majoritária da jurisdição constitucional em função da dogmática dos direitos fundamentais.

Por conta dessa funcionalização da jurisdição constitucional, observa-se, nos posicionamentos iterativos do STF, uma linha jurisprudencial de cunho protetivo aos grupos minoritários e vulneráveis atrelados à população com orientação sexual destoante do padrão social majoritário. Isso é facilmente perceptível mediante o exame detido de casos paradigmáticos julgados na última década pelo Tribunal Pleno do órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro.

172. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 574.

Na ADI nº 4277 e na ADPF nº 132, ambas de relatoria do Ministro Ayres Britto, procedeu-se à interpretação, conforme a Constituição, do art. 1.723 do Código Civil para afastar entendimento preconceituoso ou discriminatório do referido dispositivo, que seria alcançado caso não houvesse o reconhecimento de união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Isso porque a proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo tem como corolário a liberdade para dispor da própria sexualidade, à luz da autonomia da vontade, dos direitos fundamentais do indivíduo e da fraternidade.

Posteriormente, em 2017, o mesmo racional foi adotado pelo STF quanto a outros dispositivos da codificação civil, notadamente para evitar a distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros em razão de o vínculo afetivo ser hetero ou homoafetivo, no bojo do tema 498 da sistemática da repercussão geral, cujo paradigma é o RE nº 646.721, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e com acórdão redigido pelo Ministro Luís Roberto Barroso.

No ano seguinte, a propósito de controvérsia sobre a alteração do prenome e do sexo no registro civil por pessoa transgênero, concluiu-se por sua viabilidade constitucional, mesmo sem transgenitalização ou realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, no âmbito da ADI nº 4.275, de relatoria do Ministro Marco Aurélio e com acórdão redigido pelo Ministro Edson Fachin. Fundamentou-se essa decisão nos argumentos de que o direito à igualdade abrange a identidade de gênero, por sua vez manifestação da própria personalidade da pessoa humana, e de que a comprovação dessa dissonância identitária entre o que designado ao nascimento e a autoidentificação posterior firmada em declaração escrita dessa vontade constitui direito fundamental, logo independe de procedimento cirúrgico ou laudos de terceiros.

Por fim, em junho de 2019, na ADO nº 26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e no MI nº 4.733, de relatoria do Ministro Edson Fachin, o Plenário do STF procedeu à interpretação, conforme a Constituição, dos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, à luz dos mandados de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º do texto constitucional, para compreender a homofobia e a transfobia em suas diversas manifestações como espécies do gênero racismo social, por entender que as condutas homofóbicas inferiorizam membros do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade sexual, assim como que os mesmos comportamentos são inteligíveis

como discriminação e ofensa a direitos e liberdades fundamentais de grupos vulneráveis.

Com esteio nesses precedentes, é certo que o TSE deve analisar casos relativos à participação de pessoa transgênero na política com a mesma lente hermenêutica constantemente assinalada pelo STF.

5.2 BREVE REFERÊNCIA AO SUPORTE FÁTICO DA DISCRIMINAÇÃO DE GRUPO VULNERÁVEL TRANSGÊNERO

Demonstra-se imperativo fazer referências, ainda que superficiais, às condições e circunstâncias fáticas a que submetidos o grupo dos transgênero, especialmente em termos de participação na política, diante da pertinência de que as interpretações judiciais observem a força criativa ou a normatividade dos fatos, sob pena de inefetividade da tutela jurisdicional. Na ocasião do desfecho da consulta em tela, este subscritor declarou que o TSE fazia um “aceno à realidade” ao reconhecer a diversidade sexual como elemento relevante no processo eleitoral e bem jurídico digno de proteção pela Justiça Eleitoral.

Na qualidade de categoria de identidade coletiva e de ativismo político, o termo transgênero representa a emergência – somente na década de 1990 em diante – como símbolo em torno da variação de gênero entre pessoas, o que ostenta repercussões na saúde pública, no serviço social, na academia e nas casas legislativas. Nesse sentido, a transformação social proposta pelo enfoque na identidade de gênero, em vez da sexualidade, ainda está para ser realizada ao longo das próximas décadas. Essa diferenciação implica uma visão mais ampla de justiça social atinente a uma atenção simultânea a aspectos simbólicos ou linguísticos, como o reconhecimento de grupo, e práticos convertidos no cotidiano da política de identidade.¹⁷³

No que toca a essa questão, hialina parece ser a clarificação conceitual, proposta pelo Excelentíssimo Ministro Celso de Mello no voto condutor da ADO nº 26 supracitada:

A designação do sexo da pessoa, sob perspectiva estritamente biológica, diz respeito à sua conformação física e anatômica, restringindo-se à mera verificação de fatores genéticos (cromossomos femininos ou masculinos), gonadais (ovários ou testículos), genitais (pênis ou vagina) ou morfológicos (aspectos físicos externos gerais). Esse critério dá ensejo à ordenação das pessoas, segundo sua designação sexual, em homens, mulheres e intersexuais (pessoas que

173. VALENTINE, David. *Imagining transgender: an ethnography of a category*. Durham: Duke University Press, 2007.

apresentam características sexuais ambíguas). Já a ideia de gênero, assentada em fatores psicossociais, refere-se à forma como é culturalmente identificada, no âmbito social, a expressão da masculinidade e da feminilidade, adotando-se como parâmetro, para tanto, o modo de ser do homem e da mulher em suas relações sociais. A identidade de gênero, nesse contexto, traduz o sentimento individual e profundo de pertencimento ou de vinculação ao universo masculino ou feminino, podendo essa conexão íntima e pessoal coincidir, ou não, com a designação sexual atribuída à pessoa em razão sua conformação biológica. É possível verificarem-se, desse modo, hipóteses de coincidência entre o sexo designado no nascimento e o gênero pelo qual a pessoa é reconhecida (cisgênero) ou situações de dissonância entre o sexo biológico e a identidade de gênero (transgênero). A sexualidade humana, por fim, envolve aspectos íntimos da personalidade e da natureza interna de cada pessoa, que revelam suas vocações afetivas e desígnios amorosos, encontrando expressão nas relações de desejo e de paixão.

Feita essa consideração factual, não é espantosa a situação de vulnerabilidade desse grupo social no Brasil e no mundo. Na verdade, a própria ausência de coleta e publicidade de dados pelo Estado com referência a esses cidadãos em específico já dificulta a promoção de mudanças sociais ou a formulação de leis e políticas públicas baseadas em evidências. Isso é válido, inclusive, nos repositórios de dados usualmente acessados para se obterem informações sobre grupos marginalizados, notadamente delitos e agressões a direitos fundamentais, como boletins de ocorrência policiais e relatórios do Sistema Único de Saúde (SUS).

Com restrição ao campo da política institucional ou político-partidária, somente na última década do século XX, surgiram no cenário público detentores de mandatos eletivos identificados publicamente com essa identidade de gênero, como são os casos de Joanne Marie Conte e Althea Garrison, em câmaras e assembleias subnacionais dos Estados Unidos, Christian Schenk no *Bundestag* (parlamento nacional) alemão e Georgina Beyer na Nova Zelândia.

Na América Latina, a notícia da representatividade desse espectro social apenas deu-se na corrente década com agentes públicos de alto escalão no governo federal ou nacional e detentores de mandatos eletivos que se autodeclararam transgênero. A esse respeito, registram-se Michelle Suarez Bertora no Parlamento uruguaio (2014), Tamara Adrián na Assembleia Nacional da Venezuela (2015) e Diane Marie Rodríguez Zambrano no Equador (2017). No Brasil, exerce atualmente o cargo de deputada estadual Érica Malunguinho da

Silva na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, a partir das últimas eleições em 2018.

Em síntese, decorre, de breve exame da realidade, a constatação de baixa representatividade política desse grupo populacional identificado pelo gênero em relação à sua significância numérica no tecido social brasileiro, o que indica déficit democrático que demanda superação dessa falha na política majoritária, de maneira a correlacionar de forma mais fidedigna o espaço público dos transgênero com referência ao povo na qualidade de soberano e instância jurídico-política apta a representar os destinatários das prestações civilizacionais do Estado brasileiro e fonte da formação da ação pública.

5.3 CONSULTA PERANTE O TSE

Assumidos os contornos fático-normativos já esposados neste artigo quanto ao grupo minoritário e vulnerável dos transgênero, importam igualmente as premissas teóricas contidas no voto condutor da consulta já enunciada, mas também verticalizadas na esteira desta investigação. Isto é, a compatibilidade e a concomitância, por um lado, de ações afirmativas eleitorais voltadas à superação do déficit democrático oriundo da baixa representação das mulheres em cargos públicos diretivos e, por outro, do cômputo de candidatos nas cotas femininas e masculinas, de acordo com sua identidade de gênero.

O TSE considerou, ainda, o caráter sociocultural da construção do gênero a fim de conformar uma realidade ainda impregnada por preconceitos e estereótipos aos valores e às garantias constitucionais, assim como a mitigação jurisprudencial do princípio da imutabilidade do nome, o que possibilita a atuação da Justiça Eleitoral no sentido de alterar o nome civil com o objetivo de compatibilizar o exercício do sufrágio com as questões de gênero.

Ante esse acervo fático e pré-compreensões sobre a realidade constitucional, o TSE manifestou-se da seguinte forma em termos vazados em ementa a seguir transcrita:

CONSULTA. REQUISITOS. LEGITIMIDADE. SENADORA. EXAME. EXPRESSÃO “CADA SEXO”. REFERÊNCIA. TRANSGÊNEROS. OMISSÃO LEGISLATIVA. NOME SOCIAL. CADASTRO ELEITORAL. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IGUALDADE. NÃO DISCRIMINAÇÃO. INTIMIDADE. DIREITO À FELICIDADE. BEM-ESTAR OBJETIVO. VALORES DE JUSTIÇA. FINS SOCIAIS. EXIGÊNCIAS DO BEM COMUM. COTAS FEMININA E MASCULINA. CONTABILIZAÇÃO. PERCENTUAIS. ART. 10, § 3º, DA LEI Nº 9.504/97. PEDIDO DE REGISTRO DE CANDIDATURA. NOME

COMPLETO. ART. 12, *CAPUT*, DA LEI DAS ELEIÇÕES. NOME CIVIL. DETERMINAÇÃO. NOME SOCIAL. URNAS ELETRÔNICAS. POSSIBILIDADE. EXPRESSÃO “NÃO ESTABELEÇA DÚVIDA QUANTO A SUA IDENTIDADE”. CANDIDATURAS PROPORCIONAIS E MAJORITÁRIAS. IDÊNTICOS REQUISITOS. ART. 11 DA LEI DAS ELEIÇÕES.

[...]

III. Com base nesses fundamentos, adotam-se as seguintes orientações para as questões veiculadas na presente Consulta

1. A expressão “cada sexo” mencionada no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.504/97 refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico, de forma que tanto os homens como as mulheres transexuais e travestis podem ser contabilizados nas respectivas cotas de candidaturas masculina ou feminina. Para tanto, devem figurar como tal nos requerimentos de alistamento eleitoral, nos termos estabelecidos pelo art. 91, *caput*, da Lei das Eleições, haja vista que a verificação do gênero para o efeito de registro de candidatura deverá atender aos requisitos previstos na Res.-TSE nº 21.538/2003 e demais normas de regência.

2. A expressão contida no art. 12, *caput*, da Lei nº 9.504/97, de que o candidato deve “indicar seu nome completo” no pedido de registro candidatura, refere-se ao nome civil, constante do cadastro eleitoral, por ser imprescindível ao exame das certidões negativas exigidas no pedido de registro de candidatura, o qual deverá ser restrito ao âmbito interno da Justiça Eleitoral, enquanto o nome social deverá ser utilizado nas divulgações públicas.

3. É possível o uso exclusivo do nome social nas urnas eletrônicas, observados os parâmetros do art. 12 da Lei nº 9.504/97, que permite o registro do “prenome, sobrenome, cognome, nome abreviado, apelido ou nome pelo qual é mais conhecido, desde que não se estabeleça dúvida quanto à sua identidade, não atente contra o pudor e não seja ridículo ou irreverente”.

4. A expressão “não estabeleça dúvida quanto à sua identidade”, prevista no *caput* do art. 12 da Lei nº 9.504/97, refere-se à identificação do(a) candidato(a) conforme seja conhecido(a), inclusive quanto à identidade de gênero.

5. O nome social poderá ser utilizado tanto nas candidaturas proporcionais como nas majoritárias, haja vista que o art. 11 da Lei nº 9.504/97, ao estabelecer o rol de dados e documentos que devem instruir o pedido de registro, não faz nenhuma distinção nesse sentido.

6. Acolhe-se a manifestação da Assessoria Consultiva no sentido de que a autodeclaração de gênero deve ser manifestada por ocasião do alistamento eleitoral ou da atualização dos dados do cadastro eleitoral, ou seja, até cento e cinquenta e um dias antes da data das eleições, nos termos do art. 91, *caput*, da Lei nº 9.504/97, razão pela qual se propõe a edição de regras específicas sobre o tema.

7. Consulta conhecida.

Sendo assim, a Corte Eleitoral assentou a existência de lacuna legal presente na Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), especialmente no comando normativo que impõe ação afirmativa para superar o déficit democrático oriundo da sub-representação das mulheres no Parlamento. Além disso, julgou que a expressão “cada sexo”, constante na Lei Eleitoral, não contempla a diversidade de gênero com seus marcadores sociais singulares e diferenciados, devendo-se considerar o gênero como critério definidor da contabilização de pessoas transexuais, travestis ou transgênero para fins de contabilizar as cotas de candidaturas masculina e feminina.

Noutro giro, permitiu a conformação do direito fundamental ao nome, inclusive em suas manifestações em sede eleitoral, ao que autodeterminado pelo livre desenvolvimento da personalidade e reconhecido pelo seio social relevante, no caso de existir dissonância identitária entre o que designado ao nascimento pelo sexo biológico e a própria identificação posterior pelos meios legais, independentemente de procedimento cirúrgico ou laudos de terceiros.

6. RELEITURA DA CONTROVÉRSIA JURÍDICO-ELEITORAL A PARTIR DA FRATERNIDADE

Com fundamento no edifício teórico construído por Reynaldo Soares da Fonseca a respeito do princípio constitucional da fraternidade e respectivo resgate pelo sistema de justiça, torna-se possível avaliar o que decidido na consulta em espécie pelo TSE e prover novas e substanciosas justificações para a posição adotada pela Justiça Eleitoral quanto aos direitos fundamentais de pessoa transgênero que postula a um cargo público eletivo, sobretudo no tocante à utilização de nome social no curso da campanha e à contabilização do postulante nas cotas de gênero, de acordo com sua matriz identitária.

Na dimensão política, a fraternidade traduz-se como método e teor para a persecução da democracia, o que condiz com ressignificação das práticas na esfera pública. Nessa linha, demanda-se a compatibilização da paridade e da diferença em prol da dignidade da pessoa humana. Com efeito, os incentivos ao exercício da capacidade eleitoral por pessoa transgênero estão em consonância com o constitucionalismo de matiz fraterna porque promovem a democracia deliberativa pelos vetores da inclusão, deliberação e igualdade.

Sob a perspectiva jurídica, a assunção da premissa de que a fraternidade é uma norma jurídica dotada de estatura constitucional impacta também a solução da consulta em tese. Isso porque o conteúdo mínimo desse comando normativo irradia e conforma todo o ordenamento jurídico e a vida social, ambos regidos por um projeto constitucional comum pactuado em momento constituinte. Igualmente, retira-se do espaço de livre conformação do Legislativo – e conseqüentemente das maiorias ocasionais – a decisão de promover a participação das minorias na política. Por essas razões, a efetividade do direito à participação na política institucional ou partidária deve ser objeto de tutela pelo Poder Judiciário em sua função contramajoritária, a começar pelos processos hermenêuticos incidentes sobre a legislação eleitoral.

Em suma, a proposição de um princípio constitucional da fraternidade, que é digno de resgate pelo sistema de justiça, vai ao encontro da resposta proposta, por unanimidade, por parte do TSE quanto à promoção e ao fomento das liberdades e dos direitos políticos da população transexual, travesti ou transgênero. Isso porque os dois sinalizam uma concepção de vida comunal e de ética pública que pressupõe, ainda, um projeto existencial de ser humano livre, igual e fraterno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de desfecho, retoma-se o propósito originário de prestar uma singela homenagem intelectual ao Excelentíssimo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca que oportunamente é realizada nesta obra por sua *alma mater*, a Universidade Federal do Maranhão. Honra-nos, portanto, a participação neste empreendimento.

Assim, pretendeu-se investigar a incidência do princípio constitucional da fraternidade no Direito Eleitoral a partir de estudo de caso relativo aos posicionamentos do TSE em matéria de participação das minorias na política.

De início, operou-se nas intersecções entre direito, moral e ética, com o cuidado de repisar as autonomias de cada sistema social, proporcionadas pela ideia de fraternidade. Em seguida, a relação produtiva entre democracia e fraternidade em sua dimensão política foi objeto de atenção argumentativa. Ademais, posicionou-se a fraternidade em seu *locus* perante a dogmática dos direitos fundamentais, à luz dos aportes teóricos de Luís Roberto Barroso

acerca da dignidade da pessoa humana e de Reynaldo Soares da Fonseca quanto ao princípio constitucional da fraternidade.

Quanto ao tema da participação política das minorias por intermédio da democracia, concebeu-se o conceito de vulnerabilidade de grupo social que apresenta dificuldade em ter seus pleitos acolhidos pela política majoritária e demanda do Estado o emprego de técnicas protetivas especiais para assegurar a igualdade material dos concidadãos.

Enfim, abordou-se em estudo de caso consulta formulada ao TSE por senadora da República no que tange à interpretação de dois dispositivos da Lei das Eleições: o art. 10, § 3º, que disciplina os percentuais de gênero que devem ser observados nos processos de registro de candidatura (cotas de gênero); e o art. 12, que dispõe sobre a indicação do nome e as variações nominais com as quais o candidato deseja ser registrado, ou seja, o nome que constará da urna eletrônica.

Concluiu-se pela convergência da resposta proposta, por unanimidade, por parte do TSE quanto à promoção e ao fomento das liberdades e dos direitos políticos da população transexual, travesti ou transgênero e o conteúdo, as finalidades e a natureza do princípio da fraternidade, tal como desenvolvido pelo homenageado. Essa inferência foi viável graças ao esforço de releitura da controvérsia jurídico-eleitoral pela norma objeto de tese de doutoramento e crescente interesse pela literatura acadêmica.

Para isso, estudou-se a jurisprudência do STF quanto à proteção de pessoas discriminadas em função de sua orientação sexual ou identidade de gênero, notadamente nos casos de união estável homoafetiva, regimes sucessórios de cônjuges e companheiros homoafetivos, alteração do prenome e do sexo no registro civil por pessoa transgênero, sem procedimento cirúrgico ou laudo técnico, e criminalização da homofobia e da transfobia. Igualmente, pautou o itinerário argumentativo a realidade constitucional discriminatória e de vulnerabilidade aferível em relação ao grupo transgênero e os termos exatos que definiram a consulta ao TSE em tela.

Ratificou-se, portanto, a hipótese positiva de incidência do princípio constitucional da fraternidade no Direito Eleitoral, notadamente em temática atinente à participação de minorias na política institucional mediante cargos eletivos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- CARDUCCI, Michele. **Por um direito constitucional altruísta**. Trad. Sandra Regina Martini Vial, Patrick Lucca da Ros e Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. O Estado de direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (org.). **O Estado de direito: história, teoria, crítica**. Trad. Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- GARGARELLA, Roberto. **La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)**. Katz: Buenos Aires, 2014.
- GARGARELLA, Roberto. **Teoría y crítica del derecho constitucional**. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- GRIMM, Dieter. **Constitutionalismo y derechos fundamentales**. Trad. Raúl Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simón. Madri: Trotta, 2006.
- HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. São Paulo: Almedina, 2017.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Proteção à vulnerabilidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil: a defesa da população LGBTI+. **Revista da AGU**, Brasília, v. 19, n. 1, p. 17-44, jan./mar. 2020.
- MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

NEVES, Marcelo. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente.

Dados, Rio de Janeiro, v. 37, n. 2, p. 253-275, 1994.

VALENTINE, David. **Imagining transgender**: an ethnography of a category. Durham:

Duke University Press, 2007.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do

sentir constitucional como de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DIREITOS HUMANOS: JUSTIÇA E EFICIÊNCIA PENAL NO MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA¹⁷⁴

JOSÉ DE RIBAMAR FRÓZ SOBRINHO¹⁷⁵

1. INTRODUÇÃO: PROBLEMA, MARCO TEÓRICO, PREMISSAS E METODOLOGIA

Primeiramente, a eleição do marco teórico se fundamenta em dois alicerces de caráter prático na delimitação do objeto de pesquisa: a eliminação do debate acerca da legitimidade da legislação posta e a dissociação entre o raciocínio utilitarista e a hermenêutica jurídica, com a consequente adoção de um princípio deontológico quanto à interpretação. Dado que nem o utilitarismo admitiria um sistema político totalitário, na medida em que cada indivíduo constitui o melhor gestor dos próprios interesses, torna-se imperativo reconhecer a democracia como premissa¹⁷⁶.

A ausência de uma estrutura social fundada no totalitarismo, portanto, implica, necessariamente, na impossibilidade da supressão de interesses dos grupos minoritários, caso contrário, estabelecer-se-ia um regime ditatorial das maiorias ocasionais. No entanto, embora a estruturação democrática constitua ponto consensual, o utilitarismo sustenta que a democracia não garante a liberdade¹⁷⁷. Daí a relevância da estrutura teórica rawlsiana, que concebe instituições sociais legítimas, a partir do dever de justiça e do princípio de

174. Este artigo sofreu reduções necessárias a presente publicação. Originariamente, foi apresentado e aprovado como exigência parcial para obtenção do Grau de Doutorado em Direito, da Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, na disciplina Novos Desafios em Sede de Tutela Geral da Personalidade Jurídica, sob a orientação da Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, em junho de 2018, Lisboa, Portugal.

175. Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, em Brasília-DF (2014). Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) – Lisboa / Portugal). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão.

176. Jeremy Bentham e John Stuart Mill advogaram pela democracia. Nesse sentido, conferir: MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. (trad.) Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 29/46.

177. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. (trad.) Denise Bottmann. São Paulo: L&PM, 2016. p. 35.

equidade. Nesse sentido, a defesa que Rawls faz à necessidade de cumprimento das leis injustas apresenta-se como marco representativo da legitimidade do exercício de poder por meio da legislação¹⁷⁸, encobrendo o espaço que, a teoria utilitarista, se apresentaria às discussões sociológicas em relação à aludida legitimidade. Com efeito, o marco teórico aqui eleito abrevia perscrutar acerca da legitimidade da legislação, permitindo a delimitação jurídica do tema.

Em consequência do primeiro efeito, a eleição do marco teórico rawlsiano impede que, em momento logicamente posterior à elaboração das leis, seja empregado critério hermenêutico utilitarista. Uma vez eleita a “posição original” rawlsiana como apta à garantia dos “bens primários” — aqueles básicos e indispensáveis à satisfação de qualquer plano de vida (direitos e liberdades) —, apresentar-se-ia incompatível com tal premissa epistêmica a opção por uma hermenêutica consequencialista, dissociada da própria principiologia legislativa. Daí a diferenciação do critério empregado aqui em relação à incidência do marco teórico: a teoria rawlsiana também é elevada aqui a critério interpretativo, dentro do contexto jurídico-analítico do problema proposto, não servindo somente como delimitação temática da pesquisa.

Por outro lado, a eleição do critério de prevenção geral das penas como medida da eficiência do sistema penal resulta da congruência das teorias da justiça rawlsiana e utilitarista. A função intimidatória da pena, no pensamento utilitarista, afigura-se não só como fator de eficiência do sistema penal, mas também como elemento de maximização da felicidade. Tanto é assim que Bentham afirma expressamente que “o ideal seria criar uma ameaça de punição, sem nunca punir ninguém”¹⁷⁹. Embora a teoria consequencialista avance, no sentido da necessidade imperativa da aplicação das penas, preferencialmente com grande publicidade — o que gera a objeção kantiana de utilização do indivíduo como meio ao bem comum, vulnerando a dignidade humana por não considerar o condenado como um fim em si mesmo —, sua premissa genérica encontra-se alinhada à justiça rawlsiana: na medida em que pressupõe a “justiça como regularidade”, isto é, “a administração regular e imparcial da lei, que nesse sentido é equitativa”¹⁸⁰. O critério de eficiência do sistema penal, portanto, pressupõe, por um lado, a desnecessidade da intervenção punitiva (ou, ao menos, sua mitigação) e, por outro, a justiça como regularidade.

178. RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. p. 354. (Tradução livre): “Em um estado de quase justiça, portanto, temos normalmente o dever de obedecer às leis injustas em virtude de nosso dever de apoiar uma constituição justa”.

179. BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Clarendon Press, 1823. p. 4.

180. RAWLS, John. ob. cit. p. 235.

Em que medida a ideia de justiça se relaciona com a eficiência do sistema penal? Este é o problema de pesquisa abordado aqui.

Como marco teórico, a teoria de justiça elaborada por John Rawls e a função de prevenção geral da pena. Como premissa empírico-epistemológica, o regime democrático. O objeto de análise é o Marco Legal da Primeira Infância – MLPI¹⁸¹. Como recorte metodológico básico, elege-se o debate jurídico acerca da hermenêutica legislativa: isso significa, em termos sintéticos, que análise se circunscreve ao âmbito do propriamente jurídico, afastando-se das propostas legislativas (*de lege ferenda*) e das discussões atinentes à atividade político-congressual, mais afetas à seara sociológica.

A dogmática jurídica, portanto, é eleita aqui não só como condição de possibilidade do exame, mas como seu marco lindeiro, circunscrevendo o universo epistemológico deste trabalho a ponto de impedir raciocínios afetos à estruturação social de natureza abstrata ou filosófica. Não se questiona aqui, portanto, como ou quais leis devem ser elaboradas, mas, isto sim, em que medida a legislação ou o direito posto/legislado encontra-se alinhado à perspectiva rawlsiana de justiça e como a aplicação dessas mesmas leis — em especial, o Marco Legal da Primeira Infância, precipuamente no que tange a dignidade da pessoa humana ao encarceramento digno¹⁸² e o direito a maternidade e amamentação da criança lactante — se correlaciona com a eficiência do sistema penal. Sendo este o capítulo inaugural desta pesquisa, cumpre estabelecer os baluartes das premissas e dos recortes metodológicos aqui traçados.

O pano de fundo da análise é o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), sobretudo no que se refere ao capítulo de alteração do Código de Processo Penal brasileiro, que permitiu ao juiz a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o acusado for gestante, mulher com filho de até doze anos ou homem com filho até doze anos, desde que, neste último caso, seja o único responsável. Tal lei confere interpretação autêntica¹⁸³ aos preceitos

181. BRASIL. LEI Nº 13.257, de 08 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 11.770, de 09 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 05 de junho de 2012.

182. FROZ SOBRINHO, José de Ribamar. *Direitos Humanos e Execução Penal: estudos em homenagem ao Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho*. / Organizadores: Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior; Marcelo Carvalho Lima – 1ª Ed. – São Luís: Edufma, 2018. p. 83/113.

183. GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 398: “Interpretação — Explicação, esclarecimento eliminação de dúvidas, ato de interpretar. [...] Quanto à origem: autêntica ou legal, a que é feita pelo próprio legislador, em lei nova, pela autoridade que expediu o ato e define-o no próprio texto legal”. No mesmo sentido: CRETELLA JR., José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo:

da Constituição brasileira que não só determinam a proteção à maternidade e à infância (arts. 6º e 227), mas também, especificamente, estabelecem como direito fundamental das presidiárias a permanência com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L), além de reconhecer o dever do Estado de proteção especial à família, base da sociedade (art. 226).

2. BREVE RETRATO DAS CONDIÇÕES GERAIS DO BRASIL

O problema da segurança no Brasil não pode ser descrito de maneira simplista, uma vez que consubstancia resultado de uma multiplicidade de fatores que nem sempre podem ser explicitados de maneira objetiva ou numericamente: a própria interdisciplinaridade do tema já demonstra, *primo ictoculi*, sua complexidade — o que, a princípio não destoa de qualquer análise mais acurada acerca do tema em qualquer outro país¹⁸⁴. Não se pretende aqui, destarte, expor aprofundadamente toda a gama de elementos que compõem o cenário da segurança pública no país, bastando, para os fins aqui buscados, demonstrar, em breve panorama, a silhueta da situação atual: a partir da qual será possível fincar os alicerces das ideias analíticas básicas desenvolvidas em seguida.

Em primeiro lugar, é preciso conferir alguma ideia sobre as proporções dos números brasileiros. Atualmente, o Brasil conta aproximadamente com

Revista dos Tribunais, 2000. p. 146. É evidente que o sentido da interpretação autêntica aqui mencionada se distancia daquela esposada pela atribuição de significado conferida à aludida expressão pela antiga doutrina de direito constitucional, por todos: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 399/400: “A interpretação autêntica é aquela ministrada pelo legislador mesmo; o órgão legislativo elaborava uma segunda norma com o propósito de esclarecer especificamente o significado e o alcance da norma antecedente, havida por obscura ou ambígua. É forma rara de interpretação. Alguns juristas, como Savigny, se recusam a admiti-la. Entendem ordinariamente que a lei interpretativa representa uma nova lei, de todo o ponto distinta daquela preexistente, não havendo, portanto, como falar nesse caso de interpretação”.

184. BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 12: “A busca de uma legitimação científica no desenho de políticas de segurança pública é considerada uma das condições para a descoberta de soluções duradouras para o problema da criminalidade. A suposta científicidade deve ser acompanhada, ademais, de uma eficácia simbólica, ou seja, precisa corresponder às expectativas e experiências amplamente disseminadas, que, na atualidade, tendem a remeter tanto à ocorrência de crimes quanto ao clima mais geral de insegurança prioritariamente à responsabilidade individual — por oposição às causas sociais. A eficácia dos discursos na área de segurança depende de sua aceitação tanto pelo público em geral quanto pelos operadores jurídicos e autoridades políticas. As políticas derivadas desses discursos precisam, portanto, ancorar-se nas relações sociais preexistentes e nas representações que as reproduzem, sem descuidar dos aspectos supostamente científicos que lhes garantiriam uma aura de neutralidade”.

duzentos e dez milhões de habitantes¹⁸⁵, sendo o quinto país mais populoso do mundo. No ano de 2016, foram registradas 61.283 mortes violentas no país (equivalendo a 7 pessoas assassinadas por hora), 71.796 notificações de pessoas desaparecidas, 112.708 armas apreendidas, 49.497 estupros e 1.066.674 veículos foram subtraídos no período (equivalendo a 1 carro por minuto). Entre os anos de 2009 e 2016, 21.892 pessoas foram mortas em ações policiais: tais vítimas normalmente são homens (99,3%), negros (76,2%) e têm entre 12 e 29 anos de idade (81,8%)¹⁸⁶. Ainda no ano de 2016, foram registradas mais de 47 mil mortes no trânsito, além de 400 mil pessoas com sequelas¹⁸⁷. No término do ano de 2017, a taxa de desemprego chegou ao patamar de 12,7%, equivalendo a aproximadamente 27 milhões de pessoas¹⁸⁸. A taxa de analfabetismo, no encerramento do ano de 2016 atingiu o patamar de 7,2%, equivalendo a quase 12 milhões de pessoas¹⁸⁹. A renda *per capita*, no ano de 2017, foi inferior a 350 dólares¹⁹⁰.

Por outro lado, no mês de dezembro do ano de 2017, o Brasil ultrapassou a Rússia, tornando-se o país com a terceira maior população carcerária do mundo — totalizando quase 730 mil presos —, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China. Há um déficit de quase 360 mil vagas no sistema carcerário brasileiro, de modo que a taxa de ocupação dos estabelecimentos penais chega a 197,4%, sendo comuns as ocorrências de rebeliões, reivindicando a observância aos direitos humanos no cumprimento das penas. Somados, os crimes de roubo, furto (37%), tráfico de drogas (28%) e homicídio (11%) são responsáveis por mais de três quartos das razões de encarceramento¹⁹¹.

185. VILLAS BÔAS, Bruno. *População brasileira sobe para 207,6 milhões de pessoas, aponta IBGE*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5100400/populacao-brasileira-sobe-para-2076-milhoes-de-pessoas-aponta-ibge>>. Acesso em: 23/04/2018.

186. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário de segurança pública 2017*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 23/04/2018.

187. LAJOLA, Mariana. *Trânsito no Brasil mata 47 mil por ano e deixa 400 mil com alguma sequela*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml>>. Acesso em: 23/04/2018.

188. ABDALA, Vitor. *Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5%*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>>. Acesso em: 23/04/2018.

189. FERREIRA, Paula. *Brasil ainda tem 11,8 milhões de analfabetos, segundo IBGE*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-118-milhoes-de-analfabetos-segundo-ibge-22211755>>. Acesso em: 23/04/2018.

190. ABDALA, Vitor. *Renda familiar per capita no Brasil em 2017 foi de R\$ 1.268, segundo IBGE*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-02/renda-familiar-capita-no-brasil-em-2017-era-de-r-1268-segundo-ibge>>. Acesso em: 23/04/2018.

191. VERDÉLIO, Andréia. *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do*

Ainda assim, há mais de 564 mil mandados de prisão já expedidos e ainda não cumpridos no país¹⁹². Há mais de 27 facções criminosas estruturadas no Brasil, dominando não só os estabelecimentos penitenciários, mas também nichos do crime organizado no país, sendo as mais conhecidas: o Primeiro Comando da Capital (PCC), o Comando Vermelho (CV), os Amigos dos Amigos (AA) e a Família do Norte (FDN)¹⁹³. Em acréscimo, o Brasil tem uma legislação criminal extensa, que reprime desde os crimes de injúria (art. 140 do CP) até a guarda de objeto obsceno (art. 234 do CP)¹⁹⁴, além de inúmeras contravenções penais, dentre as quais encontra-se a conduta de entregar-se “habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência” (art. 59 da LCP)¹⁹⁵.

Embora esses dados gerais acerca das situações de violência urbana, economia, educação, sistema carcerário e legislação penal não permitam a completude na compreensão do cenário¹⁹⁶, que também apresenta nuances políticos, com a proximidade das eleições, o episódio de *impeachment* da então presidente da república e a mundialmente conhecida “Operação Lava-Jato” — levando ao encarceramento do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva —, afigura-se

undo. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 23/04/2018.

192. PIREZ, Breno. *Com cadeias já superlotadas, país tem 564 mil mandados de prisão em aberto*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-cadeias-ja-superlotadas-pais-tem-564-mil-mandados-de-prisao-em-aberto,70001643216>>. Acesso em: 23/04/2018.

193. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2017/01/crime-organizado-e-dividido-entre-27-faccoes-em-todo-o-pais-9194896.html>>. Acesso em: 23/04/2018.

194. BRASIL. Código Penal: “art. 234 – Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

195. BRASIL. Lei de Contravenções Penais.

196. Apenas para que se tenha outro dado a respeito da segurança pública, o Decreto 9.288/2018 e o Decreto Legislativo 10/2018 determinaram a intervenção federal no estado do Rio de Janeiro até o dia 31/12/2018, com o intuito de “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública no Estado” (art. 2º). Além disso, em 2015, o Supremo Tribunal Federal declarou que o sistema penitenciário do país consubstancia “estado de coisas inconstitucional” (ADPF-MC 347/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgamento: 09/09/2015. DJE 031. Divulgação: 18/02/2016. Publicação: 19/02/2016): “Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”.

significativo que, diante de tal cenário as instituições sociais sejam colocadas sob os holofotes.

É nessa conjectura que o direito brasileiro, especialmente, sua Constituição, é colocado à prova, diante de inúmeras expectativas sociais acerca do combate à corrupção e da melhoria dos indicadores sociais. Em uma dessas “provas”, o Supremo Tribunal Federal (HC 126.292), fixou a tese de que seria possível a execução antecipada da condenação. Vale contextualizar que a Constituição Federal estabelece a impossibilidade de considerar-se alguém culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII) e o Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 12.403/2011 — consubstanciando interpretação autêntica do preceito constitucional —, prescreve, em seu art. 283 que: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Sendo que trânsito em julgado, conforme a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (DL 4.657/42), consiste na decisão judicial da qual não cabe mais recurso.

A par dessas considerações, o voto condutor do HC 126.292 estabeleceu que os recursos de natureza extraordinária (recurso especial, dirigido ao STJ, e recurso extraordinário, endereçado ao STF) não são de “ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória” e nem teriam efeito suspensivo, permitindo, portanto, a execução provisória da condenação precária. Nesse sentido¹⁹⁷:

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa. Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um

197. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Pleno. J. 17/02/2016. DJE 100. Trecho do voto do ministro relator.

juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2º, da Lei 8.038/1990.

Outro argumento que se somou aos anteriores, nos votos seguintes, foi o de que a morosidade do trânsito em julgado, pela suposta excessiva quantidade de recursos previstos pela legislação implicaria inefetividade do princípio da incidência do sistema penal¹⁹⁸:

Portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente.

Não obstante a difícil configuração político-social brasileira à época do referido julgamento, o país não vivia uma situação tão excepcional a ponto de ser comparável, por exemplo, às circunstâncias que orbitavam a Suprema Corte estadunidense no julgamento do caso *Korematsu vs. United States*. O ataque à Pearl Harbore o sentimento de insegurança que se abateu sobre o povo estadunidense em relação aos residentes japoneses — segregados em campos de concentração, em decorrência da *Executive Order 9066* —, embora não justifiquem, permitem a intelecção dos esquálidos fundamentos jurídicos que sustentaram a manutenção das evidentes violações constitucionais correlatas¹⁹⁹.

198. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Pleno. J. 17/02/2016. DJE 100. Trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

199. Estados Unidos da América. Supreme Court: “Korematsu não foi excluído da área militar por causa da hostilidade contra a sua raça. Ele foi excluído porque nós estamos em guerra contra o Império Japonês, porque autoridades militares legitimamente constituídas temem a invasão da nossa costa oeste e se sentiram constrangidas a adotar medidas de segurança adequadas; porque estas mesmas autoridades decidiram que a urgência da situação demandaria que todos os cidadãos de descendência japonesa fossem segregados temporariamente da costa oeste; e, finalmente, porque o Congresso, depositando sua confiança nas nossas lideranças militares nestes tempo de guerra — como inevitavelmente deveria fazê-lo —, determinou que estas autoridades deveriam ter o poder de agir exatamente dessa forma”. O voto discordante do Ministro Owen Roberts — ao qual se alinharam, acrescentando outros argumentos jurídicos, os votos dos Ministros Frank Murphy e Robert Jackson — bem demonstra a questão hermenêutico-constitucional que deveria estar em foco: “Este não é um caso no qual se examina a situação de manter as pessoas

Há de se destacar, no entanto, que, em 1948, o então Presidente, Harry Truman, sancionou o *Japanese American Evacuation Claims*, na tentativa de oferecer alguma compensação aos que tiveram seus direitos humanos violados. O Congresso estadunidense, fundado no *Civil Liberties Act of 1988*, emitiu declaração formal de desculpas aos japoneses e respectivos descendentes. E, em 1993, o então Presidente, Bill Clinton, em nome do Poder Executivo, emitiu novo pedido de desculpas e novas provisões compensatórias aos atingidos, envolvendo, inclusive, a criação de um fundo de mais de um bilhão de dólares, destinado à compensação.

Se mesmo em situações de normalidade, no caso brasileiro, podem ser perpetrados abusos e violações constitucionais, o que dizer da pretensão de observância dos limites semânticos da dogmática jurídica em tempos extremados? O ponto que se ressalta aqui é o de que, independentemente das circunstâncias, a opção por posturas interpretativas de cunho consequencialista/utilitarista deixa de vislumbrar o caráter deontológico da “administração regular e imparcial da lei”, sempre mais alinhada à integridade do Direito²⁰⁰ e à manutenção da estabilidade das relações sociais.

O problema, e este é um traço histórico da cultura jurídica do Brasil, é que a observância da legalidade — sobretudo da de natureza constitucional — sempre foi visto como empecilho à concretização de outros valores (políticos, pessoais etc.). Como bem apontado por Lenio Streck, a atual doutrina jurisprudencial brasileira recepcionou equivocadamente a germânica jurisprudência dos valores, o ativismo estadunidense e a ponderação alexyana, estabelecendo um paradigma fecundo de discricionariedade na interpretação jurídica. Nesse sentido²⁰¹:

fora das ruas à noite (toque de recolher), como foi o caso *Hirabayashi v. United States*, 320 U.S. 81, [p226], nem um caso de exclusão temporária de dado cidadão de uma área determinada, para sua própria proteção e/ou da comunidade local, muito menos um caso no qual se oferece a certo cidadão a oportunidade de, temporariamente, afastar-se de área na qual sua presença possa causar perigo a si próprio ou aos seus concidadãos. Ao contrário, neste caso se está condenando um cidadão, como sanção à sua negativa de submissão voluntária ao próprio encarceramento em um campo de concentração, baseando-se tal condenação exclusivamente na sua descendência japonesa, e exclusivamente por causa desta ancestralidade. Sem qualquer evidência ou dúvida acerca da lealdade e das boas intenções desse cidadão em relação aos Estados Unidos. Se os fatos subjacentes a estas afirmações estiverem corretos, tal como apresentados pelos registros judicialmente apresentados, eu preciso seriamente reconhecer que houve violação constitucional” (tradução livre).

200. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. (trad.) Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 271 e ss.

201. STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48/50.

No caso específico do Brasil, onde, historicamente, até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional. [...] Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formatação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra — que será aplicada ao caso por subsunção —, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos (o chamado “caso Ellwanger”, que será discutido adiante, é uma boa amostra disso). De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio, decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando panprincipiologismo. Em linhas gerais, o panprincipiologismo é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988. Esse panprincipiologismo faz com que, a pretexto de aplicar princípios constitucionais, haja uma proliferação descontrolada de enunciados para resolver determinados problemas concretos, muitas vezes ao alvedrio da própria legalidade constitucional.

Não se ouvida aqui a porosidade (ou textura aberta)²⁰² dos preceitos constitucionais e infraconstitucionais — enquanto elementos do próprio Direito —, nem se quer supor aqui que haja uma orientação intencional no sentido de a legalidade seja ignorada. O ponto que se ilustra, com a referência de Streck, é que o Direito brasileiro se encontra em crise, dentre outros fatores, pela carência de respaldo hermenêutico às orientações jurisprudenciais, nos moldes defendidos, por exemplo, por Beatty²⁰³:

É fato que os textos constitucionais quase nunca fornecem respostas diretas às causas levadas aos tribunais, o que torna tão problemática a ideia de que os juízes são aptos para dizer às pessoas que elas não podem decidir por si mesmas se devem reconhecer ou não o direito ao aborto ou ao casamento entre pessoas do mesmo sexo. Se os juízes são livres para definir palavras como “vida”, “liberdade” e “igualdade” como bem lhes apraz, a sua supervisão dos poderes eleitos do governo não faz o menor sentido. Se a tarefa do juiz é delimitar as fronteiras da elaboração legítima das leis com base naquilo que ele próprio considera justo e certo, não pode haver nenhuma razão pela qual uma

202. HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 6. ed. (trad.) A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Caloust e Gulbenkian, 2011. p. 140/141.

203. BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*. (trad.) Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 8/9.

decisão judicial deva “suplantar” o juízo das pessoas e de seus representantes eleitos. Se os limites da elaboração legítima das leis são apenas uma questão de opinião pessoal, as majorias podem alegar uma autoridade moral decorrente da soberania popular, autoridade essa de que carecem os juízes e as minorias. Para conciliar a prática do controle judicial de constitucionalidade com a soberania do povo para governar a si mesmo, é preciso demonstrar que não é com base em suas próprias opiniões pessoais sobre o certo e o errado que os juízes resolvem conflitos e julgam o modo como os governantes exercem os poderes do Estado. É preciso haver uma teoria sobre o modo com que os juízes devem exercer seu poder de controle. Essa teoria deve oferecer-lhes uma maneira de distinguir as leis que são expressão legítima dos poderes coercitivos do Estado das que não são, sem se deixarem influenciar por seus próprios pontos de vista e predisposições pessoais. Como Oliver Wendell Holmes afirmou certa vez, a teoria é tão fundamental para a integridade do Direito quanto o arquiteto para a construção de uma casa.

A desestruturação teórica, que deveria ser robusta o suficiente para lastrear a parametrização hermenêutico-decisória dos tribunais brasileiros —, nos termos de Beatty, ou as recepções descontextualizadas e acríticas de doutrinas estrangeiras, que desaguam no panprincipiologismo, na proposta de Streck, em última análise não implicam somente na ausência de organicidade das decisões judiciais e na sua recrudescente deslegitimação institucional, mas também, e principalmente, na perda da própria efetividade organizacional do exercício da função jurisdicional. Essas observações não se prestam à crítica, pura e simples, do atual estágio de simultâneo e progressivo inchaço e enfraquecimento do Poder Judiciário brasileiro, mas, isto sim, e sobretudo, para que se observe que o latente problema que esboça neste trabalho não se refere estruturalmente ao Direito, em si, mas ao reflexo que neste se irradiam as consequências do equacionamento de fatores multifacetados.

As questões prático-teóricas de natureza jurídica que são enfrentadas aqui, portanto, têm origem e idiosincrasias metajurídicas, mas acabam por demandar uma sobreposição do Direito na medida em que se subsumem a estes domínios. Em suma, o Direito brasileiro e o latente desnorteamento jurisdicional perpassa pela própria desorientação sócio-político-cultural pela qual atravessa a sociedade brasileira. Este quadro, no entanto, não enfraquece, de forma alguma, a premissa jurídica de que a flexibilização de preceitos jurídicos somente fomenta o aprofundamento e a perpetuação de uma crise. Se, por um lado, o Poder Legislativo experimenta uma crise de representatividade — ao ponto de parcela eloquente da população cogitar e clamar pela

troca do regime democrático por um autoritário²⁰⁴, o que, aparentemente, encontraria fundamento na integridade/coerência das ditaduras —, a outorga das decisões democráticas ao Judiciário não se afiguraria como solução: nem à crise de representatividade nem à ausência de integridade/coerência.

É exatamente no mesmo sentido de Beatty — e também na lição que se extrai do episódio sobre Ulisses e o canto das sereias, na Odisseia — que Strecke Rawls estabelece a premissa metodológica de que, em tempos de crise, a melhor orientação decorre da legalidade constitucional, sendo esta o parâmetro primeiro e mais seguro de integridade/coerência do Direito: sobretudo quando se considera a supremacia constitucional no Estado democrático de Direito. Com esse breve contexto acerca da realidade brasileira, fica possível uma melhor apreensão da análise, dado que o exame se insere no âmago dessa conjectura e, por isso, suas idiosincrasias tendem a se apresentar mais claras à medida que as condições que as circundam também se fazem perceptíveis.

3. MARCO LEGAL DA PRIMEIRA INFÂNCIA E EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS EM TEMPOS DE PROTAGONISMO

Nesse contexto de rompantes utilitaristas da interpretação constitucional²⁰⁵, que, em última análise, obliteram o processo legislativo democrático e põem em xeque a estabilidade institucional das fontes jurídicas, decisões de cunho deontológico acenam para um norte de garantia de acesso aos bens primários. Assim, alinhadas às posturas de “vontade de Constituição”²⁰⁶, as

204. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/politica/republica/43-dos-brasileiros-defendem-intervencao-militar-apoio-e-maior-entre-os-jovens-071d04jms9t50rehjsln1p15>>. Acesso em: 23/04/2018.

205. Representativo dessa tendência é a postura do Min. Luís Roberto Barroso, que defende a necessidade de o Poder Judiciário considerar o “sentimento social”. Nesse sentido, Cf. <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2018/04/02/barroso-diz-que-juiz-deve-ouvir-sentimento-social-e-que-stf-esta-na-fogueira-das-paixoes-politicas.htm>>. Acesso em: 23/04/2018: “Juiz tem que construir essas soluções criativas e argumentativamente. É contingência dessa pluralidade. Não pode fazer por seu sentimento pessoal, precisa interpretar o sistema constitucional, escutar o sentimento social e construir solução constitucional adequadamente [...] numa democracia, todo poder é representativo, ou seja, é exercido em nome do povo e em interesse da sociedade. Consequentemente, a sociedade, via Constituição, deu poder à Suprema Corte, mas não é um poder para ela exercer por vontade própria. É preciso interpretar a Constituição em sintonia com o sentimento social”.

206. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 19: “A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de

decisões de reconhecimento de acesso aos bens primários, embora, no âmbito da hermenêutica jurídica, apresentem-se dentro de um simples sistema de lógica interpretativa, denotam efeitos simbólicos diretos e indiretos²⁰⁷ relevantes à comunidade jurídica.

Primeiramente, vale noticiar o caso do *habeas corpus* 134.069/DF, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Cuidava-se de impetração com pedido liminar, segundo a qual a paciente fora presa provisoriamente, em 16/09/2015, pela prática do delito de tráfico de drogas, sendo apreendida a quantidade de 450g de maconha em sua posse. Impetrado, à época da prisão, no tribunal local, *habeas corpus*— requerendo a liberdade provisória ou, alternativamente, a concessão de prisão domiciliar, dado que a paciente se encontrava grávida —, a ordem restou denegada, inclusive, posteriormente, no Superior Tribunal de Justiça: chegando, ulteriormente, ao STF (após três instâncias terem examinado o caso).

todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*WillezurMacht*), mas também a vontade de Constituição (*WillezurVerfassung*). Essa vontade de Constituição origina-se de três vertentes diversas. Baseia-se na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado contra o arbítrio desmedido e disforme. Reside, igualmente, na compreensão de que essa ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos (e que, por isso, necessita estar em constante processo de legitimação). Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através de atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente inelutáveis. Ao contrário, todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. Não abarcaríamos a totalidade desse fenômeno e sua integral e singular natureza. Essa natureza apresenta-se não apenas como problema decorrente dessas circunstâncias inelutáveis, mas também como problema de determinado ordenamento, isto é, como um problema normativo”.

207. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Texas Law Review. Vol. 89/2011. p. 1669/1698: “Efeitos diretos incluem ordens determinadas pela corte que afetam os participantes do caso, quer sejam estes os próprios litigantes/partes, quer sejam beneficiários, quer sejam órgãos/agências estatais que sejam alvo das determinações da corte, como implementadores da decisão. [...] Efeitos indiretos incluem toda sorte de consequências que derivam da decisão sem que tenham sido estipuladas pelas ordens: afetam não só as partes do caso, mas outros atores sociais. [...] As decisões judiciais podem gerar efeitos materiais e simbólicos. A primeira categoria envolve mudanças tangíveis na conduta de grupos ou indivíduos. Efeitos simbólicos consistem em mudanças de ideias, percepções e construções sociais coletivas acerca relacionadas à matéria objeto do litígio. Em termos sociológicos, os efeitos simbólicos implicam alterações culturais ou ideológicas em relação ao problema explicitado pelo caso. [...] Como a figura demonstra, a interseção dessas duas espécies de classificações gera quatro tipos de efeitos: diretos materiais (formulação de políticas ordenada pela corte); indiretos materiais (intervenção de novos atores no debate); diretos simbólicos (ressignificação da cobertura midiática); indiretos simbólicos (transformação da opinião pública acerca do problema)”. (tradução livre)

Em 23/02/2016, sobreveio a condenação em primeira instância à reprimenda de 6 anos, 9 meses e vinte dias de reclusão, em regime inicial fechado, negado o direito de recorrer em liberdade. No mês seguinte (março de 2016), ocorreu o parto: mãe e criança encontravam-se segregadas, em ambiente insalubre, até o julgamento do STF, ocorrido em 21/06/2016. Como *holding* do voto-condutor da decisão unânime, do acórdão, consta:

[...] na presente demanda, constata-se que a acusada já se enquadrava na hipótese prevista no art. 318, inciso IV, do CPP, mas deixou de ser considerada pelas instâncias anteriores. No momento da impetração do presente *habeas corpus*, a paciente encontrava-se presa juntamente com a recém-nascida Micaelly, em estabelecimento inadequado à sua condição (Penitenciária Feminina de Tupi Paulista), em total desrespeito aos direitos constitucionais citados. Não obstante as circunstâncias em que foi praticado o delito, a concessão da prisão domiciliar encontra amparo legal na proteção à maternidade e à infância, como também na dignidade da pessoa humana, porquanto prioriza-se o bem-estar do menor, como também do nascituro, principalmente em razão dos cuidados necessários em seu nascimento e na futura fase de amamentação, crucial para seu desenvolvimento.

Note-se que a “administração regular e imparcial da lei”, em regra, não demanda grande ônus argumentativo, dado que a legislação traz consigo toda uma carga de racionalidade pré-concebida historicamente, ou, em termos luhmannianos, uma complexidade composta por expectativas normativas institucionalizadas²⁰⁸. Daí se explica que a carga argumentativa demandada para a declaração de inconstitucionalidade de dada legislação ou para o *overruling* de determinado precedente, ao contrário do que se argumenta²⁰⁹, somente se apresenta vultosa na medida em que se distancia dos parâmetros da “administração regular e imparcial da lei”. Tome-se, em cotejo, a lacônica fundamentação do caso *Brown vs. Board of Education*, na qual se estabeleceu, sinteticamente (em poucos 4 parágrafos), que a doutrina do *separate but equal* (segregação racial) — instituída por ocasião do julgamento do caso *Plessy vs. Ferguson* — era inerentemente desigual, impondo aos estudantes negros a pecha de inferioridade:

208. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. (trad.) Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 45 e ss.

209. BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986. p. 34.

“Voltando-nos à questão apresentada: a segregação de crianças em escolas públicas, com exclusiva base em sua raça, conquanto as estruturas físicas e outros “fatores tangíveis” sejam iguais, limitam o acesso das crianças do grupo minoritário a iguais oportunidades educacionais? Nós pensamos que sim. Em *Sweatt v. Painter*, supra, em caso no qual uma universidade de direito de negros segregados não podia prover seus alunos com iguais oportunidades de educação, esta corte se apoiou, em larga escala, “naquelas qualidades impossíveis de mensuração objetiva, mas que fazem a diferença na grandeza no ensino jurídico das escolas de Direito”. Em *McLaurin v. Oklahoma State Regents*, supra, a Corte, em resposta ao requerimento de um negro que tinha sido admitido em uma universidade de brancos, fosse tratado como todos os demais estudantes, novamente apoiou-se em considerações intangíveis: “... sua habilidade de estudar, de engajar-se em discussões e compartilhar visões com outros estudantes e, em geral, aprender sua profissão”. As mencionadas considerações são aplicáveis com maior peso e força às crianças das escolas de ensino médio e fundamental. Sua separação das outras crianças de qualificação e idade similares, exclusivamente por causa da sua raça, gera um sentimento de inferioridade quanto ao seu status na comunidade, que pode afetar seus coração e mentes de maneira que nunca poderá ser desfeita. O efeito dessa separação em suas oportunidades educacionais também foi afirmado em um caso do Kansas, embora, na ocasião, a corte tenha sido compelida a julgar contra os interesses dos pleiteantes negros: a segregação das crianças brancas e de cor nas escolas públicas tem efeito prejudicial às crianças de cor. O impacto é maior quando respaldado por uma sanção estabelecida por lei, quanto à política de separação das raças, sua interpretação usual denota a inferioridade dos grupos negros. O sentimento de inferioridade afeta a motivação de uma criança para aprender. A segregação, respaldada por lei, portanto, tem a tendência de retardar o desenvolvimento mental e educacional das crianças negras e de negar-lhes certos benefícios que receberiam em um sistema integrado de escolas públicas. Qualquer que tenha sido a extensão do conhecimento de psicologia à época de *Plessy v. Ferguson*, esta decisão de agora é amplamente respaldada pela moderna autoridade. Qualquer linguagem em *Plessy v. Ferguson* contrária a esta decisão é rejeitada”. Nós concluímos que, no campo da educação pública, a doutrina do “separados, mas iguais” (*separatebutequal*) não tem lugar. Facilidades de educação separadas são inerentemente desiguais. Portanto, nós decidimos que os autores e outros, em situação similar, cujas ações foram aqui entregues, em razão da reclamada segregação, foram tolhidos da igual proteção da lei, como garantido pela Décima Quarta Emenda. Esta decisão torna desnecessária qualquer discussão acerca da violação da Cláusula do Devido Processo, da Décima Quarta Emenda.

Nesse sentido, o *rational basis test*, aplicado ao controle geral de constitucionalidade (*judicial review*) alinha-se à estabilidade normativa demandada das instituições justas. Por meio do *rational basis test*, estabelece-se uma relação entre meios e fins, como parâmetro de racionalidade da análise sobre a constitucionalidade de determinada lei à luz da Constituição. Dado que toda legislação conta, a seu favor, com a presunção de constitucionalidade, o *rational basis test* impõe que somente aquilo que for flagrantemente inconstitucional deve ser revogado. Analogamente, a discriminação decorrente da proscricção de carteiras de motorista a pessoas cegas é justificável na medida que tal legislação cumpriria a finalidade estatal de conferir segurança no tráfego automotor terrestre: há uma discriminação justificada, na medida em que cegos e pessoas com plenas capacidades visuais situam-se em patamares distintos em relação ao objetivo da lei. Como, praticamente, toda legislação pressupõe alguma espécie de discriminação (entre criminosos e não-criminosos, empresas tributadas e não-tributadas, etc.), o teste serve como parâmetro lógico-racional para a verificação da razoabilidade do rótulo distintivo (tratamento desigualitário).

Disso se depreende que a estabilidade das interpretações — e, com isso, das próprias instituições jurídicas — reside, sobretudo, na obediência dos ditames estabelecidos pela dogmática jurídica, observando-se que o parâmetro de razoabilidade tende a favorecer a constitucionalidade das legislações submetidas ao *judicial review*²¹⁰. Com efeito, a deferência aos limites semân-

210. FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutional law*. New York: Cambridge University Press, 2007. p. 111/113: “Sob a doutrina atual, a maioria das classificações estabelecidas legislativamente pelo Estado está sujeita ao escrutínio judicial das ‘bases racionais’ (‘rationalbasis’), teste similar ao aplicado à legislação destinada regulação econômica sob o pálio da Cláusula do Devido Processo na era pós-Lochner. Mas a corte condena dadas bases para classificações, tal como raça, como constitucionalmente suspeitas. Classificações suspeitas atraem escrutínio judicial rígido (‘strict’) e só serão permitidas se inexoravelmente necessárias à promoção de interesses estatais visceralmente convincentes (‘compelling’). A maioria das leis, senão todas, cria classificações e determina diferentes tratamentos para pessoas em diferentes categorias. Leis tributárias, às vezes, determinam que pessoas com renda mais alta estejam sujeitas a alíquotas tributárias maiores do que aquelas aplicáveis às pessoas com rendas mais baixas. Os cegos não podem ter carteiras de motorista. Mesmo leis criminais têm efeitos classificatórios. Uma lei contra roubos classifica pessoas em dois tipos: ladras e não-ladras. O Estado pune os que atentam contra a lei, mas não os que a obedecem. Exemplos como esses demonstram que a Cláusula da Igual Proteção não pode sensatamente determinar que o Estado trate todos de maneira exatamente igual. Os ricos podem ser tratados de maneira diferentes dos pobres para propósitos tributários, os cegos podem ser tratados de maneira distinta daqueles com plenas capacidades visuais na distribuição de carteiras de habilitação. Ao invés de insistir que todos deveriam ser tratados igualmente, a Cláusula da Igual Proteção determina que só casos ‘similares’, ou iguais em suas características relevantes, devem ser tratados similarmente. Noutras palavras, seu princípio-guia condena discriminações somente em relação àqueles que se mostrem relevantemente similares. Com isso, surge a questão central da análise da Igual Proteção: Quando os casos são similares, ou quando as pessoas são suficientemente similares em suas características relevantes, para que possam ser tratadas igualmente? No seu espectro central de operação, a doutrina da Igual Proteção responde à pergunta com o emprego

ticos da legislação exsurge não só como expressão de uma organização social justa (estabelecida sob baluartes jurídico-interpretativos estáveis), mas como corroborante da própria democracia, subjacente, como visto, a qualquer parâmetro de justiça. Os efeitos simbólicos, adrede mencionados, submergem sob a forma de reconhecimento da ordem jurídica institucionalizada, sob discurso que se fundamenta nas próprias bases da justiça democrática, tanto aos olhos da comunidade jurídica, quanto sob a perspectiva da sociedade. A fortificação das instituições, portanto, apresenta-se tanto mais latente quanto alinhada aos preceitos normativos, sobretudo em contenção ao consequencialismo, que, por sua natureza, sempre se apresenta efêmero.

O problema, verificado a partir dessa conjectura, é o de lidar com o solipismo e a discricionariedade judiciais frente à proteção dos direitos de personalidade dos indivíduos, sobretudo em tempos de “panprinciopiológico”. Nesse sentido, vale retomar o debate travado pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do *habeas corpus* 126.292/SP, para sublinhar um capítulo argumentativo constante do voto do Ministro Luís Roberto Barroso²¹¹:

Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. Essa ponderação de bens jurídicos não é obstaculizada pelo art. 283 do Código de Processo Penal, que prevê que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante

de um teste racional de meios e fins das bases das classificações estatais. O Estado pode conceder carteiras de habilitação para pessoas com boa visão e, simultaneamente, proscrevê-las às pessoas cegas porque as bases racionais desse esquema de classificação dos grupos de pessoas (cegos/com visão) antecipam um interesse estatal legítimo na segurança do trânsito. Visto sob a perspectiva desse interesse, os cegos e as pessoas que enxergam não estão similarmente situados: os cegos tendem a representar um perigo à segurança do trânsito como motoristas. *Mutatis mutandis*, o Estado pode classificar pessoas como ladras e não-ladras, impondo sanções às primeiras e não às segundas, porque a diferença do seu tratamento cumpre o interesse racional de promoção da segurança do patrimônio. Como é possível notar, o teste das bases racionais, usado para examinar classificações ordinárias ou ‘não-suspeitas’, sob a Cláusula da Igual Proteção, tem grande aproximação, paralelamente, ao teste racional empregado na era pós-Lochner para examinar legislações de regulação econômica sob a Cláusula do Devido Processo. Talvez por tal razão, o teste da Igual Proteção é similarmente deferente à legislação na maioria das suas aplicações. A Suprema Corte hesita em dizer tanto que os fins ou propósitos perseguidos pelo Estado não são legítimos, quanto em dizer que não conexão racional entre os meios e os fins. Em um mundo pós-Lochner, se o Estado decidir taxar os ricos em alíquotas superiores às impostas aos pobres, ou subsidiar fazendeiros de laticínios, mas não agricultores de frutas, a corte não vai duvidar de seus julgamentos”. (tradução livre)

211. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 126.292/SP. Rel. Min. Teori Albino Zavascki. Pleno. J. 17/02/2016. DJE 100. Trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso.

delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”. Note-se que este dispositivo admite a prisão temporária e a prisão preventiva, que podem ser decretadas por fundamentos puramente infraconstitucionais (e.g., “quando imprescindível para as investigações do inquérito policial” – Lei nº 9.760/89 – ou “por conveniência da instrução criminal” – CPP, art. 312). Naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão após a condenação em segundo grau – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional. Acentue-se, porque relevante: interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário. Na discussão específica sobre a execução da pena depois de proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal competente, há dois grupos de normas constitucionais colidentes. De um lado, está o princípio da presunção de inocência, extraído do art. 5º, LVII, da Constituição, que, em sua máxima incidência, postula que nenhum efeito da sentença penal condenatória pode ser sentido pelo acusado até a definitiva afirmação de sua responsabilidade criminal. No seu núcleo essencial está a ideia de que a imposição ao réu de medidas restritivas de direitos deve ser excepcional e, por isso, deve haver elementos probatórios a justificar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da medida. De outro lado, encontra-se o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal. Tais valores e interesses possuem amplo lastro na Constituição, encontrando previsão, entre outros, nos arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança). Esse conjunto de normas postula que o sistema penal deve ser efetivo, sério e dotado de credibilidade. Afinal, a aplicação da pena desempenha uma função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade. Mediamente, o que está em jogo é a proteção de interesses constitucionais de elevado valor axiológico, como a vida, a dignidade humana, a integridade física e moral das pessoas, a propriedade, e o meio ambiente, entre outros. [...] Pois bem. No momento em que se dá a condenação do réu em segundo grau de jurisdição, estabelecem-se algumas certezas jurídicas: a materialidade do delito, sua autoria e a impossibilidade de rediscussão de fatos e provas. Neste cenário, retardar infundadamente a prisão do réu condenado estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal exigida para a proteção da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema criminal. Estão em jogo aqui a credibilidade do Judiciário – inevitavelmente abalada

com a demora da repreensão eficaz do delito –, sem mencionar os deveres de proteção por parte do Estado e o papel preventivo do direito penal. A afronta à ordem pública torna-se ainda mais patente ao se considerar o já mencionado baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5% (em verdade, inferior a 0,1% se considerarmos apenas as decisões absolutórias), sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril. [...] Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. Isso, é claro, não exclui a possibilidade de que o réu recorra ao STF ou ao STJ para corrigir eventual abuso ou erro das decisões de primeiro e segundo grau, o que continua a poder ser feito pela via do habeas corpus. Além de poder requerer, em situações extremas, a concessão de efeito suspensivo no RE ou no REsp. Mas, de novo, à vista do ínfimo índice de provimento de tais recursos, esta deverá ser uma manifesta exceção.

Perceba-se, a partir dessa linha argumentativa, como o distanciamento entre os limites semânticos do texto gera perplexidades no desenvolvimento epistemológico dos fundamentos jurídicos. Em primeiro lugar, afasta-se a força vinculativa do dispositivo do Código de Processo Penal (art. 283), sob o baluarte de que a lei deve ser interpretada conforme a Constituição, não o contrário. Por outro lado, estabelece-se uma contraposição entre a presunção de inocência e o suposto princípio da “efetividade da lei penal”, afirmando-se o “abuso do direito de recorrer” — além da credibilidade do Poder Judiciário — como fator de atribuição de peso maior, no exercício de “ponderação”, em favor da suposta efetividade.

O busílis da questão reside no fato de que tanto a presunção de inocência quanto os recursos fazem parte da lei penal, de maneira que mitigar tais garantias constitucionais implica, inexoravelmente, no esmaecimento da própria efetividade desta mesma lei penal: e exsurge evidente contradição do fato de se defender o afastamento de uma regra legislada (pelo intérprete autêntico da Constituição, que é o Poder Legislativo, ressalte-se) ao mesmo tempo em que se prega a efetividade da lei. Como se as garantias individuais, decorrentes da personalidade, não representassem exatamente o marco lindeiro entre o Estado Democrático de Direito e o totalitarismo. Nesse sentido²¹²:

212. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 48/50.

É verdade que o respeito da personalidade e da dignidade humana constitui dever objetivo do Estado e de cada pessoa. Mas tal não pode reduzir nem limitar o direito que cada pessoa tem, de per si e independentemente do direito objetivo, defender a sua personalidade e a sua dignidade, apesar do Estado e mesmo contra o Estado, apesar dos outros e mesmo contra os outros. [...] Constitui o direito objetivo de personalidade a regulação jurídica relativa à defesa da personalidade consagrada, quer no direito supranacional, quer na lei constitucional, quer na lei ordinária, cuja ratio se funda em razões de ordem pública e de bem comum, e que é alheia à autonomia privada. Tem a ver com a defesa da Humanidade, da globalidade de toda a Espécie Humana, e com a exigência moral de respeitar não só a Humanidade, considerada como um todo, mas também cada um dos seus membros; tem ainda a ver com os Bons Costumes, com a Ordem Pública, com o Bem Comum. Assumem grande importância no Direito os princípios e normas jurídicas injuntivas que regem sobre a tutela da personalidade e que são indisponíveis. Estas regras constituem direito objetivo e são impostas pelo respeito da dignidade humana, que se impõe ao próprio legislador. Ao legisla-las o Estado cumpre um dever de soberania e concretiza em lei uma ordem jurídica que lhe é superior. Não está no poder do Estado legislar ou não nestas matérias, consagrar ou revogar o direito à vida e à dignidade pessoal. Também as próprias pessoas, individualmente consideradas, não têm o poder de prescindir, de alienar ou de renunciar ao direito à vida e à dignidade pessoal. Estes direitos estão fora da disponibilidade, quer do legislador, quer dos seus titulares, que não podem prescindir, nem alienar, nem dispor deles. No âmbito material do direito objetivo, a tutela da personalidade institui para todos, quer para o Estado, os seus organismos e pessoas coletivas públicas, quer para os particulares, sejam eles pessoas singulares ou coletivas, um dever de respeito pela dignidade humana de todas e quaisquer pessoas singulares ou, na terminologia do art. 70º do Código Civil, de todos os indivíduos.

No fundo, tal debate remonta às reflexões de Hobbes, no sentido da concessão de amplos poderes ao estado absolutista²¹³, ulteriormente superadas

213. HOBBS, Thomas, *Leviatã*: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. 2. ed. (trad.) Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 161/165: "Damos o nome de Estado por aquisição àquele em que o poder soberano foi adquirido pela força. E tal poder é assim adquirido quando os homens, individualmente ou em grande número e por pluralidade de votos, por medo da morte ou do cativo, autorizam todas as ações daquele homem ou assembleia que tem em seu poder suas vidas e sua liberdade. Apenas num aspecto esse domínio ou soberania difere da soberania por instituição: os homens que escolhem seu soberano fazem-no por temor mútuo, e não daquele a quem instituem, mas, no caso do domínio por aquisição, submetem-se àquele a quem temem. O que fica evidente é que em ambos os casos o fazem por medo, e isso deve ser observado por aqueles que consideram nulos os pactos obtidos pelo temor à morte ou à violência. Se isso fosse verdade, ninguém poderia, em nenhuma forma de Estado, ser obrigado à obediência. É certo que uma vez adquirida ou instituída uma soberania, as promessas derivadas do temor à morte ou à violência não são pactos nem geram obrigação, quando o que for prometido é contrário às Leis; mas a razão disso não é que

em Locke e Rousseau²¹⁴, que marcam a transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal²¹⁵. Donde se constata o desencontro histórico dessa discussão travada pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292/SP. Nesse sentido, Locke afirma a limitação do poder como decorrência lógica da própria formação do Estado, nos seguintes termos²¹⁶:

Sendo o principal objetivo da entrada dos homens em sociedade eles desfrutarem de suas propriedades em paz e segurança, e estando o principal instrumento para tal nas leis estabelecidas naquela sociedade, a lei positiva primeira e fundamental de todas as sociedades políticas é o estabelecimento do Poder Legislativo — já que a lei natural primeira e fundamental, destinada a governar até mesmo o próprio legislativo, consiste na conservação da sociedade e (até onde seja compatível com o bem público) de qualquer um de seus integrantes. Esse legislativo é não apenas o poder supremo da sociedade política, como também é sagrado e inalterável nas mãos em que a comunidade

tenha havido medo, e, sim, que aquele que prometeu não tinha nenhum direito à coisa prometida. Assim, quando alguém pode cumprir uma promessa legitimamente e não o faz, não é pela invalidade do pacto que é absolvido, mas pela sentença do soberano. Em outras palavras, o que um homem promete legalmente, é ilegalmente que o deixa de cumprir. Mas, quando o soberano, que é o ator, absolve-o, torna-se absolvido por quem lhe extorquiu a promessa, que é, definitivamente, o autor dessa absolvição. Então, os direitos e as consequências da soberania são os mesmos em ambos os casos. O poder do soberano não pode, sem seu consentimento, ser transferido para outrem; ele não pode aliená-lo; não pode ser acusado de injúria por nenhum de seus súditos; não pode ser punido por eles; é o juiz do que se considera necessário para a paz, e juiz das doutrinas; é o único legislador, e juiz supremo das controvérsias, assim como dos tempos e ocasiões de guerra e paz; a ele compete eleger magistrados, conselheiros, chefes e todos os demais funcionários e ministros e determinar recompensas e castigos, honrarias e ordens. As razões disso são as mesmas que foram apresentadas no capítulo anterior, para os mesmos direitos e consequências da soberania por instituição. [...] O senhor do servo também é senhor de tudo quanto pertence ao servo, podendo fazer uso de seus bens, de seu trabalho, de seus servos e de seus filhos, tantas vezes quantas lhe aprouver. O servo concedeu-lhe a vida, mediante um pacto de obediência, isto é, o reconhecimento e autorização de tudo o que o senhor viesse a fazer. Se o senhor recusar, matando-o ou pondo-o a ferros, ou o castigar de outra forma, por sua desobediência, o servo será o autor de tudo isso, não podendo acusar de injúria a seu senhor. Então, os direitos e as consequências tanto do domínio paterno quanto do despótico são exatamente os mesmos direitos e consequências da soberania por instituição, e pelas mesmas razões apresentadas no capítulo anterior. Se alguém é monarca de diversas nações diferentes, e numa delas tiver recebido a soberania por instituição do povo reunido, e noutra por conquista, isto é, por submissão dos indivíduos, que com isso evitaram a morte e a prisão, não pode exigir de uma nação mais do que da outra, pelo fato de a nação ter sido conquistada, pois esse seria um ato de ignorância dos direitos da soberania”.

214. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. (trad.) Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 36: “o Soberano, sendo formado apenas pelos indivíduos que o compõem, não tem nem pode ter interesse contrário ao deles; por conseguinte, o poder soberano não tem nenhuma necessidade de garantia para com os súditos, porque é impossível que o corpo queira prejudicar todos os seus membros, e veremos a seguir que ele não pode prejudicar um deles em particular”.

215. BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. (trad.) Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. p. 114/115.

216. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. (trad.) Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 502/506.

o tenha antes depositado; tampouco pode edito algum de quem quer que seja, seja de que forma concebido ou por que poder apoiado, ter força e obrigação de lei se não for sancionado pelo legislativo escolhido e nomeado pelo público. Pois, não fosse assim, não teria a lei o que é absolutamente necessário a lei, o consentimento da sociedade, sobre a qual ninguém pode ter o poder de elaborar leis salvo por seu próprio consentimento, e pela autoridade dela recebida. Portanto, toda obediência a que alguém pode estar obrigado pelos vínculos os mais solenes termina finalmente nesse poder supremo e é regida pelas leis que ele promulga. Não pode um juramento a um poder externo qualquer ou a algum poder interno subordinado dispensar nenhum membro da sociedade de sua obediência contrária às leis assim promulgadas ou mais além do que o admitido por estas, pois é ridículo imaginar alguém definitivamente obrigado a obedecer a qualquer poder dessa sociedade de que não seja supremo. Embora o legislativo, quer colocado nas mãos de um, quer de mais, quer esteja sempre em função, quer funciona em intervalos, constitua o poder supremo de cada sociedade política, não obstante: Em primeiro lugar, não é, nem pode ser absoluto, arbitrário sobre a vida e os haveres do povo. Pois, sendo ele apenas o poder conjunto de cada membro da sociedade, concedido à pessoa ou assembleia que legisla, não pode exceder o poder que tinham essas pessoas no estado de natureza, antes de entrarem em sociedade e cederem-no à comunidade. Pois ninguém pode transferir a outrem mais poder do que ele próprio possui; e ninguém dispõe de um poder arbitrário absoluto sobre si mesmo, ou sobre quem quer que seja, para destruir sua própria vida ou tomar a vida ou a propriedade de outrem. Um homem, tal como já se provou, não pode submeter-se ao poder arbitrário de outrem; e por não dispor, no estado de natureza, de nenhum poder arbitrário sobre a vida, a liberdade ou as posses de outrem, mas tão-somente o poder que a lei de natureza lhe concedeu para a conservação de si mesmo e do resto da humanidade, isso é tudo quanto cede ou pode ceder à sociedade política e, por intermédio desta, ao Poder Legislativo e, portanto, não pode ter o legislativo um poder maior que esse. O poder do legislativo, em seus limites extremos, limita-se ao bem público da sociedade. Trata-se de um poder desprovido de qualquer outro fim senão a preservação e, portanto, jamais pode conter algum direito de destituir, escravizar ou empobrecer deliberadamente os súditos. As obrigações da lei de natureza não cessam na sociedade, mas, em muitos casos, apenas se tornam mais rigorosas e, por meio de leis humanas, a ela se acrescentam penalidades conhecidas a fim de forçar sua observância. Assim, a lei de natureza persiste como uma eterna regra para todos os homens, sejam eles legisladores ou não. As regras que estabelecem para as ações de outros homens devem, a exemplo de suas próprias ações e as dos outros homens, estar de acordo com a lei da natureza, ou seja, com a vontade de Deus, da qual são a manifestação; e, sendo a lei fundamental da natureza a conservação da humanidade, nenhuma sanção humana pode ser válida contra ela.

O debate, portanto, nesse sentido, afigura-se anacrônico, tanto na parcela que se refere às limitações do poder estatal quanto no que orbita ao paradigma sujeito-objeto, superado pelo giro linguístico²¹⁷. No entanto, a retomada dessas questões, no momento atual, em que pesa sobre a jurisdição os encargos da gestão organizacional do Estado moderno, é inteligível na medida em que a sucessiva transferência dessas incumbências (outrora do Executivo autoritário e do Legislativo moroso e esqualido na implementação), por ora se deposita no Poder Judiciário, como um fenômeno mundial²¹⁸.

Com efeito, o Poder Judiciário tende, neste momento histórico, a acumular funções tipicamente técnico-jurídicas com atribuições afetas à seara político-institucional. É aí, nessa dualidade, que reside a necessidade de refundação do papel jurisdicional: a atuação político-institucional precisa se dirigir à orientação do próprio Poder Judiciário, estabelecendo-se parametrização decisória da atividade jurisdicional.

Note-se, nesse sentido, que o Código de Processo Penal brasileiro permite a prisão preventiva quando esta se mostrar necessária à garantia da ordem pública, da instrução processual penal e/ou da aplicação da lei penal e se a isso se somarem as condições do art. 313 do mesmo Código²¹⁹.

Ocorre que, em substituição à prisão cautelar, o Código de Processo Penal estabeleceu outras medidas, estabelecendo a seguinte hierarquia: somente na ausência de efetividade das medidas substitutivas, a prisão preventiva deverá ser decretada. A saber, as medidas são:

217. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119: “De todo modo, penso que a principal confluência das teses gadamerianas e dworkinianas reside na concepção de superação do esquema sujeito-objeto e o modo como tal circunstância se coloca no âmbito da applicatio jurídica, ou seja, a applicatio está exatamente assentada — como condição de possibilidade — na superação desse dualismo. A superação do esquema sujeito-objeto quer dizer ‘superação da subjetividade assujeitadora’, isto é, da ruptura com o sujeito solipsista”.

218. PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. (trad.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2008.

219. BRASIL. Código de Processo Penal: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4o). Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: I – nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II – se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; III – se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida”.

Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

- I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;
- II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;
- III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;
- IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;
- V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;
- VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;
- VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;
- VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;
- IX – monitoração eletrônica.

Portanto, percebe-se, *primo ictoculi*, que a decretação da prisão no curso do processo penal constitui *extrema ultimaratio*, somente devendo ocorrer de maneira excepcionalíssima. Não obstante isso, cerca de 40% dos presos no país estão encarcerados provisoriamente²²⁰ — mesmo que o custo do monitoramento por tornozeleira eletrônica seja oito vezes menor do que o custo com o encarceramento provisório²²¹.

Dentro desse contexto, sublinhe-se que o Marco Legal da Primeira Infância restringiu ainda mais as hipóteses de cabimento da prisão, estabelecendo que:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- I – maior de 80 (oitenta) anos;

220. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>. Acesso em: 23/04/2018.

221. BRETAS, Valéria. *Custo de tornozeleira é 8 vezes menor que ter um réu na cadeia*: desde 2011, tornozeleira eletrônica pode ser uma alternativa à prisão para os casos em que suspeitos aguardam julgamento, mas medida ainda é pouco usada. Disponível em: < <https://exame.abril.com.br/brasil/custo-de-tornozeleira-e-8-vezes-menor-que-ter-reu-na-cadeia/>>. Acesso em: 25/04/2018.

- II – extremamente debilitado por motivo de doença grave;
 - III – imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
 - IV – gestante;
 - V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;
 - VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.
- Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

É evidente que o vocábulo “poderá”, inserido no início do dispositivo, geraria debate acerca da cogência da adoção dessas medidas pelo juiz. No entanto, a melhor doutrina sustenta ser inconcebível confiar ao mero alvedrio do juiz a necessidade da substituição, haja vista que o interesse punitivo-persecutório do Estado está claramente vulnerado em face da proteção da dignidade humana, sobretudo, no que se refere aos incisos finais (III a VI), dos direitos de outrem que não o acusado. Nesse sentido²²²:

Conforme pensamos e observados os apontamentos que seguem, presentes os requisitos legais, qualquer que seja a situação listada no art. 318, a substituição traduz direito subjetivo do encarcerado e, portanto, *poder-dever* conferido ao magistrado. Em sentido contrário, argumenta-se com a literalidade do art. 318, *caput*, que ao regular a matéria diz que o juiz *poderá* substituir a prisão preventiva pela domiciliar, e então, conclui-se que não basta que a pessoa presa preventivamente se encaixe em qualquer dos modelos listados no tipo. Sustenta-se que o juiz deve avaliar aspectos de ordem subjetiva atrelados à pessoa custodiada – caso a caso –, e só após, deferir ou não a substituição da custódia clássica pela domiciliar. Tomemos para análise os incisos IV, V e VI do art. 318. Por aqui, embora sedutores os argumentos contrários ao que defendemos, quem enxerga a possibilidade de apreciação de requisitos subjetivos – com todo respeito –, está com os olhos voltados para o lado errado; olha para a pessoa presa e deixa de contemplar a pessoa sobre a qual recai a proteção perseguida pela providência excepcional. Essa forma de considerar o quadro processual deixa fora das molduras protetivas da lei – e por isso ao desamparo – exatamente aquele a quem se encontram endereçados os cuidados normativos. Ainda no que diz respeito aos incisos IV, V e VI do art. 318, importante observar que a atual redação foi determinada pela lei 13.257/16, que estabelece políticas públicas para a primeira infância, no assim denominado Estatuto da Primeira Infância, e é aqui que se encontra a chave para a adequada compreensão da questão. Não se trata de «dar ou não uma

222. MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva*: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI do CPP. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventivaa+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 25/04/2018.

chance» a quem se encontra custodiado. O foco é outro. Qualquer que seja a situação listada no art. 318, não é adequado esquecer que a pessoa presa preventivamente continuará presa, porém, em regime domiciliar, entenda-se: deverá permanecer recolhida em sua residência em período integral; 24 horas por dia, e em caso de descumprimento injustificado da(s) condição(ões) imposta(s) ocorrerá o retorno ao cárcere. A prisão domiciliar, ademais, poderá ser aplicada cumulativamente com outra(s) medida(s) cautelar(es) restritiva(s), mostrando-se eficiente, *in casu*, o monitoramento eletrônico (CPP, § 1º do art. 282, c.c. o art. 319, IX).

Depreende-se, desse dispositivo do Código de Processo Penal — alterado pelo MLPI nos seus três últimos incisos —, que, mesmo diante de causas que, em tese, poderiam levar ao encarceramento do acusado no curso do da persecução penal, o legislador privilegiou o direito de personalidade: desde o nascituro (concepção) até os doze anos de idade, exigindo somente a prova idônea do implemento dos respectivos requisitos. Há, neste particular, portanto, uma interpretação autêntica, promovida pelo legislador infraconstitucional, do preceito constitucional insculpido no art. 227 da Constituição Federal brasileira, segundo o qual:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Note-se, com efeito, que não há qualquer restrição à absoluta prioridade dos direitos da personalidade da primeira infância em face da pretensão estatal de assegurar a ordem pública, a instrução processual penal e/ou a aplicação da lei penal: há verdadeiro tabelamento hierárquico, na medida em que a proteção da infância goza de status constitucional, mas os valores adjacentes ao processo penal são de natureza infraconstitucional — não integrando o núcleo de direitos fundamentais. Vale observar aqui, em deferência à dimensão do patrimônio genético, que o MLPI concede proteção a todo o leque de indivíduos que possam figurar como “mãe”, nos termos primorosamente delineados por Stela Barbas²²³:

223. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 158/159.

Deste modo, a regra de ouro de que a mãe é a mulher que gera e tem o parto (número 1 do artigo 1796º), norma aliás comum aos quadros jurídicos da chamada cultura ocidental, teria de ser substituída pelo princípio do respeito ao direito da mãe genética. A mãe portadora que forneceu o óvulo deve ser considerada a mãe legal. Foi ela que cedeu o material hereditário indispensável àquele nascimento. A individualidade do novo ser ficou definida a partir do momento da combinação entre os genes do pai e da mãe. E, quem é a mãe no caso de tripla maternidade? A mãe genética (a doadora do óvulo)? A mãe uterina (a portadora)? A mãe social (a que cria e educa)? Julgo que se deverá aplicar o critério anterior. A mãe será sempre a que forneceu o elemento biológico fundamental para a determinação do patrimônio genético da criança. As correntes jusnaturalistas consideram que a relação estabelecida entre a mãe genética e a criança reveste natureza ontológica sendo, portanto, indisponível. As mães de aluguel que contribuem, também, com os óvulos têm um papel ativo fundamental no desenvolvimento da criança; o futuro do filho é condicionado, desde logo, pelo elemento fertilizante e pela vida intrauterina.

A mãe portadora e a mãe social, ficam expressamente resguardadas pelos incisos IV e V do art. 318 do CPP. Já a mãe genética, caso não cumule a função das anteriores, enquadra-se no inciso III do dispositivo, haja vista que indispensável, como bem sublinhado por Barbas, à convivência familiar e comunitária do infante, tal como lhe assegura o art. 227 da Constituição Federal brasileira. Daí se percebe que não há lacuna legislativa a permitir, como ocorrido no caso do HC 134.069/DF, que três instâncias jurisdicionais não consigam estabelecer a relação hierárquica da supremacia constitucional em face da legislação infraconstitucional: o demonstra a ausência de parametrização decisória.

O problema, portanto, embora, como já adiantado adrede, reside não no Direito em si, enquanto ordenamento jurídico, mas no próprio paradigma institucional que circunda a realidade jurisdicional brasileira. Nesse sentido é que Streck desenvolve cirurgicamente sua análise²²⁴:

Ora, é preciso lembrar, com Konrad Hesse, que o texto constitucional traz uma necessária vinculação constitucional — algo que Jon Elster chama pré-compromisso constitucional. Ou seja, no texto escrito na Constituição, nascem fixações que aumentam o efeito estabilizador, racionalizador e assegurador da liberdade constitucional, que se perdem quando a Constituição escrita não é mais considerada taxativamente vinculativa. Se o juiz ou qualquer Tribunal, em afastamento da concepção jurídica positivista (por óbvio, o mestre alemão refere-se ao positivismo exegético), acredita poder passar por cima do direito

224. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 52/53.

constitucional escrito (como querem os ministros que defendem a mutação constitucional), podem tais soluções ser tidas como mais apropriadas que as de uma interpretação mais fiel à lei, liberando-se o caminho para se ludibriar a Constituição, em prol de interesses discricionários controvertidos? Abandona-se, assim, a ideia de Constituição escrita pelo estado de insegurança que isso gera. Ou seja, o texto escrito tem uma clara necessidade de vinculação, que não pode ser superada, sob pena de causar fissuras na institucionalidade. O mesmo Hesse traz um instrumento conceitual interessante para entendermos o que significa a mutação constitucional: ela provavelmente nasceu com Paul Laband, com a ideia de mobilidade constitucional, que articula dois conceitos distintos: a) alteração formal da Constituição; b) mutação constitucional. A diferença básica é que a alteração formal é feita pelas maiorias parlamentares (processo de emenda), que removem conteúdos do texto da Constituição — ou seja, a alteração formal modifica o texto da norma constitucional —, ao passo que a mutação não faz nenhuma alteração no texto da Constituição, atingindo a norma concretizada. Se há uma diferença entre texto normativo e norma, a alteração formal muda o primeiro, e a mutação, a segunda. Um exemplo claro dessa ideia se verifica na Constituição estadunidense. Ela prevê a cláusula de igual proteção, mas o modo como ela foi tratada em relação à discriminação racial foi diferente em dois âmbitos históricos: até a década de 1950, vigorou a doutrina do separados, mas iguais, admitindo a segregação escolar. Na década de 1960, a Corte Warren passou a entender a segregação escolar como inconstitucional — ou seja, num primeiro momento, a segregação racial era um fator aceitável de discriminação e, num segundo, era inconstitucional. Ainda estamos diante de uma postura ativista, temos uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição, acarretando o que Hesse chama de rompimento constitucional, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias. É o que ocorreu com a Constituição de Weimar e o nazismo.

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 134.069/DF, a questão qualitativa das decisões judiciais no Brasil se perpetua, alinhada aos anseios populistas-punitivistas da jurisdição criminal do país, que olvida os direitos consagrados constitucionalmente aos infantes e sua respectiva conformação infraconstitucional estendida às genitoras (art. 5º, L, CF). Sublinhe-se, inclusive, que, mesmo no caso de acusados do sexo masculino, as garantias fundamentais dos menores têm prevalência sobre as pretensões persecutórias do Estado (art. 318, VI, CPP).

A perplexidade daí decorrente resulta da observação de que, independentemente do maior protagonismo judicial, presente tanto no cenário brasileiro quanto no internacional, e das inúmeras garantias legais e constitucionais aos

direitos, permite-se perpetuação do cenário no qual mães e infantes são segregados inconstitucionalmente, sem que haja mecanismos para o cumprimento dos mais basilares direitos da personalidade. Nesse sentido é que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal afirma, de forma contundente, que²²⁵:

O Poder Judiciário aqui, hoje, converte-se em um produtor de insegurança. [...] Não hão de ter faltado ética e justiça à Humanidade. Tantas éticas e tantas justiças quantas as religiões, os costumes, as culturas, em cada momento histórico, em cada recanto geográfico. Muitas éticas, muitas justiças. Nenhuma delas, porém, suficiente para resolver a contradição entre o universal e o particular, porque a ideia muito dificilmente é conciliável com a realidade. [...] A sociedade, insatisfeita com a legalidade e o procedimento legal, passa a nutrir anseios de justiça, ignara de que ela não existe em si e de que é incabível, como observara Epicuro, discutirmos a justiça ou a injustiça da norma produzida ou a decisão tomada pelo juiz, visto que nem uma nem outra (justiça ou injustiça) existem em si. Os sentidos de uma e outra são assumidos exclusivamente quando se as relacione à segurança (segurança social), tal como concebida em determinado momento histórico vivido por determinada sociedade. Por isso mesmo é que, em rigor, a teoria do direito não é uma teoria da justiça, porém — na dicção de Habermas —, uma teoria da prestação jurisdicional e do discurso jurídico. É possível e desejável, sim, que o direito, em sua positividade, seja interpelado criticamente, a partir de conteúdos éticos e morais nascidos da luta social e política. Esta luta se dá, aliás, desde o advento da modernidade, com o propósito de realizar, para o maior número, as promessas de liberdade, igualdade e fraternidade. Outra coisa é a pretensão de se substituir o direito pela ética — o que, na prática, significa derrogar as instituições do Estado de Direito em proveito da vontade e do capricho dos poderosos ou daqueles que os servem com lealdade canina, como se pode ver. Estranhas e sinuosas vias são trilhadas nessa quase inconsciente procura de *ius* onde não há senão *lex*. Uma delas se expressa na produção multiplicada de textos sobre conflitos entre princípios e entre valores, o que em geral faz prova de ignorância a respeito da distinção entre o deontológico e o teleológico. Outra, na banalização dos “princípios” (entre aspas) da proporcionalidade e da razoabilidade, em especial do primeiro do primeiro, concebido como um princípio superior, aplicável a todo e qualquer caso concreto — o que conferiria ao Poder Legislativo a faculdade de “corrigir” o legislador, invadindo a competência deste.

É verdade que, no tocante ao contexto histórico, o Brasil, durante os anos de ditadura, teve por regra uma visão acerca da Constituição que pouco se

225. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios: ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.

assemelha à atual: pensava-se, outrora, que o texto constitucional não continha verdadeiras promessas da modernidade, mas meros mandados de otimização, sendo que, nessa conjectura, o texto constitucional não teria aplicação direta, dependendo sempre da *interpositivo legislatoris* para que sua “abstração” pudesse ser “concretizada”.

Fato é que, no limiar da sua vigência, passou desapercibido, ao inconsciente coletivo da comunidade jurídica brasileira, a mudança promovida pelo entendimento de que a Constituição teria (e tem) eficácia normativa imediata: aliás, o próprio texto constitucional assim o afirma, no §1º do seu art. 5º, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Com efeito, grande reflexo desse “costume” (ou crença) ainda permanece latente, bastando-se observar que o art. 1º do Código de Processo Civil, datado do ano de 2015, estabelece que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Daí brota a transição, por meio da qual se estabelece a supremacia constitucional, que, aparentemente foi encontrada em algum momento da história institucional e doutrinária. Ocorre que, agora, vindo de um cenário em que a Constituição podia muito pouco (ou quase nada), adentra-se ao ambiente no qual a Constituição passa a ser sobreposta a todas as demais leis e toda jurisdição se percebe como constitucional, na medida em que a legislação incidente à causa precisa, primeiro, ser aprovada pelo filtro constitucional.

Associado a inúmeros outros fatores, incluindo-se a global crise de representatividade democrática e ao descrédito da política, o protagonismo jurisdicional exsurge da distorção do efeito material simbólico daquela transição: o de que a Constituição comporta qualquer espécie de conteúdo, ainda que advindo da atividade solipsista. É disso que, em suma, resulta o enfraquecimento da legislação democraticamente aprovada, dado que o Poder Judiciário, hodiernamente, tem se colocado como instância legitimadora da democracia, na medida em que se posiciona como fiscal da constitucionalidade.

Desse contexto também floresce o contrassenso entre a acumulação de poder — haja vista que o Judiciário brasileiro é o que menos se submete a ferramentas de controle externo (quer pelo Legislativo quer pelo Executivo) — e a ineficácia desse mesmo poder: sobretudo quando se considera que o Brasil é um país de dimensões continentais, logo, mesmo o alinhamento decisorio entre os próprios órgãos jurisdicionais, que são em grande quantidade,

apresenta-se um empecilho à segurança jurídica. No mais, é um diagnóstico já adiantado por Naím²²⁶:

Todos sabemos que a excessiva concentração de poder resulta em dano social. Os ditadores, os monopólios e os demais núcleos onde o poder se concentra são obviamente indesejáveis. Mas o outro extremo — as situações nas quais o poder está fragmentado demais — é igualmente indesejável. E o que acontece quando o poder está completamente disperso, disseminado e decomposto? Os filósofos já conhecem a resposta: caos e anarquia. A guerra de todos contra todos que Hobbes previa é a antítese do bem-estar e do progresso social. E a degradação do poder implica o risco de gerar uma situação assim. Em um mundo no qual todos têm poder suficiente para impedir as iniciativas de todos os demais, mas ninguém tem poder para impor uma linha de atuação, é um mundo no qual as decisões não são tomadas, ou são tomadas tarde demais ou se diluem ao ponto da ineficácia. Sem a previsibilidade e a estabilidade que vêm das regras e autoridades legítimas e amplamente aceitas pela sociedade, reinaria um caos que seria fonte de imenso sofrimento humano. Séculos de conhecimento e experiência acumulados por governos, partidos, corporações, igrejas, exércitos e instituições culturais podem se perder à medida que essas instituições se tornem inviáveis e caíam. Em alguns casos, trata-se de organismos nefastos, e seu desaparecimento não deve ser lamentado. Mas também há organizações e instituições muito valiosas e indispensáveis para o sustento do indiscutível progresso que a humanidade alcançou. Além disso, quanto mais esquivo o poder, mais nossas vidas passam a ser regidas por incentivos e medos imediatos, e menos possibilidades temos de marcar o curso de nossas ações e traçar um plano para o futuro. A combinação desses riscos pode levar à alienação. Convivemos há tanto tempo com instituições poderosas, e as barreiras que defendem o poder têm sido tradicionalmente tão altas, que acabamos moldando o sentido de nossas vidas — nossas escolhas sobre o que fazer, o que aceitar, o que recusar — dentro dos seus parâmetros. Se nos afastarmos demais disso, a decomposição do poder pode ter efeitos muito negativos. Precisamos urgentemente compreender e abordar o caráter e as consequências dessa decomposição. Embora os perigos mencionados ainda não cheguem a ser anarquia, é evidente que já estão interferindo em nossa capacidade de lidar com algumas das grandes questões do nosso tempo. O mundo enfrenta a mudança climática, a proliferação nuclear, crises econômicas, o esgotamento dos recursos, pandemias, a persistente pobreza do “bilhão de baixo”, terrorismo, tráfico, crimes cibernéticos e tudo mais: desafios cada vez mais complexos, que exigem a participação de grupos e agentes dos mais variados.

226. NAÍM, Moisés. *O fim do poder*: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? (trad.) Luis Reyes Gil. São Paulo: Leya, 2013. p. 38/39.

Portanto, a refundação da atividade jurisdicional, nesse sentido, carece de efetividade na medida em que se estende por um amplo espectro de questões para as quais não há uma parametrização decisória, isto é, um padrão que confira racionalidade à atividade logístico-jurisdicional. Tal carência, como visto não decorre da ausência legislativa, que, como observado por Cappelletti, permanece prolífica na regulamentação das mais diversas atividades. A visão, contudo, de que o ativismo judicial constitua solução é que se encontra equivocada, na medida em que os efeitos dessa postura resultam na inefetividade dos pronunciamentos jurisdicionais. Essa postura utilitarista, alheia ao caráter deontológico do Direito, faz com que o casuísmo na solução das questões jurisdicionais implique na carência dos parâmetros orientativos da atividade decisória, culminando na obliteração da legislação: afinal, se cada juiz decidir de maneira solipsista, a lei variará conforme as convicções de cada juiz, donde surgem casos como o do HC 134.069/DF, no qual três instâncias apresentaram soluções jurídicas flagrantemente contrárias à literalidade da lei e da Constituição.

4. EFICIÊNCIA PENAL E JUSTIÇA

Já foi dito, como premissa deste trabalho, que a eficiência do sistema penal é medida de maneira inversamente proporcional à necessidade do seu emprego. Se, por um lado, o sistema carcerário se encontra superlotado e os índices de violência urbana recrudescem, natural é que a avaliação do caráter de prevenção geral da sanção penal esteja vulnerada.

Em sentido similar, também já se expôs que, no âmbito brasileiro, tal constatação deve-se à conjugação de inúmeros fatores. Um, entretanto, em especial, ganha relevo quanto à possibilidade de implementação do ideal de justiça: a logística-organizacional do Estado. Noutra oportunidade, já examinamos que, ao longo do decurso de desenvolvimento do Estado-moderno, a creditação da função de gestor da estrutura estatal foi transferida do monarca ao legislador e, no estágio atual, encontra-se alocada na jurisdição²²⁷. Como restou demonstrado naquela ocasião, a partir do cotejo

227. FROZ SOBRINHO, José de Ribamar. *Jurisdição e implementação dos direitos fundamentais*: para além da dicotomia entre a gestão e a logística. Artigo apresentado na disciplina Direito da Norma ao Procedimento e a Fase Aplicativa. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2017. p. 02/03: “O quadro de deterioração da confiança no Estado — que, de início objetivava confrontar o absolutismo monárquico e, em seguida (no decurso histórico-cronológico das organizações sócio-políticas ocidentais, em especial as europeias), a crise de representatividade, a debilidade e a morosidade do

analítico entre a ADPF-MC 347/DF, julgada pelo STF, a Sentença T-025, proferida pela Corte Colombiana, ea decisão do TEDH no caso *Burdov vs. Russia* (n^o2), a transferência do encargo da gestão estatal não altera (ou, ao menos, não significativamente) o *status quo* de inoperabilidade do aparato estatal: se outrora as ordenações monárquicas eram inefetivas e, posteriormente, as leis foram perdendo sua força, agora as decisões jurisdicionais carecem de implementação.

O ponto de conclusão daquele trabalho resultou na observação de que o Estado-moderno, sobretudo comprometido com as intenções plasmadas nas cartas de direitos do pós-guerra, não é estruturalmente capaz de adimplir todas as promessas. A chamada “Constituição que não constitui”²²⁸ é um fenômeno que se verifica mundialmente e não será resolvido com o implemento, mas com o enxugamento das incumbências estatais. Nesse sentido, vale colacionar, a título de esclarecimento, ainda que só o trecho referente à análise da situação brasileira, o que restou consignado alhures²²⁹:

Um dado relevante que, embora pouco debatido, deve ser sopesado nessa equação é o que demonstra que o maior litigante do Brasil é o próprio Estado brasileiro, seguido por bancos e empresas de telefonia (atividades regulamentadas e fiscalizadas diretamente pelo Estado): totalizando 95% das demandas cíveis destinadas ao Poder Judiciário do país²³⁰. Sublinhe-se, nesse sentido, que logística-organizacional do Estado brasileiro conduz a uma conjectura complexa, na qual a inoperância e a ineficiência do próprio aparelhamento são irradiadas para a atividade de todos os poderes. De um lado, o Brasil conta, atualmente, com mais de 250 mil Diplomas

Poder Legislativo — encontra, hodiernamente, no Poder Judiciário o último arauto de suas expectativas. Da fecunda sedimentação da jurisdição constitucional ao seu atual estágio de proximidade na interação com a proteção de minorias, com a implementação de políticas afirmativas e mesmo com sua identificação à instância de atribuição democrática — o que, sob a ótica garantista, pode ser taxada de “populismo jurídico”, em sua faceta extremada —, o Poder Judiciário tem trilhado caminho definido: desde a mera atividade subserviente (no exercício autômato da vontade do monarca) ao atual patamar de bastião das liberdades e de epicentro da realização dos direitos fundamentais.”

228. STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 96.

229. FROZ SOBRINHO, José de Ribamar. *Jurisdição e implementação dos direitos fundamentais*: para além da dicotomia entre a gestão e a logística. Artigo apresentado na disciplina Direito da Norma ao Procedimento e a Fase Aplicativa. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2017. p. 08.

230. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 05/06/2017. Com resultados similares: Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-justi%C3%A7a-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 05/06/2017.

legais²³¹ (que abrigam inúmeros artigos, incisos, alíneas...): o que, por si só, já demonstra a impossibilidade de apreensão dos respectivos conteúdos, dentre os quais encontram-se, inclusive, regulamentações relativas a churrasco²³². Por outro lado, dada a colossal necessidade de implementação dos comandos legislativos, o Poder Executivo brasileiro precisa de uma multiplicidade de órgãos (ministérios, secretarias, agências, departamentos etc.) para concretizar as políticas públicas: tanto na esfera federal quanto no âmbito dos Estados e dos Municípios. Esse inchaço do Poder Executivo implica, inexoravelmente, na violação dos direitos fundamentais, eis que a própria impossibilidade de apreensão dos comandos legislativos interfere na adequada execução das políticas públicas²³³. Isso resulta, inevitavelmente, na judicialização das relações sociais e na crise do excesso de trabalho, que assombra o Poder Judiciário brasileiro desde o prelúdio do século XX²³⁴. Em resposta à própria crise de efetividade do Judiciário,

231. O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389>>. Acesso em: 05/06/2017; IstoÉ. Disponível em: <http://istoe.com.br/3144_O+BRASIL+DAS+181+MIL+LEIS/>. Acesso em: 05/06/2017.

232. Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Lei nº 11.929/2003. DOE 118. Publicação: 23/06/2003. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/11.929.pdf>>. Acesso em: 05/06/2017.

233. CASTRO, TagoreFrões. *Você é obrigado a produzir prova contra si mesmo*. Disponível em: <<https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/334549545/voce-e-obrigado-a-produzir-prova-contra-si-mesmo>>. Acesso em: 05/06/3017.

234. BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 55. 1960. PP. 327/372: Sob a denominação de crise do Supremo Tribunal Federal entende-se o desequilíbrio entre o número de feitos protocolados e o de julgamento por êle proferidos; sendo a entrada daqueles consideravelmente superior à capacidade de sua decisão, vão se acumulando os processos não julgados, resultando daí o congestionamento, porque, de ano para ano, o remanescente aumenta SL pirâmide de autos, chegando ao ponto de não mais poder ser removida. A existência da crise, em seus primeiros sintomas, aparece já no decreto nº 20.669, de 23 de novembro de 1931, que dispunha no art. 1.º: 'O Supremo Tribunal Federal realizará, enquanto não esgotar a pauta das causas com dia, quatro sessões semanais, de 1.º de abril a. 30 de novembro, e três de 1.º de dezembro a 31 de janeiro, data em que começam as férias.' Se já em 1931, quando ainda o número de feitos que ascendiam ao Supremo não atingia duzentos por ano, não se esgotava a pauta de julgamentos, quê se dizer do volume crescente de causas que continuavam a subir nos anos subsequentes? As estatísticas mostram que a partir de 1934 começam a avolumar-se os recursos extraordinários: 150 em 1935; 230 em 1936; 242 em 1937; 210 em 1938; 286 em 1939; 804 em 1940; 1.047 em 1941; 1.113 em 1942; 1.124 em 1943. Para vos não cansar com números, vamos apenas lembrar as estatísticas oficiais, correspondentes aos anos de 1956 e 1957: 6.379 processos distribuídos em 1956 e 6.126 em 1957. Recursos extraordinários distribuídos às turmas, alcançaram 3.840 em 1956 e 3.433 em 1957.42 No quinquênio 1953/1957, foram julgados no Supremo 13.081 recursos extraordinários, assim distribuídos: 1953, 2.574; 1954, 2.167; 1955, 2.508; 1956, 2.406 e 1957, 3.346.43 Depois de 1946, com a criação do recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, continua a agravar-se a situação, pois eles são julgados pelo Tribunal Pleno. No ano de 1957, o Tribunal Pleno julgou 1.138 feitos cíveis, dos quais 874 eram mandados de segurança. Estas estatísticas, que patentem a gravidade da crise, vão servir-nos também para identificar as suas causas. Já em 1937, ela era claramente denunciada pelo Decreto-lei nº 6, de 16 de novembro daquele ano, dispondo que os feitos de competência do Supremo seriam julgados por turmas de cinco juízes. Essa tendência assinalava que, com o crescimento dos feitos, não se poderia manter a unidade orgânica do Supremo, parecendo aconselhável dividi-lo e m turmas, a fim de proporcionar mais

tanto a jurisdição quanto a legislação brasileiras engendraram políticas de “aperfeiçoamento” do aparato judicial²³⁵, que, na prática, além de não resolverem o acentuado crescimento do número de demandas, geraram novos empecilhos à eficiência das atividades estatais: inflando o ordenamento jurídico com mais comandos normativos (agora emanados das cortes), diminuindo, qualitativamente, o teor das decisões²³⁶ e restringindo o

fácil escoamento”.

235. A exemplo da “jurisprudência defensiva” dos tribunais — aqui entendida com a criação desarrazoada de empecilhos ao conhecimento dos recursos —, que pode ser expressa pelos seguintes enunciados de súmula do Supremo Tribunal Federal: 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 291, 322, 355, 356, 369, 389, 399, 400, 432, 454, 505, 513 e 527, 602, 636, 637, 638, 639, 728, 733 e 735. Além disso, as mudanças legislativas que permitiram o estabelecimento da repercussão geral (EC 45/2004, Lei nº 11.418/2006, Lei nº 13.105/2015), da edição de súmulas vinculantes (EC 45/2004, Lei nº 11.417/2006, Lei nº 13.105/2015) e o julgamento de recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008, Lei nº 13.105/2015) também se encontram alinhadas à tendência do Estado brasileiro de restringir o acesso à justiça.

236. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 115/118: “O que resta do Direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são ‘resolvidos’ no atacado...! Não mais discutimos causas, pois passamos a discutir ‘teses’ jurídicas...! Como que a repetir a lenda do ‘leito de Procusto’, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc.). E as ações são julgadas por ‘pilhas’. Por isso, a pergunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em quê? O que ocorreu é que voltamos a um lugar de onde nunca saímos: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma ‘autônoma razão teórica’ e quando ela não é ‘suficiente’ delegamos tudo para a razão prática...! E o que é a ‘razão prática’? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu FakticitätundGeltung: substituiu a razão prática (eivada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas, por razões já explicitadas em Verdade e Consenso. Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo! Despiçando, nesta altura, lembrar que, quando crítico o ‘solipsismo judicial’ ou, o que é a mesma coisa, as ‘decisões conforme à consciência do julgador’, tenho em mente a tese de que as decisões judiciais não devem ser tomadas a partir de critérios pessoais, isto é, a partir da consciência psicologista. Insisto, pois, que se trata de uma questão relacionada à superação do paradigma daquilo que se denomina de ‘filosofia da consciência’. A justiça e o Judiciário não podem depender da opinião pessoal que juízes e promotores tenham sobre as leis ou os fenômenos sociais, até porque os sentidos sobre as leis (e os fenômenos) são produtos de uma intersubjetividade, e não de um indivíduo isolado. Trata-se, fundamentalmente — e busca socorro em ‘Os dois corpos do rei’, de Kantorowicz — de desmi(s)tificar uma certa imagem positivista da história e das mentalidades (como bem lembra Renato Jaime Ribeiro) e um certo ‘elemento teológico’ que continua presente nessa espécie de plenipotenciariade do sujeito da modernidade, que se manifesta tanto na política (veja-se a ‘democracia delegativa-hobbesianista’ própria dos regimes presidencialistas latino-americanos) como no direito, por intermédio do solipsismo judicial. O direito não é aquilo que o judiciário diz que é. E tampouco é/será aquilo que, em segundo momento, a doutrina, compilando a jurisprudência, diz que ele é a partir de um repertório de ementários ou enunciados com pretensões objetivadoras. Do mesmo modo, o direito não é um dicionário recheado de conceitos. Na verdade, pensa-lo como uma ‘lexicografia’ é vê-lo tropeçar no primeiro vendedor de picolés ou naufragar em face do conflito entre regras e princípios (vejamos: se um contrato exige objeto lícito, partes maiores e capazes, livre vontade, o que dizer da venda de um picolé para uma criança de oito anos?; e o que dizer do direito penal, nas coisas mais comезinhas ainda não resolvidas pelos juristas, como o furto de bagatela?). As tentativas de ‘aprisionar’ o direito no interior de conceitos fracassaram de forma retumbante. Definitivamente, a razão teórica não tem ‘vida autônoma’, separada/cindida do modo como lidamos com o mundo, nossas escolhas, etc. (razão prática). Autoritarismos, duas grandes guerras e ditaduras:

acesso à justiça²³⁷.

Eis, então, a “revolta contra o formalismo”²³⁸, tal como ocorrida no Brasil. A questão é que, ao contrário do sustenta Cappelletti — que confia ao ativismo

esses foram os resultados da ‘pureza do direito’. Conceitos sem mundo prático: definitivamente, o positivismo fracassou, embora continue dominando o imaginário dos juristas. Por tudo isso, em tempos de giro linguístico e Estado Democrático de Direito, não tem mais sentido dizer que ‘sentença vem de sentire’...! Ou tem? A resposta será uma confissão de opção por determinado paradigma filosófico. É preciso ter claro que tanto o juiz como os demais partícipes da relação jurídico-processual, incluídos os intérpretes que constituem o que se denomina de dogmática jurídica (de viés crítico ou tradicional), todos estão já sempre e necessariamente vinculados e sustentados por um processo de compreensão que envolve o surgimento de qualquer enunciado teórico no direito. Há, portanto, uma circularidade que se desconhece entre o movimento interno do universo jurídico em sua constituição e aqueles que querem fazer de conta que estão fora do círculo e podem decidir, aplicar, explicitar elementos que constituem estruturas e instâncias incorporadas pela dogmática jurídica. Consequentemente, torna-se necessário entender — e, fundamentalmente, reconhecer — essa circularidade entre uma situação prática em que todos os agentes do direito estão previamente envolvidos e a prática simplesmente instrumental de interpretação/aplicação das normas: a primeira é aquela na qual fazemos parte de um a priori compartilhado, como é a pré-compreensão em Heidegger ou o jogo da linguagem em Wittgenstein. A segunda é simplesmente produto da operação instrumental dos intérpretes e ‘operadores’ do direito. Pensar que a segunda ‘prática’ pode substituir a primeira é o grande equívoco da teoria do direito na contemporaneidade. Essa ‘segunda prática’ acaba subestimando o direito e o seu grau de autonomia, tornando-o refém de discursos instrumentalistas. Numa palavra: com isso, tem-se uma fragilização do direito, circunstância agravada pela conjunção de fatores endógenos e exógenos. Dentre os fatores de fragilização interna, podem ser elencados o ensino jurídico fragmentado, a cultura manualesca, o panprincipiologismo, a aposta na discricionariedade e a prevalência do esquema sujeito-objeto, para falar apenas de alguns desses elementos. Externamente, a fragilização é consequência de diferentes discursos que, ao pretenderem ‘corrigir’ o direito, rebaixando-o ao patamar de ‘racionalidade’ meramente instrumental, apostando no ativismo/acionalismo para transformação desse ‘instrumento’”. CASTRO, Tagore Frôes. *Judiciário que não julga?* Disponível em: <<http://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/187650977/judiciario-que-nao-julga>>. Acesso em: 05/06/2017.

237. CASTRO, Tagore Frôes. *Não é possível eliminar o Judiciário da nossa vida*: mediação não é a solução (em 5 motivos), perfunctória reflexão sobre o problema da litigiosidade. Disponível em: <<http://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/186225493/nao-e-possivel-eliminar-o-judiciario-da-nossa-vida>>. Acesso em: 05/06/2017.

238. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 34/42: “A revolta contra o formalismo, examinada no parágrafo anterior, em si mesma nada mais foi do que o sintoma ou o reflexo de fenômenos muito mais penetrantes. O próprio fato de que de algum modo os juízes tenham participado dessa revolta pode ser prova da extraordinária potência desses fenômenos. [...] É sobretudo importante, segundo entendo, a radical mudança ocorrida no próprio papel do direito e do Estado na sociedade moderna. Como escreveu recentemente egrégio constitucionalista holandês (agora juiz da Corte de Justiça da Comunidade Europeia), o tipo de Estado que, com expressão aproximativa, chamamos welfarestate, foi principalmente o resultado da atividade legislativa. Os primeiros passos foram tomados na área da política social, mediante legislação pertinente ao direito do trabalho, da saúde e da segurança social; mas gradualmente, as intervenções se estenderam à esfera da economia, mediante leis de caráter antimonopolístico, sobre a concorrência, transportes e agricultura; e, finalmente, chegamos à presente situação, com a extensão do setor público, o exercício de generalizado controle do Estado sobre a economia, a assunção da responsabilidade do Estado em questões de emprego, a elaboração de planos de assistência social e o financiamento de atividades sem fins lucrativos, como, por exemplo, no campo das artes, obras públicas e renovação dos centros urbanos em decadência. [...] Inicialmente, as intervenções estatais tinham principalmente natureza de preceitos legislativos, do que decorreu o fenômeno, caracterizado incisivamente pelo conhecido jurista americano Grant Gil-

judicial a efetividade funcional do Estado e, por conseguinte, a concretização dos direitos fundamentais²³⁹ —, à crescente concentração do poder gerencial da jurisdição sobre o aparato estatal não corresponde proporcional aumento

more, como 'orgia de leis'. Obviamente, contudo, um aparelho administrativo sempre mais complexo foi e deve ser criado, com o fim de integrar e dar atuação prática a tais intervenções legislativas. O welfarestate, na sua origem essencialmente um 'estado legislativo', transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em 'estado administrativo', na verdade em 'estado burocrático', não sem o perigo de sua perversão em 'estado de polícia'. [...] Mais cedo ou mais tarde, no entanto, como confirmou a experiência italiana e de outros países, os juízes deverão aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado, do qual constituem também, afinal de contas, um 'ramo'. E então será difícil para eles não dar a própria contribuição à tentativa do Estado de tornar efetivos tais programas, de não contribuir, assim, para fornecer concreto conteúdo àquelas 'finalidades e princípios': o que eles podem fazer controlando e exigindo o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social, um dever que, por ser prescrito legislativamente, cabe exatamente aos juízes fazer respeitar".

239. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 73/107: "O direito jurisprudencial, de fato, pelo menos enquanto não cristalizado pela aplicação demasiadamente rígida da regra do stare decisis (como ocorreu em algumas épocas na Inglaterra e em outros lugares), tem certamente um potencial de flexibilidade, de concretude e de adaptabilidade às circunstâncias imprevisíveis do caso, maior, em princípio do que o do direito legislativo. E como já foi verificado, essas qualidades assumem valor particularmente grande justamente naquelas épocas e domínios do direito em que as transformações sociais são muito rápidas e profundas, como ocorre com intensidade sem precedentes em nossos dias. [...] Embora exista aqui um déficit no plano da certeza e da previsibilidade, existe por sua vez no direito jurisprudencial um benefício potencial, justamente pela possibilidade de se dar maior peso à equidade e à 'justiça do caso concreto'. [...] pode-se dizer, portanto que, embora a profissão ou a carreira dos juízes possa ser isolada da realidade da vida social, a sua função os constange, todavia, dia após dia, a se inclinar sobre essa realidade, pois chamados a decidir casos envolvendo pessoas reais, fatos concretos, problemas atuais da vida. Neste sentido, pelo menos, a produção judiciária do direito tem a potencialidade de ser altamente democrática, vizinha e sensível às necessidades da população e às aspirações sociais. Trata-se, repito, de uma potencialidade que, contudo, necessita de certas condições para se tornar realidade. Examinei em outro lugar quais condições entendia, e ainda entendo, serem vitais. A primeira radica-se no sistema de seleção dos juízes, que deve ser aberto a todos os extratos da população, mesmo se inevitáveis certos requisitos de educação. A segunda é que todos tenham igual oportunidade de acesso aos tribunais. O problema, enfim, é de 'acesso': acesso aos tribunais e à educação. Em termos mais gerais, cuida-se, afinal de contas, do problema da igual acessibilidade ao 'sistema jurídico'. [...] Parece-me, portanto, que a produção judiciária do direito, nada obstante todas as limitações que lhe são inerentes e das quais já falei, não é em absoluto antidemocrática por si mesma. Ao invés, é muito provável justamente o contrário, desde que se verificarem as duas condições acima mencionadas, não de modo absoluto (o que é impossível) mas em grau razoável. Essa última conclusão pode ser reforçada por uma quinta e última consideração. Há pouco observei como apenas em sistemas democráticos de governo os direitos do homem têm a chance de serem respeitados. Contudo, o inverso também se mostra verdadeiro: a democracia não pode sobreviver em um sistema em que fiquem desprotegidos os direitos e as liberdades fundamentais. E como notei em outra parte deste ensaio, citando eminente economista 'a preservação da liberdade exige a eliminação da concentração de poder e a distribuição do tanto de poder que não possa ser eliminado, vale dizer, um sistema de checks and balances'. Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser traduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas".

das responsabilidades ou dos controles exercidos sobre ela²⁴⁰: menos ainda é observável maior dose de *self-restraint* por aqueles que se encontram investidos da função jurisdicional.

Essas conclusões acerca do exagerado engrandecimento das funções do Estado e de sua inexorável impossibilidade de atendimento das expectativas daí advindas também é convergente com as observações de Bauman²⁴¹:

O modelo pós-westfaliano de Estado territorial onipotente (na maior parte dos casos, Estados-nação) saiu da guerra não só intato, mas expandido, reforçado e confiante de corresponder às ambições abrangentes do “Estado social” — um Estado que protege todos os seus cidadãos dos caprichos do destino, de desventuras individuais e do medo das humilhações sob todas as formas (medo de pobreza, exclusão e discriminação negativa, saúde deficiente, desemprego, falta de moradia, ignorância), que assombraram as gerações pré-guerra. O modelo do “Estado social” também foi adotado, mesmo que numa versão consideravelmente reduzida, pelos numerosos novos Estados e quase Estados emergentes em meio às ruínas dos impérios coloniais. Os “gloriosos trinta anos” que se seguiram foram marcados pela expectativa crescente de que todos os angustiantes problemas sociais fossem resolvidos e deixados para trás, e de que as memórias recorrentes de pobreza e desemprego em massa seriam sepultadas de uma vez por todas. Nos anos 1970, entretanto, o progresso começou a parar de funcionar, confrontado com o desemprego crescente, a inflação aparentemente incontrolável e a incapacidade crescente dos Estados de cumprir sua promessa de cobertura abrangente. Aos poucos, ainda que de modo cada vez mais grave, os Estados manifestaram a incapacidade de cumprir suas promessas; aos poucos, mas em aparência de forma incontrolável, a fé e a confiança na potência do Estado começaram a se erodir. Funções antes reclamadas e ciosamente guardadas por Estados como monopólio seu, e amplamente consideradas pelo público e pelos formadores de opinião mais influentes, obrigações e missão inegáveis dos Estados, de repente pareciam onerosas e vorazes de recursos demais para os Estados-nação suportarem. Peter Ducker declarou que as pessoas precisam, devem (e em breve terão de) abandonar as esperanças de salvação “vindas de cima” — do Estado ou da

240. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* (trad.) Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.p.15/34.

241. BAUMAN, Zigmunt; BODONI, Carlo. *Estado de crise.* (trad.) Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 17/38.

sociedade —, e o número de ouvidos ansiosos por absorver essa mensagem cresceu em ritmo acelerado. Na percepção popular, ajudada e encorajada pelo coro de uma parcela crescente do público instruído e formador de opinião, o Estado foi rebaixado da posição de motor mais poderoso do bem-estar universal àquela de obstáculo mais odioso, pérfido e prejudicial. [...] A perda de poder resulta num enfraquecimento das políticas econômicas, o que, por sua vez, se reflete nos serviços sociais. A crise do Estado se deve à presença desses dois elementos: incapacidade de tomar decisões concretas no âmbito econômico e, portanto, a incapacidade de provar serviços sociais adequados. Um resultado disso é aperto fiscal, lançando mão de desregulamentação-devolução de prerrogativas institucionais, que são cada vez mais delegadas aos indivíduos: tudo isso para garantir a existência e a manutenção do aparato estatal e de seus privilégios, que se tornaram cada vez menos extensivos. Nessa etapa, o Estado em crise, em vez de ser provedor e garantidor de bem-estar público, tornou-se “um parasita” da população, preocupado apenas com a própria sobrevivência, exigindo cada vez mais e dando cada vez menos em troca. As escolhas políticas feitas hoje, na ausência de um poder real para “consertar as coisas”, parecem tão-somente tapa-buracos visando à proteção de privilégios adquiridos: uma forma extrema de autodefesa, que evoca a imagem de estar preso numa casamata pesadamente blindada e equipada com todo conforto, enquanto Berlim está em chamas.

A partir dessas constatações, observa-se que, para alcançar a justiça de acesso aos bens primários, necessário é, hodiernamente, que se realize uma repactuação, especialmente para estabelecer quais são tais bens e em que medida o Estado-moderno pode contribuir para o alcance desse ideal de justiça. Dentro desse contexto, a eficiência do sistema penal pode readquirir sua função preventivo-intimidatória, na medida em que a proteção criminal a esses bens jurídicos primários retoma a essencialidade que lhe é inerente: somente nesse contexto o efetivo cumprimento da lei deixa de ser um efeito simbólico para tornar-se afirmação da força normativa da Constituição democrática e justa. Em síntese, a efetividade está diretamente atrelada à diminuição de incumbências estatais e à delimitação de quais são essas atividades essenciais que o Estado precisa desenvolver e em que medida deve estender sua atuação em relação a elas. Certamente, o direito penal e a segurança pública estão inseridas nessas atividades, mas é dentro desse contexto de intervenção mínima e

de maximização da efetividade dos direitos da personalidade que devem ser concretizados: em “administração regular e imparcial da lei”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dado que a eficiência do sistema penal está indissociavelmente atrelada à justiça das instituições democráticas, surge daí a seguinte correlação: o sistema penal será tão mais eficiente quanto mais justas forem as instituições sociais que permitam o acesso aos bens primários. A questão é que, uma vez determinada a limitação empírica das capacidades estruturais do Estado-moderno em prover todas as necessidades, os bens primários passam a depender de parametrização correlata. Note-se, portanto, que a delimitação do universo de bens primários está para a eficiência do sistema penal na mesma medida em que a estabilidade das instituições sociais está para a logística-estrutural do Estado-moderno: há uma relação de interdependência que depende da “administração regular e imparcial da lei”.

Agora, sob resignificação, tal expressão identifica não somente a limitação na produção legislativa — que, a reboque, implica circunscrição do próprio aparato estatal às suas funções essenciais, de garantia de acesso aos bens primários —, mas também na parcimônia deontológica na implementação dos comandos legislativos, o que, em consequência, traduz-se em eficiência do sistema penal e, ulteriormente, em justiça social.

Com efeito, o Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), na parte que alterou o Código de Processo Penal brasileiro, permitiu ao juiz a substituição da prisão preventiva pela domiciliar quando o acusado for gestante, mulher com filho de até doze anos ou homem com filho até doze anos, desde que seja o único responsável, conferiu interpretação autêntica aos preceitos da Constituição Federal brasileira que determinam a proteção à maternidade e à infância (arts. 6º e 227), e, especificamente, estabeleceu como direito fundamental das presidiárias a permanência com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, L), como, também, reconheceu o dever do Estado de proteção especial à família, base da sociedade (art. 226).

A partir de então, e não se nega o grande esforço político-institucional envolvido na implementação de tal perspectiva, restará definir apenas a extensão desses direitos (bens) primários e sua proteção efetiva pela política pública multi-institucional esboçada.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vitor. *Taxa de desemprego no país fecha 2017 em 12,7%; população desocupada cai 5%*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-01/taxa-de-desemprego-no-pais-fecha-2017-em-127>>. Acesso em: 23/04/2018.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.

BAUMAN, Zigmunt; BODONI, Carlo. *Estado de crise*. (trad.) Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

BEATTY, David M. *A essência do Estado de direito*. (trad.) Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

BELLI, Benoni. *Tolerância zero e democracia no Brasil: visões da segurança pública na década de 90*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. London: Clarendon Press, 1823.

BICKEL, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BOBBIO, Norberto. *A teoria das formas de governo*. 10. ed. (trad.) Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRETAS, Valéria. *Custo de tornozeleira é 8 vezes menor que ter um réu na cadeia: desde 2011, tornozeleira eletrônica pode ser uma alternativa à prisão para os casos em que suspeitos aguardam julgamento, mas medida ainda é pouco usada*. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/custo-de-tornozeleira-e-8-vezes-menor-que-ter-reu-na-cadeia/>>. Acesso em: 25/04/2018.

BUZAID, Alfredo. *A crise do Supremo Tribunal Federal*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 55. 1960.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* (trad.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CASTRO, TagoreFróes. *Judiciário que não julga?* Disponível em: <<http://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/187650977/judiciario-que-nao-julga>>. Acesso em: 05/06/2017.

CASTRO, TagoreFróes. *Não é possível eliminar o Judiciário da nossa vida: mediação não é a solução (em 5 motivos), perfunctória reflexão sobre o problema da litigiosidade*. Disponível em: <<http://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/186225493/nao-e-possivel-eliminar-o-judiciario-da-nossa-vida>>. Acesso em: 05/06/2017.

CASTRO, TagoreFróes. *Você é obrigado a produzir prova contra si mesmo*. Disponível em: <<https://tagfroes.jusbrasil.com.br/artigos/334549545/voce-e-obrigado-a-produzir-prova-contra-si-mesmo>>. Acesso em: 05/06/2017.

CRETELLA JR., José. *Elementos de direito constitucional*. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. (trad.) JefersonLuiz Camargo. São Paulo: MartinsFontes, 2014.

FALLON JR, Richard H. *The dynamic Constitution: an introduction to American constitutionallaw*. New York: Cambridge University Press, 2007.

FERREIRA, Paula. *Brasil ainda tem 11,8 milhões de analfabetos, segundo IBGE*. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-118-milhoes-de-analfabetos-segundo-ibge-22211755>>. Acesso em: 23/04/2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário de segurança pública 2017*. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf>. Acesso em: 23/04/2018.

FROZ SOBRINHO, José de Ribamar. *Direitos Humanos e Execução Penal: estudos em homenagem ao Desembargador José de Ribamar Froz Sobrinho*./Organizadores: Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior; Marcelo Carvalho Lima – 1ª Ed. – São Luís: Edufma, 2018.

FROZ SOBRINHO, José de Ribamar. *Jurisdição e implementação dos direitos fundamentais: para além da dicotomia entre a gestão e a logística*. Artigo apresentado na disciplina Direito da Norma ao Procedimento e a Fase Aplicativa. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2017.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios: ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 13. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

HART, Herbert L. A. *O conceito de Direito*. 6. ed. (trad.) A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. (trad.) Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBES, Thomas, *Leviatã: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2. ed. (trad.) Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2012.

- LAJOLO, Mariana. *Trânsito no Brasil mata 47 mil por ano e deixa 400 mil com alguma sequela*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2017/05/1888812-transito-no-brasil-mata-47-mil-por-ano-e-deixa-400-mil-com-alguma-sequela.shtml>>. Acesso em: 23/04/2018.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 2. ed. (trad.) Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. (trad.) Gustabo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MARCÃO, Renato. *Prisão domiciliar substitutiva da preventiva: a lei 13.257/16 e o atual art. 318, incisos IV, V e VI do CPP*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI255591,61044-Prisao+domiciliar+substitutiva+da+preventivaa+lei+1325716+e+o+atual>>. Acesso em: 25/04/2018.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. (trad.) Denise Bottmann. São Paulo: L&PM, 2016.
- MULGAN, Tim. *Utilitarismo*. (trad.) Fábio Creder. Petrópolis: Vozes, 2012.
- NAÍM, Moisés. *O fim do poder: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser?* (trad.) Luis Reyes Gil. São Paulo: Leya, 2013.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. (trad.) Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Forense, 2008.
- PIRES, Breno. *Com cadeias já superlotadas, país tem 564 mil mandados de prisão em aberto*. Disponível em: <<http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,com-cadeias-ja-superlotadas-pais-tem-564-mil-mandados-de-prisao-em-aberto,70001643216>>. Acesso em: 23/04/2018.
- RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. *Beyond the Courtroom: The impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. Texas Law Review. Vol. 89/2011. p. 1669/1698.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. (trad.) Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2007.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto — decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

VERDÉLIO, Andréia. *Com 726 mil presos, Brasil tem terceira maior população carcerária do mundo*. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-12/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 23/04/2018.

VILLAS BÔAS, Bruno. *População brasileira sobe para 207,6 milhões de pessoas, aponta IBGE*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5100400/populacao-brasileira-sobe-para-2076-milhoes-de-pessoas-aponta-ibge>>. Acesso em: 23/04/2018.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA (RE)CONSTRUÇÃO DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA

PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA²⁴²

1. INTRODUÇÃO

“Administrar a Justiça é, também, administrar os processos, dar efetividade ao sistema. Se as instituições não funcionam as pessoas procuram outros meios para dar solução aos seus conflitos”.

Vladimir Passos de Freitas,
ex-presidente do TRF da 4ª Região.

A homenagem que se faz ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca é singela perto de toda a contribuição já deixada por este sensível jurista na construção de novos modelos dogmáticos e decisórios para o Direito Nacional. Com a sua magistral obra, “O Princípio Constitucional da Fraternidade”²⁴³, Reynaldo Fonseca nos convida a refletir sobre os valores da tolerância e da alteridade como ingredientes importantes na atividade do intérprete, erigindo a fraternidade como categoria jurídica e política.

Para além de sua aplicação no âmbito do Direito Penal, o princípio da fraternidade que nos é apresentado na obra de Reynaldo Fonseca também guarda relação com a participação cívica, como esforço de todos na construção de instituições responsivas, em especial as integrantes do Sistema de Justiça, encarregadas de resolver os conflitos de interesses de modo adequado e em

242. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da UFMA e Desembargador do TJMA

243. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

tempo razoável, atributos que lhes possibilita a qualificação de instituições eficazes.

É nesse aspecto que o princípio da fraternidade, na sua dimensão pública, se entrecruza com o objetivo de desenvolvimento sustentável de nº 16 da Organização das Nações Unidas, qual seja “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.²⁴⁴

A fraternidade é o móvel, a alavanca de reconstrução e fortalecimento das instituições do Sistema de Justiça, ela deve constituir a liga de uma sociedade efetivamente comprometida com o esforço de aprimorar o funcionamento das instituições do Estado, das instituições do Sistema de Justiça, particularmente a principal instituição desse Sistema, que é o Poder Judiciário. E esse esforço deve começar na melhoria do nível do serviço que é prestado por seus integrantes, servidores e magistrados; e delegatários, notários e registradores.

Melhorar a avaliação, a percepção que tem a sociedade sobre a confiança no Poder Judiciário e na qualidade dos serviços que prestam seus integrantes e delegatários é tarefa urgente, que deve animar a todos, revigorar nossa esperança em dias melhores, em um Judiciário menos congestionado, mais ágil, cooperativo, capaz de prever o tempo de resposta e comprometido com um processo de resultado, de entrega da solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa, sem descurar de uma atuação pautada pela boa-fé, integridade, ética e humanismo.

Esse propósito republicano avulta tanto mais no atual momento histórico, em que o perfeito funcionamento das instituições do Estado é posto à prova pelos impactos sociais, econômicos, ambientais e jurídicos provocados pela pandemia do novo coronavírus, e que valores humanos como solidariedade e fraternidade constituirão a pedra de toque a inspirar e conduzir a atuação de todos os integrantes do Sistema de Justiça, muito especialmente a dos membros do Poder Judiciário.

Dessa forma, mais que oportuna a justa homenagem que se presta a Reynaldo Fonseca, ilustre membro da nossa Corte Brasileira de Precedentes, magistrado cuja carreira, de quase trinta anos, é pautada pela correção, preparo e compromisso com valores universais e inalienáveis da pessoa humana.

244. NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

2. OS ODS NA AGENDA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), em número de 17 (dezesete), constam da chamada Agenda 2030, sancionada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 31 de maio de 2018 e adotada por 193 países, dentre os quais o Brasil. A ideia é que esses 17 ODS sejam atingidos até o ano de 2030, daí o nome dessa Agenda Global, que é, antes de tudo, uma agenda de direitos humanos.²⁴⁵

Os ODS constituem a principal agenda de desenvolvimento da ONU dirigida para garantir uma vida com qualidade e dignidade para todos os habitantes do planeta.

A Agenda 2030 dá sequência a uma meta de planejamento inaugurada no início deste século com a denominada Agenda 2015, idealizada para o período de 2000 a 2015. A Agenda 2015, por sua vez, foi integrada por 8 (oito) Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), quais sejam: 1 – Acabar com a fome e a miséria; 2 – Oferecer educação básica de qualidade para todos; 3 – Promover a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; 4 – Reduzir a mortalidade infantil; 5 – Melhorar a saúde das gestantes; 6 – Combater a Aids, a malária e outras doenças; 7 – Garantir qualidade de vida e respeito ao meio ambiente; e 8 – Estabelecer parcerias para o desenvolvimento.²⁴⁶

Foi como resultado da ampliação desses 8 ODM que surgiram os 17 ODS integrantes da Agenda 2030, que precisam ser introjetados por todos, a saber: 1. Erradicação da pobreza – Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2. Fome zero e agricultura sustentável – Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3. Saúde e bem-estar – Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4. Educação de qualidade – Assegurar a educação inclusiva, e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5. Igualdade de gênero – Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6. Água limpa e saneamento – Garantir disponibilidade e manejo sustentável da água e saneamento para todos; 7. Energia limpa e acessível – Garantir acesso à energia barata, confiável, sustentável e renovável para todos;

245. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

246. ODM BRASIL. *Os objetivos de desenvolvimento do milênio*. Disponível em: <<http://www.odm-brasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>>. Acesso em 10 ago. 2020.

8. Trabalho decente e crescimento econômico – Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos; 9. Inovação infraestrutura – Construir infraestrutura resiliente, promover a industrialização inclusiva e sustentável, e fomentar a inovação; 10. Redução das desigualdades – Reduzir as desigualdades dentro dos países e entre eles; 11. Cidades e comunidades sustentáveis – Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12. Consumo e produção responsáveis – Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13. Ação contra a mudança global do clima – Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos; 14. Vida na água – Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares, e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15. Vida terrestre – Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da Terra e deter a perda da biodiversidade; 16. Paz, justiça e instituições eficazes – Promover sociedades pacíficas e inclusivas par ao desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17. Parcerias e meios de implementação – Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.²⁴⁷

O móvel, a matriz desses objetivos, percebe-se bem, é melhorar a vida das pessoas na Terra. Os ODS devem ser compreendidos como um plano de ação, bem arquitetado e alinhavado, a ser inserido na agenda de governança global de administradores públicos e privados, além de abraçado pelo conjunto da sociedade e por cada indivíduo, independentemente da sua cultura, credo religioso e do lugar em que habita. O futuro da humanidade, das novas gerações, depende da incorporação desses objetivos em nossa fala e atividades diárias, em nossas ações, no nosso convívio, na vida de relações. Eles devem inspirar as políticas públicas, constar dos planos de governos, das ações empresariais, dos programas educacionais das redes pública e privada, da pauta da grande mídia e devem animar a atuação dos gestores públicos de todas as esferas de Poder.

Embora a definição de uma Agenda global, por si só, não seja garantia da solução dos graves problemas que afligem a humanidade nos próximos dez anos, o esforço de todos, direcionado para propósitos elevados, certamente

247. PISCO DE LUZ. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*: 17 objetivos para transformar o nosso mundo. Disponível em: <https://www.piscodeluz.org/desenvolvimento=-sustentavel?gclid=EAAlQobChMlj7zqiMa96wIVSwaRCh2RrwPyEAAYASAAEgIjdfD_BwE>. Acesso em: 10 ago. 2020.

terá o efeito de amenizar nossos flagelos e reduzir o sofrimento humano e, apenas por isso, já terá valido à pena. Trabalhar com empenho e união na consecução desses objetivos constitui um autêntico programa de fraternidade universal e objetiva. Saber se atingiremos ou não esses objetivos não deve ser a principal preocupação. A história da aventura humana na Terra é escrita pelos que se encorajam a caminhar, a lutar por um destino melhor. É a luta que dá sentido à vida. O triunfo ou a derrota, dizia um velho canto Suaíle, estão nas mãos dos Deuses!

Nessa perspectiva, acertou o Conselho Nacional de Justiça ao integrar a Agenda Global 2030 no Poder Judiciário brasileiro, a partir da Meta Nacional de nº 9 para o ano de 2020, consistente em realizar ações de prevenção ou desjudicialização de litígios voltadas aos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), da Agenda 2030. Espera-se que, com a instituição dessa meta, o Judiciário também possa contribuir para ampliar a cultura da paz e da não violência, interagindo com os ideais de uma sociedade fraterna.²⁴⁸

A definição de metas nacionais para o Poder Judiciário resulta de um pacto firmado entre os Presidentes de tribunais com vistas ao aperfeiçoamento da Justiça brasileira, a fim de que a jurisdição possa ser prestada em tempo razoável e de maneira adequada. Traçadas desde 2009, essas metas são definidas anualmente em cada Encontro Nacional do Poder Judiciário (ENPJ), evento organizado pelo CNJ e que reúne a cúpula administrativa dos tribunais nacionais.²⁴⁹

A inclusão dos ODS na agenda do Poder Judiciário brasileiro constitui, portanto, uma política de planejamento estratégico, que impõe a todos os integrantes do Sistema de Justiça uma atenção especial com o ODS 16, muito especialmente no que diz respeito à construção de instituições eficazes, vale dizer, instituições capazes de dar as respostas de que a sociedade tanto precisa para se desenvolver de maneira sustentável.

Uma atmosfera de paz, fraternidade e justiça depende de instituições fortalecidas, respeitadas, que gozem da confiança pública para assegurar esses valores. E a instituição central nesse processo é o Poder Judiciário, que

248. Meta Nacional nº 9: “Integrar a Agenda 2030 ao Poder Judiciário”. Meta fixada pelo CNJ para o STJ, Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União e dos Estados. Para conhecer todas as Metas Nacionais para 2020 ver <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf>.

249. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/sobre-as-metas/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

depende do trabalho diário e do compromisso de cada um de seus membros, juízes e servidores.

Instituições são feitas por pessoas. Quando estas falham, as instituições se enfraquecem e soçobram. Seu fortalecimento, por outro lado, pressupõe um compromisso diuturnamente renovado, uma percepção altruística, de que vale a pena fazer a coisa certa, pelos motivos certos, de que a fé na Justiça e no Direito não podem dar lugar a uma burocracia interna, a interesses pessoais e corporativos com agenda própria, nem sempre coincidentes com os da sociedade.

3. FRATERNIDADE OBJETIVA E PODER JUDICIÁRIO EFICAZ

A fraternidade objetiva se distingue da subjetiva, pois esta decorre de filantropia e está restrita a aspectos pessoais, desenvolvendo-se no círculo de relações privadas. A fraternidade objetiva é aquela assumida pelo Estado, pelo Poder Público, em todas as suas esferas, é a fraternidade como categoria jurídica e política de que trata Reynaldo Soares e que Bernardo Sorj compreende como “uma dimensão da cidadania, expressa na forma de direitos sociais, serviços públicos e mínima segurança socioeconômica”, fraternidade que vai além da esfera interpessoal e se projeta em “políticas sociais baseadas numa responsabilidade pública legalmente regulada”, e que, por óbvio, não pode ser alheia à tarefa dos que governam nem daqueles que administram a Justiça.²⁵⁰

Nesse contexto, os direitos da cidadania não podem mais ser reduzidos à uma perspectiva civil ou política, assumem uma feição social geradora de obrigações para os Estados nacionais, mesmo daqueles que se organizam sob o modelo de economias capitalistas, conservando a estrutura de Estados de Bem-Estar Social, como sucede nos países da Europa ocidental, que seguem competitivos e fortalecidos do ponto de vista social e econômico em plena globalização.

Sobre a atualidade do Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo contemporâneo, Mauricio Godinho Delgado e Lorena Vasconcelos Porto destacam as democracias ocidentais europeias, que apesar de toda a crise do mundo globalizado, seguem experimentando crescimento econômico:

250. SORJ, Bernardo. *Em que mundo vivemos?* 2. ed. rev. São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2020. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Em_Que_Mundo_Vivemos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Trata-se de economias razoavelmente abertas, com forte inserção internacional (altas taxas de importação e de exportação, alto grau de intercâmbio empresarial externo e interno) e notável capacidade de desenvolvimento tecnológico. Tudo isso alcançado com a reprodução dos mais pujantes indicadores de bem-estar social. [...] Registre-se que a política monetária ortodoxa seguida pelo antigo Banco Central da Alemanha e, hoje, pelo Banco Central Europeu tem limitado, sumamente, o potencial de crescimento das grandes economias da região e seu consequente potencial de geração de emprego. Contudo, mesmo este traço importante da hegemonia ultraliberalista na região é incapaz de, no conjunto, fazer soçobrar os EBES ali instalados.²⁵¹

Sobre Estados que voltam-se para o atendimento de questões sociais em aparente contradição com o discurso neoliberal que vocalizam, vem à sirga o exemplo do Brasil contemporâneo, que embora conduzido por um governo conservador de direita e dito liberal na economia, diante da crise de empregabilidade e renda gerada pela pandemia do novo coronavírus, ultimou por adotar um amplo programa social de auxílio emergencial às famílias necessitadas, com riscos ao próprio teto de gastos públicos em vigor desde 2017, tudo a evidenciar que a condução da política economia não pode desprezar os ditames de natureza social, geradores de deveres promocionais ao Estado.

Tampouco é correto afirmar que os direitos sociais são direitos contrários ao fluxo natural da economia capitalista. Antes, pelo contrário, não há como se cogitar de crescimento econômico sem uma base social sustentável, sem um Estado que assegure condições mínimas de subsistência e que promova a solidariedade e a fraternidade entre os nacionais. Essa é a melhor estratégia para se atingir objetivos republicanos, calcados nos valores de segurança, paz e justiça.

Não por outra razão, Ricardo Sayeg e Wagner Balera utilizam a expressão “capitalismo humanista” para definir o regime econômico constitucional no Brasil, ao argumento de que a economia não seria neutra ao direito, uma vez que o constituinte erigiu a ordem econômica à categoria jurídica (CF, art. 170), relativizando o liberalismo econômico pela garantia de existência digna a todos.²⁵²

251. DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. (Org.) *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007. p. 28.

252. SAYEG, Ricardo. O mito liberal da análise econômica do direito à luz da Constituição Federal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, SP, Revista dos Tribunais, v. 68, ano 18, p. 41-57, abr./jun. 2015. p. 41 et seq.

Esse novo modelo jurídico é o resultado da composição de valores e interesses das forças políticas da atualidade, cabendo ao Estado, através de suas funções executiva, legislativa e, especialmente, judiciária,²⁵³ empenhar-se para assegurar essa nova ordem, tutelando as questões de natureza social a partir da construção de instituições eficazes.

E instituições verdadeiramente eficazes são o principal instrumento da cidadania para alcançar os objetivos de paz social e justiça, assim como o próprio crescimento econômico, a industrialização inclusiva sustentável e o fomento à inovação, objetivos fundamentais para trazer prosperidade e livrar a raça humana da tirania da pobreza, com base em políticas públicas fraternais, concretizadas em um ambiente de segurança jurídica, respeito aos direitos fundamentais e garantia de prestação jurisdicional célere e efetiva por meio de um Poder Judiciário independente e eficaz.

Pioneiro da nova história institucional e Prêmio Nobel de Economia de 1993, Douglass North adverte sobre a importância de o Estado assegurar direitos de propriedade, liberdades individuais e o cumprimento de contratos, sustentando que a qualidade de atuação do Estado nessas específicas tarefas é fundamentalmente determinada pela natureza das instituições que o compõem, havendo uma relação direta entre esses fatores e o desenvolvimento econômico eficaz de uma Nação. Para North só irão progredir os países que desenvolverem instituições sólidas.²⁵⁴

Outro grande economista liberal, Jeffrey Sachs, professa que a promoção do desenvolvimento econômico não pode estar desatrelada do compromisso de eliminar a pobreza extrema a partir de medidas adequadas, entre as quais o fortalecimento das instituições judiciais:

O desenvolvimento econômico requer um governo para ele orientado. O governo tem muitos papéis a desempenhar. Ele deve identificar e financiar os projetos de alta prioridade de infra-estrutura e disponibilizar os necessários

253. Diante da multiplicidade e da confluência das competências atualmente exercidas pelos Poderes republicanos, Canela Júnior propõe que se deixe de lado a clássica teoria da separação dos poderes e se passe a conceber Executivo, Legislativo e Judiciário como “formas de expressão” ou “especialização de atividades” do mesmo Estado, ou ainda, como “formas de expressão” do poder estatal, com atribuição constitucional de fazer operacionalizar os objetivos fundamentais do Estado brasileiro (CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo*: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. 151f. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>. Acesso em: 11 ago. 2020).

254. NORTH, Douglass C. *Institutions, economic growth and freedom: an historical introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 86.

serviços sociais e de infra-estrutura para toda a população, não para uns pouco seletos. O governo deve criar um ambiente conducente aos investimentos de empresas privadas. Esses investidores precisam acreditar que poderão operar seus negócios e manter seus futuros. O governo deve exercer controle sobre as demandas de suborno ou de pagamentos paralelos. Deve também manter a paz e a segurança interna, de tal modo que a segurança de pessoas e propriedades não seja indevidamente ameaçada, manter sistemas judiciários que possam definir direitos de propriedade e fazer cumprir honestamente contratos.²⁵⁵

Indispensável, portanto, que o Poder Judiciário, enquanto instituição republicana fundamental, funcione e funcione bem, reduzindo ao máximo o tempo de duração dos processos e aplicando a lei com imparcialidade, previsibilidade e boa técnica. Essa é a melhor forma de atuar com fraternidade e disseminá-la como categoria jurídica, pois quando as instituições funcionam, tudo funciona melhor, inclusive os mercados.

Analisando como o funcionamento dos mercados está sujeito ao funcionamento das instituições, John Henry Schulz lembra que na Inglaterra do século XIV a hipoteca já se firmava como um destacado instituto jurídico, possuindo um mercado amplamente desenvolvido em razão da baixa taxa de juros, algo em torno de 5% ao ano. E tal se dava porque, caso a pessoa não cumprisse a obrigação assumida, as instituições da época funcionavam. Conforme relata o autor, a “hipoteca era executada, não tinha primo de não sei quem, parente de alguém, não tinha nada. Era executada. Então, quando existem instituições que funcionam, há mercados que funcionam”.²⁵⁶

Um sistema judicial forte, confiável e que soluciona adequadamente os conflitos produz confiança e faz eco em toda a vida de relações. Não se deve à coincidência o fato de os países desenvolvidos e economicamente estáveis serem aqueles que lograram construir boas instituições políticas, entre as quais se incluem Constituições escritas, regime democrático e um Poder Judiciário independente e capaz de assegurar o cumprimento da ordem jurídica.

Por mais que as instituições econômicas sejam fundamentais para determinar o grau de pobreza ou riqueza de determinado país, são suas instituições

255. SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 14

256. SCHULZ, John Henry. Mercado só funciona quando instituições funcionam. In: LOURES, Rodrigo costa da Rocha; SCHLEMM, Marcos Mueller; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim (Org.). *Para o Brasil voltar a crescer*. Curitiba: Ibpex, 2007. p. 30. O autor desenvolve uma reflexão crítica à situação do Brasil atual, sustentando que o mercado de hipotecas no país não funciona bem por falta de instituições que funcionem, sendo difícil emprestar com juros baixos “quando não se tem uma instituição que permite tomar ativos de quem não paga” (Ibid., p. 40).

políticas que ditam quais instituições econômicas o país possuirá, sendo de vital importância nesse aspecto a existência de direitos de propriedade, da liberdade de firmar contratos e da capacidade do Estado de fazê-los valer.²⁵⁷

Em obra que faz a relação entre o custo do crédito e a atuação do Judiciário brasileiro, Jairo Saddi destaca que quanto mais independente e eficiente é esse Poder de Estado – eficiente no sentido de interpretar e aplicar corretamente a lei, gerando previsibilidade –, mais os mercados de crédito e de capitais se desenvolvem, gerando um ambiente favorável para realização de negócios, especialmente para pequenas e médias empresas.²⁵⁸

Por outro lado, o impacto de um Judiciário deficiente na economia constitui sério obstáculo ao aumento dos investimentos e ao próprio desenvolvimento do país, em razão da ausência de confiança dos agentes econômicos, concluindo que não bastam boas leis, pois as boas intenções da produção legislativa possuem pouco alcance se comparadas com a efetividade das instituições, em especial o Judiciário.

Um sistema de normas coerente e corretamente aplicado é de fundamental importância para que haja desenvolvimento econômico em um ambiente de absoluta harmonia, fraternidade e respeito aos direitos dos cidadãos, e a efetivação desse projeto constitui o grande desafio do Poder Judiciário. É mais uma vez Douglass North quem lembra que um sistema judicial evoluído desempenha papel preponderante no desenvolvimento de uma ordem jurídica garantidora de direitos.²⁵⁹

Qualquer que seja a forma de superar as crises, qualquer crise, inclusive a de natureza sanitária que hoje assola a humanidade, ela certamente passa pela qualidade das instituições democráticas existentes, sempre com especial destaque para o Poder Judiciário, instituição de Estado encarregada de dizer o direito e arbitrar a solução dos conflitos de maneira civilizada.

257. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 33.

258. SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 218 e 221. Em seu trabalho, Jairo Saddi aponta os seguintes indicativos de um bom sistema judicial: (i) agilidade – capacidade de resolução das demandas num prazo razoável; (ii) custo de acesso – cobrar judicialmente o cumprimento de uma obrigação não pode representar um ônus excessivo, a ponto de configurar um desestímulo ao exercício dos direitos; (iii) previsibilidade – o sistema precisa ser temporalmente consistente e coerente, de maneira a permitir que as pessoas possam pautar seu comportamento por um padrão esperado de sanção, calculando suas ações e os impactos que elas podem ter no futuro; (iv) neutralidade – os juízes devem formar sua convicção com base nas leis, evitando a influência de outros fatores nos seus julgamentos (Ibid., p. 224 e 226).

259. NORTH, Douglass C. *Structure and change in economic history*. London: WW Norton & Company, 1982. p. 20.

Por essa razão precisamos de um Poder Judiciário forte, capaz de enfrentar os problemas contemporâneos nos limites de sua capacidade operativa e sempre com base nas leis e na Constituição, projetando soluções sustentáveis, baseadas na evolução da experiência jurídica e nos valores fundamentais da fraternidade como categoria jurídica.

E quando se fala em Poder Judiciário enquanto instituição, não se pode olvidar dos seus integrantes, dos juízes brasileiros. É que as instituições, como já frisado alhures, são sempre formadas por pessoas. Logo, é o esforço e o nível de compromisso de cada um dos membros do Poder Judiciário que determinarão seu grau de importância para a sociedade. É esse compromisso republicano que fará o Judiciário ser uma instituição sólida, eficiente e eficaz (eficiência que tem a ver com o meio, com o processo. E eficácia que diz respeito ao fim, ao resultado). Daí porque a tarefa de decidir de maneira adequada (eficiente) e em tempo razoável (eficaz) deve ser abraçada por cada juiz brasileiro como uma quase obsessão, como um compromisso público com a sociedade brasileira, uma espécie de juramento à toga. Fazer bem e depressa, com os recursos possíveis, esse é o grande desafio que o tempo presente nos impõe a todos, pois segundo a preciosa oração do imorredouro Rui Barbosa: “Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Uma sociedade civilizada e desenvolvida só é possível com paz, segurança, boas instituições e políticas fraternais. O desenvolvimento nunca é dado de presente. É fruto de construção social, que implica conflito e cooperação em sociedades maduras e evoluídas. A República é o objetivo de todos, mas um novo desenvolvimento social, sempre renovado, baseado nos ideais de fraternidade objetiva e no esforço de aprimoramento das instituições, é a melhor estratégia para alcançá-la. E aprimorar as instituições, vale lembrar, é tarefa que nunca acaba.

4. A CONTRIBUIÇÃO DA GESTÃO JUDICIAL

A (re)construção do Poder Judiciário como uma instituição eficaz exige gestão e organização do serviço, tarefas sem as quais a boa administração da Justiça fica comprometida. O juiz brasileiro, por outro lado, precisa otimizar os seus serviços, gerir melhor o seu tempo, examinar indicadores, criar uma rotina de trabalho mais organizada e atuar no processo com foco em resolutividade, revelando-se útil à sociedade.

Essa dupla dimensão da gestão judicial, compreendida como gestão da unidade de trabalho e gestão decisional, precisa ser apropriada por todos que integram o Judiciário no atual momento histórico, em que esse Poder de Estado assume um protagonismo nunca antes verificado, um centralismo fundamental para a consolidação da democracia no Brasil e o consequente avanço civilizatório.

O reconhecimento do protagonismo do Poder Judiciário brasileiro na vida de relações interpõe-se ao debate sobre as medidas que devem ser implementadas para tornar esse Poder mais eficiente. Assim é que a Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004 (Reforma e Modernização do Poder Judiciário), trouxe para o ordenamento a súmula vinculante, o sistema de repercussão geral, dos recursos repetitivos e o critério da transcendência, técnicas que já provocam alterações significativas na quantidade de processos, na qualidade das decisões e no próprio perfil das Cortes Superiores, hoje dedicadas à unidade do ordenamento jurídico e à formação de precedentes, já que cabem a esses tribunais interpretar a Constituição e as leis, dando a última palavra de como deve ser entendido o Direito constitucional e federal no país.

O Judiciário passou a ocupar um espaço que lhe permite colaborar com o Legislativo no processo de produção do Direito, gerando o chamado Estado Constitucional, que submete todos ao Direito e não mais apenas à lei, como outrora ocorria no Estado Legislativo.²⁶⁰

Todo esse avanço é ainda mais perceptível no Brasil, em que o Judiciário desfruta de situação privilegiada, se comparado ao que acontece em outros países, inclusive, nos países centrais, do chamado primeiro mundo. Na França, por exemplo, não existe um verdadeiro Poder Judiciário, ao menos sob a ótica constitucional, mas sim uma autoridade judiciária, representada por um corpo funcional com regime jurídico próprio. Embora muitos estudiosos queiram buscar na jurisprudência do *Conseil Constitutionnel* a base para a construção de um Poder Judiciário, o fato é que a Constituição francesa não conferiu à magistratura daquele país o significado que a nossa Carta Republicana conferiu ao Judiciário brasileiro.²⁶¹

O Judiciário francês sofre pesada amputação em razão da existência de um contencioso administrativo, como também sucede na Bélgica e na Itália,

260. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 868.

261. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org). *Direito Constitucional: organização dos poderes da república*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. (Coleção Doutrinas Essenciais). p. 660.

ou ainda nos Estados Unidos da América, por meio das comissões exercentes de poderes quase-legislativos e quase judiciais.²⁶² Talvez não exista no mundo, afirma Clèmerson Merlin Clève, Judiciário que, na dimensão puramente normativa, possua grau de independência e autonomia superior ao que possui o brasileiro. Isso se deve à forte tradição judicialista do país, que remonta à Constituição do Império e se desenvolve nas várias Cartas Republicanas. Por essa razão, é que mesmo nos períodos mais duros do regime militar sempre houve muita cautela no enfrentamento com o Judiciário.

Adscreva-se que o Judiciário brasileiro é regido pelo princípio da autoadministração ou autogoverno, ou seja, possui autonomia em relação ao Poder Executivo, tendo a iniciativa legislativa de grande parte das leis que são do seu interesse, como seu próprio Estatuto, a alteração do número de membros dos tribunais locais, a criação e extinção de cargos, a fixação de vencimentos de seus membros e servidores, além da alteração da organização judiciária. E mais, em nosso país são os próprios tribunais que elegem seus dirigentes, vigorando o princípio da periodicidade dos mandatos.²⁶³

Para que os juízes no país possam exercer a judicatura com independência e imparcialidade, a Constituição assegura-lhes vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, assim como a possibilidade de também exercerem o magistério.

Em contrapartida a essa forte autonomia e independência, todos os julgamentos dos juízes brasileiros devem ser públicos, assim como fundamentadas todas as suas decisões, de maneira que a atividade final dos magistrados possa ser controlada pelos destinatários das decisões, pelos tribunais e também pela comunidade jurídica que, por meio da motivação, verifica se o juiz, e por consequência a própria Justiça, decide com imparcialidade, racionalidade e, especialmente, com conhecimento de causa.

Mas todo esse leque de garantias, que conferiu ao Judiciário nacional um papel central na República, traz consigo maiores responsabilidades para seus membros, que para dela se desincumbirem, precisam tornar suas administrações mais eficientes, transparentes e acessíveis, introduzindo instrumentos de gestão baseados em desempenho, resultado, boa governança, responsabilidade e *accountability*.²⁶⁴

262. Ibid., p. 660.

263. Nos Estados Unidos da América compete ao Presidente da República nomear, com aprovação do Senado, o nome do *Chief of Justice*, para o exercício de uma função vitalícia.

264. A *accountability* é um princípio fundamental à legitimidade política em Democracias representativas e liberais, importando um processo institucional de prestação de contas, sem o qual é

E esse processo institucional de prestação de contas públicas deve se desenvolver, ressalta-se, na gestão da unidade e na gestão decisional, sempre com uma dimensão de complementaridade. Hodiernamente, falar de Justiça é falar de Administração da Justiça e vice-versa. Uma dimensão não pode ser alcançada sem a outra. Um juiz deve gerir bem a unidade jurisdicional em que trabalha, controlando os fluxos processuais, seu acervo, o número de processos conclusos há mais tempo, processos pendentes de movimentação, baixados, o atendimento das metas fixadas pelo CNJ etc., porque precisa ser capaz de assegurar às partes o direito de obter, em prazo razoável, a solução integral do mérito, incluída atividade satisfativa, como, aliás, exige o art. 4º do atual Código de Processo Civil brasileiro.²⁶⁵

Para lograr esse difícil desiderato, o juiz brasileiro precisa ter o controle dos processos, cobrar produtividade, resultado, capacitação e exercer assídua fiscalização sobre sua equipe funcional, notadamente sobre o seu secretário judicial, que é o servidor encarregado de coordenar as ações de uma secretaria. Isso é gestão da unidade e, talvez, seja o maior desafio do magistrado brasileiro, que de um modo geral não possui formação específica na área de administração pública, disciplina inserida no seio da ciência política da administração pública (public management), cujo conhecimento ainda não é exigido dos candidatos nos concursos de ingresso da magistratura nacional.

O juiz brasileiro, a rigor, torna-se gestor por necessidade, pelo seu compromisso institucional com a excelência na prestação do serviço público de distribuir Justiça, o que lhe impõe o dever de observar preceitos éticos de diligência e dedicação (Código de Ética da Magistratura, art. 2º) e o atendimento dos deveres legais de determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais e exercer assídua fiscalização sobre os subordinados (Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 35 III e VII), fortalecendo e tornando mais eficaz a instituição que integra.

Quando o juiz falha no cumprimento desses deveres, a experiência tem demonstrado, o caos se instala na unidade e a gestão decisional também fica

impossível configurar um princípio de autoridade baseado na existência de participação da cidadania (BARNARD, Frederick M. *Democratic legitimacy. Plural values and political power*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2001, p. 23-45). Na dimensão do Poder Judiciário, o princípio da *accountability* envolve duas ordens de questões: uma que diz respeito ao processo de decisão em si e à participação da sociedade; e outra que toca aos mecanismos de gestão do Judiciário (FILGUEIRAS, Fernando. *Accountability e justiça*. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 265).

265. Código de Processo Civil, art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a fase satisfativa.

comprometida pelo excesso de prazos para sentenciar ou despachar, perde-se a previsibilidade quanto ao fim do processo, restando afetada a própria credibilidade pública no Poder Judiciário, que se enfraquece enquanto instituição de Estado.²⁶⁶

Desorientado e sem controle dos processos, o magistrado perde o ânimo, sua autoestima profissional é abalada e, em casos extremos, o próprio senso e a percepção de justiça. A consequência trágica desse processo de degradação da função jurisdicional é a quebra de um poderoso preceito ético, uma vez que a atividade judicial não consegue se desenvolver de modo a garantir e fomentar a dignidade da pessoa humana, deixando de assegurar e promover a solidariedade (a fraternidade) e a justiça na relação entre as pessoas (Código de Ética da Magistratura, art. 3º).

A própria independência judicial, que não consegue ser demonstrada na prática através da atividade jurisdicional eficiente e eficaz, passa a ser objeto de questionamento por parte dos atores sociais, assim como a autoridade do magistrado.

Estabelecendo uma criteriosa e refletida relação entre independência judicial e accountability, Vladimir Passos de Freitas et al registram que a consagração do princípio da independência judicial numa determinada sociedade deve ser acompanhada por um índice otimizado de confiança sobre a justiça, seja nas percepções sociais, seja nas representações dos juízes sobre eles próprios. Para esses mestres:

A independência como padrão organizativo, regulativo e deontológico terá, pois, de ser encarado, antes de mais, como um merecimento, pois a independência judicial necessita de ser conquistada, não sendo uma coisa imanente ou automática. Os juízes e os tribunais terão o respeito e a legitimação dos

266. Sobre a imprevisibilidade da entrega da solução do litígio pelo juiz, interessante artigo da magistrada Flávia Viveiros de Castro, titular da 6ª Vara Cível da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, aborda projeto piloto, inspirado na tese de doutorado da professora Petra Pekannen "Delay Reduction on Courts of Justice: Possibilities and Challenges", que foi apresentada na Universidade de Lappeenranta, Finlândia, em 2011. Flávia Viveiros demonstra que: "No Brasil, como na Finlândia, guardadas as devidas proporções concernentes às dimensões do país, número de cidadãos e quantitativo de processos, o problema da falta de previsão quanto à entrega da sentença constitui-se em uma dificuldade de fundamental relevância". Para essa ilustre magistrada: "Não há quem, sendo litigante habitual, deixe de pensar na falta de previsibilidade da solução da lide, como um fator a ponderar quando há uma questão patrimonial ou contratual a resolver. Esta imprevisibilidade para a solução do caso pode, inclusive, afastar o cidadão ou empresa da via judicial, já que, como sabido, Justiça que tarda falha, invariavelmente". OABRJ Digital, Rio de Janeiro, maio 2014. Disponível em: <<http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18128-para-diminuir-lentidao-na-6-vara-civel-juiza-pede-apoio-de-advogados-em-barra-da-tijuca>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

cidadãos de acordo com a excelência do seu desempenho, resultado de decisões imparciais, bem fundamentadas e proferidas em prazo razoável.

Daí que a independência judicial se possa considerar, atualmente, como uma noção multidimensional e de cariz dinâmico, sendo também, um conceito em relação com o valor da responsabilidade (enquanto *accountability*, ponto de encontro ou cruzamento das noções de transparência, de prestação de contas e da assunção ética da responsabilidade). Nesse sentido, pode-se dizer que a independência judicial só se pode entender com uma independência responsabilizante do ponto de vista ético-social, fazendo-a ganhar operatividade e pragmatismo.

Espera-se que a atividade dos juízes consiga responder ao seu efetivo papel social, concedendo-lhes autoridade e legitimação perante o mundo exterior ao seu núcleo tradicional. Tornando as decisões dos juízes, pela sua fundamentação, justificação e desempenho (qualidade e quantidade), não só escrutináveis (*accountability*) como merecedoras da adesão do auditório universal da cidadania e da democracia.

Esta independência e *accountability* são valores de determinam o grau de autonomia e partilha que o judiciário possui no domínio da sua governação e administração (nos seus vários níveis de magnitude, isto é, *macro*, *meso* e *micro*) e que se encontram intimamente conexionsados com a ética e a deontologia de todos e cada um dos juízes (afirmação de um estatuto social, político e profissional do judiciário para além da sua mera funcionalidade).²⁶⁷

Encarada na sua relação com *accountability*, a independência judicial assume foros de independência-valor, e não de mera independência-garantia, formal, assegurada pela Constituição e pelas leis, para o exercício desinibido da função.²⁶⁸

Nessa linha de pensar, o grau de confiabilidade pública no Judiciário passa a depender da capacidade do juiz brasileiro de, uma vez organizada a casa, produzir uma decisão eficaz, resolutiva da lide, com desempenho eficiente e de qualidade, que prestigie a solução de mérito (CPC, arts. 4º e 6º)²⁶⁹, seja resultado de contraditório expandido com as partes, se apresente fundamentada nos elementos de concretude, extensão e integridade (CPC, art. 489 §1º)²⁷⁰

267. BOCHENEK, Antonio César; LOPES, José Mouraz; MATOS, José Igreja; MENDES, Luis Azevedo. COELHO, Nuno; FREITAS, Vladimir Passos de. *Manual luso-brasileiro de gestão judicial*. Coimbra: Almedina, 2018, p. 40.

268. *Ibid.*, p. 41 e 46.

269. Código de Processo Civil, art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a fase satisfativa; art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

270. Código de Processo Civil, art. 489 §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial,

e seja, essencialmente, orientada pela métrica disposta na Resolução 106 do CNJ, que dispõe sobre os critérios objetivos para aferição do merecimento para promoção de magistrados e acessos aos tribunais de 2º grau.²⁷¹

Por essa normativa, no quesito desempenho, voltado para o aspecto qualitativo da prestação jurisdicional, a boa decisão deve ser definida pela redação (escrita em bom português), clareza (inteligível, compreensível pelo ser humano médio), objetividade (não ser um tratado jurídico, mas direta e focada na solução do conflito de interesses submetido ao juízo), pertinência de doutrina e jurisprudência, quando for o caso de citá-las (transcrita na medida em que guarda relação com o caso, jamais utilizada como propósito de tornar o texto extenso e logorreico) e, por fim, pelo respeito às súmulas (e também precedentes, vinculantes ou não) dos tribunais de vértice (decisão comprometida com a integridade do sistema e firmada na obrigação de respeito, que é uma função contemporânea do Poder Judiciário).

Segundo a ideia básica e genial, sempre repetida pelo inesquecível José Carlos Barbosa Moreira, “a sentença deve conter tudo que seja necessário e só o que seja necessário.”²⁷² Em suma, o juiz brasileiro, que foi posto em uma linha de produção e possui muitas causas para julgar, deve cortar o que for supérfluo e dizer aquilo que for indispensável para proferir uma decisão fundamentada, observado os parâmetros fixados na Lei 13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil brasileiro, norma geral e subsidiária que orienta o trabalho de confecção de decisões judiciais em todos os campos do direito.

Acrescente-se a tudo isso as virtudes cardeais da prudência, temperança, fortaleza e justiça, ponderadas em conjunto pelo bom senso, cooperação e a fraternidade necessária para os tempos de crise pandêmica, e pronto. Isso é gestão decisional!

seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. Os três primeiros incisos dizem respeito à concretude do julgado; o quarto, à extensão; o quinto e o sexto incisos, à integridade da decisão com o sistema brasileiro de precedentes.

271. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_106_06042010_11102012191157.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

272. MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 42-53, 1999. p. 43 et seq. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconstruir o Judiciário, tornando-o cada vez mais eficaz, é tarefa de todos, constitui um dos objetivos de desenvolvimento sustentável das Nações Unidas e uma das metas do Conselho Nacional de Justiça para os mais diversos segmentos do Poder.

Essa tarefa deve estar animada e inspirada pelo princípio da fraternidade na sua dimensão pública e objetiva, que extrapolando a esfera subjetiva e interpessoal, deve ser concretizado em ações a cargo do Estado, na forma da prestação de serviço eficiente e útil à sociedade, relativamente ao Poder Judiciário, na forma da prestação de serviço jurisdicional adequado e entregue em tempo razoável, serviço com aptidão para garantir direitos legítimos, solucionar conflitos de interesses sérios, restabelecer a paz social e gerar uma atmosfera de justiça.

Esse o verdadeiro sentido da fraternidade objetiva, a fraternidade defendida por Reynaldo Fonseca, como categoria jurídica, que se concretiza no dia a dia, em ações públicas efetivas, voltadas para melhorar a qualidade da vida humana na Terra, especialmente nos momentos de crise, como a atual crise sanitária, amenizando o sofrimento das pessoas.

E isso somente é possível com instituições eficazes. No âmbito do Sistema de Justiça, por meio de um Poder Judiciário fortalecido e respeitado, que goze de prestígio e da confiança da sociedade, virtudes públicas que precisam ser conquistadas com esforço, trabalho e compromisso diários com a ética, a integridade, os ideais de fraternidade, de justiça e a capacidade de resolver conflitos de maneira definitiva e temporalmente útil, sem perda de energia e tempo, com o abandono de vaidades extremadas, imaturidades e da postura extrativista própria das corporações obsoletas, burocráticas, dissociadas da sociedade, descompromissadas com resolutividade e voltadas, primordialmente, para o atendimento dos interesses dos seus integrantes.

Instituições são feitas por pessoas. A concretização do princípio da fraternidade, de cariz objetiva, no âmbito do Poder Judiciário, resulta do que cada juiz, servidor e serventuário faz no seu micro espaço de trabalho, produzindo um movimento sinérgico que reverbera no todo e cria as macro condições para o desenvolvimento de uma instituição eficaz, republicana, respeitada, inclusiva e capaz de dar a resposta atempada, dentro do ordenamento jurídico, ao clamor social por justiça.

Entre essas condições, a gestão judicial assume especial relevo, quer no aspecto organização da unidade jurisdicional (gestão da unidade), quer no relativo ao processo decisório (gestão decisional).

Ambas as formas de gestão judicial constituem pressupostos da boa administração para a construção ou reconstrução de instituições eficazes e precisam ser rapidamente incorporadas ao cotidiano dos magistrados brasileiros (assim como de seus auxiliares), a fim de que se tornem, cada vez mais, os agentes políticos idealizados pelo constituinte de 1988 e estejam à altura do papel protagonista assumido pelo Poder Judiciário no atual momento histórico.

Quem integra o Poder Judiciário brasileiro, seja como juiz ou servidor (no mais amplo sentido da expressão), tem uma oportunidade tão maravilhosa de servir ao país e aos seus cidadãos, que não tem o direito de falhar, de virar um burocrata desiludido e abandonar os ideais de fraternidade forjados na luta pelo Direito e pela Justiça resolutive.

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução de Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARNARD, Frederick M. *Democratic legitimacy. Plural values and political power*. Montreal: McGill-Queen's University Press, 2001.

BOCHENEK, Antonio César; LOPES, José Mouraz; MATOS, José Igreja; MENDES, Luis Azevedo. COELHO, Nuno; FREITAS, Vladimir Passos de. *Manual luso-brasileiro de gestão judicial*. Coimbra: Almedina, 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Planalto*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 35 de 14 de março de 1979. *Planalto*, Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 11 ago. 2020.

CANELA JÚNIOR, Oswaldo. *A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário*. 151f. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-03062011-114104/pt-br.php>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org). *Direito Constitucional: organização dos poderes da república*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. (Coleção Doutrinas Essenciais).

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Código de ética da magistratura. Disponível em:< <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 106, de 6 de abril de 2010. Disponível em:<https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_106_06042010_11102012191157.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sobre as metas*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metassobre-as-metas/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. (Org.) *O estado de bem-estar social no século XXI*. São Paulo: LTr, 2007. p. 28.

FILGUEIRAS, Fernando. Accountability e justiça. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O que deve e o que não deve figurar na sentença. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 8, p. 42-53, 1999. p. 43 et seq. Disponível em:< http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. Disponível em: <nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acesso em: 10 ago. 2020.

NORTH, Douglass C. *Institutions, economic growth and freedom: an historical introduction*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NORTH, Douglass C. *Structure and change in economic history*. London: WW Norton & Company, 1982.

OABRJ Digital, Rio de Janeiro, maio 2014. Disponível em:<<http://www.oab-rj.org.br/materia-tribuna-do-advogado/18128-para-diminuir-lentidao-na-6-vara-civel-juiza-pede-apoio-de-advogados-em-barra-da-tijuca>>. Acesso em: 11 ago. 2020.

ODM BRASIL. *Os objetivos de desenvolvimento do milênio*. Disponível em: <<http://www.odmbrasil.gov.br/os-objetivos-de-desenvolvimento-do-milenio>>. Acesso em 10 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/>>. Acesso em: 10 ago. 2020.

PISCO DE LUZ. *Objetivos de desenvolvimento sustentável*: 17 objetivos para transformar o nosso mundo. Disponível em: <https://www.piscodeluz.org/desenvolvimento-sustentavel?gclid=EA1aIQobChMIj7zqiMa96wIVSwaRCh2RrwPyEAAYASAAEgIJdfD_BwE>. Acesso em: 10 ago. 2020.

SACHS, Jeffrey. *O fim da pobreza: como acabar com a miséria mundial nos próximos 20 anos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SADDI, Jairo. *Crédito e judiciário no Brasil: uma análise de direito & economia*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SAYEG, Ricardo. O mito liberal da análise econômica do direito à luz da Constituição Federal. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, São Paulo, SP, Revista dos Tribunais, v. 68, ano 18, p. 41-57, abr./jun. 2015.

SCHULZ, John Henry. Mercado só funciona quando instituições funcionam. In: LOURES, Rodrigo costa da Rocha; SCHLEMM, Marcos Mueller; CASTOR, Belmiro Valverde Jobim (Org.). *Para o Brasil voltar a crescer*. Curitiba: Ibpex, 2007.

SORJ, Bernardo. *Em que mundo vivemos?* 2. ed. rev. São Paulo: Edições Plataforma Democrática, 2020. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Arquivos/Em_Que_Mundo_Vivemos.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

FRATERNIDADE: UMA LEITURA TEÓRICA E DOGMÁTICA

NEY DE BARROS BELLO FILHO²⁷³

ANNA GRAZIELLA SANTANA NEIVA COSTA²⁷⁴

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo suscita discussão acerca do perfil teórico e dogmático da fraternidade, tomando como referencial a teoria axiomática dos direitos fundamentais construída por Luigi Ferrajoli e também à luz da teoria dogmática dos princípios constitucionais formatada por Robert Alexy.

Nos tempos que correm, a sociedade exprime diversas características que isolam o homem em si, deixando de lado o ato de pensar no outro com alteridade, o agir com altruísmo e o tratar a todos com dignidade. A velocidade das relações, a sua liquidez e superficialidade, como também a virtualidade da vida²⁷⁵, vêm modificando o modo de viver das pessoas, impedindo a afirmação de conceitos muito caros à sociedade e construídos no alvorecer da modernidade. A fraternidade, pilar da Revolução Francesa, jamais chegou a ser plenamente realizada, e não consta do vocabulário contemporâneo como deveria. São outras compreensões pós-modernas que ocupam o espaço público e o espaço privado, relegando a segundo plano conceitos criados na modernidade do mundo, principalmente no pós-guerra.

Nesse sentido, o discurso jurídico da fraternidade tem sido de vital importância para resgatar, no momento da aplicação e concretização de normas, principalmente por meio do Judiciário, os direitos fundamentais tão caros à mundo moderno.

273. Mestre em Direito pela UFPE, Doutor em Direito pela UFSC e Pós-doutor em Direito pela PUC/RS. Desembargador Federal, Professor na UnB, UNDB, UNINOVE e IDP.

274. Advogada, MBA em Direito Tributário, Especialista em Ciência Jurídico-Política, Direito Constitucional e Eleitoral, Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas.

275. BELLO FILHO, Ney de Barros. *Interlúdio – pós modernidade, direito e sociedade*. São Luís: Academia Maranhense de Letras, 2012, p.17.

Conquanto o discurso fraterno seja desejado e desejante, faz-se mister verificar a sua compatibilidade com a teoria e, também, a sua aplicabilidade pela dogmática, considerando não parecer oportuno ceder espaço para a despositivação, trazendo para o centro do debate a metapositividade e os elementos pragmático-axiológicos.

Afirmar a fraternidade sem atentar para a sua justificativa teórica poderia permitir a afirmação do fascismo, por razões não idênticas, porém similares. Essa talvez seja a maior razão para o trabalho realizado por juristas e magistrados, e esse seja o destacado motivo de aplauso ao homenageado nesse livro, e que concluiu seu doutoramento com louvor, dando juridicidade ao tema²⁷⁶.

Em um primeiro momento, descreve-se e aborda-se a teoria axiomática de Luigi Ferrajoli, demonstrando-a e procurando, em seguida, analisar a fraternidade sob a perspectiva do dogmaticamente possível e do teoricamente aceitável.

Em sequência, aborda-se a teoria dos princípios de Robert Alexy, pensando a fraternidade sob essa ótica, reafirmando os âmbitos possíveis de incidência da norma que estabelece a fraternidade no modelo dogmático brasileiro.

Por fim, há um rápido capítulo que tem a função de demonstrar como a fraternidade adquiriu foros de vetor hermenêutico, consolidando-se como princípio de interpretação, através de decisões judiciais.

A intenção do artigo é clara e, na verdade, dois são os objetivos: o primeiro é contribuir para o debate da positivação da fraternidade, tomando-a como categoria jurídica. A segunda razão é tecer loas e aplausos ao homenageado, por tudo que construiu na literatura e na prática jurídica em derredor do tema da fraternidade.

O texto também tem uma esperança: a esperança nos tempos da COVID-19.

O desejo vigoroso que nesse tempo e em todos os vindouros a fraternidade, enfim, nos aconteça.

2. O ACORDO SEMÂNTICO NECESSÁRIO.

Do que de fato se fala, quando se conceitua um direito como direito fundamental?²⁷⁷ A utilização da expressão *direitos fundamentais*²⁷⁸ quer dizer exatamente o quê? Qual a perspectiva do narrador quando designa alguma peça

276. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

277. BELLO FILHO, Ney de Barros, *Teoria dos Direitos Fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático*, in Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. VIII, Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 183.

278. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Ed. 2.000, p. 12

do direito²⁷⁹ como o adjetivo de *fundamental*?²⁸⁰. E por qual razão é preferível para as narrativas correntes a expressão “direitos fundamentais” a “direitos humanos”²⁸¹? É possível pensar um princípio que não seja, ele mesmo, fundamento de um direito fundamental?

Muitas abordagens podem ser feitas tendo por objeto os direitos fundamentais, e elas se caracterizam por compreensões muito próprias acerca da conceituação e legitimação do conteúdo, o que só é possível ante a pluralidade de pontos de observação.²⁸² Por isso é correto falar em teorias dos direitos fundamentais, e não apenas em uma unicidade teórica. Por esta razão, é possível constatar a existência de uma teoria liberal, uma teoria institucional, uma teoria social, uma teoria democrática funcional, uma teoria socialista e, também, uma teoria dogmática que poderia ser chamada de teoria constitucionalmente adequada.²⁸³ Demais disso, o olhar filosófico, o olhar sociológico e o olhar político podem caracterizar o direito fundamental de uma forma ou de outra, e reconhecer como fundamental um instituto jurídico ou outro, a depender dos pressupostos de eleição.

Para chegar a uma unicidade narrativa é necessário questionar posições distintas que se desenvolvem na teoria do direito e optar por uma delas. Este acordo semântico é mandatório, e somente através dele será possível falar em direito fundamental, dentre eles o direito fundamental a fraternidade.

Se é certo que muitas narrativas existem e diversas posições podem ser conhecidas acerca da caracterização do direito como direito fundamental, este artigo pretende verificar a compatibilidade do mencionado direito à fraternidade com a teoria axiomática dos direitos fundamentais, de Luigi Ferrajoli²⁸⁴.

O pressuposto para se admitir um direito como direito fundamental desafia localizar na teoria o que implica o conceito sendo, o entendimento acerca da

279. ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Luiz. *Las piezas del derecho – teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho, 4ª Ed. 2007, p.45

280. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

281. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP – Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora. 4ª. Ed.. 2007, p. 51.

282. BELLO FILHO, Ney de Barros, *Teoria dos Direitos Fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático*, in Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. VIII, Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 183.

283. BELLO FILHO, Ney de Barros, *Teoria dos Direitos Fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático*, in Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. VIII, Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 183-210.

284. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: ed. Trotta, 2001; FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997; FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.684-801.

teoria axiomática e seus desdobramentos um excelente ponto de partida, vez que a abordagem axiomática tem promovido profundos impactos em variados matizes dos saberes.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONCEPÇÃO DE FERRAJOLI

A construção de uma teoria do garantismo penal, consolidada em sua obra mais famosa – *Direito e Razão*²⁸⁵ – exigiu de Luigi Ferrajoli o fiar de uma teoria do direito de espectro mais amplo, sobre a qual fosse possível sustentar o direito de defesa e de proteção dos cidadãos frente ao Estado. Era necessário apoiar o garantismo numa teoria axiomática e, portanto, de inegável apelo valorativo. Somente assim, acreditava o autor, era possível de maneira mais sólida, apoiado num arcabouço argumentativo de fôlego, enfrentar os dilemas da realidade.²⁸⁶

Nesse diapasão, a teoria enfrenta a caracterização e a legitimação dos direitos fundamentais enquanto tal, levando em conta os valores que tendem a proteger e o elemento axiomático que surge, quer no plano de uma teoria que tenta consolidar, quer no plano de uma metateoria que tenta reconhecer.²⁸⁷

Ferrajoli considera que “a definição de direitos fundamentais não é menos árdua que a de direito subjetivo”²⁸⁸, porém mesmo assim enfrenta o problema e define direitos fundamentais de forma teórica, estrutural e formal, afirmando que são todos aqueles direitos subjetivos que correspondem universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, de cidadãos, ou de pessoas com capacidade de atuar:²⁸⁹

Assim pois, denominarei direitos fundamentais a todos aqueles direitos que correspondam universalmente a todos enquanto pessoais naturais, enquanto cidadãos, enquanto pessoas naturais capazes de atuar ou enquanto cidadãos capazes de atuar.²⁹⁰

285. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon – teoria del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 2ª. Ed. 1997.

286. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.5.

287. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.684-801.

288. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.685.

289. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p.37.

290. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.686

Esta conceituação não permite dizer quais são os direitos fundamentais e quais são seus titulares, mas, tão somente “o que são direitos fundamentais, ou melhor, o que convencionamos entender com essa expressão.”²⁹¹

Na ótica do autor, o direito subjetivo seria uma expectativa positiva de prestações ou negativa, de não sofrer lesões, atribuída a um sujeito por uma norma jurídica. Já o status seria a possibilidade de o sujeito ter sua condição prevista pelo direito positivo, que lhe conferiria idoneidade para ser titular de situações jurídicas e/ou autor de atos que são exercícios dela mesma.²⁹²

Diferentemente de boa parte dos dogmáticos, ele vê o conceito para além da positividade constitucional, exatamente por construir uma teoria axiomática e não uma historiografia ou sociologia dos direitos fundamentais. Para ele, a definição de direitos fundamentais a partir da lente que escolhe é puramente teórica, e não dogmática, e não tem como referencial qualquer texto constitucional em concreto, ou quaisquer leis ordinárias. A existência, em dado texto constitucional de direitos fundamentais, são a condição de existência destes mesmos direitos em um ordenamento jurídico específico, sem influência sobre o conceito teórico – baseado em axiomas – de direitos fundamentais. Alguns direitos são fundamentais, mesmo que previstos em legislações infraconstitucionais, mas tais previsões não influem em seu conceito, e “o que uma teoria do direito pode fazer é tão somente estipular uma definição do conceito de direitos fundamentais que seja a mais clara e precisa possível”.²⁹³

Essa definição proposta também é formal, ou estrutural, na medida em que prescinde da natureza dos interesses e das necessidades tutelados, mediante seu reconhecimento como direitos fundamentais. O conteúdo destes direitos não atinge a teoria proposta, já que está baseada apenas no critério de universalidade, assim compreendido como conjunto de sujeitos capazes de vivenciar o direito. Em não havendo universalidade na atribuição do direito, não é possível caracterizá-lo como fundamental.

A validade deste conceito de direitos fundamentais reside, para autor, no fato de ele poder ser utilizado independentemente de quais direitos fundamentais são previstos ou não em quaisquer ordenamentos jurídicos, inclusive naqueles totalitários ou pré-modernos. Por ser independente de bens, necessidades substanciais ou valores, o conceito é ideologicamente neutral. Assim, é válida

291. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.685.

292. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 37.

293. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.685.

qualquer que seja a filosofia jurídico-política utilizada: positiva ou jusnaturalista, socialista ou neoliberal, e antidemocrática e antiliberal também.²⁹⁴

O caráter formal da teoria é suficiente para identificar nos direitos fundamentais a base da igualdade jurídica. Exatamente por se tratar de uma definição formal, a universalidade implica em realização da igualdade, sem considerações éticas acerca de qual o universo de pessoas a que o conceito diz respeito. A essa universalidade está umbilicalmente ligada à ideia de indisponibilidade e de inalienabilidade, características apenas possíveis dada a universalidade.²⁹⁵

Por serem *de todos*, diz Ferrajoli, os direitos passam a ser inalienáveis e indisponíveis, e a sua realização se dá através de uma estipulação constitucional. A ideia de totalidade de titulares não corresponde ao universo da cidadania e nem ao universo global, mas sim a uma categoria normativa de sujeitos aos quais os direitos encontram-se atribuídos. Desta forma, a intenção de igualdade vai sempre depender da extensão da sujeição ativa dos direitos atribuídos pela norma de direito constitucional positivo. Mas o que a caracteriza enquanto tal é a universalidade de atribuições a todas as *pessoas, indivíduos com capacidade de atuar* ou *cidadãos*. A igualdade será tanto maior quanto maior for a abrangência destas classes de sujeitos.

3.1 ESPÉCIES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A cidadania e a capacidade de atuar são as únicas diferenças de *status* que limitam a igualdade das pessoas. Os limites impostos pela cidadania são limites superáveis, mas os impostos pelas limitações às capacidades de atuar são insuperáveis por que se remetem a limites físicos. Tais parâmetros fundam duas grandes divisões nos direitos fundamentais. A primeira delas entre: a) Os direitos da personalidade; b) direitos de cidadania. Os da personalidade abrangem todas as pessoas, e os de cidadania apenas aqueles cidadãos do Estado. E a segunda delas entre: a) Direitos primários; b) direitos secundários. Os primários são direitos substanciais, e adstritos a todas as pessoas, e os secundários são instrumentais ou de autonomia e são adstritos apenas as pessoas com capacidade de atuar. Desta divisão geram-se quatro categorias. 1 – Direitos humanos, que são direitos vinculados à personalidade e são primários, e, portanto, aqueles adstritos a todas as pessoas. 2 – Direitos Públicos, que são direitos primários conferidos apenas aos cidadãos. 3 – Direitos Civis, que

294. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Madri: ed. Trotta, 2001, p. 34

295. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.687.

são secundários e atribuídos a todas as pessoas capazes de atuar. 4 – Direitos Políticos, que são secundários e atribuídos apenas ao cidadão.²⁹⁶

Exemplo de direitos **Fundamentais e Humanos**: Direito à vida, à integridade física, à liberdade pessoal, à liberdade de consciência, à saúde, à educação e às garantias penais e processuais. Exemplo de direitos **Fundamentais e Públicos**: residência e circulação em território nacional, reunião e associação, direito ao trabalho, direito à previdência pública. Exemplo de direitos **Fundamentais e Civis**: liberdade de contratar, liberdade de escolher e trocar de trabalho, direito de ação, e todos os direitos sobre os quais se funda o mercado. Exemplo de direitos **Fundamentais e Políticos**: direito a voto e direito a ascender a cargos públicos.²⁹⁷

Em quaisquer dos casos, os direitos fundamentais sempre se constroem a partir de uma base de universalidade dentro das categorias propostas por Luigi Ferrajoli: pessoas, cidadãos, ou pessoas capazes de atuar.

Neste sentido, o ocidente sempre teve direitos fundamentais, muito embora mesmo que, em sua grande parte, limitados a uma classe bastante restrita de sujeitos. Como a capacidade de praticar atos já se encontra resolvida na atualidade, uma vez que estendida a todos, a grande responsável pelas limitações ainda existentes para uma igualdade universal é a ideia de cidadania. O que tem mudado através dos tempos não são as categorias: personalidade, cidadania e capacidade de atuar, mas sim as extensões dadas a estas categorias, que caminham para uma universalidade.²⁹⁸ A universalidade da primeira categoria parece resolvida com o fim da escravatura. A segunda, resolvida com a liberdade para o trabalho e para a prática de atos por todas as pessoas, e a terceira permanece sendo a grande limitadora da igualdade universal.²⁹⁹

3.2 TESES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luigi Ferrajoli, a partir destas considerações do item anterior, constrói quatro teses de direitos fundamentais.³⁰⁰ A primeira consiste da diferença ra-

296. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.691

297. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 39

298. CAPITANT, Davi. *Les effets juridiques des droit fondamentaux en Allemagne*. Paris: L.G.D.J, 2001, p. 175.

299. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 41

300. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 42.

dical entre a estrutura dos direitos fundamentais e os direitos patrimoniais. A segunda consiste na afirmação de que os direitos fundamentais são a expressão substancial, em contrapartida a dimensão formal da democracia. A terceira consiste na afirmação de que os direitos fundamentais são supranacionais e os direitos de cidadania não correspondem a nada mais do que a uma subcategoria destes mesmos direitos. A quarta consiste na afirmação de que os direitos fundamentais não se confundem com suas garantias. A democracia possui uma dimensão formal, que corresponde a expressão política da maioria. Esta expressão resta limitada pelos direitos fundamentais, na medida em que eles são a demonstração do lado substancial da democracia. A democracia apenas se realiza quando ambas as dimensões estão presentes.³⁰¹

Os direitos fundamentais, para Luigi Ferrajoli, correspondem, como todos os direitos, a expectativas positivas ou negativas, e possuem, como correspondentes, obrigações (de prestação) ou proibições (de lesão).³⁰² As garantias primárias são as obrigações e as proibições que surgem da existência dos direitos fundamentais, mas que podem não estar reguladas, pois não são intrínsecas a eles. As garantias secundárias correspondem às obrigações de serem reparadas judicialmente todas as rupturas das garantias primárias. A inexistência de norma criando as garantias aos direitos fundamentais não dá azo à falsa compreensão de que eles – os direitos fundamentais – não existem. O que sói acontecer é a confirmação de uma lacuna no ordenamento jurídico que precisa ser preenchida.

A tese de Luigi Ferrajoli contrasta a tese de Hans Kelsen acerca da caracterização dos direitos subjetivos.³⁰³ Para Kelsen, o direito subjetivo é um mero reflexo de uma obrigação jurídica, o que significa que há uma fusão entre os conceitos de direito e de garantia. Isso implica dizer que ter um direito subjetivo é ter a faculdade de intervir judicialmente e requerer decisão que imponha uma sanção ao indivíduo. A tese não é diferente daquela outra formulada por Robert Alexy, muito embora a complexidade dessa segunda posição permita o enfrentamento de questões que o mestre de Viena não enfrentou.³⁰⁴

301. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.684-801.

302. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 59

303. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantias – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 59.

304. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, PPS. 173-247.

Luigi Ferrajoli entende que a visão de Kelsen apenas confunde ou mistura as ideias de direitos com garantias secundárias, compreendendo que um direito sem sanção e sem qualquer possibilidade de busca de uma reparação judicial não é, verdadeiramente, um direito.³⁰⁵

3.2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS PATRIMONIAIS: DIFERENCIAÇÕES NA ÓTICA DE FERRAJOLI.

A **primeira tese** do Autor sustenta-se na diferença entre direitos fundamentais e direitos de propriedade. Para Ferrajoli, há um equívoco em relação a utilização da expressão *direito de propriedade*, pois se confundem o direito a ser proprietário com o direito de propriedade sobre determinado bem. O primeiro é um direito fundamental correspondente à capacidade de atuar e trabalhar que é correspondente à categoria dos direitos civis, e o segundo é mero direito patrimonial.

A **primeira diferença** entre os direitos patrimoniais e os direitos fundamentais para Ferrajoli consiste no fato de serem estes universais (dentro da classe daqueles que são seus titulares), e os patrimoniais serem direitos singulares. Os direitos patrimoniais são exercidos com exclusão de todos os demais, e os fundamentais não. Os direitos fundamentais são exercidos pelo universo de sujeitos correspondentes.³⁰⁶

Quando se fala em direito de propriedade como direito fundamental, o que se quer se afirmar é o direito a ser proprietário, que é um direito fundamental de natureza civil, na classificação do autor. Estes direitos são completamente diversos dos direitos patrimoniais sobre algo.

A **segunda diferença** é que os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis e invioláveis, intransigíveis e personalíssimos, enquanto os direitos patrimoniais se adquirem, trocam-se e alienam-se.³⁰⁷

Estar indisponíveis quer dizer que nem as decisões da política e nem o mercado são capazes de realizar quaisquer subtrações nos seus exercício e realização. Por serem indisponíveis não são limitados por intermédio de sujeitos quaisquer, nem mesmo o Estado. Ferrajoli chega a dizer que nem mesmo a maioria pode alterar os direitos fundamentais.

305. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 59.

306. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.718.

307. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 47

O que faz de um direito um direito fundamental é o fato de ele ser universal, dentro de uma categoria, e ser indisponível, uma vez que a disponibilidade seria a negação da universalidade. Ferrajoli admite, neste ponto, que não se vincula qualquer valoração a uma definição formal na teoria do direito. O que faz o direito fundamental sê-lo não é o valor ético, ou vital, subsistente, mas sim a sua universalidade e a sua indisponibilidade. Os direitos fundamentais são, pois, limites ao individualismo, à autonomia dos seus titulares e ao Estado e a terceiros, e correspondem ao substrato essencial da democracia.

A terceira diferença é que os direitos fundamentais são normas, e os patrimoniais são predispostos por normas. Aqueles se identificam com os comandos normativos, e os direitos patrimoniais recebem apenas tais disposições.³⁰⁸

Na teoria axiomática criada pelo autor, há diferença, portanto, entre as normas que diretamente outorgam direitos, caso das normas de direitos fundamentais, daquelas outras, de direitos patrimoniais que apenas possibilitam algo sobre determinados assuntos. Exemplifica dizendo que o direito à vida está imediatamente disposto por uma norma, diferentemente do direito a ter um bem qualquer que é predisposto, na medida em que a norma permite seja ele exercitado, mas não dispõem diretamente sobre seu exercício e titularidade.

Ferrajoli chama de **normas téticas**³⁰⁹ aquelas que imediatamente dispõem direitos, ou seja, aquelas dentre as quais estão incluídos os direitos fundamentais, e **normas hipotéticas**³¹⁰ aquelas que dispõem situações jurídicas sobre direitos patrimoniais.³¹¹ Normas téticas – como as normas penais ou as de sinais de trânsito – impõem uma situação, uma obrigação, um direito, e as normas hipotéticas não impõem imediatamente nada, apenas dispõem situações jurídicas fruto dos atos jurídicos previstos por elas. As **normas téticas** expressam a dimensão estática do ordenamento jurídico e as **normas hipotéticas** a sua dinâmica.

A quarta diferença reside, para o autor, no fato de as normas patrimoniais serem horizontais, e as normas fundamentais serem verticais.³¹² Quer o autor dizer com isso que os direitos fundamentais são relações de natureza pública

308. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 48.

309. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 45.

310. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 46.

311. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.718.

312. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoría del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.721.

e, portanto, representam relações entre os indivíduos e o Estado. Já as relações de direito patrimonial representam relações intersubjetivas do tipo civilista, de direito privado. Os direitos fundamentais voltam-se prioritariamente para o Estado (com determinação e obrigação), e os direitos patrimoniais tem uma relação voltada para os indivíduos.

3.2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO EXPRESSÃO DA DEMOCRACIA.

A **segunda tese** proposta por Ferrajoli é de que os Direitos Fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia, em oposto à sua dimensão política e formal que é a eleitoral.³¹³ Para o autor, os direitos fundamentais também se diferenciam dos demais direitos por que eles se configuram em garantia de interesses substanciais de todos e que foram impostos pelo constituinte e que são expressões vitais da sociedade e estão, portanto, protegidos da maioria e do mercado.

Os direitos fundamentais são aqueles que nenhuma maioria pode modificar ou alterar e nem mesmo o mercado, com sua inevitabilidade pode modificar. Estão positivamente dispostos e são as expressões substanciais da democracia. Quais são os direitos fundamentais de uma comunidade é uma resposta que pode ser encontrada a partir das características formais lançadas por Ferrajoli, mas não podem ser discutidas *a priori*: é um problema *a posteriori*.³¹⁴

Uma democracia substancial nada mais é do que uma democracia em que as características formais estão presentes e as características materiais da democracia também. Os princípios da soberania popular e a regra da maioria se subordinam aos princípios substanciais expressados pelos direitos fundamentais e relativos a sobre o que é lícito decidir e sobre o que não é lícito decidir.

Conforme o autor, os direitos fundamentais seriam, então, não uma autolimitação, mas um sistema de limites e de vínculos supraordenados. Não se trataria de direitos do Estado, para o Estado ou interesses do Estado, mas direitos que envolvem o Estado e, acaso necessário, contra o próprio Estado. Isso significa direitos contra os poderes democráticos, que aí seriam apenas formalmente democráticos. Também seriam direitos contra a maioria. Para Ferrajoli, os direitos fundamentais são uma espécie de proteção da minoria frente a maioria, do povo frente ao Estado e frente ao poder do mercado.³¹⁵

313. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 46.

314. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p. 685.

315. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 47.

Esta justificativa está assentada na filosofia contratualista. Diz Ferrajoli que “*el paradigma de la democracia constitucional es hijo de la filosofía contratualista*”.³¹⁶

Para ele, as constituições são contratos sociais, são pactos fundantes da convivência civil. Por esta razão, após feito o pacto, feita a Constituição, passa-se a ter uma limitação que se rege como fonte de legitimidade desde baixo, até por que foi realizada sempre em processo revolucionário ou são construções históricas.³¹⁷ O contrato social é uma metáfora da democracia, e fundamenta as suas atuações e limita a vontade da maioria.³¹⁸

Percebe-se que em Thomas Hobbes nasceu o paradigma dos direitos fundamentais. Em *Leviatã*, o teórico do absolutismo demonstra que é necessário um poder supremo – o Estado – para garantir a paz e ao mesmo tempo os direitos fundamentais para conduzir ao equilíbrio. Seria como reconhecer a preponderância de uma força que existe para garantir a vida e a liberdade, sob determinadas condições. Os direitos fundamentais são sempre as leis dos mais débeis e fracos, e existem para proteger a todos de um contexto de império das leis dos mais fortes.³¹⁹

Essa visão do direito fundamental como garantia contramajoritária está presente em todas as teorias contemporâneas dos direitos fundamentais, e pode-se afirmar que a história do constitucionalismo é uma seguida história da ampliação dessa esfera pública de direitos.³²⁰

3.2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO CATEGORIA INTERNACIONAL

A **terceira tese** de Ferrajoli³²¹ diz respeito à ideia de uma internacionalização dos direitos fundamentais que rompa com a limitação apresentada hoje pela utilização do conceito restritivo de cidadania. Para Ferrajoli, a utilização do conceito de cidadania faz com que a universalidade aparente seja mitigada.

316. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 38.

317. COLOMER, Antônio. *Constitución, Estado y Democracia en el Umbral Del Siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995, p. 34.

318. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 39.

319. cf. HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos. 2002, 295 pps; CANOTILHO, J.J. Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 2001, 232 pps.

320. VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. 2ª Edição, 2001, p. 49/68.

321. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 42.

Em função da crise do Estado Nacional e da soberania estatal, parece menos legítimo falar de um direito fundamental intraestatal.

O crescimento das interdependências apresentadas no mundo, os movimentos migratórios e de globalização indicam o caminho para uma integração mundial que desborda também para o direito. Em razão das distorções apresentadas no processo de globalização, a cidadania pode se constituir em uma categoria de segregação, que imponha a democracia dos países ricos sobre a não democracia dos países de periferia.

A superação da cidadania parece ao autor a única possibilidade de utilização do direito para diminuir as desigualdades, vez que o conceito atual é excludente, e não de inclusão.

A desigualdade gerada pela cidadania implica em uma onda de racismo e de segregação fruto de uma certa desigualdade no plano do direito que reflete no plano antropológico.

3.2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E GARANTIAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A **quarta tese**³²² diz com a diferença teórica entre direitos fundamentais e suas garantias. Para o autor, a confusão entre ambas faz surgir um plano de desprezo dos direitos fundamentais, pois assim seriam deixadas à desqualificação duas grandes conquistas do constitucionalismo contemporâneo. A internacionalização dos direitos fundamentais e a constitucionalização dos direitos sociais.

Para o autor, há uma divisão conceitual entre os direitos subjetivos que são as expectativas positivas (ou de prestações) e negativas (de não lesão) atribuídas a um sujeito por uma norma jurídica, e os deveres correspondentes que constituem suas garantias, e que também são ditadas por normas jurídicas. Estas últimas divididas em garantias primárias (as obrigações) e garantias secundárias (as garantias judiciais).³²³

A existência ou a inexistência de uma situação jurídica – de uma obrigação ou de uma proibição – uma permissão ou uma expectativa jurídica —, depende de uma norma positiva que a preveja, e não é deduzida de outra norma, e sim induzida de um fato empírico, que é o ato de sua produção. Para Ferrajoli é

322. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 43.

323. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 59/60.

possível que não exista – embora devesse existir – a obrigação ou a proibição correspondente.³²⁴

Essa compreensão aproxima a tese do autor de toda a teoria dogmática dos direitos fundamentais, muito embora ele sustente que a sua teoria é, acima de tudo, axiomática e, portanto, pressuposta e não referida a uma legislação ou a um país específico. No sistema jurídico positivo é possível que existam antinomias e lacunas, todas elas fruto da separação que é feita entre direitos fundamentais e garantias dos direitos fundamentais.

Quando se afirma que é possível que não exista a obrigação ou a proibição correspondente ao direito subjetivo e que não exista a obrigação de aplicar a sanção em caso de violação da obrigação ou da proibição, não se está muito longe da compreensão de Robert Alexy,³²⁵ para quem há de se diferenciar norma de direito fundamental do próprio direito fundamental que a norma atribui ao legitimado e permite a busca jurisdicional através da afirmação da subjetividade e sanção da omissão. Seria o caso de lacunas primárias por defeito de existência de garantias primárias do direito subjetivo. Podem existir, também, lacunas secundárias por defeito de instituição de órgãos destinados a aplicar as sanções ou invalidar as violações aos direitos fundamentais. Aí faltariam as garantias secundárias. Para o autor, nestes casos seria imperativo obrigar o legislador, ou insuflá-lo a preencher a lacuna.³²⁶

Esta diferença não se tornou visível a Kelsen, segundo Ferrajoli,³²⁷ apenas em razão do fato de que ele tratava paradigmaticamente com o direito patrimonial. No caso das normas hipotéticas – como as de direitos patrimoniais – a diferença entre direitos subjetivos e garantias não se põe apenas por que se tratar de uma correlação natural entre direito e obrigação. Só há este direito patrimonial se houver a obrigação correspondente. No caso dos Direitos Fundamentais, que são postos por normas téticas, isto não se põe por que será caso de necessidade na imposição – por outras normas – de garantias secundárias e primárias.³²⁸

324. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 40.

325. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 48 e SS.

326. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p. 41.

327. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 61.

328. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 61.

Na ausência do direito penal não existiria garantia primária para o direito fundamental a vida. Na ausência da norma que proíbe a privação da liberdade, a não ser em virtude de decisão de autoridade legalmente investida nos casos descritos na lei, não há garantia primária para o direito fundamental à liberdade. Mas para ele, por falta de existência destas normas, seria incorreto dizer que o direito à vida e à liberdade não existiriam.³²⁹

Conforme esse raciocínio, o nexo entre expectativas de direitos e garantias não é de natureza empírica, mas sim de natureza normativa, o que implica dizer que ambas podem existir independentemente umas das outras, e que não são se deduzem as segundas (as garantias) das primeiras (as de direito subjetivo).

No plano metateórico (fora da teoria), isto quer dizer que as lacunas são possíveis e que é papel da sociedade tentar eliminá-las. Ferrajoli reconhece que o crescimento do Estado do bem-Estar Social fez com que os direitos sociais fossem mais desenvolvidos e previstos em um grande número de constituições, sem que as garantias correspondentes, sejam elas primárias ou secundárias, fossem estabelecidas. O autor não vê problemas quaisquer em que sejam criadas tais garantias, e chega a expor que em plano teórico nada autoriza a dizer que os direitos sociais não podem ser garantidos. Inclusive é possível que tais criações sejam plausíveis através de provimentos judiciais que tornem estes direitos palpáveis mediante medidas judiciais.³³⁰

Estariamos diante de uma nova revolução no direito e de construção de um novo paradigma: o paradigma da estrita legalidade em oposição ao da mera legalidade, que pode ser chamado de paleo-positivismo. O sistema positivo clássico preocupa-se apenas com a colocação da norma por meio de um sistema de legalidade. A primeira revolução dos direitos se expressou pela onipotência do legislador, frente a onipotência do rei. Aqui, na construção do novo paradigma do constitucionalismo, o que há é uma afirmação da legalidade substancial, ou uma imposição dos direitos fundamentais sobre quaisquer produções legislativas. Esses direitos fundamentais seriam normas positivas, e estariam referidos ao conteúdo das constituições.

Para Ferrajoli, a primeira revolução (da legalidade) produziu a separação entre direito e justiça, retirando da teoria do direito as questões que dizem respeito à justiça da norma. A segunda revolução opera uma desvinculação

329. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 61.

330. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p. 61.

entre validade e vigência, cessando a presunção apriorística de validade do direito existente. O direito pode ser existente e inválido por quebra de vínculo essencial com os direitos fundamentais. Em um ordenamento com constituição rígida, para que o direito produzido seja válido – embora vigente – deve haver obediência de conteúdo aos direitos fundamentais.³³¹

A esfera do protegido – gama de assuntos sobre os quais o legislador nada pode tratar – refere-se aos direitos fundamentais previstos na constituição como limites de atuação dos legisladores. Esta modificação de paradigma se localiza historicamente após o caos da segunda grande guerra mundial. Isso significa uma alteração no próprio princípio da legalidade, que deixa de ser a caracterização do direito não como algo religioso ou natural, mas como algo posto pelo legislador (paradigma positivo) e mais ainda, um direito produzido pelo legislador vinculado ao conteúdo das Constituições rígidas. O *ser* do direito é o fato de sê-lo por produção legislativa, e o seu *dever ser*, o fato de ele guardar limites com a essência dos direitos fundamentais. A pretensão de Ferrajoli é completar o paradigma de Kelsen e do Estado de Direito e dizer que ser Estado de Direito ou Estado Democrático de Direito significa produzir o direito a partir do legislativo e, mais que isso, fazê-lo em estrita obediência aos direitos fundamentais insculpidos na constituição.

4. DIREITO FUNDAMENTAL A FRATERNIDADE: DA IMPOSSIBILIDADE NO PARADIGMA TEÓRICO DE LUIGI FERRAJOLI À POSSIBILIDADE NA COMPREENSÃO CONTEMPORÂNEA.

Quando Luigi Ferrajoli conceitua direitos fundamentais como direitos universalmente atribuídos a pessoas naturais, a cidadãos e a pessoas capazes de atuar,³³² ele estabelece que o seu conceito é teórico e que independe do reconhecimento de tais direitos pelos Estados. Ao mesmo tempo, o autor reconhece que tais direitos são atribuídos a legitimados a partir da legislação interna de cada país em determinado,³³³ e ao fazê-lo, parece não permitir que mesmo a partir de sua teoria não estritamente dogmática se reconheça o direito

331. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p.67.

332. FERRAJOLI, Luigi. *Principia lures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I, p.686

333. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p.37

à fraternidade como um direito fundamental, quando não há positividade nesse sentido no ordenamento jurídico, e quando se diverge acerca da universalidade.

A observação do pensamento de Luigi Ferrajoli leva a conclusão de que, embora tenha construído uma teoria axiomática dos direitos fundamentais, o autor não se distanciou do pensar dogmático, na medida em que também compreende que o direito fundamental existente em um determinado tempo e um determinado espaço, só existe na medida da prescrição de uma ordem normativa. Embora em alguns pontos distanciando-se do positivismo do pós-guerra, o autor admite que não é possível dizer que haja determinado direito fundamental sem que seja possível indicar a existência de positividade em um ordenamento jurídico.³³⁴

Assim, Ferrajoli esclarece seu ponto afirmando que “a previsão de tais direitos por parte do direito positivo de um determinado ordenamento é, em suma, condição de existência ou vigência naquele ordenamento, porém não incide no significado do conceito de direitos fundamentais.”³³⁵

Ao diferenciar direitos de suas garantias, o autor não põe acento tônico sobre a subjetividade, permitindo entender que o fato de não se configurar como direito subjetivo em determinado ordenamento jurídico, não desconstrói em si, o conceito de direito fundamental, teoricamente considerado. Isso por que a teoria proposta é sustentada com base em seus axiomas, sem necessidade de comprovação futura. Não haver subjetividade no direito – e não haver positividade em determinada ordem constitucional – não invalida o fato de aquele direito ser um direito fundamental abstratamente considerado, uma vez que a teoria construída tem a pretensão de ser axiomática e não dogmática.

Um possível direito à fraternidade seria universal? Todos os cidadãos, pessoas naturais ou pessoas capazes de atuar têm direito à tratamento fraterno, ou seja, a serem todos tratados de forma fraternal e como irmãos, no sentido da tradição familiar?

A questão da universalidade da fraternidade interpola-se com a questão acerca do conteúdo da fraternidade, vez que em muitas construções contemporâneas a fraternidade não possui mais o peso do vernáculo familiar ou fraternal.

A ideia de fraternidade na tradição ocidental³³⁶ reforça a compreensão, ao menos teórica, de que em diversos movimentos históricos, a partir da

334. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 47

335. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p.38

336. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte:

modernidade, o ocidente construiu a imagem de que o pensar no outro era um pressuposto cultural fundamental para a construção de uma sociedade mais justa.

A ideia de altruísmo, de dignidade da pessoa humana³³⁷ e de fraternidade conectam-se na tradição contemporânea, principalmente no pós-Segunda Guerra Mundial, permitindo que teorias jurídicas e metajurídicas assinalassem o cuidado com o outro, a preocupação com o conteúdo mínimo do tratamento digno, e a necessidade de tratar o próximo como irmão, o que, inclusive, denota a origem do termo fraternidade.

A ideia de altruísmo carrega a compreensão de que as razões para o atuar de todos devem ser sempre fundadas em razões objetivas, e que o subjetivismo nas escolhas do agir deve sempre estar apoiado em razão objetiva anterior. Isso deve ser assim pois, como lembra Thomas Nagel, “o que dá origem a um sistema paralelo de razões objetivas é a necessidade de evitar a dissociação motivacional entre os pontos de vista pessoal e impessoal.”³³⁸

Isso implica dizer que as razões para tratar o outro devem ser encontradas em pressupostos aceitos racionalmente e de forma impessoal, e não em subjetividades ou nas condições pessoais de cada um em sociedade. A questão se vincula diretamente à dignidade da pessoa humana, na medida em que, já com Immanuel Kant, se começa a entender que o homem não pode ser tratado, nem por ele próprio, como um objeto.³³⁹ Ser tratado com dignidade é ser tratado como um fim em si mesmo, e isso implica o reconhecimento de razões objetivas como fundamento do agir. Altruísmo e dignidade da pessoa humana se conectam a partir da base justificadora do agir humano.³⁴⁰

Nesse sentido, pode-se perceber a ideia de fraternidade como uma derivação da ideia de dignidade da pessoa humana e também relacionada à compreensão de justiça e de alteridade. Da mesma maneira, o agir a partir de justificativas objetivas dá o tom de uma plêiade de valores que, relacionados entre si, moldam a conduta moralmente esperada – ou eticamente desejada – do senso comum ocidental.

D'Plácido, 2019, pp. 21/45.

337. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004, p. 51.

338. NAGEL, THOMAS. *La posibilidad del altruismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 11.

339. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001, p. 32.

340. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, pp. 82/83.

A questão é saber se tais valores podem ou não ser caracterizados como direitos fundamentais a partir de uma teoria axiomática do direito, ou se podem ser pensados como derivações de outros direitos fundamentais, pensados a partir de interpretações do âmbito normativo de outros direitos fundamentais.

O âmbito normativo dos direitos fundamentais é uma categoria dogmática cuja tarefa é organizar e estruturar o âmbito de incidência das disposições de direitos fundamentais.³⁴¹ A hipótese de reconhecimento do direito a fraternidade como um direito fundamental reside na análise não apenas semântica do que implica ser fraterno, mas principalmente, e sob o viés dogmático, em perceber o âmbito normativo de direitos à igualdade, à liberdade, sociais e ao livre desenvolvimento da personalidade.

A resposta quanto à fundamentalidade do direito à fraternidade no paradigma de Ferrajoli parece ser negativa, e parece indicar que tomar tais valores como princípios é a forma constitucionalmente mais adequada de reconhecê-los e de lhes dar efetividade.

Conquanto, a resposta parece outra, se observarmos que determinados âmbitos de proteção normativa que se convencionou chamar de posições fraternas, estão abrangidos pelo âmbito normativo de outras normas de direitos fundamentais, tal qual afirma Joaquín Camazano³⁴²:

A estes âmbitos objetivos e aos que se designa de modo majoritário como ‘âmbito’ de proteção ou como ‘tipo’, ou suposto de fato (tatbestand) do direito fundamental, falando-se também com algumas variantes do âmbito normativo, de garantia ou de regulação. Se designa com ele, em geral com formas lapidares, o espaço, o âmbito em que ‘vale’ cada direito fundamental.

Desta maneira, se for possível perceber, dentro do âmbito normativo de direitos de fácil constatação de sua subjetividade e universalidade, posições jurídicas fraternais, seria o caso de entender, a partir dessa leitura conglobante, a fundamentalidade do direito à fraternidade.

Por teoria axiomática tem-se aquela que se forma a partir de axiomas, ou compreensões originárias que são admitidas sem necessidade de comprovação, e a sistematização que surge a partir daí se liga coerentemente aos pressupostos, vez que deduzidas a partir das premissas. Assim, a premissa utilizada

341. CAMAZANO, Joaquim Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid; Dykinson, 2004, p.99.

342. CAMAZANO, Joaquim Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid; Dykinson, 2004, p.99.

por Ferrajoli,³⁴³ sobre a qual constrói a sua ideia de direitos fundamentais, é a de que o instituto caracteriza-se por ser de atribuição universal. Portanto, os direitos que todos possuem e que as pessoas naturais, os cidadãos e aqueles capazes de atuar possuem são fundamentais. Estes direitos teoricamente fundamentais dão sustentação a ideia de democracia. Eles são supranacionais e são uma categoria teórica, mesmo que não haja garantia que permita a sua proteção e realização.

Assim, a fraternidade poderia ser um direito – a partir da teoria de direitos fundamentais de Ferrajoli – acaso fosse constatada a sua universalidade. Contudo, na forma como considerada a universalidade na teoria axiomática do autor, esta ideia de uma fraternidade como um direito universalmente válido merece ser discutida. Seria o caso de dizer que a todos é devido o tratamento fraternal, tomando-se fraternidade como algo distinto da igualdade? Ou seria o caso de dizer que a fraternidade é desejável em todos os limites do universo, o que a faria universal?

Alguns problemas se colocam.

Os autores do genocídio Curdo praticado no final dos anos oitenta por tropas iraquianas, ou os responsáveis pelo massacre de Ruanda, ocorrido entre abril e junho de 1994 – quando a elite da etnia dos Hutus dizimou cerca de um milhão de Tutsis –, têm direito subjetivo a serem tratados como irmãos, inclusive pelos parentes das suas próprias vítimas? É possível sustentar a universalidade da fraternidade, no sentido de que a todos é devido tratamento fraterno?

É possível, nesses casos, encontrar universalidade na igualdade, a partir do raciocínio segundo o qual todos os criminosos devem ser julgados igualmente e tratados sob as regras comuns e válidas para todos, quer sejam inocentes ou genocidas. Também é possível sustentar que o tratamento, a ser dado a todos eles, não poderá reduzir-se aquém do conteúdo essencial da dignidade humana³⁴⁴, que desnatura a sua condição de integrantes da humanidade, razão pela qual há direito subjetivo fundamental a não ser torturado. No mesmo diapasão, é possível verificar que as razões para assim os tratar devem ser razões objetivas e racionais, e não subjetivas ou personalíssimas.

Quando o âmbito de incidência da norma de direitos fundamentais, que estabelece a posição jurídica da igualdade, acolhe posicionamento considerado

343. FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997, p.38.

344. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 29.

fraterno, tem-se o direito à fraternidade? Perguntado de outra maneira, quando as posições jurídicas isonômicas nos casos mencionados podem ser tratadas como fraternais, pode-se reconhecer o direito à fraternidade?

Se o âmbito de incidência da norma, ou seja, se o *tatbestand*,³⁴⁵ que surge do enunciado normativo de direito fundamental que atribui um direito fundamental à igualdade, puder ser adjetivada de fraterna ou vê-la, a fraternidade, reconhecida, então seria o caso de se dizer da existência do direito à fraternidade.

Porém, a mesma resposta não surge quando a pergunta é outra: é possível vislumbrar um direito à que todos os tratem como irmãos, inclusive as vítimas e seus familiares?

Sob uma pauta metafísica, religiosa ou espiritual, seria admissível uma resposta à segunda questão, porém não parece razoável a partir de condutas heterônomas determinar subjetividades que se justificariam a partir de certa autonomia religiosa ou moral. Obviamente a questão também resvala na definição do conteúdo acerca do que deva ser tratar alguém fraternalmente.

As respostas mais prontas para o questionamento acerca do conteúdo da fraternidade, se considerado um direito a partir de algum referencial dogmático positivo, na verdade igualam-no ao direito à isonomia, à liberdade, aos direitos sociais ou ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Contudo, até pelo conteúdo semântico do termo, e desde uma análise linguística da expressão, percebe-se que não se trata de idêntico instituto e nem de mesmo conteúdo em toda a sua plenitude. Até mesmo se forem observadas as raízes históricas modernas e ocidentais, pode-se concluir de forma idêntica pois o lema da revolução francesa era *liberté, égalité, fraternité*, e não se trata de uma ideia tautológica ou de um pleonasmo gramatical, o que já deixa óbvio que não se trata de conceitos idênticos.

Assim, talvez seja o caso de serem observadas duas possibilidades resolutivas para a questão da possibilidade de existência de direito fundamental à fraternidade: em uma primeira interpretação, vê-lo interpolado com outras hipóteses de incidência e outros âmbitos normativos de direitos fundamentais e, portanto, reconhecidos, e numa segunda hipótese, verificar que não há hipótese de condutas fraternas desejadas serem incluídas no âmbito de incidência de uma norma de direitos fundamentais, quer por impossibilidade estrutural, quer por impossibilidade de reconhecimento da universalidade.

E há razões teóricas e meta-teóricas para isso.

345. CAMAZANO, Joaquim Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid; Dykinson, 2004, p.99.

Quando a fraternidade é o objeto de análise, a primeira pergunta a ser feita é se a fraternidade tem estrutura de direito – mesmo dentro de um raciocínio axiomático – ou se é de difícil configuração, e portanto, não pode haver um direito à fraternidade, em alguns âmbitos de incidência. É possível entender que as pessoas tem direito subjetivo a serem tratadas fraternalmente quando a fraternidade da conduta não se justifica pela igualdade, por direitos sociais ou por liberdade? E esse direito a ser tratado de forma fraternal, quando não se cuida de comportamento derivado de outros direitos fundamentais é de caráter universal, ou seja, todas as pessoas estariam abrangidas por seu âmbito de incidência?

Ferrajoli cita em determinada passagem o exemplo do pretense direito dos Carabinieri aposentados de serem saudados na rua. Para o autor, se foi estabelecido como universal um direito absolutamente fútil, como por exemplo o direito a ser saudado na rua por conhecidos, ou o direito de fumar, ele seria um direito fundamental: a fundamentalidade reside na universalidade. Isto é a característica formal de sua teoria, pois não há análise do conteúdo do direito, e, desta forma, tudo aquilo que é universal é fundamental. Por outro lado, em todas as situações em que não houvesse uma universalidade não se poderia falar em direitos fundamentais, como no caso das sociedades escravagistas.³⁴⁶

É necessário compreender melhor esta posição. Ferrajoli está tentando dizer que o único pressuposto da fundamentalidade de um direito é a sua universalidade, mas só seria possível reconhecer um direito enquanto tal desde que ele estivesse previsto em uma norma de direito positivo. O pressuposto originário é não valorativo e se valida por si só, dentro de uma teoria axiomática. Logo, o conteúdo do direito é de somenos importância, pois não se trata de uma teoria dos valores e nem de uma teoria crítica dos direitos fundamentais.

Ora, uma das características dos direitos desde a sua modernidade é a universalidade. Todos os direitos seriam universais? Por outro lado, o fato de alguém ter um direito que é ligado a existência – o direito à vida por exemplo – e haver permissão para matar através da pena de morte em uma ordem jurídica, isso retira do direito à vida o seu caráter de direito fundamental?

Essas observações são válidas ao se propor o problema da inexistência de possibilidade de uma fraternidade universal, conquanto ela possa ser desejada. Todos os homens capazes de atuar e todos os cidadãos e pessoais naturais teriam direito fundamental a serem tratados fraternalmente?

346. FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: Editorial Trotta, 2001, p.17.

Nesse ponto, convém perceber que a universalidade da fraternidade não parece ser o problema, conquanto ela possa ser universalmente atribuída a todos. O próprio sentido axiológico, e, portanto, valorativo, da fraternidade só faz sentido e só é coerentemente argumentado sobre a noção de universalidade. Portanto, ser a todos atribuído o direito de ser tratado fraternalmente não é o ponto que nega a categoria direito – menos ainda de fundamental – à fraternidade.

De uma rápida mirada compreende-se que a questão parece ser outra, ou duas outras: não há positividade de um direito subjetivo à fraternidade, e nem parece ser possível, nem mesmo numa teoria sustentada em axiomas, uma mínima estrutura do direito a ser tratado fraternalmente, quando essa fraternidade desborda da liberdade, da igualdade e dos direitos sociais como um todo.

No modelo dogmático brasileiro, não há previsão do direito à fraternidade, menos ainda do direito fundamental a ser tratado fraternalmente. Há previsão de outros direitos fundamentais cujas posições implicam – em algumas delas – fraternal tratamento do outro. Sob qualquer teoria normativa ou positiva isso por si só já seria o suficiente para tanto. Em não havendo previsão legal, não há que se falar em direitos. Porém, a teoria construída por Ferrajoli sustenta-se em axiomas ou premissas a partir das quais se deduzem conceitos e posições jurídicas, razão pela qual seria possível, em tese, então dizer que a fraternidade é um direito fundamental que não possui previsão no modelo constitucional brasileiro. A ausência de previsão remeteria a discussão para tratados internacionais e para a simples definição teórica e não positivada de um direito não reconhecível na ordem interna.

Para além do problema da inexistência de positivação e da dificuldade quanto à universalidade surge a questão da impossibilidade de formatação de um direito a ser tratado fraternalmente, quando a fraternidade não encontra guarida em outros âmbitos de incidência.

Ainda que a teoria axiomática de Ferrajoli não discuta a estrutura dos direitos fundamentais, é forçoso perceber que ao utilizar como pressuposto da realização do direito a sua positivação, ainda que não da sua existência, o pensador italiano termina por reconhecer que alguns valores ou princípios jamais terão forma de um direito fundamental, e suas aspirações não têm o condão de serem dedutíveis à forma de um direito subjetivo.

O pretense direito a ser tratado fraternalmente – como algo para além do direito à isonomia, e, portanto, do direito à ser tratado como um igual – como derivação da alteridade ou do altruísmo, e ainda como consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, embora seja uma posição moral e política desejável, não consegue se configurar formalmente como um direito, pois lhe carece a estrutura necessária para tal, salvo nas hipóteses já mencionadas.

Embora na análise do direito à fraternidade o requisito da universalidade seja atingido, por ser possível pensar em tratamento fraternal para toda a sociedade, não parece razoável vê-lo como um direito, menos ainda um direito subjetivo, em vários casos. O exemplo dos genocidas calha como arquétipo, quando o âmbito normativo, ou âmbito de incidência da norma, é tratar o outro como irmão, ou seja, fraternalmente.

De outro lado, há ainda a indefinição de conteúdo, a excessiva moralidade da ideia de fraternidade, e a quase impossibilidade de se construir uma perspectiva de subjetividade ou de garantia à proteção desse direito em muitos casos.

A mesma questão surge quando da discussão acerca do princípio da dignidade da pessoa humana, que não alcança a estrutura de direito subjetivo, não tem forma dedutível de um direito, mas tem o alcance de um princípio. Não havendo positivação, não sendo possível dar forma de direito subjetivo à fraternidade em diversas situações fáticas, não é possível considerá-la um direito subjetivo de amplo espectro, menos ainda uma garantia contramajoritária que venha a ser classificada como um direito fundamental, mesmo que possa ser atribuído a todos a necessidade de um tratamento fraterno.

É importante, contudo, reviver o tema já mencionado, pois ele, em verdade, aponta para a mesma solução axiomática e dogmática, na ampla maioria dos casos.

Quando se toma o direito à fraternidade como experimento constitucional válido de aplicação dos direitos da liberdade, da igualdade e do livre desenvolvimento da personalidade e dos direitos sociais, termina-se por considerar, corretamente, a fraternidade como um direito constitucional e fundamental, em razão da compreensão do seu âmbito de abrangência dogmática interpolado com outros direitos fundamentais. É o que faz corretamente Reynaldo Fonseca.³⁴⁷

Com base também em sólida argumentação, o autor verifica a existência do direito à fraternidade, e também a sua função dogmática de garantia

347. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, pp. 85/102.

contramajoritária, desde a incidência de um direito subjetivo reconhecido como liberdade ou igualdade ou – e também seria o caso – de direitos sociais. Desta maneira, fica claro que sob essa condição interpretativa pode o direito à fraternidade ser considerado um direito subjetivo e um direito fundamental, mesmo à luz de uma teoria dogmática. A questão desborda para um acordo semântico que se vincula diretamente ao que implica o conteúdo de um direito à fraternidade e, portanto, ao seu conteúdo e ao âmbito de incidência da norma de direito fundamental atributiva de um direito fundamental, estabelecida ou referida por um enunciado normativo.

Quando a decisão judicial aplica a igualdade reconhecendo-a como um direito fundamental e obriga o Estado a não discriminar quem quer que seja em razão de raça ou credo, não há dúvida que no âmbito de incidência dessa norma de direito fundamental está inserida a fraternidade, pois o agir de maneira fraternal implica tratar ao outro com igualdade e respeito.

Da mesma maneira, quando uma decisão judicial determina a prisão domiciliar ou concede liberdade a idoso, com comorbidades, reformando prisão preventiva diante de uma pandemia, também é possível vislumbrar fraternidade na aplicação do direito à execução racional da medida cautelar de matriz infraconstitucional. Também é possível compreender que há conteúdo fraternal em decisões que afirmam direitos sociais, como o direito à saúde, principalmente nos casos de internações necessárias ou de determinação de compras de medicamentos.

À vista disso, verifica-se com Reynaldo Fonseca a existência de um direito fundamental à fraternidade a partir da equiparação do âmbito de incidência da norma de direitos fundamentais, e de direitos subjetivos correlatos, verificando neles uma dimensão fraterna do agir, sob o pálio da norma de direitos fundamentais.

Diz o autor³⁴⁸:

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica.

348. FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 96.

Isto posto, parece claro que a solução constitucionalmente adequada deve ser encontrada em ambas as possibilidades. Ou tomá-la, a fraternidade, como um princípio e deduzir do seu valor cristalizado a sua importância irradiadora para toda a ordem jurídica vigente, ou reconhecer que se trata de um direito fundamental à fraternidade, consolidado a partir de outros âmbitos de subjetividade constitucionalmente reconhecidos.

5. FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO

De um atento exame da teoria axiomática dos direitos fundamentais de Luigi Ferrajoli, compreende-se não ser razoável considerar a fraternidade um direito subjetivo e menos ainda um direito fundamental. Nada obstante, há uma resposta teórico-dogmática que permite considerar o aspecto subjetivo da fraternidade, reduzindo a dimensão semântica do conteúdo do direito à fraternidade. É possível tomar por empréstimo âmbitos de incidência de outros direitos fundamentais e reconhecer a dimensão subjetiva da fraternidade, com aptidão e feição de caráter contramajoritário, quando se realizar na igualdade, na liberdade, no livre desenvolvimento da personalidade ou, ainda, nos direitos sociais.

Mesmo assim, é necessário assentir que a fraternidade pode ser reconhecida como valor ou como princípio, quer por uma teoria axiomática dos direitos fundamentais quer por uma teoria dogmática dos direitos fundamentais.

Desta construção, decorre a constatação de que a fraternidade construída na modernidade, embora possa ser um direito fundamental nos termos postos acima, é um valor que influencia a aplicação de outras normas de matriz constitucional e infraconstitucional. Dessa maneira, ela também funciona como vetor interpretativo, realizando-se como princípio instrumental.

Nesse sentido, para compreender a posição axiológica e dogmática da fraternidade no modelo jurídico brasileiro, é preciso esclarecer o que se diz quando se diz que a fraternidade é um princípio constitucional, e qual a relação entre princípios constitucionais e direitos fundamentais.

5.1 A FRATERNIDADE NA TEORIA DOS PRINCÍPIOS

A fraternidade vem positivada na constituição brasileira no seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma **sociedade fraterna**, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Na teoria dos princípios, o primeiro esforço teórico necessário é a qualificação e a separação entre regras e princípios. É necessário observar os critérios tradicionais para a distinção entre ambos.³⁴⁹

Nesse desiderato, fácil perceber que a fraternidade não ocupa a posição de regra no ordenamento jurídico brasileiro, e que a sua localização no preâmbulo da Constituição Federal permite observar que ela joga a função de princípio constitucional positivo, conquanto a vagueza da expressão possa até mesmo permitir a compreensão de que a fraternidade seria metapositiva.

As regras e os princípios são normas, porque contém um mandamento de dever ser. Podem ser formulados com expressões deônticas como mandato, permissão e proibição. Trata-se de uma distinção entre dois tipos de normas.³⁵⁰ Assim, ao reconhecer-se que a fraternidade, a partir do texto está positivada, a consequência natural será essa positivação ser normativa, com todos os efeitos de sua força atributiva de direitos ou possuidora de eficácia meramente objetiva.

Um dos critérios utilizados para esta separação é o critério da generalidade. Os princípios são mais genéricos que as regras. O grau de generalidade do princípio é elevado e a ele corresponde um baixo grau por parte das normas regras.³⁵¹ Não seria razoável dogmaticamente considerar a fraternidade uma regra, na medida em que a norma não apresenta o grau de fechamento necessário para a compreensão dogmática dessa posição jurídica.

Outros critérios classificatórios ainda podem ser encontrados na literatura jurídica, dentre eles o que toma as normas como criadas ou desenvolvidas, e também a ideia de norma que serve de fundamento para regras e normas que sejam, em si mesmas, regras.³⁵²

349. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 81.

350. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

351. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83.

352. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas*

Esses critérios dão azo a três teses sobre a distinção entre regra e princípio. A primeira tese é cética e afirma que é impossível tal distinção, dada a pluralidade existente de normas. A segunda tese sustenta que a distinção é apenas de grau. O grau de generalidade é o critério decisivo para compreender uma norma como regra ou como princípio. A terceira tese sustenta que a diferença não é de grau, mas sim qualitativa.³⁵³

Os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios são mandados de otimização. Não representam mandamento direto com sanção posta, mas sim uma imposição normativa que se caracteriza pela possibilidade de ser cumprida ou não, a depender das condições reais e políticas. As possibilidades ficam ao alvedrio, inclusive, da incidência de normas-regras e princípios de outro plano e natureza.³⁵⁴

As regras, porém, não são mandamentos de otimização, pois elas somente podem ser cumpridas ou não, sem a hipótese de otimização pendente de solo fértil político, fático e jurídico.

A fraternidade como valor e como mandado de otimização implica na imposição do dever objetivo de praticar condutas fraternais – ainda que tomadas de forma abstrata – e desde que o âmbito de incidência não permita conflito ou afastamento de regras específicas. Isso significa que a fraternidade, enquanto princípio, deve ser aplicado de forma mais ampla possível.

Os princípios estão em colisão quando se opõem a outros princípios. As regras em conflito quando mandamentos que se caracterizam por tal conceito se opõem mutuamente. Quando o resultado é incompatível, uma vez que contraditório, é caso de conflito ou colisão.

Parece claro que a fraternidade sempre estará em conflito com outros princípios na medida em que diversas posições jurídicas do Estado implicam não tratar o outro como irmão, assim como, na vida privada, é possível verificar a existência de situações de negação da isonomia ou da liberdade, em detrimento de normas de eficácia meramente objetiva que impõem deveres que conflitam com a ideia de fraternidade, quer vista como inclusa no âmbito de incidência de outras normas, quer pensada como um princípio.

pela constituição. Coimbra: Coimbra editora, 2003. p.51/57.

353. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p 84/85.

354. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

Quando se observa a fraternidade como um princípio material, nota-se que frequentemente irá colidir com princípios de outros conteúdos, e o que importará será a proporcionalização e a ponderação desses princípios nos momentos de sua concretização.³⁵⁵

Isto sempre se dará, pois, a fraternidade, assim como a igualdade e a liberdade não possuem conteúdo absoluto e deverão sempre sofrer restrições quando for o caso de choque com outros princípios que – no caso concreto – joguem a função dogmática de impor conteúdo inverso.

Acaso houvesse uma regra que estabelecesse a obrigação de tratar ao outro como um irmão, com claro conteúdo definido, a solução seria bem outra.

Um conflito de regras somente se soluciona introduzindo-se uma regra de exceção que elimina o conflito, ou declara inválida uma das duas regras. Não havendo exceção à regra, estar em conflito implica dizer que uma delas será eliminada do ordenamento jurídico. Não há caso, por imperativo lógico, de duas normas-regras, em vigor e conflito, permanecerem vigendo no ordenamento. Dois juízos normativos, da modalidade regra, não podem ser reciprocamente contraditórios e vigerem no espaço e tempo idêntico.³⁵⁶

O ordenamento jurídico soluciona o problema através de regras de convivência de normas como “lei posterior revoga a anterior”; “lei especial revoga a geral”.

A colisão de dois princípios³⁵⁷ tem, por consequência, a obrigatoriedade de que um princípio ceda espaço para o outro, sem que este afastamento signifique sua revogação ou seu afastamento do próprio ordenamento jurídico. O princípio não aplicado não é declarado inválido, pois a não aplicabilidade não é uma hipótese de revogação do princípio do âmbito normativo.³⁵⁸

Em cada caso concreto um princípio tem um peso diferente, razão pela qual, esta ponderação, é a atribuição do devido peso no caso concreto àquele princípio que melhor se adegue. Os conflitos de regras se resolvem no patamar da validade, pois uma destas normas não tem validade. A colisão de princípios, que se dá entre princípios válidos, não se resolve sob o critério do peso argumentativo da validade. A colisão resolve-se através da ponderação,

355. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 693.

356. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 88.

357. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 89.

358. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003, p. 309.

portanto da argumentação racional, tomando-se o sentido e a hipótese de aplicabilidade do princípio.

A forma de solucionar esta colisão parte do que se chama *de princípio da relação de precedência condicionada*. Nestes casos, um princípio prefere outro. Esta precedência não é absoluta, uma vez que não será caso de sempre, em qualquer circunstância, acionar-se o mesmo princípio em detrimento do outro.³⁵⁹

Dados dois princípios que se aplicam sobre um mesmo objeto, um deles será afastado para a incidência de outro princípio se, e somente si, as condições apresentadas para tal, forem tais que justifiquem juridicamente a aplicação deste princípio e não daquele.

O princípio da fraternidade tem conteúdo amplo e pode estar também carreado como conteúdo de outro princípio, razão pela qual nem sempre é possível identificar qual princípio está colidindo verdadeiramente. Cumpre observar os resultados da ponderação como norma de direito fundamental referida.³⁶⁰

A colisão de princípios característica é aquela segundo a qual dois princípios tomados em si mesmo conduzem a resultado diferente. Será necessário o afastamento da maior parte do conteúdo de um dos princípios e a aplicação, com maior intensidade do conteúdo de um deles. A questão que se põe é que não há precedência de uma norma principiológica sobre outras. Duas normas tomadas em si mesmas que conduzem a resultados contraditórios necessitam de ponderação. A ponderação que gera precedência no caso concreto é tomada a partir de condições fáticas do próprio o caso.

Ao se aplicar diretamente a norma-princípio que vetoriza o princípio da fraternidade, em alguns casos ele cederá ante a necessidade de aplicação de outro princípio que conduza a resultados distintos. Após a ponderação, pode-se formular uma norma que vale para o caso concreto como consequência de uma ponderação de princípios.

Os princípios contêm mandatos definitivos por que ordenam, seja realizado seu conteúdo da forma mais otimizada o possível a partir de possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios trazem no seu bojo razões que podem ser desprezadas por outras razões.³⁶¹ As regras exigem um cumprimento de mandado, direto, e os princípios uma otimização do valor que carregam.

359. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.93.

360. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 95

361. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 99.

As regras buscam apoio nos princípios e estes fornecem arrimo às regras. Quando ocorre colisão de princípios, as regras que otimizam estes princípios sofrem o mesmo resultado do afastamento do princípio no caso concreto. Regras e princípios são normas que guardam, em si, uma distinção de natureza jurídica.³⁶²

É possível constatar a existência de diversas regras que carregam a fraternidade, embora não correspondam à categoria de normas que atribuam o direito a fraternidade a algum legitimado. Conquanto, é forçoso reconhecer que o princípio do tratamento fraterno pode conter um número muito elevado de conteúdos.

Os princípios são sempre razões, e as regras são razões definitivas. Os princípios servem de razões para as regras, e também podem servir como razões para a tomada de juízos concretos de dever ser. Isto é de suma importância para se reconhecer o princípio da fraternidade pela só razão de o tratamento do outro fraternalmente servir como razão de aplicação de determinada norma ao revés de outra, bem como ser o caso de funcionar como valor de cunho interpretativo, executando outra função do princípio da fraternidade na dogmática.

Os princípios são generalistas e se referem a possibilidades do mundo real e normativo. A generalidade, tomada como critério único, faz acrescer que o direito a ela concebido é um direito relativo. Existem, contudo, objeções à essa compreensão.³⁶³

Primeira objeção é que existem colisões de princípios solucionadas com a declaração de invalidez de uma das normas-princípio. Segunda objeção parte da ideia de que existem princípios absolutos, e que não podem estar localizados em pé de igualdade. Terceira objeção diz que o conceito de princípio é exageradamente amplo, o que torna impossível unificações de referências sob uma mesma palavra.

A ideia de princípio absoluto permite pensar uma modificação no conceito de princípio, pois sua realização deixa de conhecer limites jurídicos. Se for possível esse grau de inflexão, a teoria da colisão evidentemente não se aplica. Entretanto, não é real a existência de princípios absolutos, e esta impressão de absolutividade resulta do fato de existirem princípios ligados à dignidade

362. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 102

363. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104/111.

da pessoa humana, que permitem quase nenhuma inaplicabilidade em razão de outro princípio.

Há uma amplitude que permite a constatação de que uma grande gama de normas está albergada no conceito de princípios. Critérios maiores que os de validez e satisfação de direitos individuais.

A existência de um princípio no ordenamento jurídico implica na máxima proporcionalidade³⁶⁴, o que significa as três máximas parciais de adequação, necessidade e proporcionalidade.

Interessante perceber que o reconhecimento de um princípio normativo da fraternidade, com força de determinar um dever-ser, tem potência clara na definição das resoluções de conflitos, na medida em que implica a escolha da solução mais fraterna e que assim possa ser adotada não apenas como ampliativa de direitos fundamentais já consolidados, mas também da determinação de tratar o outro como irmão. Obviamente é uma compreensão abstrata, mas que pode gozar de relevância no contexto da aplicação do direito positivo.

Será sempre necessário ponderar e proporcionalizar a fraternidade tendo em vista a existência de muitos outros princípios que conduziriam a decisões diferentes, acaso fossem aplicados com mais intensidade. Não se há de compreender que haja princípio absoluto, mesmo que seja a desejada fraternidade.

Proporcionalizar um princípio significa chocá-lo com outro princípio, em razão de um caso concreto e buscar a máxima experimentação de ambos até perceber qual terá que ceder em razão das condições fáticas e jurídicas. Com isso, três modelos parecem se apresentar na teoria dos princípios.

Em primeiro lugar, um modelo puro de princípios³⁶⁵, e que se demonstra inviável, quer sob a lógica da dogmática jurídica quer sob a lógica teórica mais abstrata. Em segundo lugar, um modelo puro de regras, que é uma alternativa atrativa, mas também demonstra impossibilidade no plano jurídico. Este modelo ceifa de morte a hipótese de ponderação, desconstituindo a maleabilidade do sistema³⁶⁶. O segundo modelo aponta para três hipóteses. A princípio a ideia de direitos fundamentais outorgados sem

364. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 112.

365. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 116.

366. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 117.

reserva alguma. Esse modelo permitiria a criação de direitos sobre os quais não resta qualquer possibilidade de ponderação. Direitos que pudessem ser outorgados e apresentados sem que houvesse qualquer grau de ponderação ou maleabilidade. Em teoria, este modelo seria o das regras absolutas, mas a viabilidade deste sistema parece pouca. Também seria possível perceber um modelo de direitos fundamentais com reserva simples. São aqueles em que malgrado a inexistência de rigidez extremada no sistema, a abertura é mitigada por fixação das reservas à aplicação da lei na própria norma ou enunciado normativo. Seria, por fim, possível conceber um modelo de direitos fundamentais com reserva qualificada. Também quando se qualifica a reserva de aplicação da norma, o resultado para afirmação do modelo de regras não surte o resultado desejado. Em terceiro lugar, haveria o modelo combinado de regras e princípios. O modelo de regras puro fracassa, e o modelo de princípios somente não surte os efeitos desejados principalmente no que implica segurança jurídica.³⁶⁷

O modelo de regras e princípios em que as funções sejam necessariamente combinadas representa a melhor forma de dar estruturação positiva aos direitos fundamentais. Uma vinculação entre regras e princípios está por arrimar o modelo existente. Nesse modelo seria observado, primeiramente, o nível dos princípios. Neste nível estão todos os princípios relevantes da Lei Fundamental. Os princípios funcionam como modelo de aspirações e substrato de todas as atuações que imediatamente se ligam aos valores fundantes da sociedade. Ele possui hierarquia constitucional de primeiro grau, justifica atuações e restrições no campo da norma, e fundamentam as regras de natureza infraconstitucional. Em segundo plano, o nível das regras. As disposições de direitos fundamentais estão positivadas não apenas nos princípios, mas também nas regras. É mediante as regras que se positivam os princípios. As regras dão densidade aos princípios. Um outro nível dando construção ao sistema de direitos fundamentais imerso na dogmática jurídica.³⁶⁸

Assim, forçoso é concluir que a fraternidade está dispersa no texto constitucional com força de princípio, inclusive com previsão no enunciado normativo do preâmbulo constitucional. Deve-se dotar de aplicabilidade

367. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 118/128.

368. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 129/139.

imediate a norma-princípio, bem como sobre ela aplicar toda a teoria principiológica construída na dogmática jurídica.

5.2 APLICAÇÕES JURISPRUDENCIAIS DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE.

É possível encontrar a fraternidade espaiada pelos tribunais pátrios brasileiros. No âmbito do Supremo Tribunal Federal a fraternidade como princípio foi fundamento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, merecendo destaque trecho do voto do ministro Relator Carlos Ayres Brito:

26. “Bem de todos”, portanto, constitucionalmente versado como uma situação jurídica ativa a que se chega pela eliminação do preconceito de sexo. Se se prefere, “bem de todos” enquanto valor objetivamente posto pela Constituição para dar sentido e propósito ainda mais adensados à vida de cada ser humano em particular, com reflexos positivos no equilíbrio da sociedade. **O que já nos remete para o preâmbulo da nossa Lei Fundamental, consagrador do “Constitucionalismo fraternal” sobre que discorro no capítulo de nº VI da obra “Teoria da Constituição”, Editora Saraiva, 2003.** Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a “inclusão social”), a se viabilizar pela imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parilha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural. Que é um dos explícitos valores do mesmo preâmbulo da nossa Constituição e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (inciso V do art. 1º). Mais ainda, pluralismo que serve de elemento conceitual da própria democracia material ou de substância, desde que se inclua no conceito da democracia dita substancialista a respeitosa convivência dos contrários. Respeitosa convivência dos contrários que John Rawls interpreta como a superação de relações historicamente servis ou de verticalidade sem causa. Daí conceber um “princípio de diferença”, também estudado por Francesco Viola sob o conceito de “similitude” (ver ensaio de Antonio Maria Baggio, sob o título de “A redescoberta da fraternidade na época do ‘terceiro’ 1789”, pp. 7/24 da coletânea “O PRINCÍPIO ESQUECIDO”, CIDADE NOVA, São Paulo, 2008).

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, cuja discussão se dava em torno da obrigatoriedade das escolas privadas em oferecer atendimento educacional adequado e inclusivo às pessoas com deficiência, o princípio da fraternidade foi aplicado pelo ministro Teori Zavascki que o apontou, explicitamente:

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhor Presidente, também acompanharei o Relator em todas as suas proposições. Gostaria de cumprimentá-lo pelo voto. É um voto magnífico no exame dessa questão. A mim, particularmente, emociona-me o argumento relacionado à importância que tem, para as crianças sem deficiência, a convivência com crianças com deficiência. Uma escola que se preocupa em ir mais além da questão econômica, em preparar seus alunos para a vida, deve, na verdade, encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas as crianças, principalmente às que não têm deficiências, **uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações, num ambiente de solidariedade e fraternidade. Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente**” (FACHIN, 2016).

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal da Cidadania, o homenageado Reynaldo Fonseca implementou e densificou a aplicação da fraternidade em diversos julgados, a exemplo:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS, COM HIDROCEFALIA. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO.

1. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, determina que poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

2. **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.

3. 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. 30).

4. Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional.

5. Caso em que a recorrente possui 1 (um) filho menor de 12 anos de idade (com 9 anos), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Ademais, o infante é portador de doença grave, qual seja, hidrocefalia. Adequação legal, reforçada pela necessidade de preservação da integridade física e emocional da criança enferma.

6. Recurso conhecido e provido para substituir a prisão preventiva da recorrente pela prisão domiciliar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.” Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 17 de novembro de 2016 (Data do Julgamento) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator)

HABEAS CORPUS. SUPERAÇÃO DO ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. CF/88, PREÂMBULO E ART. 3º. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É possível a superação do disposto no enunciado n. 691 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual não se admite a impetração de habeas corpus contra decisão que denega pedido liminar, em sede de writ impetrado na origem, sob pena de se configurar indevida supressão de instância, nas hipóteses excepcionais em que se verifique teratologia ou deficiência de fundamentação na decisão impugnada, a caracterizar evidente constrangimento ilegal ao paciente. Decisão superveniente do Colegiado. Writ prejudicado. 2. No particular, a prisão preventiva da paciente encontra-se devidamente justificada, nos termos do art. 312 do CPP, sobretudo diante da gravidade concreta do delito, evidenciada, a partir da significativa quantidade de drogas apreendida – 228 porções de cocaína, totalizando 205,87 g, e 1 (uma) porção de maconha, pesando 5,56 g. 3. O inciso V do art. 318 do Código de Processo Penal, incluído pela Lei n. 13.257/2016, entretanto, determina que Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: V – mulher com filho

de até 12 (doze) anos de idade incompletos. 4. Caso em que a paciente possui dois filhos menores de 12 anos de idade (um menino com 7 anos de idade e uma menina com 5 anos), o que preenche o requisito objetivo insculpido no art. 318, V, do Código de Processo Penal e permite a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. Filha cardiopata, que necessita de tratamento. Cirurgia já realizada. Alta hospitalar em abril/16, com recomendação técnica posterior. Diagnóstico: cardiopatia e hipertensão pulmonar grave, em tratamento para insuficiência congestiva – Hospital da Clínicas/USP. Imprescindibilidade dos cuidados maternos. 5. 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. 6. 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). Multicitado princípio é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre, portanto, desse resgate constitucional. 7. Habeas corpus julgado prejudicado. Ordem concedida de ofício para substituir a prisão preventiva da paciente pela prisão domiciliar. (STJ – HC: 357541 SP 2016/0138200-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/12/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2017)

HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. APROVAÇÃO NO ENEM. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. Esta Corte possui orientação no sentido de que “a norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia in bonam partem, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal” (REsp n.

744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006). 3.

No caso, a aprovação da paciente no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio) configura aproveitamento dos estudos realizados durante a execução da pena, conforme o art. 126 da LEP e Recomendação no 44/2013 do CNJ.

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 10). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 30). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis.

7. Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício, para reconhecer o direito da paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM (Exame Nacional do Ensino Médio).

(HC 382.780/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017).

Considerando a fundamentação jurídica contida nos julgados, associada ao momento contemporâneo experimentado por toda humanidade, é possível atestar que Reynaldo Fonseca foi tão iluminado quanto iluminou ao trazer, para o campo da aplicação jurídica efetiva, um princípio-valor adormecido desde a época da Revolução Francesa, empregando contornos de relevância ao tema. Como dito pelo Ministro Edson Fachin, ao prefaciá-lo o livro do homenageado, a fraternidade deixa de ser – em seus julgados – mero ponto de vista e transmuda-se em vetor hermenêutico de julgamento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento jurídico da fraternidade comporta tomá-lo como direito fundamental, quando o âmbito de incidência da norma abrange posições fáticas que são protegidas por outros direitos que possuem positivação e estrutura consolidadas.

Conforme a teoria axiomática dos direitos fundamentais a fraternidade, por si só, não possui estrutura de direito fundamental sob o plano teórico, mas pode se configurar enquanto tal a partir do reconhecimento de outras zonas de incidência.

A partir da visão dogmática de uma teoria constitucionalmente adequada e teoricamente construída, o papel da fraternidade na ordem jurídica é exercer a função de princípio constitucional que se amolda à posição de vetor interpretativo, além de se apresentar positivamente como princípio que se submete à ponderação.

O princípio da fraternidade está positivado no preâmbulo da Constituição de 1988, e tem a força normativa de clara determinação no sentido de tratar o outro fraternalmente quer no âmbito da administração.

A função do Judiciário é dirimir conflitos. A resolução de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas deve ser guiada, também, pelo vetor interpretativo do princípio da fraternidade.

Cabe ao Executivo e ao Legislativo, no contexto de suas atuações, aplicarem o princípio da fraternidade através de atos e decisões que ponderem as razões do princípio e contribuam para a construção de uma sociedade mais justa e solidária seguindo os ditames constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

ATIENZA, Manuel, MANERO, Juan Luiz. *Las piezas del derecho – teoria de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel Derecho, 4ª Ed. 2007.

BELLO FILHO, Ney de Barros, *Teoria dos Direitos Fundamentais: apontamentos para um discurso dogmático*, in Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. Vol. VIII, Org. Clémerson Merlin Clève. São Paulo: Revista dos Tribunais.

BELLO FILHO, Ney de Barros. *Interlúdio – pós modernidade, direito e sociedade*. São Luís: Academia Maranhense de Letras, 2012, p.17.

- CAMAZANO, Joaquim Brage. *Los límites a los derechos fundamentales*. Madrid; Dykinson, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Ed, 2001
- CAPITANT, Davi. *Les effets juridiques dès droit fondamentaux en Allemagne*. Paris: L.G.D.J, 2001.
- COLOMER, Antônio. *Constitucion, Estado y Democracia en el Umbral Del Siglo XXI*. Valencia: Nomos, 1995.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razon – teoria del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta, 2ª. Ed. 1997.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*, Valladolid: ed. Trotta, 2001
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías – La ley Del más débil*. Valladolid: Editorial Trotta, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iures – teoria del derecho y de La democracia*. Valladolid: Editorial Trotta, 2011. Vol. I.
- FONSECA, Reynaldo Soares. *O princípio constitucional da fraternidade*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- HÄBERLE, Peter. *Pluralismo y Constitución*. Madrid: Tecnos. 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª Ed. 2000.
- NAGEL, THOMAS. *La posibilidad del altruismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora. 2003
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais – trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006
- NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora. 2004
- VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina. 2ª Edição, 2001.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado . 2001

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA NO ÂMBITO CIVIL

RICARDO TADEU BUGARIN DUAILIBE³⁶⁹

BRUNO CARVALHO PIRES LEAL³⁷⁰

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade examinar a influência do princípio da fraternidade para o acesso à ordem jurídica justa. Para tanto, inicialmente será abordado o princípio da fraternidade enquanto categoria jurídica, examinando suas principais características e sua influência no texto da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, estuda-se como o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça veem se utilizando do princípio da fraternidade para embasar seus precedentes.

Ultrapassados esses aspectos, analisa-se a importância do princípio da fraternidade para o acesso à justiça, abordando as “ondas” afirmadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, concedendo especial ênfase a terceira e última delas, que discorre acerca do acesso à justiça efetivo, e a concepção de ordem jurídica justa, trazida pelo processualista Kazuo Watanabe.

Logo em diante, debruça-se sobre como o princípio da fraternidade influi enquanto instrumento de alcance da ordem jurídica justa, abordando seus consectários no Código de Processo Civil, a exemplo do dever de cooperação entre as partes, previsto no art. 6º do CPC, e o tratamento adequado dos conflitos.

Para a realização deste trabalho, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e da documentação indireta.

369. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *E-mail:* ricardoduailibe@gmail.com

370. Servidor do Tribunal de Justiça do Maranhão. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhangueira-Uniderp. *E-mail:* bruno.pires.leal@gmail.com

2. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Antes de adentrar no seu aspecto jurídico, cumpre apontar que o princípio da fraternidade é intimamente ligado aos preceitos do cristianismo, visto que os textos sagrados, em diversas passagens, apontam para a existência de um “amor fraternal”.

Nesse aspecto, após evidenciar a proximidade da fraternidade com o cristianismo, as professoras Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos e Marilene Araújo ponderam que este princípio, no âmbito cristão, era inicialmente ligado a laços de consanguinidade, sendo, em seguida, ampliado para a ideia de uma fraternidade universal. Logo em seguida, apresentam as seguintes facetas ao conceito de fraternidade: como princípio, como ideal e virtude pública:

A fraternidade apresenta três facetas: como princípio, como ideal e virtude pública: na dimensão comunitária ou cristão, fraternidades surgem dependendo do que se considere relevante para a comunidade de *frates y sorites*: a cidadania, a devoção a mesma causa, a comum humanidade, a raça, o gênero. Nas diferentes relações individuais, compartilham um bem; nas relações constitutivas de laços fraternidades, os indivíduos compartilham certos fins e valores; na dimensão afetiva, os indivíduos manifestam um conjunto de atitudes: lealdade, amor, confiança, preocupação pelo bem-estar do outro, amizade, empatia, sentimentos subjetivos de pertencimento; na dimensão prática, as relações fraternais têm uma dimensão prática enquanto disposições para agir desinteressadamente tanto em benefício dos outros como em vista de um fim ou do valor compartilhado. Nesse sentido, é uma relação de ajuda mútua e cooperação voluntária, que pode se expressar em uma série de responsabilidades, obrigações e expectativas. As relações fraternas no âmbito político, diferentemente das relações fraternas e familiares, são voluntárias (SANTOS; ARAÚJO, 2020, p. 320-321).

A partir desses elementos, a doutrina, em especial o falecido Ministro Teori Zavascki, apontam que a ideia de fraternidade se encontra incluída como um direito de terceira geração, calcado nos valores da solidariedade, destacando, contudo, não só a necessidade de mudanças estruturais e legislativas para implementá-la, como também a reforma do ser humano, com a renovação do espírito pela via do coração (ZAVASCKI, 1998, p. 230-231).

Ainda sobre os direitos de terceira geração, o constitucionalista Paulo Bonavides pondera que estes direitos são dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, que não se destinam a proteger especificamente os

interesses de um indivíduo, grupo ou determinado Estado, mas sim o gênero humano (2000, p. 523).

Nessa mesma linha, o Ministro Carlos Ayres Britto destaca que o Constitucionalismo Fraternal pressupõe a incorporação da fraternidade nas Constituições liberais e sociais, visando a eliminação das diferenças, com a abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, e com a afirmação do valor do desenvolvimento, meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros (2003, p. 216-217).

Para o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o constitucionalismo hodierno recebe influxos da fraternidade como alternativa possível para concretizar e harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, sem descuidar da inclusão e do reconhecimento do outro, apontando a necessidade de que os poderes instituídos conformem a legislação constitucional, infraconstitucional e a liberdade do legislador ordinário a partir dos limitantes materiais e vetores promocionais extraídos do núcleo essencial do direito fundamental à fraternidade (FONSECA, 2019, p. 77-79).

Quanto ao caráter fundamental desse direito, o sobrecitado Ministro aponta que a fraternidade, na condição de categoria constitucional, possui aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, sendo um direito fundamental autônomo, cujo centro axiológico repousa na dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade, sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização da práxis jurídica (FONSECA, 2019, p. 95-96).

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens e do Cidadão expressa, logo em seu artigo primeiro, o dever de os homens agirem entre si com base no princípio da fraternidade (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948):

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Tecidas as considerações preliminares acerca do princípio da fraternidade, cumpre examinar como este preceito é abordado na Constituição Federal de 1988, explícita ou implicitamente.

2.1 A FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Promulgada em 05 de outubro de 1988, a Constituição Federal brasileira destaca, logo em seu preâmbulo, a busca por uma sociedade fraterna e pela solução pacífica das controvérsias:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988, Grifou-se)

Não obstante o preâmbulo esteja situado no âmbito da política, servindo de posição ideológica do constituinte e não sendo norma de reprodução obrigatória aos Estados, consoante entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 2076/AC, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, o próprio Excelso Pretório, em julgamento diverso, se utilizou dos preceitos contidos no preâmbulo para afirmar o princípio jurídico da solidariedade.

Na ocasião, ao apreciar a ADI nº. 2649/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, foi destacado que não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem estar, à igualdade, e à justiça, mas também a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de se afirme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Observa-se, portanto, que em que pese o preâmbulo situar-se no âmbito da política, este serve como uma verdadeira diretriz interpretativa das normas constitucionais.

Seguindo adiante no texto constitucional, verifica-se no seu art. 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil tem como um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Na ótica do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a dignidade da pessoa humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo o raciocínio

em conformidade com a fraternidade, representando condição de possibilidade e limites de significados a todo o projeto político pensado a partir da tríade liberdade-igualdade-fraternidade (FONSECA, 2019, p. 84).

Em seguida, observa-se que no art. 3º, inciso I, da Carta Republicana é estabelecido como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nas suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros, pelo princípio da solução pacífica das controvérsias, consoante expresso no seu art. 4º, inciso VII.

No capítulo referente à administração pública, é possível extrair outro consectário do princípio da fraternidade, na medida em que é estabelecido aos servidores públicos o caráter solidário do seu regime previdenciário.

A ordem social, por sua vez, tem por objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), sendo esta última também um dos fundamentos da ordem econômica, estabelecida no art. 170 da Carta Federativa.

No tocante à proteção, a Carta Federativa, em seu art. 225, além de garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o reconhecendo como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

No capítulo destinado à família, a influência do princípio da fraternidade se revela ainda mais robusta nas disposições constitucionais, na medida em que, no seu art. 227, é imposto como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Observa-se, ainda, em seu art. 228, o estabelecimento do dever dos pais em assistir, criar e educar os filhos menores, assim como o dever dos filhos maiores de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Em seu art. 230 e em consonância com a disposições contidas no preâmbulo em busca de uma sociedade mais fraterna, a Constituição preconiza que *“a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”*.

Por derradeiro, os direitos relativos aos índios, destacados no Capítulo VIII da Constituição, também possuem caráter fraternal, impondo-se à União a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas, bem como a proteção e o respeito aos seus bens.

Caracterizadas as disposições constitucionais animadas pelo princípio da fraternidade, cabe avaliar a influência dos seus preceitos nos julgamentos das Cortes Superiores, notadamente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

2.2 OS TRIBUNAIS SUPERIORES E A FRATERNIDADE

A partir de uma análise dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, pode-se extrair que a fraternidade, em diversos julgamentos, foi utilizada como baliza decisória relevante para embasar o posicionamento adotado, sempre voltado ao caráter humanitário e inclusivo, em busca da igualdade e justiça social.

Nesse aspecto, o Ministro Edson Fachin assevera que o direito fraterno não deve ser tratado como mero ponto de vista, nem mesmo como parâmetro de abordagem, mas sim como verdadeiro vetor hermenêutico de julgamento (FACHIN, 2017, p. 16).

A título exemplificativo, pode-se citar a Ação Popular nº. 3388/PR, que detinha como objetivo a demarcação da reserva Raposa do Sol. Na ocasião, o Ministro Carlos Ayres Britto, relator do caso, destacou que os arts. 231 e 232 da Constituição Federal, que tratam dos direitos dos índios, possuem finalidade nitidamente fraternal ou solidária, voltada para efetivação da igualdade civil-moral de minorias e a integração comunitária.

Ainda de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, pode-se mencionar a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº. 132/RJ, que discutia a aplicação do regime jurídico da união estável às relações homoafetivas. Neste julgamento, foi pontuado que a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais não resiste ao teste da isonomia, destacando a proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009).

Também influenciados pelo princípio da fraternidade e pela busca da igualdade social, cumpre mencionar a arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF nº. 186/DF, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, que declarou a constitucionalidade do regime de cotas para ingresso em

instituição pública de ensino superior, assim como a ADI nº. 2649/DF, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia, que também reconheceu como constitucional a lei que concedeu passe livre às pessoas portadoras de deficiência (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012 e 2009).

Deve-se ressaltar, ainda, a ADI nº. 3510/DF que estabeleceu a legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos, reconhecendo, inclusive, o caráter fraternal do art. 199 da Constituição Federal, que dispõe acerca remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008).

Mais recentemente, a Ministra Rosa Weber, relatora da ADI nº. 4388/GO, reconheceu a inconstitucionalidade formal e material de dispositivos de lei daquele Estado que disciplinava acerca da proteção e da integração social das pessoas com deficiência, tendo em vista afrontar a competência da União acerca da matéria (art. 24, XIV, da CF) e por romper com a sistemática de inclusão buscada pela Constituição da República, lastreada na busca pela sociedade fraterna, ao estabelecer novos limites para caracterização de deficiência para fins de reserva de percentual de cargos e empregos a pessoas portadoras de deficiência.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, são vários os precedentes do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca concedendo, em sede de *habeas corpus*, prisão domiciliar a mãe de filhos menores de 12 (doze) anos de idade e à mulher grávida. Nos referidos julgamentos, além de se pautar em julgados do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria e nas disposições dos arts. 318-A e 318-B do Código de Processo Penal, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca realiza as seguintes ponderações acerca do princípio da fraternidade, ressaltando o seu resgate constitucional:

- a) 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;

b) O princípio 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);

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Habeas Corpus* nº. 590659, 2020).

Deve-se citar, ainda, o julgado do Superior Tribunal de Justiça, também de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que concedeu, de ofício, a ordem no *habeas corpus* nº. 382780/PR, reconhecendo o direito do paciente à remição da pena pela aprovação no ENEM, calcado nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da fraternidade (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017).

Também calcado nesses mesmos preceitos, pode-se mencionar o *habeas corpus* 390721/RS, na qual a Corte da Cidadania, também em voto de lavra do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, concedeu, de ofício, a ordem, para conceder 41 (quarenta e um) dias de remição pedidos pela paciente, em virtude da conclusão do ensino médio (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Nesse mesmo sentido, destaca-se o *habeas corpus* nº. 375005/RS, que, lastreado no princípio da fraternidade, interpretou o art. 114, I, da Lei de Execuções Penais de modo a permitir ao paciente o exercício de trabalho externo como autônomo, cabendo ao Juízo da Vara de Execuções Penais estabelecer as condições o modo de fiscalização (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

Observa-se, portanto, que o princípio da fraternidade vem sendo rotineiramente utilizado pelas Cortes Superiores para fundamentar suas decisões. Cabe, em seguida, averiguar o modo como o princípio da fraternidade pode influir para o acesso à ordem jurídica justa no âmbito civil.

3. A IMPORTÂNCIA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Preconizado como direito fundamental no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o acesso à justiça é objeto de inesgotáveis discussões tanto na doutrina como na jurisprudência.

A mais célebre de todas as obras conhecidas sobre o tema teve seu início na cidade de Florença, na Itália, em 1970, capitaneada por Mauro Cappelletti

e Bryan Garth, na qual estes, além de definir acesso à justiça como o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado, o classificaram em “ondas”, como forma de destacar a maneira como este direito fundamental foi tratado ao longo do tempo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 8).

A primeira delas é voltada aos obstáculos de cunho formal, notadamente as custas processuais e a capacidade das partes, enquanto a segunda objetivava discutir a questão dos direitos difusos, os direitos da coletividade (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 35-52).

A derradeira onda, e mais relevante para o presente ensaio, debate a respeito do acesso à justiça efetivo. Nesse particular, os citados doutrinadores defendem a necessidade de uma mudança no direito substantivo, de modo a evitar litígios ou facilitar sua solução, assim como a utilização de mecanismos privados ou informais para o seu desfecho (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68-72).

Com base nessas premissas e examinando o disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Republicana, o professor Kazuo Watanabe pondera não só para que seja assegurado o acesso formal aos órgãos judiciários, mas também um acesso qualificado, o que ele denominou de acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial ao Poder Judiciário, cabendo-lhe não só organizar os serviços processuais, como também os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação (2011, p. 77).

Nessa mesma linha, processualista Luiz Rodrigues Wambier aponta que o acesso à justiça consiste no direito a uma ordem jurídica justa, perfeitamente concretizável pela via desjudicializada, sempre que não houver impedimento previsto no ordenamento jurídico (2019, p. 36).

É nesse cenário que o cabe avaliar a incidência do princípio da fraternidade como instrumento para o alcance da ordem jurídica justa.

3.1 A COOPERAÇÃO PROCESSUAL NA RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS

O novo Código de Processo Civil introduzido pela Lei nº. 13.105/2016 marcou uma nova dinâmica no direito processual brasileiro, superando a anterior visão adversarial e inquisitorial, incorporando a ideia do processo cooperativo.

Nesse novo modelo, todos os sujeitos processuais são responsáveis pelo resultado do processo, no intuito de se obter, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva, a teor do disposto no art. 6º do Código de Processo Civil.

Nas palavras de Eduardo Cambi, Adriana Haas e Nicole Schmitz, a atuação cooperativa permite a melhor interação entre os envolvidos no conflito, a ponto de a solução ser harmônica, pacífica e que melhor atenda aos interesses dos litigantes (2017, p. 351).

Ainda nessa mesma temática, o professor José Carlos Barbosa Moreira pondera que o desequilíbrio de forças entre os litigantes é um dos grandes desafios do processo socialmente orientado (2002, p. 183).

A ideia de cooperação, no entanto, não traz consigo a compreensão de que os litigantes sejam tratados de maneira formalmente igualitária, como sugere o art. 7º do Código de Processo Civil. Ao inverso, o referido Diploma consagra hipóteses em que o julgador deve estabelecer conformações procedimentais de modo a adequar a demanda não só ao direito material discutido, como também a capacidade das partes.

A título de exemplo, pode-se citar a distribuição dinâmica do ônus da prova, que permite ao julgador, de maneira fundamentada, atribuir o ônus da prova de modo diverso da concepção tradicional prevista no art. 373, no casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade da obtenção da prova do fato contrário.

Como forma de efetivar o dever de cooperação entre as partes e desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição, o Código de Processo Civil, em seu art. 190, admite que as partes plenamente capazes estipulem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo, cabendo ao Juiz, de ofício a requerimento, controlar a validade dessas convenções, recusando sua aplicabilidade somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Permite, ainda, que as partes, de comum acordo, fixem calendário para a prática dos atos processuais, cujos prazos neles previstos, além de ser vinculativo tanto para os litigantes como para o Juiz, somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados, dispensando a intimação para

a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido ali designadas.

Como consectário do dever de cooperação, deve-se igualmente destacar a possibilidade de que as partes, quando do saneamento do processo, apresentem ao juiz, para homologação, a delimitação consensual das questões de fato e de direito que, se homologada, possui efeito vinculante, a teor do disposto no art. 357, §2º, do CPC.

Quando a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, o Código de Processo Civil preconiza, no §3º do art. 357, que o juiz deverá designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

Essa possibilidade de saneamento por escrito entre as partes ou até mesmo a designação de audiência para tanto é tida por Márcio Flavio Mafra Leal como o ápice do princípio da cooperação, por aproximar os protagonistas processuais para depurarem o processo, estabilizando-o como um roteiro predefinido a ser seguido em matéria probatória e das teses jurídicas a serem discutidas (2020, p. 312).

Para concretizar o direito de cooperação, o art. 5º da Lei Adjetiva Civil impõe que todo aquele que participe do processo comporte-se de acordo com a boa-fé, estando o modelo cooperativo diretamente relacionado ao dever de lealdade, consoante ponderado pela professora Rosa Maria de Andrade Nery (2015, p. 263-264).

Em tempo, a ideia de cooperação não é adstrita as regras de instrução processual. Nesse aspecto, Fredie Didier Jr e Antônio do Passo Cabral defendem a aplicabilidade dos negócios processuais também na execução, de modo a adaptar as medidas executivas às necessidades do litigante (2018, p. 1.224-1.226).

Como se observa, a nova dialética processual permite que as partes adotem postura proativa para resolução do litígio judicial, dissipando a concepção outrora vigente do sistema adversarial.

Verifica-se, nesse particular, a influência do princípio da fraternidade, coibindo a prevalência de desigualdade e privilegiando a construção de um processo mais paritário, inclusivo e fraternal.

Em que pese o processo em si, pela sua mera existência, já denote a presença de antagonismo de interesse entre as partes, a fraternidade processual exige não só o respeito às diferenças, mas também a adoção de posturas calcadas

na lealdade e na boa-fé, cooperando para que se alcance o acesso à ordem jurídica justa.

Segundo o filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, a “inclusão do outro” quer dizer manter as fronteiras da comunidade abertas para todos, especialmente para aqueles que são estranhos uns aos outros e que querem permanecer estranhos (2018, p. 28).

Não obstante permaneçam estranhos uns aos outros, nada impede que atuem conjuntamente para que se obtenha, em tempo razoável, a decisão de mérito justa e efetiva, privilegiando a construção de uma sociedade mais justa, fraterna e igualitária.

3.2 O TRATAMENTO ADEQUADO DOS CONFLITOS E A FRATERNIDADE

Inspirados na *Alternative Dispute Resolutions* – ADR de origem norte americana, os métodos alternativos de resolução de conflitos ganharam uma nova dinâmica no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição da Resolução nº. 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça, que estabeleceu como política judiciária nacional o direito à solução dos conflitos por meio adequados, institucionalizando o sistema multiportas (*Multi-door Courthouse*) e impondo aos órgãos judiciários oferecer mecanismos consensuais para tratamento das controvérsias, tais como a conciliação e a mediação.

Além disso, determinou aos Tribunais a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NÚCLEOS – e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – Centros ou CEJUSCS, os quais detêm, em linhas gerais, a função de fomentar a prática da transação, ainda que na fase pré-processual (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2010).

Esse novo modelo é, nas palavras de João Luiz Lessa Neto, essencialmente democrático e participativo, com o empoderamento do cidadão como ator principal da solução de seu conflito (2015, p. 2016).

Com a edição do novo Código de Processo Civil, a conciliação e mediação ganharam nova roupagem, sendo imposto ao Estado, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos e que os juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular a adoção da conciliação, mediação e outros métodos de solução consensual, inclusive no curso do processo judicial, consoante expressa dicção do seu art. 3º, §§ 2º e 3º.

A Lei Adjetiva Civil estipula, em seção específica, os procedimentos para conciliação e mediação pelos centros judiciários de solução de conflitos,

disciplinando que o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver prévio vínculo entre as partes, enquanto o mediador exercerá suas funções quando houver vínculo anterior entre os litigantes, devendo auxiliá-los a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que, por si próprios, possam identificar soluções consensuais que geram benefícios mútuos, consoante preconizado no art. 165, §1º e 3º, do CPC (BRASIL, Lei n.º 13.105, 2015).

Dispõe, ainda, em seu art. 174, acerca da criação de câmaras de mediação e conciliação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Ademais, cabe ao juiz, de acordo com o art. 139, V, da Lei Adjetiva Civil, promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Por derradeiro, é prevista no art. 334 do Código de Processo Civil a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, se a inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido. Nessa hipótese, nos termos do §8º do referido dispositivo, o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à referida audiência é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertida em favor da União ou do Estado.

Nas palavras do processo Kazuo Watanabe, é preciso superar a chamada “cultura da sentença”, predominantemente utilizada pelo Poder Judiciário, pela cultura da pacificação. No entanto, pondera que os meios consensuais não devem ser utilizados para o fim de solucionar a crise da morosidade da justiça, mas sim para promover uma adequada solução das contendas, propiciando o acesso mais amplo à justiça (2011, p. 77-88).

Nesse aspecto, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca destaca que o exercício da jurisdição, como atividade substitutiva do Estado, resolve a disputa, mas não elimina o conflito subjetivo entre as partes, incrementando, na maioria das vezes, a disputa interpessoal, visto que permanecem os litígios, as mágoas e ressentimentos (2019, p. 126).

Como bem destacado por Marcus Vinicius Kiyoshi Onodera, a tentativa de acordo é a medida mais econômica, que surtirá efeitos imediatamente, a partir da sua homologação, e é mais vantajosa, considerando que ambas as partes ganham, ainda que parcialmente (2017, p. 121).

A Universidade de São Paulo, em pesquisa realizada no intuito de avaliar a mediação e conciliação no Brasil, destacou que os processos resolvidos consensualmente duram, em geral, a metade do tempo daqueles não conciliados (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2019, p. 176).

Não obstante todo o incentivo legislativo, dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça apontam que, em 2018 apenas 11,5% das sentenças proferidas foram homologatórias de acordo, número menor daquele alcançado em anos anteriores. No entanto, o mesmo estudo destaca o contínuo crescimento do Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs – na Justiça Estadual, chegando ao total de 1.088 no ano de 2018 (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2019).

Nesse contexto, ainda que as inovações legislativas apresentem grande avanço na temática, a processualista Fernanda Tartuce (2019, p. 98) aponta alguns obstáculos para a ampla adoção do modelo consensual, tais como: a formação acadêmica dos operadores do direito, que não contempla tal sistemática; a falta de informações sobre a disponibilidade de meios consensuais; e o receio da perda de poder e autoridade das instituições tradicionais de distribuição de justiça.

É nesse sentir que o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca defende uma mudança de paradigma, de modo que a cultura da conciliação se torne a primeira e melhor técnica para solução das controvérsias, concretizando, assim, o princípio da fraternidade (2019, p. 126).

Paralelamente à conciliação e mediação prevista no Código de Processo Civil, deve-se mencionar a Lei nº. 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição no âmbito da administração pública, estabelecendo uma série de regras e princípios norteadores, tais como a confidencialidade, oralidade, isonomia, boa-fé, dentre outros. Permite, ainda, a mediação ainda que envolva direitos indisponíveis, desde que sejam transigíveis, a teor do disposto no seu art. 3º, §2º. (BRASIL, Lei nº. 13.140, 2015).

Ao lado desses instrumentos, pode-se incluir também a arbitragem, instituída por meio da Lei nº. 9.703/1996 para resolução de litígios relativos à

direitos patrimoniais disponíveis. Enquanto método heterocompositivo de resolução de conflitos, a arbitragem permite que as partes escolham as regras de direito que serão aplicadas, desde que não contrariem à ordem pública e os bons costumes, bem como escolham os árbitros de sua confiança, que serão responsáveis por resolver a disputa, consoante o disposto no arts. 2º, §1º, e 13, ambos da Lei nº. 9.703/1996 (BRASIL, Lei n.º 9.703, 1996).

Observa-se que em todos esses mecanismos a participação dos litigantes, imbuídos do mais sincero espírito fraterno, é fundamental para que se alcance a resolução do litígio e a ordem jurídica justa.

A pacificação da vida em sociedade é destacada por Nobert Rouland, quando afirma a necessidade convivência harmoniosa entre os homens, buscando-se o consenso e evitando-se, tanto quanto possível, a ideia de punição, pontuando que o mundo encontra sua coerência na conjunção dos contrários: não se pode pensar a matéria sem o espírito, o racional sem o sensível, a ordem sem a desordem, o bem sem o mal, o *yin* sem o *yang* (2008, p. 80).

A conjunção dos contrários, com a superação da solução adjudicada dos conflitos por meio da conciliação ou mediação, consagra não só o princípio constitucional da fraternidade, como também favorece a construção da justiça social preconizada no preâmbulo da Constituição.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos elementos estudados, observa-se que o princípio da fraternidade influenciou, sobremaneira, a elaboração de diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 e vem readquirindo importância no cenário jurídico nacional, servindo de base não só para relevantes decisões das Cortes Superiores, como também inspirando inovações legislativas.

No âmbito dos conflitos civis, o princípio da fraternidade ganha especial destaque quando se verifica o dever de cooperação entre as partes, insculpido no art. 6º do Código de Processo Civil, e a possibilidade de que os litigantes estabeleçam os pontos controvertidos do caso e formulem, de maneira consensual, modificações no procedimento de modo a se alcançar, em tempo razoável, a decisão de mérito.

Verifica-se, ainda, a necessidade de superação da “cultura da sentença”, a partir da adoção de medidas conciliatórias e da mediação, com o fim da

solução adjudicada dos conflitos e possibilidade maior da efetiva eliminação das controvérsias.

A adoção de atitudes mais fraternas, calcadas na lealdade e na boa-fé, tendem a ser fator preponderante para mais facilmente dirimir conflitos e eliminar os antagonismos inconciliáveis.

Dessa forma, conclui-se que o princípio da fraternidade possui especial relevo para o alcance da ordem jurídica justa, consagrando não só o objetivo fundamental estampado no art. 3º, inciso I, da Carta Republicana, na luta pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, como também propiciando a desobstrução do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. Malheiros: São Paulo, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 jul. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 2009. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm. Acesso em: 10 de jul. 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 11 de jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 590659/RS**. Impetrantes: Croaci Alves da Silva e Outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 29 de junho de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=111739531&num_registro=202001483710&data=20200629&tipo=0. Acesso em 15 de julho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 382780/PR**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Paraná. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 04 de abril de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603293208&dt_publicacao=07/04/2017. Acesso em 15 de julho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 390721/RS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 08 de agosto de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74730012&num_registro=201700464950&data=20170822&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 15 de julho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 375005/RS**. Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 01 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602725854&dt_publicacao=14/12/2016. Acesso em 15 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 2076/DF**. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 08 de agosto de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n.º 2649/DF**. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 17 de outubro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=55517>. Acesso em: 15 de jul. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n.º 3388/RR**. Autor: Augusto Affonso Botelho Neto. Réu: União. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 19 de março de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2288693>. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132/RJ**. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2598238>. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186/DF**. Autor: Democratas – DEM. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 26 de abril de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691269>. Acesso em 20 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF**. Autora: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 29 de maio de 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2299631>. Acesso em 20 de julho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Direta de Inconstitucionalidade n.º 4388/GO**. Autora: Procuradoria-Geral da República. Requerido: Assembleia Legislativa de Goiás. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, DF, 12 de março de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752208097>. Acesso em 20 de julho de 2020.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o novo CPC. *In: Revista dos Tribunais*. Vol. 984/2017, p. 345-384, Out, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, Organização das Nações Unidas, 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antônio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 2, p. 1219-1253, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. De fraternidade falando. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 6, n. 58, p. 11-18, mar/abr. 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Traduzido por Denílson Luís Werle. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

LEAL, Márcio Flavio Mafra. Processo como diálogo: uma breve comparação entre os modelos brasileiro e alemão. *In: Revista de Processo*. vol. 304/2020. p. 309-316, Junho, 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Por um processo socialmente efetivo. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 105, p. 181-190, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos bilaterais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. *In: Revista de Direito Privado*. Vol. 64/2015. p. 261-274. Out-Dez, 2015.

NETO, João Luiz Lessa. O Novo cpc adotou o modelo multiportas!!! E agora? **Revista de Processo**, São Paulo, ano 40, v. 244, p. 427-441, jun. 2015.

ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi. **Gerenciamento do processo e acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

ROULAND. Nobert. **Nos confins do direito: a antropologia jurídica da modernidade**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos; ARAÚJO, Marilene. As raízes do princípio jurídico da fraternidade e a crise epidêmica do terceiro milênio. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional*. p. 313-336. Maio-Junho, 2020.

TARTUCE, Fernanda. _____. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. **Justiça Pesquisa**: mediação e conciliação avaliadas empiricamente. Jurimetria para proposição de ações eficientes. São Paulo, SP, 19 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/7/art20190717-05.pdf> . Acesso em 19 de julho de 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência Artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. *In: Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 108, v. 1000, p. 301-307, fev. 2019.

WATANABE, Kazuo . **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro , v. 86, p. 76-88, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos fundamentais de terceira geração. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 15, 1998.

O DIREITO PENAL, A FRATERNIDADE E A SOLIDARIEDADE

FERNANDO TOURINHO NETO³⁷¹

HOMENAGEM AO MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA

1. INTRODUÇÃO

Conheci Reynaldo no Tribunal Regional Federal, vindo do Maranhão, bem jovem ainda, trazido pelo grande Alberto José Tavares Vieira da Silva, nosso primeiro presidente, para assessorá-lo. Rapaz caprichoso. Iniciou a vida de trabalho como servidor do Tribunal de Justiça do Maranhão. Foi Procurador do Estado do Maranhão e do Distrito Federal e Juiz de Direito também na Capital da República. Em 1992, aprovado para o cargo de Juiz Federal, alcançando, em 2009, por merecimento uma vaga na Corte Federal. Em 2015, foi nomeado para o cargo de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Na vida acadêmica, fez curso de especialização em direito constitucional, em direito penal e processual na UnB, mestrado em direito público na PUC-SP e doutorado em direito constitucional na FADISP-SP. Rapaz estudioso. Palestrante de mão cheia. Luta por um direito fraterno, já tendo publicado, em defesa deste direito a obra *O princípio constitucional da fraternidade*. Competente no que se dedica, educadíssimo, simples. Admirado por todos. Nunca ouvi ninguém falar mal de Reynaldo. Inteligente, tão inteligente que soube bem escolher uma companheira, sua incentivadora, Luziana; e soube educar, bem educar, junto com ela, seus três filhos, Leonardo, Rafael e Gabriel, que os chamo de os Três Mosqueteiros. Hosana a Reynaldo e à sua família!!! “Como é bom elogiar quando nasce o elogio/De um entusiasmo assim, de uma emoção sincera. Corre, sobre o papel, a tinta como um rio/A correr na caudal que o declive acelera!”³⁷²

371. Advogado. Juiz do TRF-1 aposentado. Ex-Conselheiro do CNJ. Ex-Juiz do TRE/BA e do TRE/DF. E-mail: f.tourinhoneto@globo.com.

372. MENEZES, Emílio. *Poemas de Emílio Menezes*. Projeto Livro, Livro 25. Poeteiro Editor. Digital.

AGRADECIMENTO

Agradeço ao Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão pelo convite prazeroso que me fez para dar uma pequena colaboração neste livro em homenagem ao grande homem REYNALDO SOARES FONSECA.

1. INTRODUÇÃO

Partimos do lema da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade para chegarmos aos Direitos fundamentais e humanos, em busca de uma sociedade mais justa, mais irmã, mais fraterna, plural, sem preconceitos.

2. OBJETIVO

O objetivo do presente artigo é mostrar que não se deve ter o acusado como inimigo; que o juiz não deve ser um vingador implacável da sociedade; que deve agir para reeducá-lo, protegê-lo; que a prisão provisória deve ser decretada com muita cautela, obedecendo fielmente o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, tendo o máximo de cautela com o requisito *para garantir a ordem pública*. Estatística do ano de 2019, CNJ, mostra que cerca de 41,5 % dos presos no Brasil são provisórios. A situação é *vexaminosa*, como rotulou o Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal. Isso é resultado do afã do juiz, pressionado pela sociedade, de decretar o enclausuramento do acusado. Essas decisões “se tornam um atentado à liberdade”.

3. MÉTODO

O método empregado foi o indutivo, ou seja, partindo de uma observação minuciosa dos fatos para chegar a uma conclusão.

4. DISCUSSÃO

A filosofia dos direitos fundamentais do homem surgiu na metade do século XIV, na Itália. Foi um movimento denominado humanismo, que tinha o homem como centro do universo. É dado valor ao homem.

As Declarações Universais dos Direitos do Homem chegaram primeiro do que as Constituições.

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão — marco de uma nova era — foi aprovada pela Assembleia Nacional em 26 de agosto de 1789, antes da Constituição, de 1791, que incorporou a Declaração. Uma Declaração de cunho individualista, nos interesses da burguesia, diga-se de passagem. Tal Declaração se limitou a declarar direitos sem preocupar-se com os instrumentos que os garantissem. Era uma Declaração de princípios.

Disso um novo princípio surgiu: *Liberté, Egalité, Fraternité* (g.n.).

A Constituição americana de 1787 não foi precedida de nenhuma Declaração dos Direitos do Homem, mas não se pode esquecer do *Bill of Rights* de 1689, e a *Virginia Bill of Rights* de 12 de junho de 1776.

“Todos os homens seriam necessariamente iguais, se não tivessem precisões. A miséria que avassala a nossa espécie subordina o homem ao homem. O verdadeiro mal não é a desigualdade: é a dependência. Pouco importa chamar-se tal homem de Sua Alteza, tal outro de Santidade. Duro, porém, é servir um ao outro”, diz François-Marie Arouet, conhecido pelo pseudônimo de Voltaire.³⁷³

São direitos fundamentais os inerentes à proteção do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

A ONU — Organização das Nações Unidas — proclamou alto e bom som: “garantias jurídicas universais que protegem indivíduos e grupos contra ações ou omissões dos governos que atentem contra a dignidade humana”. São exemplos de direitos humanos o **direito à vida**, direito à **integridade física**, direito à **dignidade**, dentre outros.

A Declaração da ONU, de 10.12.1948, é universal, pois dirigida para todos os homens de qualquer Estado — Declaração Universal dos Direitos do Homem — surgiu com o fim da Segunda Guerra Mundial. Aprovada, em Assembleia Geral das Nações Unidas, por quarenta e oito Estados. Tinha o propósito de combater as atrocidades cometidas contra a dignidade do homem. Segundo BOBBIO³⁷⁴, foi uma Declaração “pregoeira não como normas jurídicas, mas como ideal a ser alcançado por todos os povos e todas as nações”. No seu primeiro considerando está dito:

“Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da **família humana** é o fundamento da liberdade, justiça e **paz no mundo.**” (grifo nosso)

373. AROUET, François-Marie. Voltaire. Dicionário Filosófico. Trad. Pietro Nasssetti. SP: Martins Claret 2002, p. 295

374. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992, p. 31.

Reza o art. 1º:

“Todos os **seres humanos** nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de **fraternidade.**” (grifo nosso)

Os direitos fundamentais são inalienáveis, indisponíveis (“São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial”, afirma JOSÉ AFONSO DA SILVA³⁷⁵), irrenunciáveis, podendo, no entanto, não ser exercidos. São imprescritíveis, invioláveis e universais, reconhecidos pela Constituição, por serem inerentes à dignidade do homem.

No art. 5º, *caput*, da nossa Constituição, encontramos que são direitos fundamentais: o direito à vida, a vida com dignidade; direito à liberdade, liberdade de opinião, de informação; direito à igualdade, vedação à discriminação, salvo para assegurar a igualdade entre desiguais; direito à segurança, e direito à propriedade, desde que atenda à sua função social.

Há outros direitos fundamentais que não estão expressamente ditos no art. 5º, *caput*, mas são “decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, §2º³⁷⁶).

Tais direitos fundamentais são reconhecidos como direito positivo e são normatizados na Constituição, se posicionando no vértice da pirâmide de KELSEN³⁷⁷, “a norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade”.

Não há, na verdade, Direitos Fundamentais absolutos. Não tem um direito que se sobreponha a outro, talvez o direito à vida. Sem a vida, não pode haver nenhum outro direito, não pode haver nada.

Diz NOBERTO BOBBIO³⁷⁸ que KANT (Immanuel) reduziu os direitos fundamentais, direitos irresistíveis, que ele chamava de inatos, a um só: o direito à liberdade.

As garantias fundamentais são instrumentos que asseguram os direitos fundamentais. Temos como exemplo o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

375. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. SP: Malheiros, 2008, p. 58.

376. “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (g.n.).

377. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. SP: Martins Fontes. Brasília: UNB, 1990, p. 129.

378. BOBBIO, Norberto. *Op.cit.* p. 17.

Afirma BOBBIO que “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de *justificá-los*, mas o de *protegê-los*. Trata-se de um problema filosófico, mas político”.³⁷⁹

O direito fundamental absoluto é o que cabe a todos os homens. É dado a todos os homens (sem distinção). Se, para dar a uns, retiro de outros, esse direito não é absoluto. BOBBIO³⁸⁰ cita os seguintes exemplos: “O direito a não ser escravizado implica eliminação do direito de possuir escravos, assim como o direito de não ser torturado implica a eliminação do direito de torturar.

4.1 PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Fraternidade palavra originária do latim *fraternitas*, de *fraternus*, parentesco entre irmãos.

Os distritos de Paris, França, tinham bandeiras cujos lemas não incluíam a fraternidade. Só a do Distrito de Valde-Grâce: “Viver como irmãos, sob o império das leis.”³⁸¹ Só, em 1790, a Constituição dispôs que os deputados eleitos deverão jurar que “permanecerão unidos a todos os franceses pelos laços indissolúveis da *fraternidade*.”³⁸² (grifo nosso)

Na nossa Constituição, os ideais da Revolução Francesa se fazem presentes no seu preâmbulo³⁸³ e no seu art. 3º, I, “construir uma sociedade livre, justa e solidária, constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”.

Realmente, o Princípio da Fraternidade é posto de escanteio, apesar do esforço inaudito de muitos, como do nosso homenageado, Ministro REYNALDO FONSECA, e do Ministro CARLOS AYRES DE BRITO³⁸⁴, aposentado do STF.

Pela fraternidade, nós, terrenos, somos irmãos, membros de uma mesma família gigantesca, universal. Irmãos como está dito na Bíblia, descendentes de Adão e Eva,³⁸⁵ ou oriundos de um mesmo ancestral, como explica CHARLES

379. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 24.

380. BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 42.

381. BAGGIO, Antônio Maria. *O Princípio Esquecido*. Trad. Durval Cordas *et alii*. SP: Cidade Nova, 2008, V. I, p. 25.

382. BAGGIO, Antônio Maria. *Op. cit.*, V. I. p. 26.

383. “Nós os representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia e social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

384. BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *O humanismo como categoria constitucional*. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

385. *Bíblia Sagrada*. 65. ed SP: SP: Ave Maria, 1989, p. 50, v. 15: “Podes comer do fruto de todas as

DARWIN em sua obra “A origem das espécies” (Teoria da Evolução), publicada em 1859, em que concluiu que o homem não surgiu como criação divina.

“Esta idéia racional de uma comunidade pacífica perpétua de todos os povos da Terra (mesmo quando não sejam amigos) entre os quais podem ser estabelecidas relações, não é um princípio filantrópico (moral), mas um princípio de direito”, disse KANT³⁸⁶.

Na Fraternidade, há a prevalência do “NÓS” sobre o “EU”.

4.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

Os Princípios da Solidariedade e da Fraternidade não significam a mesma coisa. Ser solidário significa partilhar do sofrimento alheio, prestar auxílio, ajudar, confortar. O solidarismo tenta mitigar o egocentrismo do capitalismo, valorizando o homem.

Mas, eis que surgem os bárbaros, desumanos, com o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), que têm como guru maior o alemão GUNTHER JAKOBS³⁸⁷, professor de Filosofia do Direito e Direito Penal da Universidade de Bonn.

O infrator é tido como um elemento perigoso para a sociedade. É seu inimigo e precisa, portanto, ser tratado como tal, não podendo ter mais o *status* de cidadão (*Bürgerstrafrecht*). Não tem mais direito às garantias constitucionais. A Teoria de Jakobs se baseia em três pilares: antecipação da punição do infrator, a sanção deve estar voltada para o futuro; a desproporcionalidade das penas em relação ao delito; relativização ou eliminação de certas garantias processuais e criação de leis severíssimas para estes indivíduos. Para estes inimigos os tipos penais devem ser vagos como, também, vagas devem ser as sanções, a fim de o juiz ter mais liberdade em aplicar-lhe a lei. A defesa fica muitas vezes impossibilitada de atuar. É guerra.

Movimento da Lei e Ordem é outro terror. E se desenvolve, infelizmente, graças a uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana.

Apesar desses arroubos impulsivos e alucinados contra o acusado, há, sim, no campo criminal um movimento muito incipiente, acolhido mesmo, para a humanização da aplicação da pena, mediante a justiça restaurativa, que visa

árvores do jardim; mas não comas da do fruto da ciência do bem e do mal; porque no dia em dele comeres, morrerás indubitavelmente”. Desde as origens do homem e da mulher a punição foi dura, punição com morte. O princípio da fraternidade onde ficou? Começamos mal. (g.n.).

386. KANT, Emmanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. SP: Ícone, 1993, p. 201.

387. JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008.

viabilizar uma sociedade melhor, mais pacífica. O Conselho Nacional de Justiça CNJ, pela Resolução 225/2016, instituiu a Justiça Restaurativa indicando as formas em que os conflitos que geram dano devem ser solucionados.

Aos poucos, vai-se tomando consciência que o réu não é um inimigo e sim um irmão que caiu em erro.

O Ministro do STJ Reynaldo Fonseca tem se movimentado para fazer despontar a Justiça Restaurativa. Devagarinho esse movimento vai crescendo, a passos de tartaruga, mas vai. Na decisão que proferiu no HC 56252/SC, concedido de ofício, diga-se de passagem, atentando que houve flagrante ilegalidade, disse o ilustrado magistrado:

Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) 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; b) O princípio 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); c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.

Em 1764, CESARE BONESANA³⁸⁸, o Marquês de BECCARIA, publicou o arquiiformoso opúsculo *Dos delitos e das penas*, amaldiçoado por alguns que diziam ser ele um indivíduo perigoso, mas elogiado pela grande maioria, pela intelectualidade da época, como Feuerbach, Bentham, Mittermayer, Carmignani, proclamava:

“A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.”

388. BONESANA, Cesare. Marquês de Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Atena. São Paulo: 1954, p. 111.

4.3 O ENDURECIMENTO DAS LEIS PROCESSUAIS PENAIS.

O Movimento da Lei e da Ordem pretende, não só, o endurecimento das leis penais, mas, também, das leis processuais penais.

A lei processual penal, afirmou JOSÉ FREDERICO MARQUES³⁸⁹, “oferece aos indivíduos os instrumentos e remédios para a defesa de seus direitos, razão pela qual a Constituição, que é onde se definem os direitos básicos da pessoa humana, traça e prevê garantias e meios para eficazmente puni-los”.

Há de haver respeito a pessoa do acusado, à pessoa humana. Não podemos voltar à era do *talião* ou das *inquisições*.

“O *talião* individual – sintetizado no Êxodo, quando preceitua: *reddes animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente*³⁹⁰ – representa não já o direito de legítima defesa, mas a represália, a vingança, que foi a primeira manifestação da penalidade entre todos os povos”. Diz Filinto Justiniano Ferreira Bastos³⁹¹.

E veja que a pena de *talião* – “mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”³⁹² –, ou seja, punição em tudo e por tudo igual ao crime, já representa um avanço, pois, em face dessa lei já “não é mais lícito tirar-se a vida de alguém que apenas ferira seu inimigo”. Não nos esqueçamos de que VOLTAIRE, a respeito dessa lei, disse: “L’heureuse loi du talion. Est la loi plus equitable³⁹³”. E CRISTO proclamou: “Tendes ouvido o que foi dito: Olho por olho, dente por dente. Eu, porém, vos digo: Não resistais ao mau. Se alguém te ferir a face direita, oferece-lhe também a outra”³⁹⁴, ou seja, foge à vingança.

O respeito à dignidade da pessoa humana é direito fundamental e deve constituir dogma do Estado Democrático de Direito. Com base nesse princípio, foi construída a famosa teoria do *garantismo jurídico*, que, apesar de tudo, não rompeu com o sistema socioeconômico liberal, burguês e capitalista.

389. MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. *In Processo penal e Constituição Federal*. PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 14.

390. Devolves vida por vida, olho por olho, dente por dente.

391. BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. *Breves lições de direito penal*. Bahia: Litho Typographia Almeida, 1906, p. 13.

392. Êxodo, cap. 21, v. 23. Bíblia Sagrada. Trad. Centro Bíblico Católico. 65. ed. São Paulo: Editora Ave Maria Ltda, p. 101.

393. A feliz lei do *talião*. É a mais equitativa.

394. MATEUS, cap. 5, v. 38-39. Bíblia Sagrada. Trad. Centro Bíblico Católico. 65. ed. São Paulo: Editora Ave Maria Ltda., p. 1.289.

A Teoria Garantista, no dizer de ALEXANDRE MORAIS DA ROSA³⁹⁵, “representa, ao mesmo tempo, o resgate e a valorização da Constituição como documento constituinte da sociedade”.

Esclarecia ALFREDO BUZUID³⁹⁶ que os direitos individuais “aludem à pessoa, são inerentes ao homem e qualificam a sua natureza, enquanto coexistem socialmente dentro do Estado”.

Falta de respeito à dignidade do indiciado é a autoridade policial designar dia para ouvir o indiciado e deixar horas e horas para ouvi-lo e depois, não interrogá-lo e marcar nova data. Pressão psicológica. Ou, então, pressionar o indiciado para delatar pessoas que talvez estejam envolvidas com o fato.

Não deixa de ser um desrespeito ao cidadão a acusação querer absorver a função de polícia. A separação das duas funções não deixa de ser uma segurança para o cidadão. Aquele que investiga diretamente não pode acusar, pois pode direcionar a investigação para acusar, sem dar oportunidade à defesa.

É certo que a Constituição Federal, art. 129, I, estabelece que compete, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Mas pode essa instituição realizar diretamente investigações e diligências em procedimento administrativo investigatório, com o objetivo de apurar infrações penais?

O Ministro LUIZ GALLOTTI, do STF, de saudosa memória, foi preciso quando disse: “Acusador é parte, tribunal é juiz³⁹⁷”.

Não se pode admitir que o mesmo órgão que investigue, estando, portanto, envolvido diretamente na colheita de prova, denuncie. E investigue sem qualquer controle por parte do juiz. Unilateralmente, produz suas provas. Provas produzidas no próprio ambiente do órgão acusador, sem qualquer fiscalização. Observe-se que quando o inquérito é instaurado pela autoridade policial, há fiscalização por parte do Ministério Público e até mesmo pelo juiz. A admitir-se a investigação direta pelo Ministério Público teremos que a polícia civil passará a ser um mero departamento dessa instituição, cumprindo, tão somente, as ordens que lhe serão determinadas.

A divisão de atribuições – investigação e acusação – deve estar separada, por exigência do estado democrático de Direito. A união das atribuições constitui um atentado à dignidade do cidadão.

395. ROSA, Alexandre Morais da. *O que é o garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003, p. 34.

396. BUZUID, Alfredo, Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastos e confrontos), *in Estudos de direito processual in memoriam do Ministro Costa Manso*. São Paulo: RT, 1965, p. 127.

397. GALLOTTI, Luis. (RHC n. 48.728-SP, julgado em 26.05.1971, RTJ vol. 63/317).

4.4 O INVESTIGADOR NÃO PODE ACUSAR!

Em algumas Comarcas e Seções Judiciárias, delegado de polícia, juiz e representante do Ministério se reúnem para, em mesa redonda, tomarem determinadas decisões cautelares no inquérito policial, ou escolher testemunhas que devem depor. Isso é inimaginável.

Parodiando SHAKESPEARE³⁹⁸: “Algo está a apodrecer” no nosso Brasil.

A defesa é um dos pilares da democracia, do devido processo legal. É de ser respeitada por pior e **mais horrendo que seja o crime**. O acusado pode ser inocente! Há de se lhe dar oportunidade de defender-se.

MONTESQUIEU, na inquietude de sua inteligência, apregoou: “A pior tirania é a exercida à sombra da lei e com a aparência de justiça”³⁹⁹.

O crime organizado, o crime violento, os sequestros, a corrupção ativa e passiva dos agentes do Poder Público, seja do Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário, que perturbam o convívio social, devem ser tenazmente combatidos, reprimidos. Mas, não com penas absurdamente severas. Esse método nada adianta. Se fosse assim não veríamos crimes bárbaros sendo cometidos, e com uma certa frequência, nos países que adotam a prisão perpétua ou a pena de morte.

Como dizia BECCARIA⁴⁰⁰, no século XVIII, “não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança da impunidade”.

É a aplicação de certa forma rápida, pronta, eficaz, certa e infalível da punição, dando a sensação de que o crime não ficará impune, e não a crueza da pena, que fará com que o cidadão evite praticar o crime. O que se quer é a pena justa.

O Estado mostra-se incapaz para combater o crime, porque só se preocupa com as consequências, não atacando as causas. Procura caracterizar qualquer conduta como crime e a pena é quase sempre a privativa de liberdade, com penas exacerbadas.

398. SHAKESPEARE, William. *Hamlet, príncipe da Dinamarca*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, p. 45.

399. *Apud* PELLEGRINO, Laércio. *A defesa em ação*. RJ: Rio, 1978, p. 107.

400. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: Atena, 1954. p.111.

Só entende como sanção: a *cadeia*. Esquece o legislador que o direito penal é a *ultima ratio*, um ramo do direito *fragmentário* dos demais, e só deve ser chamado quando todos os outros ramos do direito fracassaram.

As cadeias são masmorras, onde impera a lei do mais forte, as regras determinadas pelos *comandos vermelhos* (organização criminosa). Superlotadas amesquinham o homem, o embrutece, o animaliza. Dali saem feras sedentas de sangue.

No Brasil, foi editada a Lei 10.792, de 1.º de dezembro de 2003, que previu, ao dar nova redação ao art. 52 da Lei 7.210, de 1984 (Lei de Execução Penal), o Regime Disciplinar Diferenciado – RDD, procurando dar cunho de legalidade às arbitrariedades que eram até então perpetradas, com as prisões para averiguações.

O Regime Disciplinar Diferenciado tem duração máxima de 360 dias, podendo *ser prorrogado*, caso o preso cometa falta grave.

De acordo com esse regime, o preso ficará recolhido em cela individual durante todo o dia, excetuadas duas horas para banho de sol, isolado dos demais presos; e mais duas horas semanais, nas quais serão admitidas visitas de, no máximo, duas pessoas sem contar crianças.

Dispõe o § 1º do art. 52 da Lei de Execução Penal: “*o regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.*” (destaquei).

Evidentemente que, ao referir-se a “*alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade*” – conceito vago, a lei atribui a tarefa de mensuração do cabimento ou não do RDD à apreciação o juiz, exigindo do magistrado a utilização de critério de experiência pessoal e conhecimento jurídico para aferir, no caso concreto, o que seja “alto risco”.

Antigamente, no período medieval, onde imperava o Direito Canônico, a prisão era castigo “com o isolamento em calabouço para salvaguarda moral dos presos e também com o fito de levar o condenado, com a inação obrigatória, a purificar a alma”⁴⁰¹. Hoje, é para proteger a *ordem* e a *segurança* do estabelecimento penal ou da sociedade. **A barbárie é a mesma. Mudou-se, apenas, a finalidade. Tortura-se com o silêncio, com a absoluta solidão. Fere-se mais a alma do que o corpo.**

401. BRÁS, Gabriel Le. *Derecho Canónico, El legado de la edad media*. Apud José Frederico Marques, in *Tratado de Direito Penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. III, 1966, p. 113

Assim como as torturas do Estado Totalitário são assistidas por médicos para evitar a morte do torturado, reanimando-o para que as sessões de tortura prosseguissem (assistência médica ao torturado), no RDD, o preso tem assistência de um psicólogo.

Estamos voltando aos tempos bárbaros. Conta FREDERICO MARQUES⁴⁰² que:

A utilização das prisões como instrumento de punição, nos tempos que antecederam ao movimento humanista do século XVIII, revestia-se das mesmas tonalidades rudes e bárbaras, iníquas e desumanas dos castigos então impostos pelas legislações penais das monarquias absolutistas.

Segregação contínua, diurna e noturna, silêncio absoluto, proibição total de ler qualquer escrito, livro ou jornal, ouvir rádio e ver televisão, paredes nuas, sem desenhos ou fotos constituem meio de tortura – que pode levar à insanidade mental ou ao total desespero. É, na verdade, o antigo calabouço, terrível modalidade de prisão. O romance de ALEXANDRE DUMAS, *O Conde de Monte Cristo*, retrata, com tintas vivas, como era esse tipo de prisão, sofrido por EDMOND DANTÈS.

Não demorará que venham o emparedamento e os castigos corporais, voltando-se às queimaduras com tenazes ardentes, as marcas de fogo, as mutilações, a castração, os açoites, as penas infamantes, a declaração de infâmia, as marcas deprimentes, as vestimentas e os adornos desmoralizantes. Furtou, tenham-se as mãos amputadas. Estuprou, castre-se. Praticou estelionato, ampute-se o nariz. Injuriou, difamou, caluniou, extirpe-se a língua. Outros delitos dão lugar a picotamento dos olhos com ferro em brasa, marca de ferro na testa.

O cidadão criticando o delinquente, pela prática de crimes hediondos, a ele se iguala ao impor penas desumanas e cruéis. Dizem-se cristãos e são, ardorosamente, contra a pena de morte. Perde-se a dimensão do humano. O criminoso pode usar da violência abusiva, utilizar de meios ilegais, imorais para alcançar seus fins, o Estado não, ainda que seja para proteger a sociedade. Essa a grande diferença entre o Estado e o bandido. Parodiando-se o lema da época ditatorial, é de dizer-se “contra a sociedade, não há direitos”; ou, “na guerra há um inimigo (o bandido), é preciso matar e destruir para proteger a sociedade”.

402. MARQUES, Frederico. *Tratado de Direito Penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. III, 1966, p. 114.

O Regime Disciplinar Diferenciado viola o preceito constitucional que veda que o preso seja submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); infringe a letra *e* do inciso XLVII do art. 5º, que impede a aplicação de penas cruéis; e o inciso XLIX do mesmo artigo 5º que assegura ao preso respeito à integridade física e moral.

Viola o art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, e assinada pelo Brasil:

“Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante.”

Não é aceitável a convivência de magistrados, representantes do Ministério Público, defensores públicos, advogados, enfim, operadores do direito com tamanha barbárie. Não se pode admitir que estes, diante de tanta ilegalidade – quer por ação, quer por omissão –, se convertam em aparato legitimador da atuação abusiva da Administração.

O RDD é um desrespeito à Constituição, à lei, aos cidadãos do Brasil, do mundo.

O RDD é uma prova clara do desrespeito à Carta Magna. A clareza é do sol de meio dia.

Afirmam alguns que o fim justifica os meios. Qualquer meio, mesmo aquele considerado criminoso, mesmo o que afronta os direitos do homem, que manda para o etéreo o Princípio da Fraternidade? Não, não é possível. Isso clama os céus!

O Princípio da Fraternidade é um pobre coitado!

Disse ANTÔNIO MARIA BAGGIO⁴⁰³:

Liberdade e Igualdade conheceram, assim, uma evolução que as levou a se tornarem autênticas categorias políticas, capazes de manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como idéias-força de movimentos políticos. A IDÉIA DE FRATERNIDADE NÃO TEVE A MESMA SORTE” (g.n.).

Infeliz, sofrida, a Fraternidade anda, de porta em porta, pedindo socorro. E a maioria, a grande maioria, responde: *que posso fazer?*

*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potesta.*⁴⁰⁴

403. BAGGIO, Antônio Maria. *Op. cit.*, p. 8.

404. Saber a lei não significa conhecer suas palavras, mas sim sua intenção e objetivo.

Ensina JOSÉ LUÍS DE LA CUESTA⁴⁰⁵, Catedrático de Derecho Penal de la *Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea*:

(...) como a função do direito penal (*ultima ratio*) é encontrar o nível de reação mínima que assegure o restabelecimento da ordem jurídica e a satisfação dos sentimentos de ofendidos pelo crime, *o direito penal, por intervir de uma maneira legítima, deve respeitar o princípio de humanidade. Esse princípio exige, evidentemente, que se evitem as penas cruéis, desumanas e degradantes (dentre as quais pode-se contar a pena de morte), mas não se satisfaz somente com isso. Obriga, igualmente, na intervenção penal, a conceber penas que, respeitando a pessoa humana, sempre capaz de se modificar, atendam e promovam a sua ressocialização: oferecendo (jamais impondo) ao condenado meios de reeducação e de reinserção.* (grifo nosso)

Explica WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA⁴⁰⁶:

“Como demonstra a experiência internacional, *evitar a impunidade e aplicar efetivamente a lei e seus regulamentos é algo mais importante do que a previsão de altas penas como artifício preventivo.*” (grifo nosso)

Na sua notória incapacidade, o Estado procura atacar a criminalidade com penas altas, desrespeitando os direitos humanos dos suspeitos, indiciados, acusados e condenados.

Daí ter dito, e em 1895, atente-se, OSCAR WILDE⁴⁰⁷:

(...) repugnam menos os crimes cometidos pelos perversos do que as punições infligidas pelos bons; e uma sociedade se embrutece infinitamente mais pelo emprego freqüente de punição do que pela ocorrência eventual do crime. Segue daí que, quanto mais punição se aplica, mais crime se gera.

NILO BATISTA⁴⁰⁸ atenta para o seguinte:

Difícil é cobrar do Estado o respeito à lei e a proteção dos direitos que toda pessoa tem, a começar pela vida. Perto da culpa do Estado, a do bandido é pequena. E o bandido, a gente ainda consegue prender, processar, julgar e condenar. E o Estado?

405. DE LA CUESTA, José Luís. *Pena de morte para os traficantes de drogas?* (in www.aidpbrasil.org.br – Trad. de Consuelo Rauen.

406. OLIVEIRA, William Terra [et alii]. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98.* São Paulo: RT, 1998, p. 320.

407. WILDE, Oscar. *A alma do homem sob o socialismo.* Porto Alegre: L&PM Pocket, 2003, p. 39.

408. BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje.* Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 158.

Não há, no Brasil, uma política criminal e, sim, tão somente uma política de segurança. O que se vê é, tão-somente, um desejo de dar-se mais poderes à polícia (Polícia que também mete medo ao cidadão, com sua arrogância, brutalidade e violência) e ampliar-se os meios de combate ao crime, aumentando-se as penas.

Alguns representantes do Ministério Público e alguns poucos juízes assim já agem, num afã incontido e imoderado de fazer condenar o acusado, sem obediência aos mais comezinhos, corriqueiros, princípios do Estado Democrático de Direito. Isso repugna a consciência livre e democrática do cidadão. Na verdade, não são juízes nem representantes do Ministério Público, são lacaios, criados, servos de uma mídia — não toda ela, sem dúvida, pois há jornalistas e jornais criteriosos, dignos — insana, enlouquecida, mentecapta, desvairada, dos datenas e dos *ratinhos* que, espumando, babando, uma raiva fictícia, gozando com as palmas, não sabem o que dizem, arrebatando, com palavras estonteantes, o povo, sedento de Justiça. Isso é uma falsa moralidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Deve o juiz ser seguro, firme. “Seu maior florão é a respeitabilidade, que não é artigo de encomenda, mas que conquista, indiretamente, pela ação e pelo exemplo. Só o estudo, a tenacidade, a compenetração da responsabilidade e a noção do encargo poderão fazer o homem público o juiz digno e necessário à manutenção das instituições e da paz social”⁴⁰⁹.

Afinal, onde está o respeito aos Princípios da Fraternidade e da Solidariedade? Será que tudo não passa de uma ilusão?

REFERÊNCIAS

- BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio Esquecido*. Trad. Durval Cordas *et alii*. SP: Cidade Nova, 2008.
- BASTOS, Filinto Justiniano Ferreira. *Breves lições de direito penal*. Bahia: Litho Typographia Almeida, 1906.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: Atena, 1954.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. RJ: Campus, 1992.

409. BRÍGIDO NETO, Gerônimo. *Missão cultural do juiz*. Jurisprudência e Doutrina, Fortaleza, 1968, n. 72, p. 15.

BONESANA, Cesare. Marquês de Beccaria. *Dos delitos e das penas*. Atena. São Paulo: 1954.

BRÁS, Gabriel Le. *Derecho Canônico, El legado de la edad media*. Apud José Frederico Marques, in *Tratado de Direito Penal*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. III, 1966.

BRÍGIDO NETO, Gerônimo. *Missão cultural do juiz*. Jurisprudência e Doutrina, Fortaleza, 1968, n. 72.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. *O humanismo como categoria constitucional*. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUZAID, Alfredo, Juicio de amparo e mandado de segurança (contrastes e confrontos), in *Estudos de direito processual in memoriam do Ministro Costa Manso*. São Paulo: RT, 1965.

DE LA CUESTA, José Luís. *Pena de morte para os traficantes de drogas?* (in www.aidpbrasil.org.br – Trad. de Consuelo Rauen.

JAKOBS, Günter, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008.

GALLOTTI, Luis. (RHC n. 48.728–SP, julgado em 26.05.1971, RTJ vol. 63/317.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. SP: Martins Fontes. Brasília: UNB, 1990.

MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In *Processo penal e Constituição Federal*. PORTO, Hermínio Alberto Marques e SILVA, Marco Antônio Marques da. (Coord.). São Paulo: Acadêmica, 1993.

Tratado de Direito Penal. 2. ed., São Paulo: Saraiva, Vol. III, 1966,

MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 3ª ed. 2008

MENEZES, Emilio. *Poemas de Emílio Menezes*. Projeto Livre, Livro 25. Poeteiro Editor. Digital. SP, 2014.

OLIVEIRA, William Terra [et alii]. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: RT. 1998.

PELLEGRINO, Laércio. *A defesa em ação*. RJ: Rio, 1978.

ROSA, Alexandre Moraes da. *O que é o garantismo jurídico?* Florianópolis: Habitus, 2003.

SHAKESPEARE, William. *Hamleto, príncipe da Dinamarca*. Trad. Carlos Alberto Nunes. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos,

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. SP: Malheiros, 2008.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO DERIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

DALDICE MARIA SANTANA DE ALMEIDA⁴¹⁰

HERBERT CORNELIO PIETER DE BRUYN JÚNIOR⁴¹¹

1. INTRODUÇÃO

Em oportuno resgate do ideal de fraternidade do *esquecimento* em que se encontrava⁴¹², desde o arrefecimento dos momentos mais turbulentos da Revolução Francesa, procurou o eminente Min.istro Reynaldo Soares da Fonseca não apenas retirá-lo desse limbo, mas, também, ressaltar sua importância como princípio constitucional inscrito na Carta de 1988, bem como seu alcance, retratados por meio de algumas de suas aplicações práticas, inclusive no campo penal.

Sem dúvida – salienta o citado estudioso –, pode parecer paradoxal que um princípio de raiz claramente cristã tenha sido acolhido por pensadores iluministas, essencialmente anticlericais, e se secularizado a ponto de ingressar em Constituições de Estados laicos como as da França, de 1946 e 1958, e a nossa, de 1988. Entretanto, isso se torna mais compreensível quando verificamos o quão intrincado ele se encontra na ideia de direitos humanos, os quais ele ilumina.

Com efeito, a raiz da concepção do valor *fraternidade* encontra-se na Bíblia, tanto no Antigo Testamento, cujo Salmo 133 utiliza o vocábulo precisamente no

410. Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região, ex – Conselheira do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2015-2019), ex-Coordenadora do Gabinete da Conciliação do TRF da 3ª Região. Especialização em Direito Constitucional (PUC/SP), Direito Público (PUC/SP), Direito Tributário (UFBA) e Direito Processual Civil (UFBA).

411. Juiz Federal em São Paulo, Coordenador Adjunto da Central de Conciliação de São Paulo, membro do Núcleo Permanente de Solução Consensual de Conflitos (NUPEMEC) do TRF da 3ª Região. Doutor e Mestre em Direito do Estado (PUC/SP). Especialização em Direito do Estado (PUC/SP), Direito Tributário (CEEU), Direito Aduaneiro (ESAF) e Direito da Infração Penal (Universidade de Coimbra/IBCCrim).

412. Ver a esse respeito BAGGIO, Antonio Maria. *O Princípio Esquecido*. V. 1. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008.

sentido de boa relação entre os homens, respeitosos da pessoa alheia, quanto no Novo, quando se ressalta a importância da vida em harmonia e da atenção aos interesses dos outros, além dos próprios (Filipenses:2, dentre outras passagens)⁴¹³. Colocações, portanto, em perfeita consonância com a significação da palavra, definida, quando não pelo sentimento de proximidade saudável entre irmãos, como “relação harmoniosa entre pessoas”.⁴¹⁴

Abraçada pelo humanismo, notadamente em Étinne de La Boétie (século XVI) e François Fénelon (século XVII), a concepção de fraternidade desborda de sua matriz para alçar voos mais amplos, independentemente da religião. Deveras, em *Discurso da Servidão Voluntária*, La Boétie destaca a ideia de que, não obstante diferentes entre si, os homens podem viver em harmonia, sem laços de dominação, em virtude da igualdade, da qual adviria a liberdade⁴¹⁵. Outros humanistas também tocaram no ponto, mas é a Fénelon, cujo ideal de um bom governo viria a exercer forte influência entre os iluministas do século XVIII, que se costuma atribuir mais diretamente a valorização do vetor *fraternidade*, muito repercutido na Revolução Francesa⁴¹⁶.

Entre altos e baixos, todavia, ao longo dos tempos, é certo o quanto a construção do Estado de Direito originado desse movimento, em conjunto com a precedente Revolução Inglesa (1689) e a quase contemporânea Revolução Americana (1776), ambas de índole liberal, limitou-se a prestigiar apenas os valores *liberdade* e *igualdade* (esse, em um primeiro momento, apenas sob o sentido formal) dentre os três que simbolizam a Revolução Francesa (1789), ficando no quase olvido o da *fraternidade*, a despeito de sua importância, tanto quanto a dos demais, para a pacificação social.

Somente a evolução do pensamento, propiciada pela constatação da insuficiência dos dois primeiros princípios para a convivência harmônica da sociedade e seu desenvolvimento – situação exemplificada com as mazelas decorrentes da Revolução Industrial (exploração da mão de obra, miséria urbana, etc.)⁴¹⁷ – foi capaz de trazer o ideal de fraternidade novamente à

413. A depender da tradução da Bíblia, como é sabido, podem variar as referências expressas.

414. Michaelis – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 1998. p. 989.

415. MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)*. Curitiba: Appris, 2017. pp. 47-48.

416. Projeto apresentado por Robespierre a respeito da organização das guardas nacionais, em dezembro de 1790, defendia a inscrição das palavras “O Povo Francês” e “Liberdade, Igualdade, Fraternidade” nos uniformes e nas bandeiras, porém ele foi rejeitado. Vide página da Embaixada da França no Brasil disponível em: <https://br.ambafrance.org/Liberdade-Igualdade-Fraternidade>.

417. Várias denúncias foram feitas, na época, quanto à exploração infantil e das mulheres, das quais é exemplo o Relatório Sadler, de 1830. In: ARRUDA, José Jobson de A. *História Moderna e Contemporânea*. 11ª ed. São Paulo: Ed. Ática, 2010. p. 130.

tona, entrelaçado ao da igualdade, seu pressuposto. Primeiro, por meio de movimentos de tendências socialistas ou, simplesmente, de revolta contra as péssimas condições sociais (como, por exemplo, a Revolução de 1848 na França) ou sindicalistas (na Inglaterra). Depois, por via da reforma do próprio sistema capitalista, principiada na Alemanha, no fim do século XIX, com a edição de leis assistenciais (algo que, na Inglaterra, só ocorreu no alvorecer do século XX)⁴¹⁸ e, mais acentuadamente, a partir da concepção do Welfare State (Estado de Bem-estar Social), gestado na crise de 1929 e consolidado após as Guerras Mundiais.

Evidentemente, a fraternidade vai além da igualdade; ultrapassa-a. Esta última lhe é pressuposto, pois somente podem ser *irmãos* aqueles que se veem iguais. Contudo, reconhecer-se igual significa admitir, em relação aos outros, idênticos direitos e obrigações, seja pelo prisma formal, seja pelo material. Ela determina, enfim, o respeito aos outros, independentemente de suas características fenotípicas, de gênero, de origem, de classe, de crença ou de opiniões, assumindo todos poderem ser, potencialmente, sujeitos dos mesmos direitos e obrigações, sem discriminação de qualquer espécie⁴¹⁹. Atitude fraterna, a seu turno, é colocar-se empaticamente no lugar do outro e solidarizar-se com este. Inclui, pois, forte postura ativa, calcada na empatia, na solidariedade e na vida harmônica entre os membros da sociedade, sem negar, todavia, dimensão ativa também no princípio da igualdade, a qual pode ser bem caracterizada por ações afirmativas.

Tornar o *valor* categoria política foi um passo – leciona o mestre Reynaldo –, para convertê-lo em princípio jurídico⁴²⁰. Afinal, é da plêiade de valores vigentes na sociedade, ou seja, da realidade fática, que o legislador – constituinte, no caso – pinça aqueles que entende ser possíveis de tornarem-se diretrizes do Estado.

Foi por essa trilha, portanto, que, sob o influxo do tempo, o valor *fraternidade* tornou-se jurídico, amalgamado aos alicerces da Constituição Federal de 1988.

Aberto e abrangente, ele tem o condão, como explana o Professor Reynaldo da Fonseca, de atuar simultaneamente como método e conteúdo de políticas

418. Não obstante, nesses casos, pudesse haver forte interesse político, nem por isso deixava-se de propiciar certa segurança e dignidade aos desfavorecidos; em especial, por leis instituidoras do seguro social.

419. Neste ponto, a não referência à “raça” é proposital; simplesmente porque, conforme demonstra a ciência moderna (não a pseudociência de Lombroso, para citar só alguns), a única raça existente, com relação ao *homo sapiens*, é a *humana*; tudo o mais são meras e superficiais diferenças de fenótipo.

420. FONSECA, Reynaldo Soares. *O Princípio Constitucional da Fraternidade*. Belo Horizonte: Ed. D’Plácido, 2019. p. 50.

públicas. Ademais, cumpre papel hermenêutico apenas por constar, expressamente, do preâmbulo da Constituição, no qual é exposto, com clareza, o propósito de construir “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”⁴²¹.

É a uma dessas vertentes que procuraremos dedicar nosso estudo.

2. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Expresso no preâmbulo da Constituição, o princípio constitui vértice para sua interpretação. Considerado, ainda, parte do texto material, serve-lhe como fator de legitimação, na medida em que justifica sua promulgação⁴²².

O fato de ele não se encontrar textualmente cravado no corpo formal da Constituição não lhe tira o valor, pois vige tácito, atrelado a outros princípios, fundamentos e objetivos da República, a saber: a igualdade, o Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a solução pacífica dos conflitos. Aproxima-se, também, do princípio da solidariedade (que dele decorre), inolvidável na pretendida construção de uma sociedade livre e justa⁴²³. Ademais, é objeto do art. 6º e do Título VIII da Carta Suprema, que trata da Ordem Social (artigos 193 a 250).

Somente nos sistemas jurídicos primitivos a interpretação resume-se à letra da lei. Relevante é seu espírito, a vontade da lei⁴²⁴. Assim, o basilar para aferir a presença de princípio implícito é a interpretação teleológica, centrada na finalidade da lei – no caso, da Constituição, lembrando constituir ela, primordialmente, um ordenamento de proteção e instituidor do Estado⁴²⁵.

Evidentemente, o papel dos princípios é servir de norte; apontar para o caminho a seguir. A densificação desse preceito, todavia, é tarefa do legislador, a quem cumpre desenvolver políticas públicas e estabelecer as correspondentes normas jurídicas, voltadas à consecução desse objetivo. Nesse particular, não se pode esquecer a normatividade própria de todos os princípios jurídicos, expressos ou implícitos. É lição que há mais de cinco décadas era anunciada

421. Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

422. BASTOS, Celso. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1999. pp. 81-83.

423. Vide artigos 1º, II e III; 3º, I, III e IV; 4º, VII; 5º, *caput*, I e §§ 2º e 3º, entre outros.

424. FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. 3ª ed. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1978. p. 128.

425. FERRARA, op. cit., p. 130.

por Vezio Crisafulli, para quem “*todo o princípio tem eficácia*”, sendo que “*os princípios são normas escritas e não escritas, das quais logicamente derivam as normas particulares (...) e às quais inversamente se chega partindo dessas últimas*”⁴²⁶.

Neste ponto, o campo é vasto, pois, indiretamente, atende ao propósito de fraternidade qualquer ação que vise à igualdade substancial, isto é, que observe a situação peculiar e concreta de cada um; que respeite as diferenças de qualquer índole, tornando efetivo o caráter democrático e pluralístico da sociedade e que, sobretudo, respeite a dignidade do outro, em todas as suas facetas, em igual medida, como se gostaria que a sua própria fosse respeitada. Contudo, é ainda mais que isso: entrelaçado ao princípio da solidariedade, almeja o compartilhamento do sentido de responsabilidade recíproca entre os membros da comunidade, com sentimento de empatia pelas dificuldades, materiais ou morais, por eles sofrida⁴²⁷.

Desse modo, é percuciente a afirmação de que “*a fraternidade indica a dignidade equivalente daqueles que são diferentes, ou seja, permite à liberdade ou à igualdade que se manifestem ao mesmo tempo*”⁴²⁸.

Deve-se lembrar, porém, que, na construção de um autêntico Estado Democrático de Direito, não basta este realizar determinadas ações ou acatar as limitações ao poder a ele impingidas. É preciso, igualmente, a efetiva participação de todos os cidadãos na construção de uma sociedade melhor. É o que potencializa sua dimensão democrática e o valor da cidadania.

A positivação do referido princípio no Direito nacional, todavia, não decorre apenas do preâmbulo e das disposições constitucionais mencionadas. Deflui, similarmente, de tratados dos quais o Brasil é parte, a começar pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Assembleia Geral da ONU em 1948, cujo artigo 1º afirma: “*todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade*”, enquanto seu preâmbulo é claro em reconhecer a dignidade de “*todos os membros da família humana*” como fundamento “*da justiça e da paz no mundo*”. A esse respeito, assinale-se que, desde a Emenda Constitucional n. 45/2004, segundo a interpretação do

426. CRISAFULLI, apud. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 245.

427. Alguns dos significados atribuídos à *solidariedade* são, justamente, o “sentimento de amor ou compaixão pelos necessitados ou injustiçados, que impele o indivíduo a prestar-lhes ajuda moral ou material” e a “responsabilidade recíproca entre os membros de uma comunidade”, cfe. MICHAELIS: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.

428. BAGGIO, Antonio Maria, citado por FONSECA. Reynaldo Soares. *O Princípio da Fraternidade*. Belo Horizonte: Ed. D'Placido, 2019. p. 65.

Supremo Tribunal Federal, os tratados de direitos humanos que não possuem *status* constitucional porque não aprovados com o quórum qualificado do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, possuem índole supralegal (STF, Pleno, RE n. 466.343/SP; Rel. Min. Cezar Peluso).

3. A REALIDADE FÁTICA E OS OBSTÁCULOS À CONSTRUÇÃO DE UMA SOCIEDADE FRATERNA: O CASO DO DIREITO PENAL

Não serão alinhadas aqui as variadas teorias que tratam da natureza do homem, ora considerando-o intrinsecamente bom (Rousseau), ora antissocial, individualista e competitivo (Hobbes), dentre outras variantes.

A intenção é efetuar apenas um recorte da realidade, no tocante ao tratamento da criminalidade, e verificar sua adequação ou não ao princípio em foco.

Nesse campo, é patente a grande mudança operada, nos últimos trezentos anos, no tratamento da pena. A princípio vista essencialmente sob o aspecto retributivo, com ênfase no castigo, ainda que sem olvidar de sua índole também preventiva – pela ameaça da pena em abstrato e por sua aplicação de forma espetaculosa à época – passou-se a salientar a importância de atentar para o aspecto ressocializador, com vistas a superar os imensos problemas existentes nessa seara.

De fato, ainda em meados do século XVIII, não bastava punir o condenado. Era preciso humilhá-lo e impingir-lhe o máximo de dor e sofrimento possível, o que era feito em público, com o propósito de incitar o terror entre os demais⁴²⁹. Era a representação do poder e da vingança do Estado. Isso sem considerar que, não raro, parte da pena acabava por recair sobre a família, como quando se decretava o confisco dos bens.

Paulatinamente, porém, ao fim desse século e no início do século XIX, sob a influência de vários pensadores, dentre os quais se destacam Cesare Beccaria e seu contemporâneo John Howard, cessaram os suplícios e a prisão – antes vista apenas como local de passagem e aguardo entre a condenação e o cumprimento da pena (morte, castigos corporais, exílio ou trabalho forçado) – tornou-se a sanção principal⁴³⁰.

429. São exemplos: a utilização da roda, do esartejamento da pessoa viva, atrelada a cavalos que se dirigiam a direções diversas, a abertura de chagas, por onde se escoava chumbo ou óleo fervente, amputações, marcações, etc. In: FOLCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 31ª ed. Petrópolis: Ed Vozes, 2006. pp. 9-12.

430. Não obstante a utilização das celas monásticas, para penitências, prevista no Direito Eclesiástico. In: GARCIA, Basileu *Instituições de Direito Penal*. Tomo I, vol. II. 6ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad,

Houve, de fato, preocupação em humanizar-se o cumprimento da pena. Nesse afã, Howard, por exemplo, preocupou-se com a higienização dos cárceres, com a melhoria do sistema alimentar, com a diferenciação de regime disciplinar entre acusados e condenados, com a educação moral e religiosa, bem como com o trabalho e o ensino profissional, em meio ao isolamento celular.

Na mesma senda trilhou Bentham, igualmente no século XVIII, não somente pela proposta de um modelo de prisão, o Panóptico, inspirador de muitas delas, mas também pela proposição da organização do trabalho e da educação profissional dos reclusos, para ajudá-los quando postos em liberdade; da educação moral e religiosa e de patronatos, para amparar os libertados; bem como da indenização à vítima, com parte do salário recebido pelo recluso por seu trabalho⁴³¹.

À evidência, contudo, como salienta Foucault, com a primazia da pena de prisão, só em certo grau houve maior humanização⁴³², pois, embora tenham cessado as penas cruéis e horrendas, a prisão não trouxe a dignidade de tratamento pela qual esses pensadores clamavam. Efetivamente, mais do que pensar ou estabelecer um sistema idealmente asséptico, é preciso que a prática venha a refletir essa filosofia, ofertando tratamento humano e ressocializador aos condenados.

No plano da realidade, sabe-se que muitos dos estabelecimentos prisionais, em vários países ainda em desenvolvimento – como é o caso do Brasil –, funcionam em condições físicas e de salubridade precárias, propícias à disseminação de doenças e de mais violência, favorecida pela superlotação, pela promiscuidade e pelo ócio, ao que se somam os efeitos do domínio destes espaços por organizações criminosas, que acabam, em vários aspectos, por se sobrepor ao Estado. Não foi outra razão, senão a gravidade da situação, que levou o Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 347/DF, em 9/9/2015, a reconhecer a existência de estado de coisa inconstitucional no sistema penal brasileiro, em face das sistemáticas e graves violações de direitos fundamentais em nossas prisões, em total dissintonia com o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, segundo a qual *“as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”*⁴³³.

1982. p. 450.

431. GARCIA, op. cit. p. 452. Ver também FOUCAULT, op. cit. p. 32 (fotos do Panóptico).

432. FOUCAULT, op. cit. p. 12.

433. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICADOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (Pacto

A razão disso tudo, mais do que a falta de recursos orçamentários – sem dúvida, existente –, é cultural: a dificuldade de a sociedade, afetada pela dor da perda (financeira ou pessoal), desvencilhar-se do sentimento de raiva e de vingança. Não à toa, mesmo nos Estados Unidos, onde as condições gerais costumam ser melhores, avalia-se a reincidência em 70% (setenta por cento)⁴³⁴.

Em um quadro destes, certamente a tendência é não investir no apenado, de forma que poucos têm, efetivamente, a oportunidade de refletir sobre suas experiências, de trabalhar ou de aprender um ofício, fatores imprescindíveis, embora não únicos, para dar novos rumos às suas vidas⁴³⁵.

Evidentemente, é preciso manter a ordem e se fazer justiça, tornando concretas as consequências hipoteticamente descritas na lei para os casos de sua violação. Ignorar isso acarretaria a desorganização social. Contudo, não será a vingança que trará propriamente a justiça. Como exacerbação do sentimento de raiva da vítima e de seus familiares – esse sim legítimo –, o clamor por vingança apenas retrata a persistência da vontade de retribuir o mal com o mal, ou seja, o velho “olho por olho, dente por dente”, da vetusta Lei de Talião, que não se amolda à intenção de construir uma sociedade mais justa, harmoniosa e, conseqüentemente, melhor, como propõe nossa Constituição. Uma coisa é retribuir a pena, ou seja, fazer com que a pessoa assuma as consequências previstas em lei para a violação da norma jurídica; outra é agregar a essa condenação elementos nela não previstos e até rechaçados, que nada alimentam senão a maior probabilidade de novas e eventualmente mais graves condutas criminosas.

4. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO INDUTOR DA SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS

Conflitos e erros – ensinam as teorias mais modernas –, são fatos da vida, absolutamente normais e inevitáveis. Assim, diante das alternativas possíveis – aferrar-se a eles e lamentar sua ocorrência ou enxergá-los como oportunidade para construir algo novo e melhor – é mais satisfatória e produtiva a última

de San José da Costa Rica). 22/11/1969. Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 9 de abril de 2020.

434. ZELLERER, Evelyn. *Realizing the Potential of Restorative Justice*, in “Reconstructing Restorative Justice Philosophy”. Ed. Theo Gaurielides e Vasso Arthopoulos. Argate Publishing, 2013. p. 272.

435. A esse propósito, vejam-se os inúmeros relatórios oriundos de inspeções judiciais, das Varas de Execução e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), documentos acostados a autos de processos judiciais (v.g. Carandirú), reportagens, livros e filmes a respeito.

delas⁴³⁶. Deveras, somente vindo o conflito sob outra perspectiva é que se logrará superar uma crise, qualquer que seja sua natureza.

Nossa Constituição, como já dito, tem, como um de seus vetores, a construção de uma sociedade fraterna, isto é, aquela na qual prepondera a relação harmônica entre seus membros, com respeito mútuo à dignidade de cada um e atenção às necessidades de seu semelhante. Isso, naturalmente, requer um olhar empático para com o outro; ao menos, a disposição de escutá-lo e discernir sobre formas de superar as dificuldades com o mínimo prejuízo para cada um.

Nessa linha, a única conclusão possível é a de que cabe à sociedade, como um todo, o dever de privilegiar os meios consensuais de solução de controvérsias. É o que reclama a própria Constituição Federal, além do preâmbulo, em seus artigos 1º, II, III e IV (respectivamente referentes à cidadania, à dignidade da pessoa humana e à livre iniciativa, da qual decorre a autonomia da vontade), 3º, I e IV (construção de uma sociedade livre, justa e solidária e promoção do bem de todos, sem preconceitos de qualquer ordem), 4º, I e VII (proteção aos direitos humanos e busca da solução pacífica dos conflitos na ordem internacional), 5º, XXXV e LXXVIII (acesso à justiça e celeridade) e 37, *caput* (eficiência), todos aliados aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, implícitos na Carta Fundamental.

Em termos gerais, essa opção foi formalmente abraçada, inicialmente, pelo Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução CNJ n. 125/2010⁴³⁷ e, posteriormente, pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140.2015). Estritamente no campo penal, há o artigo 60, parágrafo único, da Lei n. 9.099/1995, relativa aos Juizados Especiais, que possibilita a transação penal em crimes de menor potencial ofensivo (na letra do artigo 61, aquele cuja pena abstrata é igual ou inferior a dois anos).

No entanto, ainda que a Lei n. 9.099/1995 pretenda conferir tratamento mais adequado aos crimes apenados na forma do citado artigo 61, possibilitando ao suposto infrator, em acordo com o órgão acusatório, a não submissão a processo criminal e, portanto, à formação de culpa, com os benefícios decorrentes – manutenção da ocupação habitual e convivência com a família – é

436. DEUTSCH, Morton. *The resolution of conflict: constructive and destructive processes*. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Ver também: ALCANTARA JR., José de Oliveira. *Georg Simmel e o Conflito Social*. Cad. Pos. Ciências Sociais, v. 2, n. 3, (2005) e Mary Parker Follet, disponível em: http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Mary_Parker_Follet&oldid=34634894. Acesso em 9 de abril de 2020.

437. Isso, à evidência, em tempos modernos, uma vez que a Constituição de 1824, do Império, também previa, no artigo 161, a utilização a conciliação como método de solução de conflitos.

certo que essa previsão somente satisfaz um espectro limitado das infrações criminais. Não alcança situações diversas, nas quais, em tese, poder-se-ia dar melhor atenção à vítima, tentar a recuperação do acusado e, ao final, buscar a harmonia social.

É nesse contexto que surge a Justiça Restaurativa.

5. A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Em célebre análise sobre o tema, Howard Zehr é assertivo ao afirmar o quanto a mudança da lente pela qual enxergamos os fenômenos do mundo é determinante do modo como configuramos um problema e sua solução. No que tange à esfera criminal, diz ele, até agora o foco sempre foi o binômio *crime e justiça*. Isso, contudo, jamais foi hábil para atenuar o problema da criminalidade.

À evidência, assegura Zehr, ofensas hediondas requerem tratamento especial. Essa, todavia, jamais deveria ser a regra, mas tão somente a exceção. Assim, em vez de focar apenas esse binômio ou de adotar penas alternativas, crendo-as suficientes para abrandar essa problemática – prossegue o mestre – urge ver o fenômeno sob outra perspectiva, mais voltada ao dano causado às pessoas, à comunidade e aos relacionamentos.

Ainda quando não há relacionamento prévio, dita o autor, o delito cria um vínculo hostil, que afeta o bem-estar da vítima e do agressor. Ademais, não raro esse conflito pode ter sido influenciado por outro, vivenciado pelo ofensor (falta de oportunidades, abusos, moradia em local dominado pelo tráfico ou milícias, etc.). Existe, portanto, diz ele, uma dimensão social e psicológica incapaz de ser olvidada, sob pena de manter-se vivo o rancor e perder-se a oportunidade de recuperação do ofensor⁴³⁸.

Em abordagem preliminar, “justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro”⁴³⁹. À luz da Resolução ONU n. 2002/12, significa “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a

438. ZEHR, Howard. *Trocando as Lentes*. 3ª ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2018. p. 183.

439. MARSHALL, Tony. *Restorative Justice: an Overview*. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999. p. 5.

ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*)”.

Certamente, é preciso alguma espécie de sanção em retribuição ao ilícito perpetrado. É nítido, porém, que não será isso ou a exacerbção das penas que reduzirá o problema da criminalidade. Vários fatores, de distinta natureza, interferem: sociais, políticos, econômicos, psicológicos e administrativos, dentre outros, que, à evidência, resvalam no jurídico.

Infelizmente, descabe, nesta ocasião, desvelar cada um desses fatores e o quanto e em qual medida devem ser atacados. Não obstante sua extrema relevância, isso desbordaria do escopo e dos limites deste artigo.

Importa, sim, notar o quanto uma abordagem distinta, um olhar diverso sobre a questão, pode contribuir para a melhoria da qualidade de vida da comunidade, por meio da pacificação social.

O escopo da justiça restaurativa é verificar as bases do relacionamento interpessoal entre vítima e criminoso e propiciar reflexões em todas as pessoas direta ou indiretamente afetadas pela conduta delituosa, sobre seus sentimentos, suas necessidades e as razões do fato, com a consequente reparação do dano e, se possível, a restauração do vínculo⁴⁴⁰.

Obviamente, isso requer que o ofensor coloque-se no lugar da vítima, sinta o problema sob sua ótica e tome consciência das consequências de seu ato e do dever de repará-lo. Dessa forma, o vínculo tenderá a ficar em melhor termo. Isso tudo somente pode ser alcançado por meio do diálogo, com o auxílio de um facilitador, que, em momento prévio, estabelece com as partes regras que visam assegurar a eficácia da sessão. Entre essas regras, destacam-se: o respeito mútuo, a confidencialidade e o não julgamento ou acusação do outro. Afinal, trata-se de procedimento extremamente delicado, que afeta muitos e fortes sentimentos, emoções e responsabilidades.

Adotado o pressuposto de que o principal objetivo da justiça é a reparação emocional e financeira da vítima, pretende-se a recuperação dela e seu reencontro com o sentido da vida. Paralelamente, espera-se do ofensor, sinceramente arrependido, a mudança de comportamento fundada no respeito ao outro e o recomeço de sua trajetória⁴⁴¹. Note-se que também eles podem ter necessidades

440. AGUIAR, Carla Zamith Boin. *Mediação e Justiça Restaurativa*. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009.

441. ZEHR, op. cit. p. 191.

a serem tratadas para que se torne viável a mudança: melhorar a autoestima, canalizar os sentimentos de maneira saudável, novas oportunidades, etc.⁴⁴².

Por sua vez, diferentemente da abordagem retributiva, segundo Zehr, na restaurativa a vítima não é o Estado ou a sociedade, mas, principalmente, o indivíduo concretamente afetado.

Inspirado em práticas ancestrais dos aborígenes da Austrália e da Nova Zelândia, o procedimento restaurativo é cabível em qualquer estágio da persecução penal; basta o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor, revogável a qualquer momento. Igualmente os acordos devem ser voluntários e conter apenas obrigações razoáveis e proporcionais (Cláusulas I, 2 e II, 7 da Resolução ONU n. 2012/12).

Trata-se, pois, de radical mudança de paradigma diante da constatação das mazelas da vida e da insuficiência do processo judicial meramente retributivo para a resolução da criminalidade.

Segundo consta, o primeiro processo restaurativo em tempos modernos é atribuído ao caso Elmira, em 1974, no Canadá, segundo o qual, ocasionado dano a várias propriedades, dois dos infratores encontraram suas vítimas e as indenizaram⁴⁴³. Só a partir da década de 1990, contudo, tornou-se mais disseminada essa prática, ainda que com as naturais variações consequentes das diferenças culturais existentes entre os vários países e, por vezes, regiões.

A prática foi incentivada pela ONU, que editou várias normativas a respeito. Ao seu marco inicial, a Resolução ONU n. 1999/26, que dispôs sobre o *Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e de Justiça Restaurativa na Justiça Criminal*, seguiu-se a Resolução ONU n. 2000/14 e a citada Resolução ONU n. 2002/12, definidora dos princípios da Justiça Restaurativa.

No Brasil, a prática foi acolhida pela Resolução CNJ n. 225/2016, com as alterações da Resolução CNJ n. 300/2019, que fixa as atribuições dos tribunais competentes para tratar desse tema, os princípios e outras balizas do processo restaurativo.

Na definição da Resolução CNJ n. 225/2016, a “Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado (...)”, sendo seu foco “a satisfação das necessidades de todos

442. ZEHR, op. cit. p. 204.

443. ZELLERER, op. cit. p. 275.

os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmado, os conflitos e os erros são normais e inerentes à convivência humana. Não há inter-relação pessoal e mundial sem eles. A grande questão é identificar como lidar com eles. E isso pode ocorrer tanto de modo positivo, tomando-os como oportunidade de superação pessoal ou social, quanto de modo negativo, deixando-se subjugar ou ingressar em processo de exacerbação de seus efeitos.

Com relação à criminalidade – que, sob certo aspecto, pode ser considerada a forma mais exacerbada de conflito – muitas foram, ao longo da história, as maneiras previstas para tratá-la. Indefectivelmente sob o aspecto preventivo (da ameaça) ou retributivo (imposição de sanção), mas também com a perspectiva da necessidade de ressocialização nos últimos tempos.

De fato, de uma visão predominantemente ligada à vingança – a qual, até o século XVIII, só se completava se houvesse requintes de crueldade na aplicação da sanção (entendida como útil também como elemento dissuasório) –, partiu-se para outra, com Beccaria, Howard e Bentham, essencialmente de índole humanizadora, que reconhecia certos direitos aos condenados e apenados, vinculados, substancialmente, à sua dignidade pessoal, sem deixar, contudo, de antever certas possibilidades ressocializadoras.

Mais recente, o conceito de justiça restaurativa de Zehr vai além, ao propor não somente a ressocialização formal da pessoa – seu retorno à família e ao trabalho (dimensões da sociedade) – mas também a restauração da harmonia social, com maior atenção à vítima, às pessoas direta ou indiretamente afetadas pelo crime (v.g., família, amigos, etc.) e à sociedade em sua forma mais global. O intuito é propiciar a reflexão do condenado sobre sua conduta e as consequências de seus atos, de modo que ele se coloque na posição da vítima e venha, então, não somente a reparar os danos causados (quando possível), mas também a mudar seu comportamento de forma a passar a respeitar o próximo, identificando-o em sua própria dignidade. Seria um passo, enfim, para a pacificação social.

Evidentemente, qualquer ideia ou ação voltada à humanização da situação prisional é de extrema relevância, pois não será mediante a imposição ou a aceitação de penas desproporcionais – situação presente quando seu cumprimento se dá em meio a circunstâncias que as tornam substancialmente mais gravosas do que as apontadas no enunciado da lei – que o problema criminal diminuirá. Ao contrário, diante da injustiça – assim considerada a desproporcionalidade das condições impostas – poderá até agravá-la, como assim demonstra a grande expansão das facções ligadas ao crime organizado no Brasil.

Dessa forma, se o primeiro passo para a redução do problema estiver na imposição de penas justas, proporcionais à gravidade do delito – rigorosas, mas sem descuidar da atenção à dignidade de cada um (sob o prisma da incolumidade física, moral, sanitária, etc.) e da busca por sua reinserção formal na sociedade (pela escolaridade, trabalho e outras atividades) –, o segundo seria lograr, efetivamente, a mudança de valores do indivíduo, de modo que possa modificar sua conduta, o que só será alcançado com a mudança de valores por ele expressados.

Isso é o que alguns teóricos da justiça restaurativa atribuem como objetivo dessa prática. Segundo Evelyn Zellerer, por exemplo, a justiça restaurativa trabalha com a ideia de que “uma vez que um valor é internalizado, ele torna-se, consciente ou inconscientemente, um padrão ou critério para guiar ações em relação a objetos ou situações relevantes”⁴⁴⁴.

É pertinente, a propósito, rememorar a seguinte máxima de Gandhi: “nós apenas espelhamos o mundo. Se pudéssemos mudar a nós mesmos, as tendências do mundo também mudariam. Quando um homem muda sua própria natureza, também muda a atitude do mundo em relação a ele”⁴⁴⁵.

A grande questão, porém, é identificar até que ponto os valores podem mudar. Há como confiar que a manifestação do condenado, em processo restaurativo, afirmando sua intenção de mudar, sempre será sincera? E, ainda que o seja naquele momento, em que medida o meio para o qual ele irá retornar (eventualmente uma comunidade dominada pelo tráfico e pelo crime organizado, com pessoas com as quais conviveu) não dificultará seu distanciamento dos fatores nocivos que podem tê-lo ajudado a delinquir?

Sem dúvida, qualquer mudança nesse nível nunca será fácil; dependerá sempre da forma de influência e do grau de importância dos diversos fatores

444. ROKEACH, apud. ZELLERER, op. cit. p. 280 (tradução livre).

445. GANDHI, M. *General knowledge About Health*, in *The Collected Works of M.K. Gandhi*, vol. 13. New Delhi, India, apud. ZELLERER, op. cit. p. 281 (tradução livre).

acima mencionados sobre a pessoa; dependerá, igualmente, de sua consciência e sensibilidade. Não é, contudo, impossível, em face de experiências já reportadas.

Todos os caminhos que levem à harmonia social são válidos e devem ser considerados. Nesse passo, tal como o movimento de humanização que a precedeu, a justiça restaurativa é um deles. A diferença, nesse último caso, é que, além da ideia de respeito à pessoa do outro, propõe-se, também, um enfoque empático que permita ao ofensor refletir sobre os efeitos de suas condutas perante os demais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e Justiça Restaurativa**. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2009.

ALCANTARA JR., José de Oliveira. **Georg Simmel e o Conflito Social**. Cad. Pos. Ciências Sociais, v. 2, n. 3. 2005.

[ANÔNIMO] Mary Parker Follet. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Mary_Parker_Follet&oldid=34634894). Acesso em 9 de abril de 2020.

ARRUDA, José Jobson de A. **História Moderna e Contemporânea**. 11ª ed. São Paulo: Ed. Ática.

BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido**. V. 1. São Paulo: Ed. Cidade Nova, 2008.

BASTOS, Celso. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Seminário Justiça Restaurativa. Brasília: junho de 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>. Acesso em 9 de abril de 2020.

DEUTSCH, Morton. **The resolution of conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973.

EMBAIXADA DA FRANÇA NO BRASIL. **Liberdade, Igualdade, Fraternidade**. Publicado em 13/01/2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/Liberdade-Igualdade-Fraternidade>. Acesso em 9 de abril de 2020.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 3ª ed. Coimbra: Ed. Armênio Amado, 1978.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade**. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 31ª ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2006.

GARCIA, Basileu **Instituições de Direito Penal**. Tomo I, vol. II. 6ª ed. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1982.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)**. Curitiba: Appris, 2017.

MARSHALL, Tony. **Restaurative Justice: an Overview**. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate, 1999.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Ed. Melhoramentos, 1998.

OLIVEIRA JR., Antonio Dantas de. **Sistema Penal e Prisional: a Justiça Restaurativa, Ser ou Não Ser, e a Evolução Moral**. In *Consenso*, v. n1. NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos, 2017.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**. 3ª ed. São Paulo: Ed. Palas Athena, 2018.

ZELLERER, Evelyn. **Realizing the Potential of Restorative Justice**, in “Reconstructing Restorative Justice Philosophy”. Ed. Theo Gaurielides e Vasso Arthopoulos. Argate Publishing, 2013.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA NA 2ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE EM SÃO LUÍS-MA: UM HORIZONTE QUE SINALIZA NOVOS CAMINHOS RESTORATIVE JUSTICE AT THE 2ND JUVENILE COURT IN SÃO LUÍS-MA: A HORIZON THAT SIGNS NEW WAYS

ROBERTO CARVALHO VELOSO⁴⁴⁶

TEREZA CRISTINA SOARES DA FONSECA CARVALHO⁴⁴⁷

1. INTRODUÇÃO

O atual momento da sociedade brasileira caracteriza-se por um quadro de violência e criminalidade, que permeia os diversos espaços da vida social.

Em face desse cenário, o enfrentamento predominantemente punitivo do Estado, com a estratégia do encarceramento, não tem sido capaz de abrir horizontes para a pacificação dos atos violentos que se multiplicam a cada dia.

Nessa perspectiva, imperiosa é a necessidade de serem desenvolvidos estudos e pesquisas que apontem outros olhares capazes de contribuir para a compreensão crítica da grave realidade que se manifesta na atualidade e de subsidiar intervenções das instituições do sistema de justiça que reforcem uma ordem jurídica justa, fraterna e inclusiva.

No bojo dessa situação grave e desafiante, a Justiça Restaurativa projeta-se para a contemporaneidade como um paradigma abalizado no constitucionalismo

446. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Professor e pesquisador do Departamento de Direito e do Mestrado em Direito e Instituições de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – PPGDIR – UFMA. Juiz Federal.

447. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA).

fraternal, que busca restaurar o equilíbrio social rompido com a prática do delito como expressão concreta da violência, por meio da participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos, a saber: autor, vítima e comunidade.

Especificamente, em relação à Justiça Penal Juvenil, a abordagem restaurativa pode ser um caminho complementar, alternativo ou concorrente no processo de enfrentamento do ato infracional.

Dentro desse contexto, desenvolve-se, no momento, com o Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão – UFMA, um estudo investigativo sobre o alcance socio-jurídico da Justiça Restaurativa no âmbito dos Juizados Especiais da Infância e Juventude. Assim, o presente artigo faz parte dessa pesquisa e pretende descrever e analisar a experiência da Justiça Restaurativa desenvolvida pela 2ª Vara da Infância e Juventude em São Luís – Maranhão, com destaque para os seus avanços e desafios.

A construção deste trabalho, do ponto de vista metodológico, fundamenta-se na pesquisa bibliográfica, na pesquisa documental e na inserção em campo, mediante observação e contatos sistemáticos com o Juiz Titular da 2ª Vara da Infância, com a Secretária Judicial, com a Diretora do Núcleo de Justiça Restaurativa e com facilitadores dos círculos de diálogo.

De início, parte-se de uma atualização teórico-crítica do fenômeno da violência, de modo específico da violência criminal brasileira, considerando-a como um problema de saúde pública e com condicionantes históricos e estruturais.

Na sequência, foca-se no marco conceitual da Justiça Restaurativa como um processo colaborativo de resolução de conflitos, caracterizado pela participação efetiva do autor do delito, da vítima e da comunidade no propósito de resgatar a dignidade dos envolvidos e os vínculos sociais rompidos.

Em seguida, apresenta-se a experiência restaurativa da 2ª Vara da Infância e Juventude com adolescentes em conflito com a lei, pontuando seus avanços e desafios.

Conclui-se que a experiência ora analisada representa uma mudança de paradigma no enfrentamento do ato infracional, ultrapassando a perspectiva meramente retributiva e indica a possibilidade de o direito ser declarado por meio de práticas restaurativas voluntárias e não adversariais, ancoradas no diálogo e no entendimento, com ganhos reais para os envolvidos e para a sociedade como um todo.

2. VIOLÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL: UM DESAFIO ANALÍTICO

O estudo sobre violência é instigante, amplo e complexo. Sua multiplicidade de sentidos pode ser detectada ao longo do processo civilizatório da humanidade. Qual o seu significado? Como se expressa no tecido social? Estas são questões levantadas ao longo da trajetória histórica das sociedades.

Em sua origem a palavra violência vincula-se ao vocábulo latino *violare*, que significa violação. Nos compêndios linguísticos encontram-se definições que revelam a normatividade do idioma, da cultura e da política de uma nação. A consulta aos dicionários da língua pátria indica que a violência está ligada ao uso da força, da coação, da intimidação e do poder (FERREIRA, 1999; HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2004).

Nessa perspectiva, a utilização da força física e do constrangimento moral reúne, do ponto de vista etimológico, os elementos designativos da violência. O ato violento é concebido como a qualidade de agir com ímpeto ou uso de força bruta, com afronta ao direito e à justiça, de forma injusta e ilegal. (FERREIRA, 1999; HOUAISS; VILLAR; FRANCO, 2004; MOREIRA, 2012).

No entanto, as definições constantes dos dicionários não alcançam a heterogeneidade dos sentidos que a violência exprime na realidade concreta, nas transformações das relações sociais. Segundo Moreira (2012), os dicionários não abarcam as criações simbólicas e imaginárias, que não derivam tão somente da força física ou da motivação interna dos sujeitos, mas que são determinadas pelas condições objetivas dos processos históricos.

Nos tempos atuais a violência renova-se tanto do ponto de vista da realidade histórica quanto das percepções subjetivas que sobre ela circulam. Nesse viés, configura-se dentro de um contexto marcado acentuadamente por um individualismo que apresenta dupla demanda. De um lado, o homem contemporâneo cobiça o usufruto dos bens e serviços oferecidos pela modernidade, sendo o consumo uma meta a perseguir. E por outro lado, deseja construir a sua existência com o reconhecimento de seus pares, de sua comunidade. Ambos os propósitos guardam uma estreita relação com a violência, que ora se revela (WIEVIORKA, 1997).

Hoje as práticas de violência dirigem-se para espaços nem sempre visíveis e muitas vezes subcutâneos. Vive-se a época da sociedade do desempenho. Depara-se com um novo estágio da topologia da violência. Experimenta-se uma violência submetida ao anátema do rendimento, da performance, do

hiperconsumismo, da autoexploração, da alienação de si mesmo, da indiferença, da raiva que infecta, do poder-fazer que se concretiza tanto nos micros quanto nos macros espaços do mundo globalizado (HAN, 2017).

Especificamente em relação à violência estrutural, tem-se que os sistemas social, político e econômico, caracterizados pela concentração de renda em mãos de poucos, pela distribuição desigual da riqueza socialmente produzida, pela precária proteção de direitos e garantias das necessidades individuais e coletivas e pelo acentuado processo de desemprego que intensifica a exclusão de amplas parcelas da população, provocam a emergência ou o aprofundamento de atos de violência criminal, de violência juvenil, de violência na esfera doméstica e de diferentes formas violentas de discriminação.

No contexto da sociedade brasileira, a violência criminal agrava-se a cada dia e se constitui um problema de saúde pública dos mais alarmantes, na medida em que atinge elevados índices de segmentos populacionais.

O Atlas da Violência de 2019, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), evidencia que o Brasil alcançou em 2017, o número de 65.602 homicídios, o que o coloca em um patamar 30 (trinta) vezes maior do que o continente europeu e como uma das nações mais violentas do planeta (IPEA, 2019).

O relatório de pesquisa acima citado, referente à década de 2007 a 2017, também aponta para a disparidade existente entre as unidades da federação. Os dados revelam que a situação é mais grave nos estados do Nordeste e Norte, onde foram detectadas as maiores variações nas taxas de crescimento de homicídios, principalmente nos estados do Rio Grande do Norte, Acre e Ceará. Neste ponto, o estudo assinala que o aumento da taxa de homicídios está relacionado com a circulação de dinheiro em mercados ilícitos, em especial o de drogas e com a guerra entre as organizações criminosas.

A Organização das Nações Unidas (ONU) registrou que no Brasil, em 2016, houve a ocorrência de crimes de homicídios contra 11.351 meninos e meninas na idade de 10 a 19 anos, equivalente a 34 mortes por 100 mil habitantes (ONU BRASIL, 2019).

Esse cenário delinea-se exatamente no momento da grande transição demográfica brasileira, em que o processo de envelhecimento da população avança. Nesse sentido, nas unidades federativas do Nordeste e Norte, que mantém elevada a taxa de jovens, verifica-se o aumento progressivo de homicídios.

A pesquisa em tela revela também um agravamento da desigualdade racial, de gênero e de orientação sexual. Nesse viés, a violência letal em 2017 atingiu, sobretudo, os negros, seguidos de mulheres e de pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros (LGBT).

Gielow (2019) destaca que a banalização da violência no Brasil desencadeia repercussões ainda mais chocantes, porque não se trata de uma nação que experimenta conflitos externos e internos se comparado a países como o México, que vivencia uma luta histórica entre as forças do governo e os cartéis do narcotráfico. Nessa esteira, lembra que desde 1860 a sociedade brasileira não vive nenhum conflito em suas fronteiras, bem como datam de 1932 os últimos confrontos internos mais acirrados e importantes.

O Atlas da Violência 2019 mostra que o Maranhão reduziu a taxa de homicídios em 2017, no entanto, ainda permanece como um estado de elevada violência dentro dos padrões nacionais e internacionais de segurança e qualidade de vida (IPEA, 2019).

O fenômeno da violência maranhense tem se intensificado com o envolvimento gradual de adolescentes em atos infracionais. A maior parte desses atos infracionais possui natureza patrimonial, com destaque para atos análogos ao roubo (BARROS, 2016).

Em conformidade com o documento “Justiça Juvenil em 2014: atos infracionais, medidas socioeducativas e óbitos”, elaborado pela 2ª Vara de Infância e Juventude de São Luís, o roubo é o ato infracional mais frequente com 67,23%, seguido pelo tráfico de drogas (10,17%), associação criminosa (5,08%), homicídio (3,96%) e lesão corporal (3,96%) (MARANHÃO, 2014).

A Sociedade Maranhense de Direitos Humanos (2017) traz a preocupante informação de que as facções criminosas têm gradativamente promovido o recrutamento de jovens em faixa etária cada vez mais precoce.

Diante deste quadro crítico no âmbito do país e, de modo particular, do Estado do Maranhão, o nosso sistema de Justiça Penal oferece, predominantemente, como soluções para o enfrentamento da questão da violência, alternativas punitivas, baseadas, segundo Zehr (2017, p.7) nos “[...] conceitos estruturantes de culpa, perseguição, imposição, castigo e coerção”.

A resposta penal brasileira face à violência que assola o país tem sido fundamentalmente o aprisionamento.

Observa-se pelas consultas realizadas com o Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (INFOPEN), relatório elaborado

pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, com dados atualizados em junho de 2016, em relação aos maiores de 18 anos, um aumento crescente no número de encarcerados, registrando-se a existência de 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil, com 8.836 no estado do Maranhão.

Essas medidas de privação de liberdade têm provocado uma superlotação nos presídios, observando-se, no período pesquisado, um déficit total no país de 358.663 vagas, com uma taxa de ocupação média de 197,7%, enquanto no Maranhão evidencia-se um déficit de 3.542 vagas, com taxa de ocupação de 166,9%. Tal situação é incontestável, abrindo espaços para o surgimento de graves problemas, como motins, rebeliões, corrupção dentro e fora dos presídios, consolidação de facções criminosas, aliados à estrutura física deficiente, péssimas condições de higiene, contribuindo para a degradação e aviltamento das condições de vida da população prisional, conforme aponta Caetano (2014).

Trata-se de uma situação-limite, a indicar a relevância do tema e a necessidade premente de desenvolvimento de estudos e pesquisas capazes de contribuir para a implementação de propostas que possam enfrentar o fenômeno da violência, a sob a ótica de um paradigma de justiça com enfoque prioritário na mudança de cultura e com a participação efetiva de todos os agentes envolvidos (vítimas, ofensores, comunidades, Estado).

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA NO CONTEXTO SOCIOPENAL: UMA PERSPECTIVA TEÓRICO-CRÍTICA

No desenvolvimento dos diferentes momentos históricos das sociedades, o Direito Penal foi gradativamente aperfeiçoando os diversos mecanismos de sanções e ampliando a rede de proteção aos indivíduos.

Conforme Bianchini (2012), na Antiguidade, as primeiras expressões da pena fundamentavam-se na vingança privada, com a aplicação desproporcional e cruel de punição aos delitos. Vale destacar que já no século XVII a.C foi elaborado o Código de Hamurabi, na Mesopotâmia, que teve como dispositivo principal a norma de Talião (simbolizada pela expressão “tal qual”), que sistematizou uma relação de maior igualdade entre infração e pena.

Na Idade Média, o Direito Penal sofreu profunda influência da teologia católica romana e da Magna Carta do rei João “Sem Terra”, delineando-se uma preocupação com o conceito de justa punição para aqueles que cometiam delitos (BIANCHINI, 2012).

Nesse percurso histórico, Bianchini (2012) também destaca a importância das ideias iluministas na Idade Moderna, com a configuração das penas de uma forma mais humanizada, destacando-se no século XVIII a Revolução Francesa, que recepcionou a liberdade, a fraternidade e a igualdade como princípios e valores fundamentais da existência humana.

No Brasil, de acordo com Bianchini (2012), na primeira Constituição promulgada em 1824, ainda no período imperial, evidencia a previsão dos direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, já introduzindo o princípio da personalidade da pena, ou seja, vedando a sua extensão para familiares do infrator.

Com a Constituição Republicana de 1891 são estabelecidos o Estado Federativo, a separação da Igreja do Estado e a abolição da pena de galés e de banimento judicial.

Sob a forte influência da República de Weimar de 1919 e das Cartas Constitucionais do México em 1917, é, no nosso país, promulgada a Constituição de 1934, com a consagração do direito ao voto secreto e ao voto da mulher.

Já a Constituição de 1937, do chamado Estado Novo, inibiu a ampliação dos direitos fundamentais, reduzindo-os em comparação às constituições anteriores.

Em 1946, surge uma nova constituição, marcada pelo período pós-ditatorial, configurando-se o resgate do Estado de Direito, retornando a instituição do Júri, com a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, garantindo o princípio da individualização da pena.

Na vigência de um regime militar ditatorial, a Constituição de 1967 restringe vários direitos individuais, mantendo, porém, a garantia da preservação da integridade física e moral do cidadão privado de liberdade.

A partir do processo de redemocratização da sociedade brasileira é promulgada a Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”. Neste texto constitucional, os princípios e direitos fundamentais são consagrados como cláusulas pétreas, com destaque para a dignidade da pessoa humana.

Não obstante os avanços conquistados nos textos constitucionais, em particular na Constituição de 1988, a cultura penal em vigor em nosso país fundamenta-se predominantemente no paradigma retributivo, considerando a punição como retribuição ao crime praticado.

De acordo com os ensinamentos de Pinto (2005; 2007) e Nucci (2014), a Justiça Retributiva se caracteriza fundamentalmente por:

- a. conceber o crime como ato contra a sociedade representada pelo Estado, com ênfase na unidisciplinaridade;
- b. prevalência do interesse público na punição;
- c. responsabilidade individual do agente que cometeu o delito;
- d. interpretação dogmática do direito penal;
- e. emprego formal e rígido na aplicação dos procedimentos;
- f. predominância da indisponibilidade da ação penal;
- g. foco punitivo dirigido ao infrator, visando a sua intimidação;
- h. maior aplicação de penas privativas de liberdade, restritivas de direito e multa;
- i. atores principais como autoridades que representam o Estado e os profissionais do Direito, a quem compete o processo decisório;
- j. vítima ocupando um lugar secundário no processo, sem a devida assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado;
- k. infrator isolado do convívio da sociedade, não sendo efetivamente responsabilizado pelo dano causado, mas punido pelo fato que praticou, conforme Vasconcelos (2017).

Uma outra concepção teórica de aplicar a Justiça Criminal pelo Estado relaciona-se à Justiça Restaurativa. Embora os estudiosos ainda não tenham chegado a um consenso quanto ao conceito específico de Justiça Restaurativa, segundo Zehr (2017, p.54):

Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que tem interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

De acordo com Bittencourt (2017), é difícil situar cronologicamente o marco histórico do surgimento da Justiça Restaurativa. De acordo com o ensinamento de Saliba (2009, p. 146), “[...] a justiça restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários”.

No início do século XX, em razão de conflitos entre trabalhadores das estradas de ferro dos Estados Unidos, conforme aponta Bianchini (2012), surgiram alguns programas de ações restaurativas nas áreas comercial e de

discriminação de conflitos étnicos, sendo que na década de 70 foram adotados encontros de restauração para resolução de conflitos em pequenas comunidades norte-americanas.

No Canadá, em 1976, foi fundado o Centro de Justiça Restaurativa Comunitária de Victoria (VOM), a partir de uma experiência exitosa de resolução de conflitos decorrentes de atos de vandalismo praticados contra propriedades privadas. Tanto nos Estados Unidos quanto no Canadá, os habitantes indígenas já empregavam nas ocorrências criminais uma organização metodológica incorporada em suas tradições, baseada na abordagem restaurativa (BIANCHINI, 2012).

O referido autor assinala ainda que em 1980 foram instalados na Austrália três centros experimentais de justiça comunitária. Logo depois, foi adotado pelo Reino Unido o primeiro serviço de mediação comunitária. Marcante, porém, é a adesão em 1988 da Nova Zelândia ao paradigma da Justiça Restaurativa com a sua incorporação no programa de justiça penal juvenil, para o que também contribuiu a cultura dos Maoris, aborígenes neozelandeses, em termos de participação familiar no resgate dos jovens infratores.

Ainda analisando a trajetória histórica da Justiça Restaurativa, Bianchini (2012) aponta a importância da obra “Trocando as Lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo” de Zehr (2018), que contribuiu para uma maior fundamentação teórica sobre o tema.

Em 1991, a Colômbia inseriu na sua Constituição a alternativa de adoção da Justiça Restaurativa em matéria criminal. Inegável, também, é a grande contribuição da aprovação do Ato de Promoção da Unidade e Reconciliação Nacional, em 1995, na África do Sul, sob o comando do então presidente Nelson Mandela, que estabeleceu a Comissão de Verdade e Reconciliação, coordenada pelo Arcebispo Desmond Tutu. Segundo Pinto (2005), a referida comissão realizou audiências públicas com ampla participação de vítimas, familiares, comunidade e ofensores, nos moldes de Justiça Restaurativa e não-retributiva. O conceito de Justiça utilizado no trabalho de pacificação nacional sul-africana foi respaldado pelo entendimento expresso por Tutu:

Justiça retributiva é largamente ocidental. O Entendimento africano é muito mais restaurativo – não tanto para punir como para compensar e restaurar o equilíbrio que foi quebrado. A justiça que esperamos é restauradora da dignidade das pessoas (PINTO, 2005, p. 406).

Nesta perspectiva, a visão de Justiça Restaurativa adotada na África do Sul fundamentou-se não somente nos valores cristãos de perdão aos erros cometidos, bem como na compreensão indígena africana do conceito de “Ubuntu”, pois, de acordo com o arcebispo Tutu, citado por Pinto (2005, p. 405), “[...] um ser humano só é um ser humano por meio de outros e, se um deles é humilhado ou diminuído, o outro o será igualmente”. Daí provém a noção de pertencimento a uma comunidade.

Em 2001, na Europa, foi proferida a decisão do Conselho da União Europeia sobre a participação das vítimas nos processos penais, com a consequente implantação de lei nos Estados deste continente. Neste mesmo ano, foram publicadas resoluções do Conselho Econômico e Social da ONU (ONU, 2015), determinando conceitos relativos à Justiça Restaurativa. Consoante Bianchini (2012), observa-se, nos dias atuais, a expansão de programas de Justiça Restaurativa na esfera penal em um número significativo de países.

No Brasil, desde 2002, foram criados projetos pilotos de Justiça Restaurativa, a exemplo do que ocorreu em Porto Alegre, Brasília, São Caetano do Sul e São Paulo, sendo que, na capital gaúcha o trabalho é voltado para a área da infância e juventude, na capital federal para infratores adultos e no estado de São Paulo com atuação focada em escolas.

A revisão da literatura jurídica vigente, proveniente de Zehr (2017; 2018) e da ONU (2015) ensina que no paradigma restaurativo o enfoque encontra-se na solução do problema, nas responsabilidades e obrigações, com perspectivas no futuro. Há possibilidades de arrependimento e perdão, do envolvimento direto dos participantes, da vítima e do ofensor serem partes essenciais tanto do problema quanto da solução e verifica-se a responsabilização do ofensor, no sentido de reparar o dano causado e compreender a repercussão de sua ação perante a vítima, a família, a comunidade e a sociedade em geral.

De conformidade com Zehr (2017), a Justiça Restaurativa não substitui necessariamente o sistema judicial, nem oferece respostas para todas as situações concretas, sendo focada em necessidades e papéis, que muitas vezes são negligenciados pelo atual sistema penal. Essas necessidades, segundo este autor, referem-se à informação que deve ser prestada àqueles que sofreram o dano, à importância de falar a verdade inserida no contexto específico, possibilitando à vítima contar a sua história, ao seu empoderamento, dando-lhe oportunidade de identificar suas próprias carências, ao invés destas serem estabelecidas pelo Estado e pelos seus defensores.

Quanto ao ofensor, estabelece-se a necessidade de responsabilização pelo dano causado, refletindo sobre o ato praticado por ele e as suas consequências na vida da vítima e da comunidade e a possível adoção de medidas para reparação do ato lesivo. Em relação à comunidade, esta apresenta também a necessidade de participar no processo de resolução do conflito, seja assumindo papéis em defesa dos que sofreram o dano, seja construindo um senso comunitário de responsabilidade mútua.

No entendimento de Pinto (2005) e Nucci (2014), os elementos da Justiça Restaurativa compreendem:

- a. o crime como ato contra a comunidade, contra a vítima e contra o próprio ofensor, com ênfase numa visão multidisciplinar;
- b. responsabilidade social pelo delito;
- c. procedimentos informais e flexíveis;
- d. predomínio da disponibilidade da ação penal, da reparação do dano e da conciliação;
- e. foco no atendimento à vítima.

É relevante acrescentar a necessidade do papel do Facilitador, que deverá ser um profissional (advogados, terapeutas, psicólogos, assistentes sociais, entre outros) devidamente capacitado para coordenar o diálogo aberto na abordagem restaurativa.

Importante ressaltar que o paradigma da Justiça Restaurativa se respalda nos seguintes princípios (BIANCHINI, 2012; ZEHR, 2017):

- a. Voluntariedade, o que equivale dizer que a atuação das partes não é obrigatória, nem pode ser resultado de toda e qualquer forma de coação;
- b. Confiabilidade, que preserva o sigilo das informações obtidas no decorrer do processo;
- c. Celeridade, exigindo maior rapidez na execução da abordagem restaurativa;
- d. Urbanidade, devendo ser encaminhado com base no bom relacionamento e equilíbrio entre as partes;
- e. Adaptabilidade, ou seja, a justiça restaurativa precisa ter procedimentos flexíveis, adequando o caso concreto ao melhor procedimento possível;
- f. Imparcialidade, em que o facilitador, ao ser inserido na resolução do conflito, não pode prejudicar o andamento do processo restaurativo com eventuais preferências e identificações em relação a uma das partes.

A Justiça Restaurativa materializa uma cosmovisão, sustentada em pressupostos ético-filosóficos, a remeter a princípios fundantes:

- a. Dignidade da Pessoa Humana, que se constitui um atributo próprio da condição humana. Trata-se de um valor fundamental, com estatura jurídica constitucional, vinculado à justificação ética e à efetividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (MATOS; SANTANA; GOSTINSKI, 2018);
- b. Fraternidade, que representa o reconhecimento do outro como irmão, da humanidade comum, da solidariedade responsável, do cuidado recíproco (FONSECA, 2019);
- c. Cidadania, na perspectiva de afirmação da pessoa humana como sujeito de direitos e responsabilidades, de exercício de seu poder de construir e transformar a vida em sociedade (ARAUJO, 2017);
- d. Inclusão Social, como uma expressão emancipatória em relação aos grupos e segmentos atingidos por violências estruturais e jurídicas. Significa um pressuposto essencial para a concretização da dignidade humana (COCURUTTO, 2008).

Na contemporaneidade, em tempos sombrios de violência, criminalidade, insegurança e profundas desigualdades, a busca de soluções corajosas e eficientes torna-se obrigatória para a construção de uma sociedade justa. Nessa esteira, Fonseca (2019, p. 148-149) destaca o alcance sociojurídico da Justiça Restaurativa como uma expressão concreta do Princípio Constitucional da Fraternidade e preconiza que:

[...] é um método de solução de conflitos e também medida a viabilizar o acesso à ordem jurídica justa, complementando o papel do sistema jurisdicional. A partir da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, a metodologia se consolidou no Brasil como uma das portas de acesso à justiça em seu sentido amplo. O trabalho, o estudo, a arte, a música, etc. devem servir para compensar a pena do preso, viabilizando, assim, a progressão da pena e o cumprimento da pena.

Velasco, Silva e Chemin (2016) também enfatizam o alcance sociojurídico da Justiça Restaurativa, na medida em que pode ser instrumento de viabilização dos direitos humanos, de inclusão e de pacificação social. Ao reparar os danos materiais, emocionais e simbólicos, ao centrar no diálogo e na consensualidade com a observância das necessidades e papéis dos interessados, ao resultar num

acordo restaurativo com a participação efetiva da vítima, familiares, ofensor e comunidade, essa metodologia paradigmática de fazer justiça concorre para a autonomia e emancipação dos sujeitos envolvidos nos conflitos.

As autoras alertam, porém, para a importância da Justiça Restaurativa ser respaldada pelo desenvolvimento de Políticas Públicas, em especial, Políticas Sociais (Educação, Saúde, Cultura, Lazer, entre outras). Há, portanto, a necessidade de enfrentamento dos conflitos por meio de uma interlocução permanente com a Sociedade Civil, a União, os Estados e os Municípios e com a adoção de Políticas Públicas inclusivas e emancipatórias.

Dessa forma, o alcance sociojurídico do paradigma restaurativo vincula-se intrinsecamente ao resgate da cidadania, da inclusão social e da autonomia das pessoas como sujeitos de direitos e obrigações. Refere-se às repercussões do arcabouço e das medidas jurídico-legais no campo social, na vida em sociedade. A rigor, trata-se do alcance social deste paradigma de justiça, no sentido de propiciar condições objetivas para processos de inclusão, em meio aos limites estruturais da contemporaneidade brasileira, a atingir um considerável contingente de crianças e jovens, sobretudo os que estão às margens da vida social.

Logo, o alcance sociojurídico da Justiça Restaurativa diz respeito às perspectivas reais de construção da cidadania para pessoas que entraram em conflito com a lei, mas tem potencialidades a serem trabalhadas, visando construir formas efetivas de inserção social, fundadas no respeito à dignidade da pessoa humana, no pleno exercício da justiça.

Em verdade, a Justiça Retributiva vem se mostrando insuficiente para dar respostas efetivas de inclusão social, em face do crescimento vertiginoso das violências e criminalidade juvenil (SCURO NETO, 2004; PINTO, 2005; NUCCI, 2014; SOUSA, 2017; ZEHR, 2017; 2018).

As condições objetivas de aplicabilidade de Justiça Retributiva, em especial o sistema prisional, não garantem condições de reinserção das pessoas na sociedade (SCURO NETO, 2004; SALIBA, 2009; CAETANO, 2014; FONSECA, 2019).

A Justiça Restaurativa é um processo colaborativo de resolução de conflitos, que se configura a partir da participação efetiva da vítima, do ofensor e da comunidade numa perspectiva de construção democrática (PINTO, 2005; PALLAMOLLA, 2009; BIANCHINI, 2012; FONSECA, 2019; ZEHR, 2017; 2018).

No contexto brasileiro do século XXI, a Justiça Restaurativa apresenta potencialidades de inclusão social e de resgate da cidadania daqueles indivíduos

que vivenciam rupturas de laços sociais (SCURO NETO, 2004; PINTO, 2005; PRANIS, 2010; TIVERON, 2014; VELASCO; SILVA; CHEMIN, 2016; BITTENCOURT, 2017) e está intrinsecamente vinculada ao desenvolvimento das Políticas Públicas, em especial Políticas Sociais (VELASCO; SILVA; CHEMIN, 2016; FONSECA, 2019).

Nos termos da Resolução 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2016, p. 3), que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, esta se constitui:

[...] como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais, motivadores de conflitos e violência e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados.

Essa resolução prevê a participação do ofensor e da vítima, quando houver; das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, inclusive representantes da comunidade atingida de forma direta ou indireta e de facilitadores restaurativos, que devem ser preparados com técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos, podendo ser servidor do Judiciário, agente público, voluntário ou representante indicado por instituições parceiras.

O referido documento estabelece ainda que, no âmbito judicial, os procedimentos e processos para fins de atendimento restaurativo poderão ser encaminhados em qualquer fase de tramitação pelo Juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos advogados e dos serviços de Psicologia e Serviço Social, além da própria autoridade policial.

Referidos procedimentos consistem em Sessões coordenadas por facilitadores, que, ao final, se assim for da vontade das partes, redigirão o termo de Acordo, quando obtido, ou atestarão o insucesso das tratativas realizadas, podendo ser homologados pelo Juiz e/ou seguirem com a tramitação judicial convencional.

Em suma, a Justiça Restaurativa é um conceito e uma proposta em construção que a cada dia aproxima-se de um sistema multiportas de realização de justiça, podendo na esfera penal ser uma alternativa metodológica no enfrentamento de delitos de menor potencial ofensivo e até mesmo em crimes que geram danos mais graves.

4. A EXPERIÊNCIA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NA 2ª VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE EM SÃO LUÍS- MARANHÃO: AVANÇOS E DESAFIOS

Historicamente, no cenário mundial e nacional, os adolescentes ocupavam uma condição de insignificância jurídica, política e social ou então eram considerados em situação irregular e, por consequência, objetos da tutela estatal (CARVALHO; RAMOS, 2019).

A literatura ensina que as crianças e os adolescentes, até o século XIX, não possuíam personalidade, sendo comum a negligência da família em relação aos cuidados com a sua saúde física, emocional e intelectual e a aplicação de castigos corporais inquestionáveis. Em particular, os que chegavam ao Brasil colonial exerciam as funções de pajens, ajudantes de navios e a muitos se destinava o trabalho braçal, que se diferenciava do trabalho dos adultos tão somente pelo grau de intensidade de sua força de trabalho. Os mais abastados, acompanhavam as suas famílias e tinham acesso à educação formal com o estabelecimento de propósitos bem definidos: os meninos deveriam ser formados para substituírem os pais nos negócios e as meninas preparadas para casamentos escolhidos pela família (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017).

Em decorrência das ideias iluministas e do avanço das lutas sociais, o século XX emerge com movimentos em prol da proteção do trabalho do menor. Na sociedade brasileira, o Código de Menores, denominado Código Mello Mattos, foi promulgado em 1927, por meio do Decreto nº 17.943-A, e sob a influência da Lei de Proteção à Infância, editada em 1911, e da Declaração dos Direitos da Criança, firmada em 1923. Este Código regulamentou as chamadas situações irregulares dos menores. Nesse contexto, o Estado estabeleceu o direito e a justiça menorista e criou órgãos de assistência social ao menor abandonado ou àqueles que cometiam delitos (LIMA; POLI; JOSÉ, 2017).

Importantes acontecimentos contribuíram para a consolidação do processo de reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes. Com o Código Penal Brasileiro, editado em 1940, a maioria penal foi ampliada de 14 anos para 18 anos, permanecendo esse dispositivo até os dias de hoje. A Declaração Universal dos Direitos da Criança, firmada em 1959, pela Organização das Nações Unidas (ONU, 1959), protegeu o pleno desenvolvimento da criança e do adolescente, atribuindo à família, ao Estado e à sociedade papel relevante. Emblemática também foi a Convenção Americana

de Direitos Humanos, realizada em 1969, mais conhecida como o Pacto de São José da Costa Rica (OEA, 1969), que assentou o direito de toda criança ser protegida pelo Estado, pela sociedade e pela família com vistas a assegurar a sua formação integral.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), as crianças e os adolescentes passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos equivalentes aos dos adultos.

Nessa esteira, as bases jurídicas desse novo paradigma na área da infância e adolescência foram conferidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (BRASIL, 1990) criado pela lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

Assim, do ponto de vista constitucional e legal, os adolescentes têm garantido o seu acesso às políticas públicas voltadas para as suas necessidades básicas e para a viabilização de medidas protetivas essenciais ao seu desenvolvimento integral.

Nesse cenário, surgem nas diversas unidades da Federação as Varas da Infância e Juventude, com a perspectiva de ampliar o acesso à justiça e fortalecer o exercício da cidadania das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos.

No Maranhão, a criação das Varas da Infância e da Juventude é prevista no Código de Divisão e Organização Judiciárias do Maranhão, regulamentado pela Lei Complementar nº 14, de 17 de dezembro de 1991, com revisão e atualização feitas pela Lei Complementar nº 133/2010.

A Vara Isolada de Menores com competência plena, cível e criminal, funcionou em São Luís até 1994. Com a Lei Complementar nº 22/94, de 26 de julho de 1994, e dentro do contexto acima delineado, foram criadas duas Varas: uma com competência cível e outra com competência criminal. Nesse sentido, a 2ª Vara da Infância e Juventude emerge com competência para processar e julgar os atos infracionais atribuídos aos menores de 18 anos, conforme o artigo 9º, II, do Código supramencionado (MARANHÃO, 1994).

Referida instância especializada, assim como toda a chamada Justiça da Infância e Juventude, têm suas atribuições elencadas no artigo 148 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, criado pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que representa um marco legal relevante na proteção integral da criança e do adolescente.

Trata-se de um juízo que conta com a atuação de dois magistrados (um juiz titular e um juiz auxiliar), uma secretária judicial e vinte e três servidores

e nele tramitam duas modalidades de processos: os de conhecimento e os de execução.

De acordo com os boletins estatísticos fornecidos por essa Vara, tem-se que no triênio de 2017 a 2019 a tramitação processual registrou um quantitativo de 4.618 (quatro mil e seiscentos e dezoito) processos, sendo 2050 (dois mil e cinquenta) em 2017, 1253 (um mil e duzentos e cinquenta e três) em 2018 e 1315 (um mil e trezentos e quinze) em 2019. Esses processos referem-se principalmente à apuração de ato infracional, à execução de medidas socioeducativas e a boletins de ocorrência circunstanciada (MARANHÃO, 2018).

Quanto aos atos infracionais praticados, de acordo com Tabela Demonstrativa da 2ª Vara, estes apresentam a seguinte tipologia: Abandono de Incapaz; Adulteração de chassi; Ameaça; Apologia ao crime; Armas; Atos atípicos; Calúnia; Constrangimento ilegal; Contravenção penal; Crimes contra a criança; Crimes de Trânsito; Contra o ordenamento urbano; Dano; Desacato; Desobediência; Documento falso/falsa identidade ;Estrupo; Estrupo de vulnerável; Fuga; Furto; Homicídio; Incêndio; Injúria; Latrocínio; Lesão Corporal; Moeda Falsa; Outras Fraudes; Quadrilha ou bando; Receptação; Resistência; Rixa; Roubo; Tentativas de furto; Tentativa de Homicídio; Tentativa de Roubo; Tráfico Ilícito e uso indevido de drogas; Violação de domicílio e Violência doméstica (MARANHÃO, 2018).

Ainda com base na Tabela Demonstrativa supramencionada, o roubo é o ato infracional predominante, seguido por tráfico ilícito e uso indevido de drogas, furto, homicídio e ameaça. Essa evidência sugere uma relação estreita entre roubo e tráfico ilícito e uso indevido de drogas, além de recomendar estudos aprofundados sobre essa temática (CARVALHO; RAMOS, 2019). Nesse viés, vale destacar o entendimento de que o comércio ilegal e o consumo desenfreado de drogas, além de causar um dano direto à sociedade, também servem como instrumentos para a realização de outros crimes. Em particular o envolvimento de crianças e adolescentes no tráfico de drogas os força a praticar outros delitos na sua própria casa e na comunidade em que se encontram inseridos (ROCHA, 2018).

Com referência às decisões judiciais, a Tabela Demonstrativa acima especificada indica que essas decisões geraram Absolvição; Advertência; Processo Arquivado; Diligência para a Delegacia do Adolescente Infrator; Processo Extinto; Internação; Justiça Restaurativa; Liberdade Assistida, Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade; Mandado de Busca e Apreensão; Medida

Protetiva; Extinção por Morte do Agente; Programa de Proteção; Prestação de Serviço à Comunidade; Processo remetido para outra comarca; Remissão; Reparação de danos; Semiliberdade e em tramitação. Neste ponto, verifica-se que os atos decisórios resultaram, predominantemente, em Remissão, Advertência e Liberdade Assistida (MARANHÃO, 2018).

Importa ressaltar que os adolescentes atendidos pela 2ª Vara da Infância e Juventude são, predominantemente do sexo masculino, na faixa etária de 17, 16 e 15 anos, com primeira passagem no ato infracional, mas também com o registro de reincidência em diversos casos. Existem também aqueles adolescentes que já ativeram passagem pela 2ª Vara, mas que respondem na justiça penal comum por terem completado 18 anos (MARANHÃO, 2018).

Como juízo especializado, a 2ª Vara da Infância e Juventude compõe o Centro Integrado de Justiça Juvenil de São Luís – CIJJUV, constituído pelo Tribunal de Justiça, Ministério Público Estadual, Defensoria Pública Estadual, Secretaria de Segurança Pública e pela Fundação da Criança e do Adolescente – FUNAC (CARVALHO; RAMOS, 2019).

Essa articulação interinstitucional respalda-se no artigo 88, V do ECA (BRASIL, 1990), na Resolução nº 05/98 do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e da Criança e Adolescente – CEDCA/MA e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE (BRASIL, 2012), que preconizam a integração de espaços, atividades e atribuições comuns dos órgãos que atuam na esfera da Justiça Penal Juvenil, com vistas à segurança e à celeridade do atendimento ao adolescente (CARVALHO; RAMOS, 2019).

Na avaliação do Juiz Titular da 2ª Vara, o CIJJUV, além de possibilitar a integração entre as instituições responsáveis pela proteção e responsabilização dos adolescentes, contribui para agilizar o seu atendimento. Nessa esteira, destaca que com a criação desse espaço comum o adolescente é ouvido no prazo máximo de 48 horas a partir da sua apreensão ou ainda na hipótese de internação provisória efetiva-se, de imediato, o agendamento da audiência (MARANHÃO, 2018).

Em 2017, o CIJJUV passou a contar com o Núcleo de Justiça Restaurativa – NJR, vinculado à 2ª Vara da Infância e Juventude, que se propõe a atuar com adolescentes que praticam atos infracionais, com as vítimas/pessoas ofendidas, com familiares e com a comunidade de apoio. Esse Núcleo é formado por uma equipe interinstitucional e multidisciplinar, com profissionais provenientes da

2ª Vara da Infância e Juventude, da FUNAC, do Ministério Público estadual, além de voluntários (MARANHÃO, 2019).

Este Núcleo orienta-se pelos vetores restaurativos constantes da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, da Lei 12.594/2012 – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, da Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público e da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça que defendem por medidas socioeducativas voltadas para a restauração dos vínculos rompidos, para a responsabilização do ofensor e sua reinserção na sociedade, para a atenção e participação ativa da vítima e para a corresponsabilidade da comunidade (MARANHÃO, 2019; CARVALHO; RAMOS, 2019).

As práticas restaurativas desenvolvidas fundamentam-se na visão de Justiça Criminal Participativa, em que as partes afetadas pelo ato infracional (ofensor, vítima e comunidade) exercem papéis significativos no processo judicial, na compreensão de que o delito é um dano gerado a pessoas e comunidades e necessita de reparação, no entendimento de que a responsabilidade pela restauração tem uma dimensão social e precisa ser compartilhada coletivamente com direcionamento para o futuro, na concepção de que a reparação e a restauração exigem a atenção às necessidades da vítima e do ofensor, devendo este último compreender o impacto de sua ação e a importância de consertar as consequências danosas da sua conduta e pela perspectiva de que a Justiça é realizada por meio de ações colaborativas e inclusivas e avaliada pelos resultados alcançados (BIANCHINI, 2012; ZEHR, 2018).

O NRJ realiza práticas restaurativas a partir de procedimentos ou processos judiciais em qualquer fase de tramitação, podendo ser encaminhados pelos magistrados da 2ª Vara da Infância e Juventude, pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, a requerimento das partes e de seus advogados, assim como por sugestão da autoridade policial no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial. Referidas práticas poderão ser alternativas na hipótese de remissão cumulada com o procedimento restaurativo, concorrentes na situação de remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto e complementares em qualquer fase do processo judicial (MARANHÃO, 2017).

Oportuno transcrever a seguir uma decisão judicial do Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude que evidencia a perspectiva restaurativa na abordagem do ato infracional com o respectivo envio ao Núcleo de Justiça Restaurativa:

2ª Vara da Infância e Juventude de São Luís

Processo nº xxxxxxxxxxxx

Boletim de Ocorrência Circunstanciada

Decisão

Trata-se de representação pela prática de atos infracionais correlatos tipificados no art. 140 e 147 do Código Penal, em face de XXXXX, tendo como vítimas o irmão do adolescente e sua genitora, conflito familiar, notadamente decorrente do comprometimento do adolescente com o uso de drogas.

Considerando a natureza do ato infracional praticado e as condições pessoais do adolescente, deixo de receber a representação nesse momento, para determinar o encaminhamento dos autos ao Núcleo de Justiça Restaurativa para as providências necessárias a implantação de práticas restaurativas.

Juntado o Relatório conclusivo das práticas, retorne os autos conclusos para decisão.

São Luís, 04 de fevereiro de 2019.

José dos Santos Costa

Juiz de Direito da 2ª Vara da Infância e Juventude. (MARANHÃO, 2017).

Com o encaminhamento dos procedimentos e processos judiciais, a Coordenação do Núcleo o insere no banco de dados e procede à identificação dos profissionais que cumprirão a função de facilitador nas sessões restaurativas com o correspondente agendamento dos futuros atendimentos e com a devida intimação do adolescente que praticou o ato infracional, da vítima, de suas famílias e de representantes da comunidade direta ou indiretamente afetada. Nesse sentido, vale destacar que a realização das sessões restaurativas só ocorrerá se houver concordância das partes envolvidas, em consonância com o Princípio da Voluntariedade que rege a Justiça Restaurativa (MARANHÃO, 2017).

Convém ressaltar que em caso de êxito do procedimento restaurativo será juntado ao processo, ao final, um acordo restaurativo com o registro das sessões e posterior devolução ao Juízo da 2ª Vara da Infância e Juventude para fins de homologação, com a manifestação prévia do Ministério Público. No entanto, ainda que o procedimento restaurativo não seja exitoso no sentido da autocomposição, um plano de ação poderá ser apresentado, de modo a contribuir para a não reincidência do ato infracional (MARANHÃO, 2017).

Em termos metodológicos, as práticas restaurativas seguem os processos circulares de construção de paz, círculos de diálogos e círculos de resolução

de conflitos de Kay Pranis, bem como as abordagens propostas pelo Instituto Internacional de Práticas Restaurativas, os círculos e reuniões restaurativas de Jean Smith, a comunicação não violenta e o círculo restaurativo do Domick Barter (MARANHÃO, 2019).

Em particular, destacam-se os círculos de diálogo realizados nas sessões restaurativas, que apresentam o bastão de fala como elemento vital na condução dos processos circulares. Trata-se de um objeto que circula pelas mãos de cada participante do círculo e o seu detentor poderá se manifestar, se assim o quiser, com a escuta atenta e respeitosa dos demais membros. Esse recurso assegura a fala individual e coletiva sem interrupções e contribui para a ordenação e democratização do diálogo. Seu significado simbólico acena para a concepção de que cada participante tem algo a oferecer, a contribuir no processo de restauração dos vínculos rompidos (PRANIS, 2010).

Nesse sentido, pode-se inferir que os círculos de diálogo são espaços importantes para a compreensão das necessidades de todos os membros do grupo com a abertura da possibilidade de ser construído um processo decisório consensual, que distribua ganhos e atenda aos interesses de todos.

A relevância e o alcance dos círculos podem ser expressos na narrativa de pesquisa abaixo transcrita:

Estava com medo de vir aqui hoje. Pensei que iam brigar comigo pelo que fiz e na hora essa surpresa. Tô aliviado. Tô falando aquilo que nunca posso falar. Tô falando o meu sentimento. Tô sendo ouvido numa boa. Mas também escuto o que os outros falam. No fundo temos muita coisa parecida. Ah como tudo podia ser diferente se a gente pudesse morar melhor, estudar direito e se divertir também. A vida da gente é difícil. A gente vive de teimoso. (CARVALHO, 2019, s.p., Informação verbal).

Ao descrever e analisar a experiência restaurativa desenvolvida pela 2ª Vara da Infância e Juventude evidencia-se um avanço significativo no paradigma criminal, especificamente com relação à Justiça Penal Juvenil. O tripé do diálogo, da participação e da consensualidade de todos os envolvidos no ato infracional remete ao acesso de uma ordem jurídica justa em que o poder é compartilhado com o outro, com o ofensor, com a vítima, com a comunidade (FONSECA, 2019).

Esse paradigma restaurativo, longe de compactuar com a impunidade, propõe a responsabilização do autor do ato infracional e a reparação do dano.

Seu foco centra-se nas necessidades e nos papéis de todos os envolvidos na ordem violada. Acentua os direitos da vítima e valoriza os danos causados à comunidade. Seu resgate volta-se para aquilo que foi dividido e rompido. Seu propósito é a restauração da dignidade das partes afetadas pelo comportamento danoso, com alicerce na fraternidade jurídica e na inclusão social.

O percurso é de avanço, mas também de grandes desafios. Além de limites de ordem estrutural que propiciam as desigualdades e a exclusão de grandes parcelas da população, necessária é a mudança de cultura na sociedade, no direito, nas instituições do sistema de justiça, onde ainda predominam a visão de que o delito é apenas uma violação da lei e como tal a resposta estatal deve ser meramente punitiva, desconsiderando o sofrimento e as necessidades da vítima e os danos sociais causados à comunidade.

Importa ressaltar que experiências como estas precisam de um suporte institucional que valorize o quadro de profissionais, tanto em termos de capacitação continuada quanto de justa remuneração, sem prejuízo de uma rede interinstitucional que assegure uma articulação efetiva entre os órgãos engajados.

Cabe, por fim, destacar os desafios referentes à aproximação necessária entre a prática restaurativa e a implementação de políticas públicas inclusivas de amparo à proteção integral dos adolescentes, das vítimas e das comunidades, como sujeitos de direitos e obrigações.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A revisão da literatura existente indica que o fenômeno da violência esteve presente na experiência humana desde os seus primórdios. Suas formas de manifestação, seu significado, seus impactos e repercussões variam de acordo com as totalidades sociais concretas em que emerge e se consolida.

Na contemporaneidade, a violência reflete, de um lado, o desejo do homem de usufruir os bens e serviços tão enaltecidos pelo mercado de consumo e, de outra parte, pela necessidade de ser reconhecido e ter legitimidade no meio em que vive.

Na sociedade do desempenho dos tempos atuais, os atos de violência nem sempre expressam a visibilidade robusta de outras conjunturas históricas. Muitas vezes movem-se nos subterrâneos do tecido social, com circulação

voltada predominantemente para o superconsumo, para a alta rentabilidade, para a máxima performance.

Nos sistemas econômicos e políticos em que a riqueza concentra-se em mãos de um pequeno grupo e a pobreza amplia-se por meio de um processo perverso de exclusão social, com precária rede de proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos, a violência torna-se estrutural e contribui para o agravamento da violência criminal.

A violência criminal representa um problema global de saúde pública. No Brasil, a sua escalada desenfreada tem atingido segmentos consideráveis da sociedade, notadamente jovens adolescentes sejam como autores, seja como vítimas, em um momento em que se intensifica o processo de envelhecimento da população.

Diante desse quadro a resposta do Estado volta-se para uma atuação predominantemente, com a alternativa do encarceramento, que superlota os presídios brasileiros, em condições que muitas vezes desumaniza e se afasta do ideário ético de ressocialização da pena.

A Justiça Restaurativa, como paradigma alicerçado na cultura do encontro, do diálogo e da paz, acena para a reparação do dano, com a devida responsabilização do ofensor e com a participação efetiva da vítima e da comunidade afetadas pela ordem violada. Norteia-se por um duplo vetor: o reconhecimento racional do sentimento de justiça e a salvaguarda do exercício da cidadania democrática. Engloba ações afirmativas e transformadoras para a emancipação do sujeito como protagonista da sua história. Nesse contexto, inserem-se o adolescente autor do ato infracional e as partes alcançadas pela conduta danosa.

Na experiência restaurativa desenvolvida pela 2ª Vara da Infância e Juventude em São Luís – Maranhão vislumbra-se a possibilidade real de ser construído um sistema de justiça juvenil para além da visão meramente punitiva que considera a sanção como um fim em si mesmo. Não se trata de reforço à impunidade nem de subjetivismo que dificulta a racionalização da ordem penal e do próprio direito. Refere-se a um novo olhar de enfrentamento da violência. O entendimento básico é o de que não existe cidadania sem responsabilidade e que o processo de responsabilização do ato infracional exige o devido processo e o rigor do garantismo legal, com a cuidadosa atenção à dor e às necessidades da vítima e com a participação da comunidade direta ou indiretamente afetada pelo dano na busca de restauração dos vínculos rompidos.

Com amparo na doutrina de proteção integral recepcionada pela Carta Política de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA e pelo Sistema Nacional Socioeducativo, a prática restaurativa em comento abre o horizonte de estabelecimento de relações horizontais em que o poder é compartilhado com diálogo, entendimento e consenso. Constitui-se uma expressão concreta de democratização da justiça.

O estudo analítico realizado indica que houve avanços significativos no tratamento do ato infracional, na forma de dizer o direito, de conceber o ofensor, a vítima e a comunidade.

Não obstante as conquistas alcançadas, há de ser sedimentada uma mudança de cultura na sociedade e nas próprias instituições do sistema penal. É preciso insistir em caminhos que complementem e aprimorem a visão retribucionista. É necessário também um maior apoio institucional para que práticas como esta se consolidem e se ampliem na tessitura sociojurídica. Mas também, torna-se imprescindível a implementação de políticas públicas que contribuam efetivamente para a inclusão social e para a pacificação da violência.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, J.M. Cidadania, desenvolvimento e dignidade humana: uma releitura da esfera pública arendtiana à luz da solidariedade. **Pensar – Revista de Ciência Jurídica**, Fortaleza, v. 22, n. 2, p. 567-580, maio/ago. 2017.

BARROS, V. Adolescentes em conflito com a lei nas teias do sistema de responsabilização: o tortuoso caminho para implementação do SINASE no contexto maranhense. *In*: CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 25, 2016, Curitiba. **Anais...** Curitiba, 2016. Disponível em: <http://br.123dok.com//document/zpnlj4ry-o-tortuoso-caminho-para-implementacao-do-sinase-no-contexto-maranhense-valdira-barros.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BIANCHINI, E.H. **Justiça Restaurativa: um desafio à Praxis Jurídica**. Campinas, SP: Servanda, 2012.

BITTENCOURT, I. B. Justiça restaurativa. *In*: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 2017. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa>. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília (DF): Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. Brasília (DF), 1990.

BRASIL. **Lei Nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)... Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução Nº 118, de 1º de dezembro de 2014.** Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-118.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

CAETANO, D. A superlotação nos presídios brasileiros. *In: Jornal Opção*, São Paulo, 24 fev. 2014. Disponível em: <http://www.jornalopcao.com.br/posts/ultimas-noticias/a-superlotacao-nos-presidios-brasileiros>. Acesso em: 16 mar. 2020.

CARVALHO, T.C.S.F. **Configurações da justiça restaurativa e o seu alcance sociojurídico:** uma apreciação crítica de sua abordagem pelos Juizados Especiais da Infância e Juventude em São Luís-Maranhão. Projeto (Qualificação) – Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições de Justiça da Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 2019. (Não Publicado).

CARVALHO, T.C.S.F.; RAMOS, E.M.B. Justiça Restaurativa no Maranhão: um caminho para concretização de direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei. *In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI*. Belém, PA, 2019.

COCURUTTO, A. **Os princípios da dignidade da pessoa humana e da inclusão social.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016.** Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em: 20 mar. 2020.

FERREIRA, A.B.H. **Novo Aurélio século XXI:** o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FONSECA, R.S. **O princípio Constitucional da Fraternidade:** seu resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GIELOW, I. Violência brasileira supera a mexicana e empata com a do Iraque. *In: Folha de São Paulo*, São Paulo, 06 jun. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/06/violencia-brasileira-supera-a-mexicana-e-empata-com-a-do-iraque.shtml>. Acesso em: 20 mar. 2020.

HAN, B. C. **Topologia da violência.** Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HOUAISS, A., VILLAR, M.; FRANCO, F. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. **Atlas da Violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf. Acesso em: 03 abr. 2020.

LIMA, R.M.; POLI, L.M.; JOSÉ, F.S. A Evolução Histórica dos Direitos da Criança e do Adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas (Online)**, v. 7, n. 2, p. 313-329, 2017.

MARANHÃO. **Lei Complementar nº 22/94**, de 26 de julho de 1994. São Luís-MA, 1994.

MARANHÃO. Poder Judiciário. 2ª Vara da Infância e Juventude de São Luís. **Relatório Justiça Juvenil 2014**: atos infracionais, medidas socioeducativas e óbitos. São Luís, 2014.

MARANHÃO. Poder Judiciário. **Regimento Interno do Núcleo de Justiça Restaurativa**. São Luís-MA: Centro Integrado de Justiça Juvenil de São Luís, 2017.

MARANHÃO. Poder Judiciário. 2ª Vara da Infância e Juventude de São Luís. **Relatório de Inspeção Judicial nas Unidades de Internação e Semiliberdade. Maio/Junho, 2018**. São Luís-MA, 2018.

MARANHÃO. **Relatório Avaliativo do Núcleo de Justiça Restaurativa do Centro Integrado de Justiça Juvenil**. São Luís-MA, 2019.

MATOS, A.G.T.; SANTANA, S.; GOSTINSKI, A. **Dignidade da pessoa humana: estudos para além do direito**. 2. ed. São Paulo: Tyrant, 2018.

MOREIRA, R.R. **A designação de violência em dicionários da língua. Fragmentum. Laboratório Corpus**: UFSM, p. 40 – 48, abr./jun. 2012.

NUCCI, G.S. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 20 mar. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1069.html>. Acesso em: 20 mar. 2020.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Secretaria Geral das Nações Unidas sobre violência contra a Criança. **Promovendo justiça restaurativa para crianças e adolescentes**. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Associação de Magistrados Brasileiros, 2015.

ONU BRASIL. UNICEF **capacita 1,9 mil municípios brasileiros para combater violência contra crianças e adolescentes**. ONU.org, 25 abr. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/unicef-capacita-19-mil-municipios-brasileiros-para-combater-violencia-contra-criancas-e-adolescentes/>. Acesso em: 05 abr. 2020.

PALLAMOLLA, R.P. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), 2009.

PINTO, R.S.G. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C., De VITTO, R.C.P, PINTO, R.S.G. (Org.). **Justiça Restaurativa: coletânea de artigos**. Brasília (DF): Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PINTO, R.S.G. **Justiça restaurativa: o paradigma do encontro**. 2007. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13205-13206-1-PB.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2020.

PRANIS, K. **Processos circulares de construção de paz: teoria e prática**. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROCHA, R. T. L. **Criminalidade gerada pelo tráfico de drogas**. Artigo (Curso de Pós-graduação em Polícia e Segurança Pública), Goiás, 2018. Disponível em: https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/788/1/979157366-1362_R%C3%B4mulo_T%C3%A1ssio_Lustosa_Rocha_deposito_final.1_13447_1856000153.pdf. Acesso em: 27 mar. 2020.

SALIBA, M.G. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. São Paulo: Juruá, 2009.

SCURO NETO, P. Por uma Justiça Restaurativa ‘real e possível’. *In*: **Seminário “Justiça Restaurativa. Um caminho para os Direitos Humanos”**. Porto Alegre: Instituto de Acesso à Justiça (Brasil)/Justice (Inglaterra), 2004. Disponível em: https://www.academia.edu/2365505/Por_uma_Justi%C3%A7a_Restaurativa_real_e_poss%C3%ADvel. Acesso em: 21 mar. 2020.

SOCIEDADE MARANHENSE DE DIREITOS HUMANOS. **Monitoramento da violência no Maranhão**. São Luís, 2017. Disponível em: <http://smdh.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Monitoramento-da-Viole%C3%A7%C3%A3o-2017-Boletim-SMDH.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

SOUSA, M. A. **Adolescências(s) em conflito com a Lei e a justiça juvenil:** (des) continuidades na aplicação das medidas socioeducativas. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017. Disponível em: <https://tedebc.ufma.br/jspui/bitstream/tede/1316/2/Mara%20Alves%20de%20Sousa.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TIVERON, R. **Justiça restaurativa e emergência da cidadania na dicção do direito:** a construção de um novo paradigma de justiça criminal. Brasília (DF): Thesaurus, 2014.

VASCONCELOS, C. E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas.** 5. ed. São Paulo: Rio de Janeiro: Sulina; Método, 2017.

VELASCO, C. B.; SILVA, E. L.; CHEMIN, L. **Justiça restaurativa e inclusão social.** 2016. Disponível em: https://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/_pdf/ANAIS2016/Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20e%20Inclus%C3%A3o%20Social.pdf. Acesso em: 20 mar. 2020.

WIEVIORKA, M. O novo paradigma da violência. **Tempo Social**, v.9, n.1, p. 5-41, 1997. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0103-20701997000100002&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 20 mar. 2020.

ZEHR, H. **Justiça Restaurativa.** 2. ed. São Paulo: Palas Athena, 2017.

ZEHR, H. **Trocando as Lentes:** justiça restaurativa para o nosso tempo. 3. ed. São Paulo: Palas Athena, 2018.

JUÍZO DE ADEQUAÇÃO: A AUTENTICIDADE CONSTITUCIONAL E A INTERPRETAÇÃO DISRUPTIVA

JOSÉ CLÁUDIO PAVÃO SANTANA⁴⁴⁸

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a interpretação constitucional. E o faz tendo por objetivo exercer o direito de crítica que deve comportar o pensamento científico, tendo em vista a real compreensão de um dos fundamentos constitucionais de larga deturpação: o pluralismo político.

Passados trinta anos de vigência da Constituição da República – denominação que se prefere pela extensão substancial que possui em relação a Constituição Federal – e ainda nos deparamos com o juízo impróprio que confunde o pluralismo político com a multiplicação partidária excrescente existente no Brasil. São coisas diversas.

E é por compreender que a convivência de divergências não implica em desqualificação do pensamento oposto é que a crítica é elaborada com a expectativa de que possa contribuir para esta obra que homenageia, justamente, um dos grandes acadêmicos que emolduram o Superior Tribunal de Justiça, o Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca.

A abordagem valoriza a compreensão de que o conhecimento científico impõe provocações que desejam ser mais contributivas do que desatenciosas

448. Pós-Doutorado no IGC-CDH Faculdade de Direito de Coimbra. Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional pela PUCSP). Mestre em Direito pela FDR-UFPE. Professor Associado IV da UFMA do Curso Mestrado em Direito e do Sistema de Justiça. Professor do Curso de Graduação em Direito. Suprocurador Geral do Estado. Sócio da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro do IBEC. Membro da AMLJ. Membro do IMADE. Membro da ALL. Autor do livro O Pré-Constitucionalismo na América.

aos mais renomados juristas que compõem a plêiade de autores. Cá estou pela gentileza de atenção ao velho professor que reluta em envelhecer enquanto encontrar entusiasmo para a defesa da Constituição da República Federativa do Brasil.

2. O CONSTITUCIONALISMO

Sem prescindir de nosso passado construímos o futuro tentando moldar, nos escombros dos erros, a edificação segura do saber. É isto que podemos buscar no pré-constitucionalismo do século XIII com a “Magna Charta Libertatum”, passando pelo pré-constitucionalismo Americano, com as Leis Fundamentais do Maranhão do século XVII, transitando pela inauguração do constitucionalismo com o final do século XVIII, seguindo pelo constitucionalismo contemporâneo.

Não importa a época – sempre existiu na história um núcleo de pré-constituidade⁴⁴⁹ a que chamamos de Constituição Natural. Para nós, o elemento central da discussão será a limitação do poder. Esta, aliás, uma das maiores contribuições do constitucionalismo, cujo desenvolvimento persiste em limitar o poder do Estado com a instituição de instrumentos que permitam aos homens o exercício de direitos.

Ousa-se afirmar que com a lei – formalmente opressora, pela liberdade natural do homem – se oprime para libertar, mas não se a concebe fora das “regras do jogo” democrático em que funcionalidades e competências são talhadas por um processo de contratação formal. Ninguém paga tributo porque goste, mas para financiar a sociedade que lhe permita ser feliz – aqui na dimensão de acesso aos direitos sociais mínimos.

Precisamente neste sentido é que a liberdade humana é emoldurada por esse instrumento que nasce democraticamente pela expressão majoritária, modo que não traduz a convergência unânime das vontades, mas que deve assegurar o respeito às expressões minoritárias delas.

Conviver com as diferenças e diversidades traduz, com fidelidade, a proposição que classifica a democracia em formal e material. E é nesse entrechoque que o constitucionalismo opera papel indispensável, exigindo, entretanto, que o discernimento não importe em um juízo subjetivo aleatório. Há regras que precisam ser cumpridas, uma vez que a Constituição não é norma de etiqueta.

449. SANTANA, José Cláudio Pavão. *O pré-constitucionalismo na América*. São Paulo: Editora Método, 2010, p. 77.

A convivência harmônica não se traduz em manutenção pacífica das massas, mas exige a tolerância, em escassez visível nos dias de hoje, seja no âmbito das redes sociais, seja em manifestações de rua. Parte da raça humana parece não ter compreendido o que a intolerância produziu (e ainda produz) na história da humanidade, mergulhando em doutrinações cegas que falam em democracia como se por ela tivesse lutado algum dia, recriminam a ditadura, desde que não seja a sua emoldurada pela ideologia que lhe serve de involucro.

O constitucionalismo contemporâneo exige que o pluralismo receba a irradiação da multiplicidade de entendimentos, porque é dela que deve nascer alguma verdade.

Portanto, nos interessa, aqui, considerar como ponto fundamental à reflexão a forma plural da sociedade que não deveria ser estigmatizada por fracionamentos redundantes, edificados no falso convencimento de que o discurso politicamente correto atende com eficácia ao que o óbvio não conseguiu. É mais do que isto que se busca quando se pretende uma sociedade pautada em valores fundamentais. E não será compartimentando direitos que alcançaremos amplitude orgânica satisfatória. Não basta fracionar em estamentos sociais o Direito, como se isto não fosse só uma tradução das corporações medievais estratificadas.

O Direito expressa unidade quando trata do homem, porque busca assegurar-lhe elementos garantidores que são instrumentos que podem ser contrapostos aos excessos, seja do poder estatal, seja das relações pessoais. O Direito, por isso mesmo, tem como filtro hermenêutico primário a dignidade da pessoa humana.

Não haverá nenhum sentido para o Direito se sua instrumentalização voltar as costas ao homem. A força determinante, assim, do constitucionalismo contemporâneo, não reside na limitação do poder político por sua separação, ou na concepção de instrumentos de contrapeso, mas, sobretudo, na necessidade de organizar uma sociedade plural que busque preservar a dignidade da pessoa humana.

É impositivo, para tanto, fixar o entendimento de que não se deve erigir a compreensão de dignidade da pessoa humana em proposições abstratas que se embelezem por formulações retóricas. De que vale afirmar que a dignidade da pessoa humana possui conteúdo plural e, por isso, conceituação aberta, se isto pode ser posto em risco quando dá espaço às mais dispares formulações morais subjetivas? Onde residirá a força da segurança jurídica assegurada pela

Constituição, se a compreensão subjetiva expõe protagonismos divorciados do próprio catálogo fundamental constitucional?

O enfrentamento do tema busca uma asserção retórica, uma afirmação reduitiva, ampliativa ou verdadeira? Bom, buscando achegas em Unamuno, o memorável professor Pedro Leonel Pinto de Carvalho dele colhe a discussão sobre a verdade, para enfatizar que “existe uma verdade lógica ou objetiva, oposta ao erro; e uma verdade moral ou subjetiva, que se opõe à mentira”⁴⁵⁰.

Talvez o difícil na categoria (dignidade da pessoa humana) seja estabelecer uma definição, proposição limitada da ideia sobre o objeto em observação. Definir é estabelecer limites em molduras, que não podem ser ultrapassados sem a desconstrução proposta. Ao contrário, com dimensão cognitiva que encerra amplitude, e, portanto, grau mais próximo da completude, o conceito da dignidade humana consegue reunir não apenas a identificação da vida e do homem, mas isto tudo posto em situacionalidades concretas, como tais as situações que o cotidiano apresenta.

Afirmar que alguém é digno porque lhe é previsto um catálogo de direitos tidos por fundamentais é diferente de por esse alguém em condição de efetivamente exercer esses direitos. Não basta a dimensão ética ou moral para identificar a dignidade, se não lhe dermos condições concretas para que o homem enfrente satisfatoriamente as suas circunstâncias e adversidades.

A Constituição não é uma folha de papel em branco, em que seja dado ao sujeito que a interpreta o mesmo direito que foi dado a quem a escreveu e a imprimiu em tintas que pretenderam romper com práticas passadas e inaugurar compromissos com os fundamentos contratados para o futuro. Não se pode pretender que o intérprete tenha no espaço de apreensão, reflexão, compreensão e declaração da vontade constituída, a mesma extensão que o constituinte.

Não se pretende com isto defender a estagnação dos enunciados normativos constitucionais⁴⁵¹. Não se ignora que existe um binômio que envolve atividade operacional construtiva sobre o dito e o não dito constitucional. Mas isto requer modos e limites, o que só pode ser alcançado com o compromisso sentimental de observar os preceitos, princípios, valores e toda a simbologia constitucional que identifica a nacionalidade de um povo.

450. *Antes da tragédia final, 80 artigos contra o totalitarismo*. São Luís: Resistência Cultural, 2019, p. 23.

451. Sobre o assunto o alerta sempre sábio do insigne José Afonso da Silva, in, *Teoria do conhecimento constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2014, p. 290.

Os sustentáculos de uma Constituição são o compromisso e o comprometimento constitucionais, estes, filtrados da compreensão sentimental da própria Constituição, através de um exercício indispensável para a aplicação da Norma Principal.

Eu não consigo definir, estando parado no cais, se o barco no horizonte parte ou chega, a menos que em mim habite o sentimento de pertencimento ou despedimento. A mesma coisa acontece com a Constituição. Ou se a aplica porque há o convencimento de que ela encerra sua natureza compromissória, ou eu serei apenas mais uma peça no mecanismo de controle de uma sociedade que pode ser até um aglomerado de gente em constante beligerância na luta pela sobrevivência, jamais uma sociedade democrática que não virá da quimera dos homens naturalmente bons.

Ou há compromisso constitucional (e isto não se confunde com promessas) ou não haveremos de ter uma sociedade verdadeiramente democrática, uma vez que o Direito, por suas limitações consignadas em proposições jurídicas vazias, embebidas de convicções subjetivas arrogantes, será incapaz de apresentar-se como instrumento de civilidade, na medida em que passa a ser o direito da força.

Por todas estas razões deduzidas, é mister ter-se em mente que a Norma Principal⁴⁵², por sinalizações expressas, decorrentes, implícitas e mesmo supervenientes, cobra de todos um juízo de adequação, sendo o paradigma de sanidade de todo o ordenamento jurídico.

3. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO

No universo há coisas e seres **pertencentes**, mas **não pertinentes**. Na dimensão humana com isto se pretende afirmar que no intelecto há juízos pertencentes, mas não pertinentes ao objeto do conhecimento científico específico.

Para efeitos meramente didáticos vamos ao juízo que divide a Constituição em duas dimensões: formal e material.

Pois bem, equipara-se ao juízo pertencente a norma contida na Constituição da República Federativa do Brasil (a ela nos reportaremos sempre como CRFB) que prevê a competência da União sobre o Colégio Pedro II – artigo 242, § 2º. Logo, a hipótese normativa contemplada pertence à Norma Principal, que

452. Assim denominamos a Constituição em simetria com Norma Fundamental.

é a Constituição. Já a norma que institui o Estado como República Federal é elemento **pertinente**, pois sua natureza essencial é institutiva e orgânica.

Imagine-se a retirada da primeira norma aqui mencionada – a do Colégio Pedro II – da Constituição da República. Qual a consequência substancial que a Norma Principal sofreria? Nenhuma. Portanto, ela **pertence** formalmente à Constituição, mas não é a ela pertinente, pela escassez de significância material.

Já a norma institutiva e orgânica é um núcleo imodificável da Constituição (salvo pela base constitutiva primária, o poder constituinte originário), uma vez que se trata de elemento substancialmente necessário e, no caso da República Federativa do Brasil, de ratificação plebiscitária, aliás.

Demonstradas, assim, estas duas dimensões, é chegado o momento de qualificar o que aqui se denomina de “juízo de adequação”.

Seria despiciente afirmar que a Constituição, como expressão de um momento histórico, quando democrática, necessita do amparo dos mecanismos de funcionamento e adequação, atribuídos às instituições que receberam da Assembleia Nacional Constituinte as atribuições fracionadas na República.

E é do Poder Legislativo a competência de oxigenar o texto constitucional sempre e quando necessário seja, como mecanismo próprio do Estado Democrático de Direito, através do processo legislativo próprio.

Registre-se, por imposição lógica: falar-se de Estado Democrático de Direito; não se está a falar de Estado de Direito Democrático. E há razões para que assim seja.

Não se pretenda argumentar que a inversão dos substantivos em nada modificaria a essência do Estado, uma vez que “democracia” quando precede a expressão “de Direito” possui dimensão conceitual forjada exatamente no conceito majoritário de vontade declarada para a formalização do Direito.

Pode parecer uma elucubração superdimensionada? Talvez, mas há razoabilidade na prospecção científica. Não é o Direito que vai configurar a Democracia, mas é ela que dá a dimensão da expressão majoritária de vontade e que conforma a expressão jurídica para uma sociedade mais pluralista ou não. O Direito expressará o nível de desprendimento ou de preconceitos de uma sociedade.

Em sendo assim, comparece ao debate a tão propalada e invocada “mutação constitucional” para modificação da Constituição, sob a argumentação de que a guarda da Constituição compete ao Supremo Tribunal Federal.

Este pode ser um juízo pertencente, mas não é pertinente ao texto constitucional, cuja leitura não pode ser pontuada por dimensões redutivas, mormente quando o assunto se trata de competência e autoridade no Brasil.

A crítica não é um desdoido, mas um alerta. É necessário compreender que no sistema republicano brasileiro não há espaços para exclusividade de guarda constitucional. A Norma Principal não pertence a um órgão do poder estatal, ela é o eixo em que se fixam todos os Poderes. Outro não seria o sentido da previsão do artigo 23, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Na realidade o que existe, com a histórica e a já vetusta sobrecarga do Supremo Tribunal Federal (artigo 102) é a concentração de atribuições que o tornam um tribunal extraordinário com competência de controle constitucional, sendo exigência mais do que necessária que de uma vez por todas seja transformado em Corte Constitucional exclusiva.

E para não perder a oportunidade, pois já se defende isto há tempos, não só transformar o Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional exclusiva, com o desaforamento de matérias ordinárias em favor do Superior Tribunal de Justiça, como, também, a fixação de mandatos de dez anos aos membros, sem possibilidade de recondução. Se há Constituição que exige releitura é, também, necessário, que novos olhos a leiam.

Hoje, o que se vê, é um tribunal que parece ter se afastado do juízo de adequação constitucional, sem cingir-se à discussão peculiar de examinar a matéria que se lhe apresentam, fora do juízo paradigmático do valer ou não valer, ser compatível ou incompatível com o texto constitucional, para mergulhar, muitas vezes, em desideratos, ora procedimentais, confundidos com processuais (quando, v.g., superdimensiona o Regimento Interno), ora quando mergulha na imprópria avaliação de méritos de atos de competência material que não lhe são próprios.

Assim, o juízo de adequação é substituído por debates de uma espécie de “parlamento revisor”, quase sempre antecedido pela eclosão de flashes, como se fosse um poder moderador imaginário, cuja concepção exauriu-se com o sistema monárquico de outrora, inspirado na ideia de Benjamin Constant⁴⁵³⁴⁵⁴.

Juízo de Adequação é a avaliação de compatibilização de proposições legislativas e de atos administrativos, vistos diante dos fundamentos e princípios que emolduram o sistema político, no caso, republicano e federativo. Isto, contudo,

453. MEDEIROS, Borges de. *O poder moderador na república presidencial*, 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

454. Sobre o assunto fundamental é FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *Curso de direito constitucional brasileiro*, 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 91/95.

à título de divergências ocasionais de cada membro do tribunal, não autoriza, como se tem visto repetidamente, a prática de discussões acadêmicas meritórias, o que transcende em gênero e grau até mesmo os preceitos constitucionais expressos e decorrentes.

Há um alerta a ser feito, em homenagem ao exercício da liberdade de manifestação, afinal, julgar outra coisa não é, senão declarar o que o intelecto concluiu.

A expressão intelectual ou acadêmica não é algo danoso quando exercido pelos membros do Supremo Tribunal Federal. Não é isto o que se pretende dizer, por mais que se possa discordar de inúmeras manifestações da Corte. Contudo, a tarefa de apreciação de matérias constitucionais é um juízo de adequação. O paradigma é a Constituição, o juízo é de valer ou não valer o ato normativo, legislativo ou administrativo, perante ela.

Portanto, o juízo formulado como conclusão, para ser considerado de adequação, não é a composição mais erudita e hermética, rebuscada em adjetivos, substantivos e figuras de linguagem que exaltem o julgador erudito ou culto. Ao contrário.

O Direito, como juízo de adequação, deve ser enunciado de modo claro e objetivo ao principal interessado: o homem. Esta, também, é uma forma de respeito à dignidade dele.

A ele importa compreender as “regras do jogo”, saber da consciência constitucional do aplicador do Direito, porque, compreendendo, concluirá que a Constituição lhe merece observância ainda mais intensa, pela sua própria natureza de Norma Principal.

Bem a propósito, aliás, é o alerta do insigne professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “*Vinculado à linguagem, o direito pressupõe que a comunidade a que se dirige apreenda igualmente a significação das expressões linguísticas. Haja destas uma apreensão comum*”⁴⁵⁵.

Ao intérprete caberá declarar ser válido ou não o ato (legislativo ou administrativo) perante a Constituição. Sua declaração poderá ser academicamente uma peça de esmero e relevante contribuição ao mundo do Direito. Mas a declaração da Corte necessita de um viés mais simples.

O juízo de adequação é, assim, a conclusão de ser ou não ser constitucional, o que traduz o valer ou não valer. Já as razões técnicas da decisão, estas, em atenção à racionalidade e à utilidade prática, devem ficar à disposição dos interessados nos arquivos. Com isto, a declaração final deveria ser sintética, capaz de reproduzir apenas a decisão.

455. *Curso de direito constitucional*, 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 411.

Conclusivamente, o juízo de adequação é a concordância material (não necessariamente de retórica jurídicista⁴⁵⁶) dos atos normativos (legislativos ou administrativos) com a Norma Principal, em atenção aos preceitos de competência de cada um dos Poderes da República.

4. A AUTENTICIDADE CONSTITUCIONAL

Tenha-se como alerta que autêntico não tem como sinônimo ser imutável. Autenticidade guarda propriedades originárias que qualificam o objeto do conhecimento. Assim, autêntico é um princípio que se concebe e segue sendo aplicado, guardando sua essência, preservando seus motivos determinantes, mesmo com o decorrer do tempo.

Se não é crível existir nos dias de hoje a incompreensível defesa de uma Constituição imutável, é lícito concluir que a rigidez denota a sinalização de que a estabilidade institucional esteja como guia da Constituição. De fato, o processo legislativo de modificação da Constituição, como estabelecido, prevê **quem, como, o quê e quando** ela pode ser alterada.

Sua extensão, no universo de 190 Constituições analisadas, confere-lhe o título de terceira mais “palavrosa”, sendo vencida apenas pelas Constituições da Nigéria e da Índia⁴⁵⁷.

Por ser um documento analítico e repleto de normas cuja eficácia demanda complementação, exige que sua efetividade seja posta em prática, afinal, a Norma Principal que da legitimidade ao ordenamento não nasceu destinada à contemplação.

No sistema político erigido no Brasil, em cuja deformidade há uma nefasta instituição rotulada de “presidencialismo de coalização”, nem sempre o que é necessário é oportuno ou conveniente aos interesses dos constituídos. E é aí que a oração de São Francisco norteia o processo legislativo. Romper este círculo é tarefa hercúlea, quase impossível.

Mas não se pode eleger a inação legislativa como o único fator de tensão. Há, também, a multiplicação de judicialização de matérias legislativas. Tudo se apresenta ao Supremo Tribunal Federal, sem que se perceba que a cada busca de socorro judicial há a invocação de tutela sobre competência própria, impondo ao STF o dever de atuar, por expressa previsão constitucional – artigo

456. O neologismo é empregado em substituição ao tão prolapado e desgastado “juridiquêz”.

457. RECONDO, Felipe et. Ali. *Os onze: o stf, seus bastidores e suas crises*, 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p. 79.

5º, inciso XXXV da CRFB. É quando nasce a força do ativismo, que muitas vezes rompe os limites da cláusula de separação dos Poderes da República – artigo 2º da CRFB.

Sendo assim, como compatibilizar a autenticidade constitucional com os desvios de percurso? Pela mutação constitucional? O dito constitucional subsistirá íntegro? O não dito constitucional ingressará fora do processo legislativo pela ação jurisdicional e isto assegurará autenticidade às ideias invocadas pela Assembleia Nacional Constituinte?

O princípio da boa-fé, v.g., próprio do direito privado, permanecerá autêntico sempre que guardadas suas características originárias, sem quaisquer modulações que lhe alterem a essência. Identifica-lo e ponderar sua extensão é uma possibilidade; modificar sua essência passa a ser uma disfunção.

O argumento aqui vale para a compreensão de normas originárias e normas derivadas. As primeiras, oriundas do processo constituinte e declaradas em 5 de outubro de 1988 estão imunes ao controle de constitucionalidade, pela singela razão de que não podem existir no sistema jurídico normas que valham e não valham ao mesmo tempo. Basta lembrar o sempre festejado jurista Hans Kelsen⁴⁵⁸.

É lícita a indagação: Preservar a autenticidade não importaria em imobilizar a evolução do objeto do conhecimento? A resposta é negativa, se, e somente se, o intérprete for portador da primeira condição para o exercício do seu mister: a boa-fé, como pontua o já citado professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁴⁵⁹.

A condição é requisito para o processo de interpretação constitucional, sobretudo porque não se está diante de um conjunto de normas que navegam ao talante do intérprete, ao juízo de que possa, individualmente, cercado pela subjetividade das circunstâncias, e abastecido por elementos exteriores massificadores de informação, supor que possa construir um catálogo de valores cuja flexibilidade permita franquear-lhe qualquer modulação.

A responsabilidade republicana impõe e exige que o intérprete cumpra seu dever de ofício.

Então, a autenticidade constitucional reside em suas bases fundamentais, que não podem ser abstraídas da realidade compromissória em que deve ser compreendida a Constituição. O Estado, por ser democrático e de direito, impõe zelo ao aplicador da lei como expressão pré-ordenada pelo constituinte, democraticamente eleito.

458. *Teoria pura do direito*, 8ª. Ed. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2009.

459. Ob. Cit., p. 412.

Não se pretende, é claro, negar a possibilidade de adequação de circunstâncias a comandos normativos, mas não se pode pretender uma sociedade democraticamente ordenada, que assiste reiteradamente a desafios midiáticos sobre temas que parecem não possuir qualquer estabilidade jurídica, portanto, alimentado o estado de insegurança.

A Constituição da República de 1988 nasceu com vocação programática e contenção normativa em várias disposições. Isto, entretanto, é tarefa típica do Poder Legislativo a quem se impõe o desempenho de suas atribuições a tempo e modo.

Uma Constituição que transcende o conceito dogmático – na dimensão escrita – para abraçar a irradiação principiológica do plano internacional, necessita de oxigenação constante. Mas isto, também, não implica em edificação de catálogos de valores que possuam dimensão bem mais moral e ética do que, propriamente, jurídica.

Por isso, é de ser indagado: E a autenticidade da Constituição quando se fala em cláusula de abertura? – artigo 5º, §2º da CRFB.

Eis, aí, um dilema que envolve a ideia de soberania interna contraposta ao globalismo⁴⁶⁰ defendido por alguns. Dessa tensão podem surgir as mais promissoras teses que, com suas propriedades e características, são capazes de construir ou desconstruir (e até destruir) identidades soberanas.

Sustento a identidade nacional como fator determinante do reconhecimento da soberania de um povo perante a comunidade internacional. É que a auto-determinação reserva a cada nação o direito de se auto organizar conforme suas peculiaridades, crenças, valores e ideais, com isto tornando-se visível o Estado perante a comunidade internacional.

E justamente pelo poder soberano que o Estado assume compromissos e firma declarações cujo conteúdo põe, muitas vezes, sob debate, a eventual disputa existente entre vigência e eficácia, como o grau de hierarquia espacial e temporal de normas jurídicas.

Como já se afirmou, a Constituição, aqui referenciada como Norma Principal, é vista como uma fotografia – na linguagem da internet, um “print” – de um determinado momento histórico, e necessita ser oxigenada por exigências que supervenientemente aparecem. Isto, todavia, não autoriza que o intérprete

460. Valho-me, aqui, da advertência de Yoram Hazony para o termo “globalismo”: “...aquilo que obviamente ele é – uma versão do velho imperialismo. No mesmo sentido, não vou perder tempo tentando fazer o nacionalismo mais palatável chamando-o de ‘patriotismo’, como muitos hoje o fazem em círculos onde o nacionalismo é considerado como algo inconveniente”. In *A virtude do nacionalismo*. Campinas – SP: Vide Editorial, 2019, p. 19.

desempenhe uma tarefa desconstitutiva ou reconstitutiva da Norma Fundamental, posto faltar-lhe legitimidade democrática, ainda quando se valha do invocado poder de mutação constitucional.

Portanto, a Norma Principal demanda do intérprete congruência de texto, sentimento, compromisso e finalidade, observados os fundamentos, princípios e preceitos constitucionais que têm como filtros inarredáveis o sistema republicano⁴⁶¹⁴⁶² (com as dimensões que lhe caracterizam) e federativo (com seu pluralismo auto orgânico).

5. INTERPRETAÇÃO DISRUPTIVA

O vocábulo da epígrafe é aqui utilizado com o significado de algo que interrompe o seguimento normal de alguma coisa ou de alguma situação. Aquilo que tem capacidade de romper ou interromper, alterar uma situação em desconformidade com o que se tem como o instituído.

Pode-se, assim, afirmar que a interpretação disruptiva é aquela que rompe com cláusulas constitucionais expressas, ou delas se afasta sob o argumento de que ao fazê-lo o faz em benefício da Constituição. É quando a doutrina e a jurisprudência se valem da argumentação do processo de mutação constitucional, rotulando-o de via de alteração constitucional sem modificação legislativa do texto.

Essa postura nada mais é do que o que majoritariamente é chamado de ativismo judicial, cuja tentativa de alcançar legitimidade democrática pretende usar a toga do protagonismo judicial.

Em escritos pretéritos este autor defendeu a figura do ativismo jurídico, posto que, em regra, no processo civil, a iniciativa é das partes. Evolui, no sentido de que melhor se ajusta ao fenômeno, à denominação de “criativismo judicial”⁴⁶³.

O protagonismo judicial, por maior esforço que faça, termina por se revelar uma espécie de criativismo. Naquele, é possível enxergar o esforço de atribuir eficácia a direitos fundamentais, sem olvidar dos limites que a Norma Principal estabelece. Neste, vê-se uma espécie de criação de normas sem os auspícios da legitimidade democrática.

461. ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*, 2a edição, 2a tiragem, atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

462. O autor deste trabalho inclui a alternância de poder como característica autônoma na República.

463. URBANO, Maria Benedita. *Curso de justiça constitucional – evolução histórica e modelos do control da constitucionalidade*. Coimbra: Almedina, 2013, p.71/73.

A vontade contramajoritária, que deveria simplesmente desconstituir situações normativas compostas em desconformidade constitucional, vai além de qualquer baliza, ultrapassando os limites materiais e formais, rompendo, assim, com a cláusula de separação e harmonia entre os Poderes da República. Nesse sentido, é disruptivo o juízo que rompe o próprio fundamento de legitimidade de atribuições constitucionais.

Posto que, sob a égide da Teoria Geral do Direito, a decisão judicial tenha o “status” de norma jurídica, e, portanto, força de lei, ela não pode ser construída a partir da ótica que desqualifique o próprio fundamento de legitimidade.

Se há impasse entre tornar eficaz dispositivo constitucional que preveja direito fundamental, só seria admissível diante da ameaça ao direito à vida, uma vez que qualificar-se como nascedouro de qualquer equação normativa, haja vista não haver sentido em gerar Direito sem destinatário.

Com a peculiar sabedoria José Afonso da Silva bem pontua sobre a superinterpretação e a subinterpretação, alertando que ambas, quando excessivas, “...não raro redundam numa fraude à constituição”⁴⁶⁴.

O que exsurge como temerário na tarefa de interpretar a Constituição, com o condão de estabelecer juízos subjetivos impróprios, é o direito da força, investindo-se um agente público (em sentido amplo) de poderes sobre a Norma Principal.

Essa disrupção tem ganho, no argumento da conformidade constitucional, alento para a manutenção de uma espécie de “sobrepoder” o que desconstitui uma das decisões da Assembleia Nacional Constituinte: a separação e harmonia entre os Poderes.

Por a Constituição em movimento, para garantir a plenitude de sua eficácia, não é tarefa que permita ruptura informal de preceitos. Nenhum argumento que se construa sobre um pressuposto cuja base seja contrária ao alicerce constitucional pode subsistir legitimamente.

Nesse cenário ganham expressão as técnicas de decisões do controle de constitucionalidade. Nelas residem modulações ou mitigações, fixações de validade e eficácia com critérios temporais, todas tendo como argumentação a necessidade de estabelecer ou garantir a segurança jurídica como direito fundamental e, portanto, necessário para a estabilidade constitucional.

464. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 763.

Mas como isto se operacionaliza se a cláusula constitucional institutiva fala em independência e harmonia entre os Poderes?

Entende-se que tudo começa em saber a atribuição de uma Corte Constitucional.

Como já se afirmou, o Supremo Tribunal Federal não é uma Corte Constitucional. Trata-se de um Tribunal de competências ordinárias e extraordinárias que detém a função precípua de guardar a Constituição, tarefa que não lhe é exclusiva, também já se afirmou, em face do artigo 23, inciso I, da CRFB.

Mas o desempenho da tarefa de interpretação constitucional é atribuição do STF que a exerce com vigor jamais visto na história do constitucionalismo brasileiro, mesmo nos anos mais tenebrosos.

Uma sociedade que vincula a definição de tipo penal a critérios legais revela a consciência democrática de um contrato político. A mesma sociedade, quando sofre o abalo de flexibilização da definição de tipo penal, fora dos critérios democraticamente concebidos, retrocede no tempo e é capaz de ser cenário de justicamento, inclusive, jamais de justiça.

Há, na função de consciência e comprometimento constitucional, a base de formulação conceitual de qualquer instituto jurídico. É a Constituição que dá legitimidade aos direitos, na medida em que, materialmente, inclusive, os constitucionaliza. Longe está o tempo em que nos bastava a dimensão formal para configurar o que era constitucional ou não.

Há razões históricas no Brasil para que o constituinte de 1988 tenha optado por essa dimensão analítica da Norma Principal. Se essa extensão demanda aferições judiciais que as mesmas sejam feitas dentro da moldura que não admite rupturas: ou é o quadro limitado pela moldura ou não passará de um esboço.

É fato que a Constituição é um documento em construção. No caso do Brasil, aliás, essa construção é estimulada até mesmo pela cláusula de abertura de que se deu notícia em item anterior. Mas essa possibilidade não pode ignorar que existe a identificação de uma nação cuja expressão de soberania está no texto constitucional.

Pode-se, assim, em conformidade com as argumentações já deduzidas, assentar como conclusivo que o Direito não possui essa natureza estática que esteja infenso a qualquer reclamação das situacionalidades identificadas. Contudo, o que se está a propor é que a dimensão dogmática da

interpretação oferece muito mais estabilidade constitucional, sem que se presencie oscilações sobre temáticas fundamentais.

Constituição não pode ser interpretada ao alvedrio de prospecções subjetivas ou agradáveis a terceiros. Ela deve ser contemplada, apreendida, sentida e exteriorizada como documento compromissório, que estimule a obediência pela percepção de que é um instrumento democrático que rege a sociedade, não um mecanismo de maniqueísmos ao talante da ocasião.

Portanto, ou a Constituição dispõe, a seu favor, do “status” de Norma Principal além da dimensão formal e, assim, alcançando patamar compromissório, ou sua releitura estará sendo uma disrupção na sua natureza, valor e necessidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações aqui formuladas encerram algumas ideias que são consignadas de forma tópica. Parece a maneira mais objetiva para uma proposição acadêmica que guarde conformidade com a obra proposta.

As conclusões alcançadas, conquanto lançadas já no corpo do texto elaborado, podem ser, assim, sintetizadas:

1. Para uma sociedade verdadeiramente democrática é indispensável haver compromissos constitucionais que não podem ser afastados pelos intérpretes;
2. O juízo de adequação é a concordância material dos atos normativos (legislativos ou administrativos) com a Norma Principal, em atenção aos preceitos de competência de cada um dos Poderes da República;
3. A atenção ao texto da Norma Principal demanda do intérprete congruência de texto, sentimento, compromisso e finalidade, observados os fundamentos, princípios e preceitos constitucionais republicanos e federativos;
4. A Norma Principal demanda interpretação por pertencer ao plano dinâmico do Direito, mas o desvio dos limites definidos pela Assembleia Nacional Constituinte excede a normalidade, viola a competência e se configura em interpretação disruptiva.
5. A formação do sentimento constitucional é fator primordial para compreender a Norma Principal como documento compromissório.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*, 2ª edição, 2ª tiragem, atualizada por Rosalea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito constitucional e teoria da constituição*. Portugal, Lisboa: Livraria Almedina, 1997.
- CARVALHO, Pedro Leonel Pinto de – *Antes da tragédia final – 80 artigos contra o totalitarismo*. São Luís: Resistência Cultural, 2019.
- DIMOULIS, Dimitri; Lunardi, Soraya. *Controle de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais, 2ª ed., atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2013*
- DOMOULIS, Dimitri. O art. 4º s CF: *Dois retrocessos políticos e um fracasso normativo, in A reforma do judiciário analisada e comentada*. TAVARES, André Ramos et ali. São Paulo: Ed. Método, 2005, pp. 107/119.
- FEERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015, 40a. ed. rev. e atual.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo – *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- KELSEN, Hans – *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- MEDEIROS, Borges – *O poder moderador na república presidencial*, 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- SANTANA, José Cláudio Pavão. *O pré-constitucionalismo na América*. São Paulo: Editora Método, 2010
- SILVA, José Afonso da – *Curso de direito constitucional positivo*, 43ª ed. Ver. E atual. Até a Emenda Constitucional n. 105, de 12.12.2019. São Paulo: Malheiros, 2020.
- SILVA, José Afonso da – *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TAVARES, André Ramos. (Tavares, 2006). São Paulo: Editora Método, 2006.

SOBRE ÉTICA, MEIO AMBIENTE E SOCIOBIODIVERSIDADE: NA TRILHA DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

NICOLAO DINO⁴⁶⁵

1. INTRODUÇÃO

O direito fundamental ao meio ambiente sadio insere-se na temática da constitucionalização da fraternidade, que, a propósito, é um dos pontos centrais da mais recente obra de Reynaldo Soares da Fonseca. Trata-se, em apertada síntese, de extrair da normatividade constitucional a conformação prática de uma ordem jurídica comprometida com a realização emancipatória de valores ancilares como igualdade social, liberdades democráticas e de dignidade da pessoa humana, os quais, por sua vez, estão presentes no conceito de desenvolvimento sustentável. Tais questões têm grande relevância para a proteção do meio ambiente e, em muitos aspectos, antecedem à criação e à incidência da norma jurídica.

A questão aqui posta consiste em saber se é adequado considerar, como elemento-condição para o desenvolvimento sustentável, o direito ao meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, numa perspectiva transindividual e intergeracional.

Sem perder de vista os obstáculos presentes nessa tarefa, convido o leitor a fazer coro à resposta afirmativa, tomando como pano de fundo a essencialidade do direito à vida, pautado por parâmetros garantidores de dignidade e bem-estar.

465. Subprocurador-Geral da República; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília; Membro do Conselho Superior do Ministério Público Federal e da Câmara de Meio Ambiente e Patrimônio Cultural do MPF.

2. PROTEGER O MEIO AMBIENTE, POR QUÊ?

A promoção do direito fundamental ao meio ambiente sadio é, antes de tudo, uma questão ética, com vetores que se projetam na relação entre humanos entre si e não humanos, numa linha direcionada para o futuro. Isso permite destacar importante premissa proposta por autores que trafegam no terreno da filosofia ambiental, como Dale Jamieson, o Professor de Estudos Ambientais e Filosofia da Universidade de New York, segundo a qual bens ambientais, em suas múltiplas dimensões, envolvem valores moralmente relevantes. O desdobramento dessa ideia remete-nos ao próprio surgimento do *ambientalismo*.

O ambientalismo nasceu e se desenvolveu com a preocupação de estabelecer significados ao meio ambiente. Na longa curva do tempo, o ambientalismo é um movimento relativamente novo. A expressão tornou-se corrente nos idos de 1923, com um objetivo modesto de reportar a *“ideia de que o comportamento das pessoas é, em grande parte, produto das condições físicas e sociais nas quais elas vivem e se desenvolvem.”*⁴⁶⁶

Como movimento social, político e filosófico, o ambientalismo ostenta, desde então, várias vertentes, cada qual buscando compreender a “crise ambiental” de um modo próprio, e enfatizando, como observa Greg Garrard, *“aspectos que são passíveis de solução nos termos que ela fornece, ou que ameaçam valores que julga os mais preciosos, com isso sugerindo uma gama de possibilidades políticas”* [sendo que] *“cada uma é capaz de fornecer a base para uma abordagem ecocrítica distinta, com afinidades e aversões literárias e culturais específicas.”*⁴⁶⁷ Para ilustrar, registrem-se algumas posturas elencadas por Garrard: a “ecologia profunda”, que exige o reconhecimento do valor intrínseco da natureza, propondo o retorno a uma identificação monista entre o homem e a ecosfera, com a formação de um sistema de valores centrado na natureza; o “ecofeminismo”, que correlaciona os problemas ligados ao dualismo antropocêntrico humanidade/natureza com o dualismo antropocêntrico homem/mulher, explicitando que essas duas teses compartilham uma “lógica de dominação comum”, com carga igualmente negativa; a ecologia social e o ecomarxismo, posturas segundo as quais os problemas ambientais decorrem não apenas de atitudes antropocêntricas, mas também de “sistemas de dominação ou exploração

466. JAMIESON, Dale. *Ética e Meio Ambiente: uma introdução*. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2010. pág. 17

467. GARRAD, Greg. *Ecocrítica*. Tradução de Vera Ribeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2006. pág. 33

de seres humanos por outros seres humanos”; a ecofilosofia heideggeriana, que, partindo da “diferença fundamental entre a mera existência material e a revelação do ser”, [propõe que] “o homem não é o senhor dos seres [mas] o pastor do Ser”.⁴⁶⁸

Percebe-se, no cerne de posturas ambientalistas tradicionais, a negação de uma visão dualista – que distingue, p. ex., homem e natureza, humanos e animais, selvagem e doméstico, mundo da natureza e mundo da cultura –, para, partindo de uma visão monista, e abrir espaço ao conceito de holismo, propugnar uma conexão absoluta de “tudo a tudo”, ao ponto de estabelecer que “os humanos são parte da natureza”.⁴⁶⁹

A adoção de uma postura ética biocêntrica contribui para reforçar alguns parâmetros de tutela jurídica, já que pressupõe o valor intrínseco do meio ambiente. Isso facilita, em boa medida, como já tive oportunidade de destacar alhures, a compreensão de que, independentemente das diferenças entre animais humanos e não humanos, ambos possuem interesses relevantes a serem considerados em face do ambiente no qual se encontram inseridos.⁴⁷⁰ Essa é uma tendência que deve estar presente com maior vigor no processo de construção do edifício *jusnormativo* ambiental deste início de Século, buscando nutrir-se de uma renovada ética ambiental voltada à superação da lógica do antropocentrismo excludente. Para isso, deve ser afirmada a premissa de que o meio ambiente encerra valores que transcendem à mera satisfação dos interesses e necessidades do homem.⁴⁷¹ Trata-se de aquiescer, noutras palavras, à incidência de um “princípio de igual consideração de interesses”, como sugere Peter Singer, buscando uma ponderação entre as doutrinas antropocêntrica e biocêntrica, no sentido de superar a ideia de uma valoração meramente instrumental dos bens que integram o meio ambiente, neles reconhecendo valores inerentes.⁴⁷²

468. *Idem, ibidem.* págs. 32/53

469. cf. JAMIESON, Dale. *Ética e Meio Ambiente: uma introdução.* Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2010. pág. 19

470. In COSTA NETO, Nicolao Dino de Castro e. *Proteção Jurídica do Meio Ambiente.* Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003. pág. 25

471. Vale o registro de Antônio Herman Benjamin: “nos últimos anos, ganha força a tese de que um dos objetivos do Direito Ambiental é a proteção da biodiversidade, fauna e flora, sob uma diferente perspectiva: a natureza como titular de valor jurídico *per se*, inerente a si mesma, vale dizer, exigindo, por força de profundos argumentos éticos, proteção independentemente de sua utilidade para o homem.” (BENJAMIN. Antônio Herman Vasconcelos. “Objetivos do Direito Ambiental”. In *Revista de Ciência e Cultura.* Série de Direito., Número Especial. Porto: Invulgar – Artes Gráficas Ltda., 1996. pág. 29)

472. SINGER, Peter. *Ética Prática.* Tradução de Jefferson Luís Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998. pág. 66

Para demonstrar como essa forma de conceber o meio ambiente pode repercutir na construção do ordenamento jurídico, veja-se o exemplo da Constituição do Equador, que, nos arts. 71 e 72, resgata o conceito não eurocêntrico *pachamama*⁴⁷³, formulado em linguagem não colonial, para se referir ao meio ambiente como sujeito de direitos: “Art. 71. – La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. [...] Art. 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de Indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.”

Tem-se aí, para além da discussão dogmática sobre a possibilidade, ou não, de seres não humanos serem sujeitos de direitos, um nítido propósito de realçar um padrão máximo da moralidade, destacando e distinguindo algo de absoluto significado existencial, que tem valor em si, daquilo que é detentor de “mero” valor instrumental. Isso certamente contribui com a ideia de ver o meio ambiente como um valor primário ou reforçado.

Desdobrando o raciocínio, chega-se à ideia de *valor intrínseco* como um valor independente de quem avalia. Nessa perspectiva, o meio ambiente assumiria um valor em si, autodeterminável, autossuficiente, independente da atitude valorativa do sujeito (homem), já que, sob o prisma da inerência, o seu conjunto de elementos também se faz sujeito.

A filosofia moral discute com intensidade os conceitos de valor intrínseco *versus* valor instrumental, debatendo, a partir de premissas objetivistas axiológicas ou subjetivistas axiológicas, ou seja, se as coisas são por si valiosas ou se seu valor se origina de uma valoração prévia consistente em uma *concessão de dignidade*; se valor é “descoberto” ou “criado” pela experiência humana; se, enfim, o homem avalia porque existem valores, ou o contrário. Nesse sentido, Dale Jamieson formula instigante questão, considerando o “método de isolamento absoluto”, proposto pelo filósofo britânico George

473. *Pachamama*, do tronco linguístico quéchua, que vem de *Pacha*, que significa universo, mundo, tempo, lugar, e *Mama*, que designa a Mãe Terra. Registra, a propósito, Boaventura de Sousa Santos que “o conceito de *pachamama*, incluído [...] na Constituição equatoriana, designa um entendimento não-cartesiano e não-baconiano de natureza, quer dizer, a natureza não como um recurso natural, mas como um ser vivo, fonte de vida, ao qual são reconhecidos direitos do mesmo modo que aos seres humanos: os direitos da natureza lado a lado com os direitos humanos, ambos detentores do mesmo estatuto constitucional” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo – a afirmação das epistemologias do Sul*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. págs. 29/30)

Edward Moore⁴⁷⁴, e o argumento do “último homem”, trazido a lume pelos filósofos Richard e Val Roulley. Em síntese ligeira, o argumento consiste em analisar, sob o ângulo moral, o comportamento do último ser senciente na face da Terra, diante da certeza de que não mais surgirá vida no planeta. Antes de morrer, esse hipotético homem (apelidado de Fred) decide destruir todos os elementos da natureza ainda existentes, pois nada mais importa, por não haver sobrevivido ninguém capaz de apreciar, avaliar ou utilizar tais bens. A pergunta consiste em saber se as justificativas desse “náufrago” que se despede da cena existencial são procedentes ou se seu gesto está errado. É importante reproduzir a análise feita por Jamieson: “A maioria de nós diria que o que Fred fez foi errado, e isso parece nos comprometer com a ideia de que a natureza não senciente tem valor intrínseco, [...] Porque a convicção de que o que Fred fez foi errado parece residir na presunção de que o valor intrínseco existe mesmo que não haja ‘avaliadores’ ou ‘apreciadores’. [...] Uma lista de completa do que seria perdido devido à ação de Fred incluiria uma longa relação de coisas que não são intrinsecamente valiosas, mas também incluiria coisas valiosas. Porque se tais coisas não existissem no mundo, a ação de Fred envolveria uma mudança no estado do mundo, mas não seria errado. Então, assim como os fatos científicos do mundo não dependem, para sua existência, de ninguém que os aprecie, da mesma forma parece que o mesmo é verdade para o valor intrínseco.”

Pondera, entretanto, o autor, de forma provocativa, que, embora a hipótese nos leve a contemplar o mundo sem avaliadores, não deixamos de ser avaliadores, e, assim, estamos considerando a perda de algo que achamos valioso. Nessa linha de raciocínio, conclui o filósofo, a “teoria ética requer conceitos de valor, e [...] esses conceitos são construídos a partir de atos de avaliação.” Ou seja, experimentar esses estados na nossa imaginação somente se faz possível em razão de nossa existência e, pois, de nossa capacidade de experimentar. Ainda que seja convencionalizado que nunca mais experienciaremos este mundo,

474. Geraldo José Ormieres, doutor em Filosofia pela UNICAMP, assinala que a afirmação do valor intrínseco como propriedade especial do objeto de valor é uma marca presente no pensamento de G. E. Moore. Para ele, o conceito de bem se acha vinculado à ideia de valor intrínseco, e este faz parte da natureza do objeto. Nessa linha de raciocínio, registra Ormieres, o valor intrínseco, em Moore, “é aquilo que torna possível o julgamento do objeto como sendo de cunho particularmente ético [e] o valor ético por excelência se impõe ao sujeito precisamente porque compõe o objeto de julgamento de modo intrínseco. Assim sendo, o valor intrínseco faria parte da própria natureza do objeto”. (*In A Noção de Bem em George Edward Moore: Problemas sobre Conhecimento e Intuição. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior, 2010, págs. 10/11. Ed. Independently Published, 2017*)

“já estamos experimentando esses estados na nossa imaginação, e parece plausível que é isso que governa nossa reação a esse experimento mental.”⁴⁷⁵

Nada parece ser mais controvertido em teoria ética que a ideia de valor intrínseco. Seja como for, a própria discussão sobre reconhecer ou não o valor intrínseco do meio ambiente já encerra em si uma atitude dualista, subjetivista e, em certa medida, antropocêntrica, porquanto a afirmação de que algo é valioso porque tem valor intrínseco e independente de quem avalia, já pressupõe a formulação de uma gama de conceitos que são moldados a partir de atos de avaliação.

Os variados problemas relativos à promoção do direito ao meio ambiente sadio existentes na atualidade, desafiam, antes de mais nada, nossos padrões éticos e nosso sistema de valores. Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que a maior ou menor carga de efetividade na proteção do meio ambiente depende sobretudo da estrutura valorativa vigente em cada espaço e tempo, bem como da medida atribuída aos interesses moralmente defensáveis, no sentido de protegê-los.

Sem embargo de reconhecer a importância do *holismo ético biocêntrico* como um fator de propulsão para maior efetividade na tutela ambiental, uma boa dose de ambivalência também é necessária nas estratégias de proteção do meio ambiente, tendo em vista a necessidade de conectá-lo com a satisfação de outros interesses igualmente legítimos e socialmente relevantes. Isso implica reconhecer que, se é certo que não devemos afirmar o significado e a importância de um bem ambiental – *v.g.* uma floresta ou os espécimes da fauna que ali habitam – apenas pela utilidade dele decorrente (valor instrumental), afigura-se igualmente plausível considerar que, ao par de valores de feição instrumental, inevitavelmente antropocêntricos, há outra ordem de valores a serem considerados (em sua dimensão intrínseca), nos elementos que compõem o meio ambiente, como, por exemplo, a ideia de não sujeição de animais a crueldade, veiculada, a propósito, no art. 225, §2º, VII, CF.

O desafio está em estabelecer pontos de equilíbrio que sejam capazes de possibilitar, para além da dicotomia valor intrínseco/valor instrumental, padrões de uso e proteção do meio ambiente que promovam o bem-estar das populações humanas sem os sérios riscos de absoluto e irreversível perecimento, e em prejuízo dos interesses de vidas não humanas. Isso nos remete a um dos conceitos-chave do pensamento ambientalista contemporâneo, que

475. JAMIESON, Dale. *Ética e Meio Ambiente: uma introdução*. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2010. págs. 121/122

se articula com outras vertentes de promoção de dignidade de bem-estar não menos relevantes, como será visto a seguir.

3. CONSTRUINDO O CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

A noção de desenvolvimento sustentável não é imune a críticas. Os questionamentos assinalam, em síntese, a insuperável contradição entre práticas ecologicamente viáveis e a lógica interna que move os modos de produção capitalista. Nessa esteira, a vertente crítica aponta a existência de um verdadeiro oximoro, porquanto, apesar do declarado compromisso com o ideal de justiça social, as bases do conceito de desenvolvimento sustentável aparentam ignorar o fato de que a própria organização capitalista acha-se calcada em postulados de desigualdade, evidenciados pela apropriação dos meios de produção, a divisão de trabalho e hierarquização social, além de não refutar o caráter hegemônico do mercado, que, num ciclo de retroalimentação, orienta mecanismos de produção e acumulação de riqueza, numa perspectiva ocidental globalizante.⁴⁷⁶

Sem perder de vista os consistentes fundamentos da corrente crítica, vale investir na energia propulsora do conceito, para considerar que a expressão desenvolvimento sustentável funciona como um grande recipiente plástico, moldável e profundo. Afinal, nele se depositam e amadurecem ingredientes que compõem a utópicas fórmulas de justiça social e bem-estar coletivo. É um repositório de aspirações e esperanças, sobretudo em tempo de distopias.

O conceito de desenvolvimento sustentável vem se afirmando como um princípio geral do direito internacional contemporâneo, firme na compreensão de que o crescimento econômico, isoladamente considerado, é insuficiente

476. Tais ideias acham-se articuladas em ensaio crítico dedicado ao conceito de desenvolvimento sustentável, de autoria dos Professores Fabio Vizeu, Francis Meneghetti e Rene Eugenio Seifert, em que, partindo de “uma falsa noção de conciliação entre o capitalismo e a questão ecológica”, apresentam “os fundamentos da contradição do conceito de desenvolvimento sustentável sob a ótica da lógica interna do capitalismo, demonstrando a impossibilidade de conciliação entre uma suposta prática ecologicamente viável com os objetivos desse sistema.” (VIZEU, Fabio, MENEGHETTI, Francis Kanashiro, SEIFERT, Rene Eugenio. “Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável”. In Cadernos EBAPE.BR On-line version ISSN 1679-3951, Cad.EBAPE.BR vol. 10 n. 3, Rio de Janeiro Sept. 2012 (<https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000300007>)). Igualmente céptico em relação ao conceito, Henri Acselrad, acentuando que o discurso da sustentabilidade teve origem nas hostes da tecnoburocracia do desenvolvimento capitalista. Na visão crítica do autor, na “lógica da própria tecnoburocracia haveria o reconhecimento de que o desenvolvimento capitalista estaria ameaçado porque as suas bases materiais de reprodução estariam sendo comprometidas”. (ACSELRAD, Henri: “Sustentabilidade, espaço e tempo”. In *Meio Ambiente: questões conceituais*. In HERCULANO, Selene Carvalho (Org.). Niterói: Pós-Graduação em Ciências Ambientais da UFF: Riocor, 2000. pág.98.

para a realização do progresso social, se não forem agregados outros fatores na equação, sob pena de se agravarem as desigualdades nos planos interno e internacional. Não é sem razão, aliás, que a Constituição brasileira assinala, no art. 170, que a ordem econômica tem por fim a promoção de existência digna a todos. Trata-se de reafirmar, como anota Robério Nunes dos Anjos Filho, a ideia de que o direito ao desenvolvimento *não pode ser dissociado da dignidade da pessoa humana, nem tampouco dos demais objetivos fundamentais, para cuja realização pode contribuir decisivamente.*⁴⁷⁷ Daí dizer-se que o desenvolvimento sustentável implica necessariamente melhoria da qualidade de vida dos povos, impondo-se, nesse sentido, a redução de desigualdades sociais e econômicas em nível global.

A abordagem da questão relativa ao direito ao meio ambiente sadio robustece-se na exata medida de seu entrelaçamento com o direito ao desenvolvimento. É nessa perspectiva de entrecruzamento de direitos humanos indisponíveis, inalienáveis que desponta o conceito de desenvolvimento sustentável, sinalizando que, como elementos de conformação da *dignidade humana*, eles se materializam numa relação de permanente complementaridade. Para Cançado Trindade, “[P]ode bem ocorrer que o princípio do desenvolvimento sustentável [...] forneça um possível vínculo entre o direito ao desenvolvimento e o direito a um meio-ambiente sadio [e que] o meio-ambiente e o desenvolvimento hão de ser enfocados conjuntamente, o que se aplica a regiões desenvolvidas assim como em desenvolvimento do mundo, criando obrigações para todos tendo em mente a comunidade internacional como um todo, e as gerações presentes assim como futuras.”⁴⁷⁸

O conceito de desenvolvimento sustentável aponta corretamente para a ideia de que não pode haver desenvolvimento pleno se os caminhos trilhados para sua consecução, inclusive no que toca ao crescimento econômico, não contemplarem formas de exploração racional e equilibrada do meio ambiente.

A pobreza também está intimamente relacionada com o desenvolvimento sustentável, ou melhor, com a ausência dele. Sociedades em que preponderam elevados índices de pobreza ou de má distribuição de renda tendem à desenfreada utilização dos bens ambientais, com resultados deletérios na qualidade de vida coletiva. Em sentido inverso, a degradação do meio ambiente, a concentração das condições de acesso aos bens ambientais, a falta

477. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. pág. 272.

478. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. págs. 165/166

de saneamento básico, a insegurança alimentar e a exploração desordenada de recursos naturais – inequivocamente finitos – são elementos que compõem trágicos cenários de pobreza mundo afora, bem como de expansão de ciclos de novas doenças, agora em escala global.

Tais aspectos não escapam ao radar dos segmentos da comunidade internacional empenhados no fortalecimento de laços de interação e cooperação entre os povos. A literatura especializada aponta o “Relatório Brundtland”, elaborado por Comissão das Nações Unidas em 1983 (*World Commission on Environment and Development*), como marco temporal inicial da sedimentação do conceito/princípio do desenvolvimento sustentável. Antes disso, porém, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo, no ano de 1972, já havia assinalado, na declaração dela resultante, a necessidade de os bens ambientais serem utilizados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante criterioso planejamento e ordenação, assegurando-se a capacidade de sua permanente renovação (princípios 1, 2, 3, 4). A Declaração de Estocolmo acentuou, também, no princípio 4, que os Estados, ao planejarem o desenvolvimento econômico, devem atribuir atenção especial à conservação da natureza, prevenindo, ao mesmo tempo, o risco de esgotamento dos recursos naturais (princípio 5). Tem-se aí o embrião formalmente constituído do conceito de desenvolvimento sustentável.

O Simpósio de Beijing sobre Países em Desenvolvimento e Direito Ambiental Internacional, ocorrido em agosto de 1991, sob o copatrocinio do PNUMA (Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente) e do Ministério das Relações Exteriores da China, também reforçou a ideia de que os problemas ambientais dos países em crescimento resultam, em larga escala, das condições de pobreza, impondo-se a adoção de medidas destinadas a romper o vicioso círculo de pobreza e degradação do meio ambiente, de modo a estimular condições propícias ao desenvolvimento sustentável.⁴⁷⁹

Por isso, o conceito de desenvolvimento sustentável será tanto mais denso e significativo quanto for sua capacidade de impulsionar processos de

479. “It was felt that unless widespread and abject poverty in the developing countries was tackled head on, the international community would not be avoiding, at its own peril, facing up to a major contributor to environmental degradation in the developing world. The environmental problems of developing countries were often a reflection of the inadequacy of development. Addressing these environmental problems in their totality and in a balanced manner would require that full cooperation be extended to the developing countries in their efforts to break the vicious circle linking poverty, underdevelopment and environmental degradation. Special attention would have to be given to the particular needs and concerns of the least developed countries. Solution of global environmental problems would have to be accompanied by solution of the problem of global poverty.” (Trecho do Relatório do Simpósio de Beijing)

redução de pobreza e desigualdade social, desvelando as graves contradições presentes na sociedade. Daí a conjugação das ideias de sustentabilidade com diversidade social e cultural, acesso equitativo a bens ambientais e equidade intergeracional, sob pena de o desenvolvimento sustentável ser articulado de forma incompleta, insuficiente e, pois, incapaz de envolver todos os processos sociopolíticos destinados ao enfrentamento dos inúmeros obstáculos existentes.

O mencionado Relatório da Comissão Brundtland⁴⁸⁰ sublinha esses aspectos, acentuando que o multifacetado conceito de desenvolvimento sustentável exige a erradicação da pobreza generalizada, com a implementação de estilos de vida consideravelmente menos consumistas e mais compatíveis com as limitações dos recursos ecológicos. Reconhece esse documento das Nações Unidas que pobreza, injustiça social e degradação ambiental interagem de modo complexo, num processo de retroalimentação, devendo ser, pois, concentrados esforços internacionais na consecução de um modelo de desenvolvimento capaz de atacar a raiz dos problemas ligados à degeneração do meio ambiente.

Em outro passo, ao lado do consenso estabelecido no que toca à interdependência entre pobreza e degradação ambiental, é importante destacar que concentração e má utilização de riquezas também constitui fator importante da perda de qualidade ambiental. De fato, em países economicamente desenvolvidos, em que se registram grandes demandas por recursos naturais, há sérios impactos na manutenção dos processos renováveis, com elevado potencial de irreversibilidade, em razão da adoção de parâmetros insustentáveis de produção e consumo.

No Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, elaborado pela Comissão Interministerial para Preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (dezembro/1991), também foi destacado que “as duas causas básicas da crise ambiental são a pobreza e o mau uso da riqueza: os pobres são compelidos a destruir, no curto prazo, precisamente os recursos nos quais se baseiam as suas perspectivas de subsistência a longo prazo, enquanto a minoria rica provoca demandas à base de recursos que em última instância são insustentáveis, transferindo os custos uma vez mais aos pobres.”⁴⁸¹ A Cúpula

480. A Médica Gro Harlem Brundtland, ex-Primeira Ministra da Noruega, presidiu a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas. Em 1987, a “Comissão Brundtland” produziu importante documento intitulado “Nosso Futuro Comum”, reafirmando e disseminando o conceito de desenvolvimento sustentável

481. O Desafio do Desenvolvimento Sustentável. Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brasil. Presidência da República. Comissão Interministerial para Preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brasília: Secretaria de Imprensa da Presidência da República, 1991. pág.22

da Terra – como ficou conhecida a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/1992) – adotou a Agenda 21, subscrita por 179 países, denunciando modelos insustentáveis de crescimento econômico vigentes e propugnando equilíbrio entre desenvolvimento econômico e cooperação ambiental.

Mais adiante, a Agenda Mundial de Desenvolvimento Sustentável, instituída pelas Nações Unidas em 2015, reafirmou o caráter multifacetado do conceito de desenvolvimento sustentável, reunindo dezessete objetivos devidamente alinhados com as premissas acima apontadas, bem como estabelecendo metas e diretrizes de ação para governos e sociedade em geral. São eles: “1. Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; 2. Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; 3. Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; 4. Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; 5. Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; 7. Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos; 9. Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; 10. Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; 11. Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; 12. Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; 13. Tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; 14. Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; 15. Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.”⁴⁸²

482. cf. <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>

O pano de fundo dessa Agenda, como se pode perceber, é a diminuição de desigualdades sociais e econômicas e o incremento dos elos de cooperação global e de solidariedade social, com os olhos voltados para a promoção do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Exterioriza-se, dessa forma, o conteúdo tridimensional do conceito de desenvolvimento sustentável, com uma faceta econômica, outra social e uma terceira de matiz ambiental. Falar, portanto, em desenvolvimento sustentável significa, à luz do direito fundamental ao meio ambiente sadio, entrecruzar ao menos três elementos: desenvolvimento social e econômico, acesso equitativo aos bens ambientais e estabelecimento de formas adequadas e efetivas de proteção do meio ambiente. Dessa equação deve resultar necessariamente a promoção do bem-estar social e melhoria das condições de vida das populações.⁴⁸³

Entre os diversos parâmetros de aferição do desenvolvimento sustentável, destaca-se que a taxa de utilização dos recursos naturais deve ser ao menos equivalente à taxa de reposição ou de geração de recursos sucedâneos. De igual sorte, a taxa de emissão de efluentes deve ser no máximo igual aos índices de regeneração ambiental. Não sendo alcançadas tais condições, fatal será o processo de degradação ambiental, com crescente redução dos recursos naturais renováveis. Esse cenário representa a antítese do desenvolvimento sustentável. A exploração econômica dos recursos naturais, portanto, deve observar a capacidade de saturação dos ecossistemas, de modo a resguardar a possibilidade de sua renovação.

Em rápida digressão, vale acentuar a situação das florestas tropicais, particularmente no Brasil de hoje, em que desponta a mais absoluta e inadiável necessidade de estabelecimento de parâmetros e exploração racional e equilibrada, enfrentando-se o desflorestamento ascendente com adequados instrumentos de controle e fiscalização, incentivos a práticas ambientais sustentáveis e mecanismos eficazes de responsabilização. A adoção de programas de manejo sustentado, a observância de limitações concernentes a áreas especialmente protegidas (v.g. unidades de conservação, áreas de preservação permanente, reservas legais, terras indígenas) contribuem, por certo, para que a exploração das florestas não se converta em uma “sentença de morte” cumprida em curto prazo.

483. Nas palavras de Cristiane Derani, desenvolvimento sustentável “implica, então, no ideal de um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico” (DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. pág.128)

Ressalta evidente, pois, a compreensão de que a adoção de políticas públicas voltadas à promoção do meio ambiente (“*ecopolíticas*”) deve integrar o conteúdo do processo de desenvolvimento social e econômico. Insista-se na ideia de que crescimento econômico por si só não reflete adequado desenvolvimento social, mormente quando se faz acompanhar de uma desordem ecológica residual. Daí a consideração de que o “meio ambiente passa a ser considerado [...] como uma dimensão importante do desenvolvimento, processo que deve ser motivado e sustentado pela busca de um equilíbrio dinâmico entre a vida e as atividades coletivas dos grupos humanos, por um lado, e o contexto espacial e temporal de sua implantação, por outro”.⁴⁸⁴ Pode-se afirmar, portanto, que a sustentabilidade é um conceito multiforme, compreendendo, na ideia de ecodesenvolvimento sistematizada por Ignacy Sachs, pelo menos cinco dimensões intercomplementares a serem simultaneamente atendidas: social, econômica, ecológica, geográfica, ou espacial, e cultural.⁴⁸⁵

Em outro giro, é importante considerar o traço de solidariedade diacrônica presente no conceito do desenvolvimento sustentável. Isso nada mais significa que incorporar a dimensão intergeracional, levando em conta não apenas os interesses das gerações presentes (solidariedade sincrônica), mas também das gerações futuras (solidariedade diacrônica). A solidariedade intergeracional implica diálogos entre gerações, no que se refere ao legado ambiental. Enfatiza deveres a serem cumpridos no presente em face de direitos fruíveis no futuro, num eterno *devoir*. A Constituição Federal brasileira, no art. 225, *caput*,

484. cf. BERGAMASCO, Sonia Maria P.P. e ANTNIASSI, Maria Helena Rocha: “Ecodesenvolvimento e agricultura: comentando o pensamento de Ignacy Sachs”. In *Desenvolvimento e Meio Ambiente no Brasil: a contribuição de Ignacy Sachs*. Organizadores: Paulo Freire Vieira, Maurício Andrés Ribeiro, Roberto Messias Franco e Renato Caporali Cordeiro. Porto Alegre: Pallotti; Florianópolis: APED, 1998. pág. 275

485. Por sustentabilidade social entenda-se a faceta reveladora de um processo de desenvolvimento conducente a um padrão estável de crescimento, com critérios igualitários de distribuição de renda e com a conseqüente redução de desigualdades sociais. A sustentabilidade econômica decorre do fluxo de inversões públicas e privadas e de adequado manejo dos recursos naturais, assegurando-se desenvolvimento harmônico da economia e da ecologia. A sustentabilidade ecológica reflete a compatibilização entre a utilização dos recursos naturais e o mínimo de deterioração ambiental. Por sustentabilidade geográfica considere-se a busca por uma configuração rural-urbana mais balanceada, de modo a que sejam evitadas a concentração populacional em áreas metropolitanas e, também, a compressão de ecossistemas frágeis em virtude de processos descontrolados de colonização. A sustentabilidade cultural, por fim, consiste em trazer para o interior do conceito de desenvolvimento sustentável a idéia de que as soluções tendentes ao seu alcance devem observar a adaptação entre as ações preconizadas e a autonomia cultural em cada contexto. (cf. SACHS, Ignacy: “Desenvolvimento sustentável, bio-industrialização descentralizada e novas configurações rural-urbanas. Os casos da Índia e do Brasil”. In *Gestão de Recursos Naturais Renováveis e Desenvolvimento*. Organizadores: Paulo Freire Vieira e Jacques Weber. São Paulo: Cortez, 1997. págs.474/475). Confira, também, a precisa análise de Robério Nunes dos Anjos Filho sobre a evolução da noção de ecodesenvolvimento, in *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. págs. 35/71

bem acentua esse aspecto, *impondo* ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

4. A DIVERSIDADE CULTURAL COMO COMPONENTE DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O desenvolvimento humano e a proteção da biodiversidade – elementos centrais do conceito de desenvolvimento sustentável – estão diretamente relacionados com a garantia da diversidade cultural. Como será apontado neste tópico, essa é a tônica presente no ordenamento constitucional brasileiro, que assinala a dimensão cultural da biodiversidade, consubstanciada no reconhecimento de grupos culturais diferenciados e suas formas próprias de organização social. Povos indígenas, quilombolas e outras comunidades tradicionais detêm ricas e variadas formas de conhecimento, desenvolvem estratégias diferenciadas de uso comum, coletivo, de bens ambientais, em face de valores e percepções sociais distintas, o que justifica e legitima a inserção do componente cultural no conceito de biodiversidade. Dessa forma, a consideração de grupos culturais diferenciados e suas formas próprias de organização social, de uso dos territórios e dos recursos naturais constitui importante e inafastável dimensão da promoção do direito ao desenvolvimento sustentável. Delineia-se, assim, a noção de *sociobiodiversidade*.

Como pano de fundo, traz-se a contribuição de Boaventura de Sousa Santos. Segundo o autor, o pensamento ocidental prevalecente produziu, ao longo da história, uma sensação de plenitude, hegemonia e primazia cultural, pseudolegitimando, assim, seu poder social e posicionando-se como única alternativa racional viável. A expressão *razão metonímica*, por ele ofertada, bem explicita essa ideia. Como alerta Boaventura de Sousa Santos, a *razão metonímica*, por seu caráter exaustivo e excludente, “não é capaz de aceitar que a compreensão do mundo é muito mais do que a compreensão ocidental do mundo”. E prossegue: “Em segundo lugar, para a razão metonímica nenhuma das partes pode ser pensada fora da relação com a totalidade. O Norte não é inteligível fora da relação com o Sul, tal como o conhecimento tradicional não é inteligível sem a relação com o conhecimento científico ou a mulher sem o homem. Assim, não é admissível que qualquer das partes tenha vida própria

para além da que lhe é conferida pela relação dicotômica e muito menos que possa, além de parte, ser outra totalidade.”⁴⁸⁶

Em contraposição a essa pretensa primazia cultural totalizante, o Cientista Social assinala a necessidade permanente de criticar a “razão metonímica” como condição determinante da recuperação de outras experiências sociais e culturais, mediante dois procedimentos: “O primeiro consiste na proliferação das totalidades. Não se trata de ampliar a totalidade proposta pela razão metonímica, mas de fazê-la coexistir com outras totalidades. O segundo consiste em mostrar que qualquer totalidade é feita de heterogeneidade e que as partes que a compõem têm uma vida própria fora dela.”⁴⁸⁷

A implementação desses mecanismos pressupõe, entre tantos desafios, urgente desvelamento de *presenças* social e culturalmente ativas e efetivas, o que, na expressão de Sousa Santos, se denomina de *sociologia das ausências*. Trata-se de *demonstrar* que o que “não existe é, na verdade, activamente produzido como tal, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe.”⁴⁸⁸

Há várias formas de produção de “não-existência”, *invisibilizando*, na prática, culturas e saberes, conforme salienta Boaventura de Sousa Santos, entre as quais se destacam, nos estreitos limites desta abordagem, cinco lógicas de produção de não-existência, precisamente catalogados pelo autor: 1. a “*monocultura do saber*”, que converte a ciência moderna e alta cultura em critérios únicos de verdade e qualidade estética; 2. a “*monocultura do tempo linear*”, que supõe que a história se desenvolve num sentido único, numa linearidade conduzida pelos países centrais, os quais desenrolam a teia do conhecimento tecnológico e científico, o progresso, a institucionalidade e as formas de

486. Para Boaventura de Sousa Santos, “[A] razão metonímica é obcecada pela ideia da totalidade sob a forma da ordem. Não há compreensão nem acção que não seja referida a um todo e o todo tem absoluta primazia sobre cada uma das partes que o compõem. Por isso, há apenas uma lógica que governa tanto o comportamento do todo como o de cada uma das suas partes. Há, pois, uma homogeneidade entre o todo e as partes e estas não têm existência fora da relação com a totalidade. As possíveis variações do movimento das partes não afectam o todo e são vistas como particularidades. A forma mais acabada de totalidade para a razão metonímica é a dicotomia, porque combina, do modo mais elegante, a simetria com a hierarquia. A simetria entre as partes é sempre uma relação horizontal que oculta uma relação vertical. Isto é assim porque, ao contrário do que é proclamado pela razão metonímica, o todo é menos e não mais do que o conjunto das partes. Na verdade, o todo é uma das partes transformada em termo de referência para as demais. É por isso que todas as dicotomias sufragadas pela razão metonímica contêm uma hierarquia: cultura científica/cultura literária; conhecimento científico/conhecimento tradicional; homem/mulher; cultura/natureza; civilizado/primitivo; capital/trabalho; branco/negro; Norte/Sul; Ocidente/Oriente; e assim por diante. (cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, págs. 237-280 (<https://doi.org/10.4000/rccs.1285>))

487. *Idem, ibidem*

488. *Idem, ibidem*

sociabilidade, produzindo a não-existência daquilo que não se encaixa nos padrões “dominantes”; 3. a *classificação social*, incumbida de *naturalizar* diferenças e hierarquias sociais, raciais e de gênero, consolidando relações de dominação a partir da ideia de que “a não-existência é produzida sob a forma de inferioridade insuperável porque natural”; 4. a “*lógica da escala dominante*”, por meio da qual a “escala adotada como primordial determina a irrelevância de todas as outras possíveis escalas”, sendo a globalização, na atualidade, a escala que detém e exerce maior poder de alargamento e imposição, produzindo a “*não-existência*”, “*sob a forma do particular e do local*”, aprisionando tais realidades classificadas como locais ou particulares “em escalas que as incapacitam de serem alternativas credíveis ao que existe de modo universal ou global”; 5. a “*lógica produtivista*”, baseada na “*monocultura dos critérios de produção capitalista*”, em que o crescimento econômico é pautado por uma lógica de produtividade que maximiza determinados ciclos de produção, sendo considerado produtivo o trabalho que maximiza a geração de lucros encaixado num modelo pré-definido. Nessa lógica, o discurso da *não-existência* se opera de modo a considerar que qualquer outra modalidade de produção fora daqueles critérios de produtividade é estéril, e o trabalho humano à margem do padrão assume a feição de “*preguiça ou desqualificação profissional*”

Sob essa perspectiva, verifica-se um vigoroso processo de descartes, por meio dos quais a tradicional forma de produção capitalista de matriz ocidental reforça *linhas abissais*⁴⁸⁹ que demarcam distâncias sociais, raciais, econômicas – não raro presentes no mesmo espaço geográfico –, concorrendo de forma decisiva para naturalizar diferenças e *residualizar* traços culturais diferenciados, aniquilando-os progressivamente.

Daí resulta a importância fundamental no estabelecimento de balizas normativas destinadas a promover a subsistência física e cultural de grupos sociais, o direito à diferença e a possibilidade de diálogos interculturais, mediante crítico confronto do chamado “*senso comum tradicional*” e o resgate de distintas concepções de articulação social e cultural, sem relação hierárquica ou de subalternidade.

489. Em outros escritos, Boaventura de Sousa Santos desenvolve o conceito de “linha abissal” ou pensamento abissal, para designar graves delimitações/separações entre realidades sociais, promovendo exclusões radicais de determinados segmentos da sociedade ou grupos sociais, ao ponto de negar-lhes progressivamente direitos básicos mediante mecanismos produtores de invisibilidade. Em suas palavras, tais linhas “subsistem estruturalmente no pensamento moderno ocidental e permanecem constitutivas das relações políticas e culturais excludentes mantidas no sistema mundial contemporâneo”. (in “*Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes*”; https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/Para_alem_do_pensamento_abissal_RCCS78.PDF)

Nessa toada, a Constituição Federal brasileira apresenta um modelo não assimilacionista, reconhece o “direito à diferença” e delinea o arcabouço normativo propício ao desvelamento de práticas sociais em contextos culturais diferenciados, proporcionando aquilo que Boaventura de Sousa Santos denomina de *ecologia dos saberes e ecologia dos reconhecimentos*.⁴⁹⁰ Trata-se de afirmar, noutras palavras, a diversidade cultural, em seus múltiplos saberes e com atores sociais diversos, credibilizando distintas práticas e expressões culturais, tornando, enfim, visível aquilo que a *razão metonímica* empurra para o terreno da *não existência*.

É nesse sentido que se deve compreender a expressão *patrimônio cultural brasileiro*, contida no art. 216, CF, como o conjunto de “*bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*”. A Constituição Federal, neste particular, nada mais faz que seguir a correta trilha demarcada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual assinala, no art. 22, que “[T]oda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”⁴⁹¹

A Constituição da República avança nesse campo, sublinhando o pluralismo cultural como legítima forma de expressão de múltiplas racionalidades inerentes ao próprio processo civilizatório. Sua promoção pressupõe a presença de mecanismos garantidores de subsistência da diversidade cultural e de condições para permanente renovação.⁴⁹² Quanto a esse aspecto, o texto

490. cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *O fim do império cognitivo – a afirmação das epistemologias do Sul*. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. pág. 59

491. “Everyone, as a member of society, has the right to social security and is entitled to realization, through national effort and international co-operation and in accordance with the organization and resources of each State, of the economic, social and cultural rights indispensable for his dignity and the free development of his personality.” (versão original disponível em [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E))

492. Juliana Santilli, de saudosa memória, assinala, com propriedade: “O multiculturalismo permeia todos os dispositivos constitucionais dedicados à proteção da cultura. Está presente na obrigação do Estado de proteger as manifestações culturais dos diferentes grupos sociais e étnicos, incluindo indígenas e afro-brasileiros, que forma a sociedade brasileira, e de fixar datas representativas para todos esses grupos. Vislumbra-se orientação pluralista e multicultural do texto constitucional no conceito de patrimônio cultural, que consagra a ideia de que este abrange bens culturais referenciares dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, e no tombamento constitucional dos documentos e sítios detentores de reminiscências histórias dos antigos quilombos. É a valorização da rica sociodiversidade brasileira e o reconhecimento do papel das expressões culturais de diferentes grupos sociais na formação da identidade cultural brasileira.” (SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e*

constitucional veicula o princípio da intervenção estatal compulsória, segundo o qual o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais...” (art. 215)⁴⁹³. Destaque também deve ser dado ao art. 231, CF, que destaca o direito dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, tidas por imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a sua reprodução física e cultural, e o dever-poder de a União proteger e fazer respeitar todos os seus bens (naturais e culturais). Trata-se de função constitucionalmente estabelecida – e da qual nenhum governo pode se esquivar –, ligada à promoção de direitos que se apresentam com inequívocos traços de *fundamentalidade*, expressamente destacados como elemento-condição de realização do desenvolvimento humano, social e econômico (cf. CF, art. 216-A).

É fora de qualquer dúvida a integração entre meio ambiente e cultura, pois não há como conceber a pessoa humana inserida no mundo natural sem os referenciais definidores de sua identidade no espaço-tempo. Conforme afirmei, em outra oportunidade, o patrimônio cultural é uma das facetas do meio ambiente. Não só os elementos constitutivos do meio ambiente natural são relevantes para a subsistência da espécie humana. É necessário assegurar às pessoas um referencial histórico e cultural revelador de sua identidade, vinculando o presente ao seu passado e garantindo, dessa forma, o embasamento indispensável à edificação de seu futuro. Os bens culturais fazem parte do patrimônio ambiental, sendo igualmente essenciais à sadia qualidade de vida humana.”⁴⁹⁴

Dessa forma, a expressão *meio ambiente* compreende uma conexão de valores, uma interação permanente de bens naturais e bens culturais, o que permite afirmar que patrimônio natural e patrimônio cultural são expressões indissociáveis do conceito de patrimônio ambiental. Repetindo as palavras de José Afonso da Silva, a noção de meio ambiente é “globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”.⁴⁹⁵

novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peirópolis, 2005. pág.75)

493. O princípio da intervenção estatal compulsória acha-se igualmente delineado, e entrelaçado com o princípio da solidariedade intergeracional, no art. 225, caput, da Constituição Federal, onde se lê que o poder público tem o dever de defender e preservar o meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

494. DINO, Nicolao. “A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do Poder Público”. In *Revista de Direito Ambiental*. Ed. Rev. dos Tribunais, Ano 13. n. 51, pág. 186

495. SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, pág. 2

Essa concepção integrada, sistêmica, holística de meio ambiente sadio e equilibrado abrange, portanto, a realização, também, das condições necessárias à subsistência física e cultural de diferentes grupos sociais. Reafirma-se a ideia de que o desenvolvimento sustentável é multifacetado, pressupõe pluralidade socioambiental, projeta-se e se realiza em diferentes campos e com distintas angulações, exigindo, enfim, como condição indispensável para sua materialização, a promoção da sociobiodiversidade.

Tais aspectos estão delineados, em boa medida, em inúmeros documentos oficiais infraconstitucionais. Na Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, instituída por meio do Decreto n. 6.040, de fevereiro de 2007, vê-se, no art. 1º, inciso I, que sua implementação deve considerar “o reconhecimento, a valorização e o respeito à diversidade socioambiental e cultural dos povos e comunidades tradicionais, levando-se em conta, dentre outros aspectos, os recortes etnia, raça, gênero, idade, religiosidade, ancestralidade, orientação sexual e atividades laborais, entre outros, bem como a relação desses em cada comunidade ou povo, de modo a não desrespeitar, subsumir ou negligenciar as diferenças dos mesmos grupos, comunidades ou povos ou, ainda, instaurar ou reforçar qualquer relação de desigualdade.” Na Lei n. 9.985, de 18.7.2000, que há vinte anos instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, também se verifica o traço cultural presente na noção de biodiversidade, ao estabelecer estratégias conservacionistas com modelos de espaços territoriais submetidos a regimes especiais de fruição e de modificabilidade destinados à definição de territórios para a subsistência física e cultural de comunidades tradicionais (reservas extrativistas, no art. 18; reservas de desenvolvimento sustentável, no art. 20). De igual modo, tem-se, no art. 6º da Lei n. 11.284, de 2.3.2006, a previsão de destinação preferencial de florestas públicas para comunidades locais e regularização de posses de comunidades locais sobre áreas tradicionalmente ocupadas ou utilizadas, consideradas imprescindíveis à conservação dos recursos ambientais essenciais para sua reprodução física e cultural, por meio de concessão de direito real de uso ou instrumentos similares.

Tudo isso demonstra que a implementação de medidas garantidoras da *sociobiodiversidade* não constitui mera faculdade do Estado. Não se trata de uma opção aberta ao poder público, mas, como já dito, de uma obrigação de fazer, constitucional e legalmente estabelecida. Eventual omissão configura, assim, violação de direitos passível de correção inclusive na via judicial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS (OU PÓS-ESCRITO?)

[...] a ampliação do presente implica a contração do futuro, na medida em que o Ainda-Não, longe de ser um futuro vazio e infinito, é um futuro concreto, sempre incerto e sempre em perigo. Como diz Bloch, junto de cada esperança está um caixão à espera (...). Cuidar do futuro é imperativo porque é impossível blindar a esperança contra a frustração, o advento contra o niilismo, a re-denção contra o desastre, em suma, porque é impossível a esperança sem a eventualidade do caixão. (BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS)⁴⁹⁶

Apesar de inúmeras referências nacionais e internacionais sobre o princípio da solidariedade intergeracional, tanto em textos normativos quanto não normativos, ainda é perceptível, na sociedade de consumo marcadamente individualista, autocentrada e imediatista deste início de século, a fluidez de compromissos éticos referentes ao bem-estar das gerações vindouras.

A despeito do progresso civilizatório e do crescente despertar de uma jovem geração, no tocante aos riscos de irreversibilidade de esgotamento de bens ambientais, o estilo de vida *voyeurista* e a manutenção de insustentáveis padrões de produção e consumo contribuem para uma boa dose de ceticismo quanto à necessidade de olhar mais à frente, no que se refere à promoção dos elementos ancilares do desenvolvimento sustentável.

Nos dias atuais, o conceito de coletividade tem sido bombardeado pelo apego a vantagens pessoais imediatas. E, nessa onda, a promessa de “página virada” na renovação da história – contida no “*amanhã vai ser outro dia*” dos versos de Chico Buarque de Holanda – é desconstruída de forma perversa, para se converter em trágico refrão dos que propugnam ausência de compromisso com o tempo que virá. Decerto que toda generalização é indevida, sendo oportuno destacar o prenúncio de uma nova consciência ambiental em desenvolvimento nesta surpreendente quadra da existência humana. Renovam-se as fricções entre o velho e o novo, entre a constância e a mudança, na impermanência da história...

As questões trazidas acima contrariam as tradicionais formas de conclusão de escritos desta natureza, uma vez que abrem ensejo a inúmeras outras reflexões que, de fato, não caberiam nos limites inicialmente propostos.

496. <https://doi.org/https://doi.org/10.4000/rccs.128510.4000/rccs.1285>

É proposital o desapego à forma.

As ideias delineadas no corpo do texto estão diretamente ligadas às noções de bem comum, redução de desigualdades, pluralidade, coletividade, repartição de responsabilidades, solidariedade intergeracional, tendo em conta a importância do meio ambiente como bem de uso comum do povo, fundamental para a subsistência física e cultural dos povos, e cujo dever consorciado de proteção se projeta para o futuro, evidenciando um direito fundamental transgeracional. Esses pontos claramente se opõem a quaisquer traços de imediatismo, monetização do bem estar e individualismo. Evidencia-se, desse modo, uma contraposição entre ceticismo e esperança. Tal confronto é necessário e urgente, visto que o ideal se constrói em oposição à realidade adversa, projetando-se fachos de luz no horizonte de incertezas. Se razão está com Hegel, na sua dialética de opostos – com afirmação e negação presentes num infundável ciclo de teses, antíteses e sínteses –, é importante pensar na ideia-matriz de desenvolvimento sustentável como algo que se realiza sob a perspectiva de *ser* e *dever*, como fenômenos indissociáveis. Daí a importância em fustigar contradições presentes no cruzamento entre ética, meio ambiente e desenvolvimento sustentável, pois, como lembrou Boaventura, é inviável cultivar esperanças se, também, não houver o vislumbre de um caixão.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. “Sustentabilidade, espaço e tempo”. In **Meio Ambiente: questões conceituais**. In HERCULANO, Selene Carvalho (Org.). Niterói: Pós-Graduação em Ciências Ambientais da UFF: Riocor, 2000

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman. “Objectivos do Direito Ambiental”. **Revista de Ciência e Cultura**. Série de Direito., Número Especial. Porto: Invulgar – Artes Gráficas Ltda., 1996.

BERGAMASCO, Sonia Maria P.P. e ANTNIASSI, Maria Helena Rocha: “Ecodesenvolvimento e agricultura: comentando o pensamento de Ignacy Sachs”. in **Desenvolvimento e Meio Ambiente no Brasil: a contribuição de Ignacy Sachs**. Organizadores: Paulo Freire Vieira, Maurício Andrés Ribeiro, Roberto Messias Franco e Renato Caporali Cordeiro. Porto Alegre: Pallotti; Florianópolis: APED, 1998.

BRASIL. O Desafio do Desenvolvimento Sustentável. Relatório do Brasil para a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brasil. Presidência da República. Comissão Interministerial para Preparação da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Brasília: Secretaria de Imprensa da Presidência da República, 1991.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DINO, Nicolao. **“A proteção do patrimônio cultural em face da omissão do Poder Público”**. In *Revista de Direito Ambiental*. Ed. Rev. dos Tribunais, Ano 13. n. 51

DINO, Nicolao. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2003.

GARRAD, Greg. **Ecocrítica**. Tradução de Vera Ribeiro. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2006.

JAMIESON, Dale. **Ética e Meio Ambiente: uma introdução**. Tradução de André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Ed. Senac São Paulo, 2010.

ORMIERES, Geraldo José. **“A Noção de Bem em George Edward Moore: Problemas sobre Conhecimento e Intuição”**. Tese de Doutorado apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas sob orientação do Prof. Dr. Oswaldo Giacóia Júnior, 2010, Ed. Independently Published, 2017

SACHS, Ignacy: **“Desenvolvimento sustentável, bio-industrialização descentralizada e novas configurações rural-urbanas. Os casos da Índia e do Brasil”**. In **Gestão de Recursos Naturais Renováveis e Desenvolvimento**. Organizadores: Paulo Freire Vieira e Jacques Weber. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo – a afirmação das epistemologias do Sul**. 1ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019

SANTOS, Boaventura de Sousa. **“Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências”**. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, págs. 237-280. Disponível em <https://doi.org/10.4000/rccs.1285>. Acesso em 23.6.2020

SANTOS, Boaventura de Sousa. **“Para além do Pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes**. Disponível em https://www.ces.uc.pt/bss/documentos/Para_alem_do_pensamento_abissal_RCCS78.PDF. Acesso em 27.6.2020

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luís Camargo. 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1998

VIZEU, Fabio, MENEGHETTI, Francis Kanashiro, SEIFERT, Rene Eugenio. “Por uma crítica ao conceito de desenvolvimento sustentável”. **In Cadernos EBAPE.BR Online version**, ISSN 1679-3951, Cad.EBAPE.BR vol. 10 n. 3, Rio de Janeiro Sept. 2012. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S1679-39512012000300007>. Acesso em 8.7.2020

O ESTADO ENTRE A DEMOCRACIA E A SEDUÇÃO DO DISCURSO AUTORITÁRIO

JAMES MAGNO ARAÚJO FARIAS⁴⁹⁷

1. INTRODUÇÃO

O mundo ocidental trata a democracia como o ideal político a ser atingido em uma sociedade, que deve ser protegida por leis e instituições que garantam direitos e liberdades fundamentais aos seus habitantes. Evidentemente, a democracia contemporânea não deve ser confundida como a democracia dos antigos, onde havia a participação direta de apenas parte dos cidadãos na solução dos interesses comuns.

Posteriormente, a histórica divisão Estado/sociedade civil fez com que as pessoas fossem delegando, desmedidamente, para o Estado e seus governantes a solução de tarefas que diziam respeito a toda comunidade.

Esse abandono, voluntário ou compulsório, do poder político pelo povo, fez com que a história da Humanidade esteja repleta de exemplos de Estados que viveram sob regimes de força, como os velhos estados absolutistas ou os terríveis regimes totalitários do século XX.

Malgrado uma longa e tumultuada transição, após sair de um mundo naturalmente autocrático, a democracia chegou ao século XXI; infelizmente, muitos regimes autoritários ainda estão presentes na essência de quase metade

497. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região/MA desde 2008, Professor Adjunto do Departamento de Direito da UFMA desde 1992. Doutorando em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa/Portugal (2014-2020). Mestre em Direito pela UFPE – Universidade Federal de Pernambuco (2002). Especialista em Economia pela UFMA (1997). Foi Presidente do TRT MA (2016/2017) e do Colepregon – Colégio de Presidentes e Corregedores de Tribunais Regionais do Trabalho do Brasil (2016/2017). É autor dos livros “Direitos Sociais no Brasil”, “A toda velocidade possível: ensaios sobre um mundo em movimento”, “O labirinto silencioso”, “Direito constitucional do Trabalho: sociedade e pós-modernidade”, “Direito do Trabalho no Brasil: panorama após a reforma trabalhista” e “Trabalho e Humanidade” (LTR, 2019).

dos países no século XXI, em plena pós-modernidade, na era da informação e do conhecimento científico mais avançado da história.

Entretanto, na atualidade, diversas organizações, como a *Freedom House*, a Anistia Internacional e a Agência britânica *The Economist Intelligence Unit* monitoram os níveis de liberdades civis e políticas mundo afora, dando visibilidade e transparência ao tema e tentando mostrar o nível de risco à existência de regimes democráticos.

O estudo proposto tentará mostrar de que forma o estado democrático de direito pode e deve resistir à sedução do discurso autoritário, que está tão presente em parte do mundo atual, a fim de exercer o papel garantidor de direitos e liberdades políticas, econômicas, civis e religiosas.

Vamos ao tema!

2. SOBRE O ESTADO E O PODER

Esparta tinha muitos traços determinantes típicos de ditaduras clássicas, como o rígido controle militar da sociedade, o terror imposto aos Ilotas, a eliminação dos portadores de deficiência física e a retirada dos filhos homens aos seis anos de idade de suas famílias para viverem no internato estatal⁴⁹⁸.

Em Roma, em 292 d.C., Diocleciano ordenou a separação de classes sociais em corporações rígidas, em que até os casamentos só poderiam ser realizados entre pessoas da mesma classe⁴⁹⁹.

A Magna Carta inglesa de 1215 antecipou em alguns séculos a necessidade de impor limites ao poder absoluto do governante, diante dos desmandos do Rei João “Sem Terra”, na ausência e, depois, na sucessão do Rei Ricardo “Coração de Leão”.

Porém, foi na Idade Média, ponto sequencial de antiguidade e Feudalismo, que surgiu uma nova e singular forma de governo, o absolutismo. E surgiu em um momento histórico representativo de um fenômeno estritamente europeu, com o aumento do poder dos governantes e a fiscalização mais rígida de fronteiras. O absolutismo apareceu na Europa como corolário lógico do final do Feudalismo. Em outras partes do mundo não houve uma transição do feudalismo para o absolutismo, como no antigo Japão, onde continuou a

498. FARIAS, James Magno Araújo. *A toda velocidade possível: ensaios sobre um mundo em movimento*. São Luís: Azulejo, 2013. p. 162.

499. FARIAS, James Magno Araújo. *Direito constitucional do Trabalho: sociedade e pós-modernidade*. São Paulo: LTR, 2015. p. 21.

predominância dos sistemas do modo de produção feudal, até uma mudança direta para o capitalismo industrial.

Antes do absolutismo, certamente, já havia grande quantidade de tiranos, reis e imperadores que concentravam poderes ilimitados para governar sem oposição, impondo regimes multifacetados. Inicialmente, era sutil a diferença entre os ancestrais governos tirânicos e o absolutismo. Em sua natureza e estrutura, o absolutismo praticado pelas monarquias, que predominou até o final do Iluminismo, ainda guardava muitos resquícios feudais, pois o instrumento de governo ainda era a mesma classe aristocrática que dominara a Idade Média. Entretanto, as formas sociais da Europa Ocidental já eram uma combinação complexa dos modos de produção mercantil e feudal, com uma burguesia gradualmente ascendente e uma crescente acumulação primitiva de capital.

O absolutismo não significou também o fim imediato do domínio aristocrático, pois protegeu e estabilizou a dominação social da classe nobre hereditária na Europa. Foi a força crescente da burguesia que tornou mais evidente a separação de classes, fornecendo ao Estado um papel básico de manutenção das necessidades básicas da sociedade/população. A conjugação desses dois modos de produção antagônicos em sociedades específicas que deu origem às formas de transição do Absolutismo. O aumento de poder político do Estado monárquico foi acompanhado não por uma diminuição da garantia econômica da propriedade imobiliária, mas, ao contrário, por um correspondente aumento dos direitos gerais de propriedade privada.

Nicolau Maquiavel escreveu em 1513 a célebre obra “*O Príncipe*”, que o consagrou como um dos grandes teóricos do absolutismo europeu. Nela, Maquiavel afirma desde logo que “*todos os Estados, todos os domínios que tiveram e têm poder sobre os homens foram e são repúblicas ou principados*”⁵⁰⁰. No entanto, a análise do conceito de República será feita por ele em outro livro, “*O discurso sobre a primeira década de Tito Lívio*”. Em “*O Príncipe*”, Maquiavel dedicou-se à análise dos principados, tomando por base o governante florentino à época, Lorenzo de Médici.

Maquiavel chamou de Estado o que os gregos chamaram de *polis*. Afirmou que todos os Estados são principados ou repúblicas. Substituiu a classificação aristoteliana pelo conceito dual anterior. Trabalhou com o conceito de Despotismo, ao falar dos principados hereditários, dos príncipes que governam

500. MAQUIAVEL, Nicolao. *O Príncipe*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.p. 47.

sem intermediários, com poder absoluto. Quanto aos principados mistos, classificou-os de acordo como o poder foi atingido: pela virtude (capacidade pessoal do governante de alcançar o poder, por meio de seu valor e coragem), pela fortuna (acaso), pela violência (crime) e com a concordância dos cidadãos (principado civil)⁵⁰¹.

Maquiavel reconhece ser preferível o governante manter-se fiel às suas promessas e aos seus compromissos; ele diferencia o moral do imoral. Entretanto, havendo motivos para romper as promessas, seja quanto não mais perdurarem as razões que a causaram, seja pela inconveniência da fidelidade, o governante não deve duvidar quanto a descumpri-las. Disse Maquiavel: *“um príncipe sábio deve cogitar um meio de fazer com que seus cidadãos, não importa o tempo que faça, precisem sempre dele e do Estado – e daí em diante lhe serão sempre fiéis”*⁵⁰².

Os ensinamentos de Maquiavel, ainda que direcionados à prática da arte política, podem ser transpostos à vida cotidiana, seja em relações de autoridade, como professor/aluno, chefe/subordinados, pais/filhos, seja nas relações intersubjetivas, supostamente igualitárias.

Maquiavel, em “O Príncipe”, acabou por oferecer um relato de como fundar um estado sólido e durável. Com isso, é considerado o fundador da teoria política moderna. Isto porque inaugura uma nova maneira de pensar o Estado, e que constitui uma verdadeira ruptura com o pensamento antigo. Antecipando Hobbes, para quem *“o homem é o lobo do homem”*, Maquiavel ensina aos governantes e, portanto, a todos os que pretendam conservar-se no poder em suas mais diversas manifestações, que o homem deve agir como raposa (em respeito às leis e à lealdade) e como leão (com perspicácia e força) para dominar e destruir o “lobo”⁵⁰³.

Para Maquiavel, a sociedade é movida por uma relação de forças que representam dois desejos opostos existentes na sociedade. De um lado, o desejo dos grandes em oprimir e comandar, e, de outro, o desejo do povo em não ser oprimido ou comandado. Tal posicionamento desconstrói a ideia anterior de que a sociedade seria um todo homogêneo, originado da vontade de Deus, da natureza ou do mundo suprasensível do modelo platônico. Compreendendo

501. MAQUIAVEL, Nicolao. *O Príncipe*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.p. 55.

502. MAQUIAVEL, Nicolao. *O Príncipe*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010. p. 80.

503. Maquiavel elogiava Cesare Borgia, filho do Papa Alexandre VI, como exemplo de líder pragmático, apesar de seus métodos violentos de ação política naquela época, mas o criticou por ter consentido com a eleição do Cardeal Della Rovere, inimigo declarado, para suceder seu pai. O resultado é o que o antigo inimigo continuou a ser inimigo até sua morte.

uma realidade tensa entre os dois desejos mencionados, para sustentar o Estado, há de se lançar mão do poder político.

A Idade Média foi marcada por uma visão teocrática do mundo. O início do movimento renascentista, dentre outras coisas, preconizava o abandono da ideia de que o poder teria origem divino, porém, na Europa continuou a predominar o entendimento cristão de que o poder político apenas seria legítimo se fosse justo. Esse critério de justiça seria medido através da vontade ou da providência divinas, posto que a sociedade era tida como o ambiente de destinação natural do homem. Em Genebra, entre 1555/1564, Jean Calvino proibiu festas e passatempos, impôs uma rígida forma de vestir do povo e depois criou o “Consistório”, órgão de controle social, que fazia o papel de polícia secreta e de censura moral⁵⁰⁴.

Foram todos os desmandos dos governantes que levaram à busca de maior participação popular no governo, ainda que de forma muito variada no mundo ocidental, seja pelo sufrágio universal reivindicado pelos revolucionários da Bastilha, seja pelos mecanismos de controle externo da administração desde o *Bill of Rights*, de 1689, na Inglaterra.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, símbolo da França revolucionária de 1789, clarificou os direitos do indivíduo dentro da ordem estatal. Antes dela, é certo, não se pode esquecer que já havia ocorrido a adoção de normas constitucionais pelas antigas Treze Colônias Americanas, desde a Carta da Virgínia, de 1776, após a independência da Grã-Bretanha.

Eduardo Rabenhorst observa que apesar de diferentes contextos, a Revolução Americana e a Revolução Francesa legitimaram suas ações em um direito natural que asseguraria a liberdade e a igualdade entre todos os homens, fixando positivamente esses direitos em um texto constitucional. A Revolução Americana quis obter para os colonos os mesmos direitos dos súditos na metrópole. Já na França, a igualdade foi jurídica, não sócio-econômica, posto que malgrado o princípio de igualdade entre os homens, art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, os privilégios para o clero e a nobreza continuaram por anos, apesar da intenção revolucionária ter sido exatamente modificar esse quadro político. Na América, mesmo havendo uma igualdade jurídica, esta deixou de lado por anos os direitos sóciopolíticos de mulheres, negros e índios⁵⁰⁵

504. FARIAS, James Magno Araújo. *Direito constitucional do Trabalho: sociedade e pós-modernidade*. São Paulo: LTR, 2015. p. 21.

505. RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília:

Toda esta fase, influenciada pelo Liberalismo e pelo Iluminismo, sofre uma ruptura no século XIX, no momento em que o cidadão começa a questionar o poder ilimitado do Estado, exigindo mais direitos humanos básicos, além daqueles de primeira geração, principalmente como fruto do pensamento marxista, que encontra campo fértil por conta dos atropelos sociais da Revolução Industrial.

Sobre o Estado, Pierre Bourdieu disse:

Pelo Estado temos uma identidade de Estado. Entre as funções do Estado, evidentemente há a produção de identidade social legítima, ou seja, mesmo se não estamos de acordo com essas identidades, devemos aceitá-las. Uma parte dos comportamentos sociais, como revolta, pode ser determinada pelas próprias categorias contra as quais se revolta aquele que se revolta. É um dos grandes princípios de explicação sociológica: os que têm dificuldades com o sistema escolar costumam ser determinados por suas próprias dificuldades, e certas carreiras intelectuais são inteiramente determinadas por uma relação infeliz com o sistema escolar, isto é, por um esforço para desmentir, sem sabê-lo, uma identidade legítima imposta pelo Estado. O Estado é uma ilusão bem fundamentada, esse lugar que existe essencialmente porque se acredita que ele existe. Essa realidade ilusória, mas coletivamente validada pelo consenso, é o lugar para o qual somos remetidos quando regredimos a partir de certo número de fenômenos – diplomas escolares, títulos profissionais ou calendário. De regressão em regressão, chegamos a um lugar que é fundador de tudo isso. Essa realidade misteriosa existe por seus feitos e pela crença coletiva em sua existência, que é o princípio desses efeitos. É alguma coisa que não se pode tocar com o dedo, ou tratar como o faz um agente vindo da tradição marxista que diz: “O Estado faz isso”, “o Estado faz aquilo”. Eu poderia citá-los quilômetros de textos com a palavra “Estado” como sujeito de ações, de proposições. É uma ficção absolutamente perigosa, que nos impede de pensar o Estado”.⁵⁰⁶ Friedrich Engels afirmava que o Estado não é *‘a realidade da idéia moral’*, ou a *‘imagem e a realidade da razão’*, como explicitava Hegel. Tampouco é um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; é antes um produto da sociedade, quando esta chega a determinado grau de desenvolvimento. Disse Engels: O Estado não existiu eternamente. Houve sociedades que se organizaram sem ele, não tiveram a menor noção do estado ou do seu poder. O Estado era representante oficial de toda a sociedade, a sua reunião num corpo visível, mas só era isso na medida em que o Estado daquela classe que representava ela própria, para o seu tempo, a sociedade toda: na Antiguidade o Estado dos cidadãos proprietários de escravos, na Idade Média o da nobreza

Brasília Jurídica, 2001. p. 35.

506. BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 38/39.

feudal, no nosso tempo o da burguesia... Distinguindo-se da antiga organização gentílica, o Estado caracteriza-se, em primeiro lugar, pelo agrupamento dos seus súditos de acordo com uma divisão territorial. Vimos como foram necessários renhidas e longas lutas antes que em Atenas e Roma pudesse substituir a antiga organização gentílica.⁵⁰⁷

Antonio Gramsci⁵⁰⁸, a partir do conceito marxiano de base econômica e técnica, interpretou a categoria da superestrutura política e ideológica, considerando-a como Estado ampliado, no sentido integral, composto por dois momentos dialeticamente articulados: sociedade política (‘governo de funcionários’) e sociedade civil (‘autogoverno’), desenvolvendo também o enfoque da extinção do Estado representativo burguês moderno, através de uma doutrina que concebia o Estado capitalista como passível de ser ultrapassado – de se resolver na sociedade regulada, onde ocorre num Estado ético a superação da sociedade política pela sociedade civil.

Gramsci trabalha com conceitos como “*stato carabiniere*”, estado gendarme e estado-coerção, como antítese do chamado Estado “ético”. Gramsci diz que a expressão “*État veilleur de nuit*” (Estado guarda noturno) para definir o Estado liberal foi criada por Lassale⁵⁰⁹. Segundo tal conceito, o Estado atingirá uma fase em que reduzirá gradativamente suas intervenções autoritárias e coercitivas.

Giuseppe Staccone diz que esta crítica gramsciana⁵¹⁰ aplica-se plena ou parcialmente às concepções regulacionistas dos fins do Estado que assumiram nos últimos vinte anos duas vertentes principais, em que o pensamento dos autores está marcado pelo politicismo ou tecnicismo.

Ao longo da história, o Estado de Direito alternou-se com facilidade impressionante com variadas ditaduras, de esquerda ou de direita, abrindo o caminho para líderes que se auto proclamariam redentores da pátria, defensores de raças, inimigos de crenças ou de concepção política; isso pôde ser visto no passado do Brasil, Chile, Argentina, Grécia, Panamá e em várias ditaduras mundo afora, apenas para citar alguns exemplos.

507. ENGELS, Friedrich. Do Socialismo utópico ao Socialismo científico. In: MARX, ENGELS. Obras escolhidas. Lisboa: Avante, 1985. T. 3, p. 162/163.

508. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1984, p. 147-149. p. 148

509. GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1984. p. 149.

510. STACCONE, Giuseppe. *Gramsci 100 anos – revolução e política*. Petrópolis: Vozes, 1995.

O ecletismo das abordagens torna difícil a tarefa de análise crítica de textos que partem fundamentalmente do marxismo, do keynesianismo, do historicismo, do institucionalismo, etc. A dificuldade vem também do fato de que na concepção regulacionista do Estado capitalista há certa identificação implícita da essência do Estado propriamente dito e da aparência do governo e, destarte, em oposição à definição gramsciana de Estado integral.

Em relação ao estado de exceção, Giorgio Agamben disse, com precisão, que aquele se “*apresenta, pois, ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional, como uma medida ‘ilegal’, mas perfeitamente ‘jurídica e constitucional’ que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica)*”.⁵¹¹

Herbert Marcuse⁵¹², disse que de certa forma a teoria liberal da sociedade contém na essência numerosos elementos da concepção totalitária do Estado, ou, de outro modo, o Estado autoritário está fundado de acordo com a própria estrutura fundamental do liberalismo.

Norberto Bobbio⁵¹³ argumenta que um dos grandes defeitos da ciência política marxista foi insistir na ideia de inevitabilidade da extinção do Estado. Diz Bobbio que se o chamado Estado burguês desaparecesse e de suas cinzas nascesse uma ditadura do proletariado, este seria apenas um Estado transitório, pois estaria passível se gerar o despotismo⁵¹⁴.

Nicos Poulantzas lembra que “lei é parte integrante da ordem repressiva e da organização de violência exercida por todo Estado”, sendo que a lei passa a funcionar como um “código de violência pública organizada”⁵¹⁵.

Jürgen Habermas analisa o Estado Social como resultado das transformações da democracia, da técnica e do trabalho, sublinhando as metamorfoses do trabalho na crise do providência. Habermas era auto-designado reformista radical, desenvolveu sua teoria crítica filiando-se parcialmente ao marxismo, mas recusando qualquer forma ortodoxa, inclusive metodológica. Sem a teoria e a prática de Lênin, a Social-democracia fatalista de Habermas não teria existido.

Habermas foi acusado de um ecletismo neo-conservador, por ter juntado experiências teóricas ditas incompatíveis, como Kant, Hegel, Marx, Durkheim e

511. AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo editorial, 2004. p. 44.

512. MARCUSE, Herbert. *La lute contre le libéralisme dans la conception totalitaire de l'État*(1934) in Culture et société, Minuit, 1965.

513. BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

514. BOBBIO, Norberto et al. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. São Paulo: Brasiliense, 1991.

515. POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1985. p. 86.

Max Weber. Daí, articulou no seio da tradição hegeliano-marxista, um conceito de razão que não seja vítima do historicismo ou da sociologia do conhecimento, nem tampouco se oponha abstratamente à história e aos contextos da vida social; Lênin tinha outra concepção sobre a relação entre Marx e Hegel: é a abordagem dialética da história do pensamento humano, da ciência e das técnicas, que continua a obra dos dois pensadores retrocitados, que forneceram os métodos dialético e materialista.

Habermas, embora se dissesse marxista, ao negar a luta de classes, em vez de repetir a ideia de que a utopia e a filosofia da história necessariamente acabam subjugando o homem, manifesta as evidências históricas que o teriam separado de Marx. Para ele o projeto do Estado Social se torna reflexivo e se dirige para a domesticação não só da economia capitalista, mas também do próprio Estado. Para Lênin, e também para Antonio Gramsci, o caminho que leva ao comunismo passa pelo momento socialista de extinção do Estado capitalista.

Gramsci, a partir do conceito marxiano de base econômica e técnica, interpretou a categoria da superestrutura política e ideológica, considerando-a como *Estado ampliado*, no sentido integral, composto por dois momentos dialeticamente articulados: sociedade política ('governo de funcionários') e sociedade civil ('autogoverno'). Desenvolveu também o enfoque da extinção do Estado representativo burguês moderno, através de uma doutrina que concebia o Estado capitalista como passível de ser ultrapassado e de se resolver na sociedade regulada, onde ocorre num Estado ético a superação da sociedade política pela sociedade civil. Para ele, sem consciência de classe não há atitude de realismo crítico para o Estado capitalista, podendo haver compreensão tanto na defesa quanto no ataque ao mesmo para transformá-lo.

Segundo Gramsci, enquanto existir o Estado dividido em classes não pode existir a sociedade regulada, pois a confusão entre as duas é própria das classes médias e dos intelectuais menores, que se sentiram felizes com uma regularização qualquer que impedisse as lutas agudas e as catástrofes, em concepção tipicamente reacionária e retrógrada. Esta crítica gramsciana aplica-se plena ou parcialmente às concepções regulacionista dos fins do Estado que assumiram nos últimos vinte anos duas vertentes principais, em que o pensamento dos autores está marcado pelo politicismo ou tecnicismo. Gramsci recusa toda forma de neoliberalismo, mas neste sentido é contrário a Norberto Bobbio, que atacou o estatismo, mas acabou por defender as regras do jogo liberal.

Herbert Marcuse, em seu estudo intitulado “*La lute contre le liberalisme dans la conception totalitaire de l’État*”⁵¹⁶, disse que de certa forma a teoria liberal da sociedade contém na essência numerosos elementos da concepção totalitária do Estado, ou, de outro modo, o Estado autoritário está fundado de acordo com a própria estrutura fundamental do liberalismo.

Carl Schmitt, fazendo jus à crítica histórica que ele carregou pela sua relação com o nazismo após 1933, trouxe uma afirmação bastante polêmica ao dizer que “*pode existir uma democracia sem aquilo que chamamos de sistema parlamentar moderno, e pode existir um sistema parlamentar sem democracia. A ditadura também não é o oposto decisivo da democracia, assim como esta não é da ditadura*”.⁵¹⁷

Hoje em dia, parece ponto pacífico o entendimento de que o Estado deve procurar manter condições de harmonia social, vide a discussão do *État Providence*. Um Estado capitalista que sirva apenas para legitimar uma classe a acumular capital livremente à custa de outras classes, perde sua legitimidade e, portanto, abala sua base de apoio.

Norberto Bobbio⁵¹⁸ argumenta que um dos grandes defeitos da ciência política marxista foi insistir na ideia de inevitabilidade da extinção do Estado. Diz Bobbio que se o chamado Estado burguês desaparecesse e de suas cinzas nascesse uma ditadura do proletariado, este seria apenas um Estado transitório, pois estaria passível se gerar o despotismo. Bobbio afirmava que o pensamento político marxista se ocupou mais da ideia de extinguir o Estado do que na tentativa de construir o Estado socialista.

A social democracia imagina a transformação da organização econômica da sociedade burguesa com a obtenção da liberação social da classe operária; mas o movimento social democrata estava pautado em três metas: racionalidade, justiça e liberdade.

Os partidários da Social democracia descobriram na Teoria Geral de John Maynard Keynes uma política econômica precisa de gestão de economias capitalistas, sendo que o bem-estar dos cidadãos seria intensificado continuamente pelo papel ativo do Estado. Os social democratas consentem com o direito dos capitalistas de reter uma parte da produção da sociedade por que esperam que os lucros apropriados pelo capital sejam poupados, investidos,

516. MARCUSE, Herbert. *La lute contre le liberalisme dans la conception totalitaire de l’État*(1934) in Culture et société, Minuit, 1965.

517. SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996. p. 32 .

518. BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.

transformados em capacidade produtiva e parcialmente distribuídos como remuneração a outros grupos. Portanto, esse consentimento fundamenta-se em bases econômicas, é um reflexo dos interesses materiais dos assalariados na sociedade capitalista. J.J. Gomes Canotilho pensa que:

A proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais é também indissociável de elementos juridicamente configuradores desse tipo de direitos. É diferente a perspectiva e o modo de alicerçar juridicamente os direitos sociais dentro de um enquadramento constitucional dotado de um catálogo individualizador de direitos sociais ou num enquadramento político-constitucional sem positivação constitucional desses mesmos direitos.⁵¹⁹

Ney Bello Filho⁵²⁰ analisou um ponto com enorme precisão: democracia não é apenas a vontade da maioria. Se assim fosse, usando as palavras do genial magistrado federal maranhense, uma sociedade com ampla maioria heterossexual poderia impor as piores condições à minoria homossexual, desde castigos habituais até a pena de morte, e a democracia significaria, infelizmente, a tirania da maioria contra a minoria.

Por isso não basta ter eleições em um país. A maioria pelo sufrágio universal é apenas um dos elementos necessários à realização democrática, inclusive a que traz a obrigação de proteger as minorias da eventual opressão da maioria. O Estado Democrático de Direito deve garantir a existência e efetividade de liberdade política, sufrágio universal, alternância e separação de poderes, constitucionalismo, legalidade, liberdade religiosa, de imprensa, liberdade sexual, liberdade de opinião, proteção dos direitos humanos, Judiciário livre, Parlamento plural, Ministério Público independente, Polícia técnica e equipada, além de outras coisas.

O que garante a igualdade na democracia é a lei. Dentro da estrutura kantiana do Estado, os cidadãos eleitores exercem seu direito de voto e elegem seus representantes, que fazem as leis, as quais todos são obrigados a cumprir. Se a norma jurídica não é boa, pode-se tentar mudá-la por um novo processo legislativo ou ir ao Judiciário tentar convencer um juiz sobre o defeito da lei; será o magistrado que dará razão ou não ao postulante.

519. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 444.

520. Ney Bello Filho. *Interlúdio: pós-modernidade, direito e sociedade*. São Luís: AML, 2012. p. 123.

John Hart Ely⁵²¹ observou que “*numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto*”.

A desobediência civil ao conjunto legislativo gera punições de variados tipos, de multas a prisões. Nos países democráticos não há um universo jurídico alternativo que permita contornar a lei e usá-la distorcidamente, e ao bel prazer, de modo conveniente. A via reivindicatória pode ser a da política, com trabalho de convencimento de quem pode atender suas pretensões, no caso, os congressistas ou o chefe do poder Executivo.

A “quantidade de estado” em nossas vidas é determinante para saber onde estamos vivendo. “Pouco estado” abre espaço para o predomínio do neoliberalismo; “muito estado” abre espaço para ditaduras.

A convulsão teórica entre socialistas e liberais iria se aprofundar nas sociedades do século XX. E as variantes daí surgidas nem sempre estiveram associadas ao romantismo que inicialmente acompanhavam os debates ideológicos. O fascismo e o totalitarismo são exemplos disso.

Deve ser feita uma distinção conceitual entre autoritarismo e totalitarismo, que são figuras com afinidade, sem serem sinonímicas, mas que negam todos os elementos típicos de um regime democrático e do estado social. O totalitarismo não é igual ao autoritarismo, malgrado serem regimes de força, autocráticos e antidemocráticos. No autoritarismo há uma aparente normalidade no funcionamento das instituições. É permitida uma vigiada e contida “oposição” eleitoral⁵²².

Na base do autoritarismo está, em regra, o desejo de um líder de amealhar poder absoluto, o que acaba por levar ao fanatismo e à intolerância, seja política, religiosa ou racial. É a chaga mais antiga e interior do ser humano, desde as cavernas, passando pelas fogueiras da Inquisição, Guerras Religiosas e pelas “faxinas étnicas” do Século XX.

Nas mãos do ditador está o destino, a vida e o sangue de milhões de perseguidos, que ousaram pensar de forma diversa do roteiro oficial. Somente por pensar, sem muitas vezes nem expressar suas ideias com palavras ou gestos, mas por ficar silente, por não vestir a roupa oficial indicada ou por ter nascido

521. ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança*. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. 137.

522. Uma coisa é a verdadeira oposição ao regime político, que, em regra, só ocorre durante os intervalos democráticos ou na clandestinidade do Autoritarismo ou Totalitarismo; outra, bem diferente, é a disputa por poder interno, camuflada sob a aparência de oposição livre, mas que é apenas disputa eleitoral.

diferente do padrão estético ou racial oficial. O poder estatal pode criar no cotidiano diferentes graus de injustiça, violência, inconsciência política ou desigualdade de cada sociedade.

Os pilares básicos do totalitarismo, por sua vez, são o mono partidarismo, a ideologia, o controle dos mecanismos de propaganda e meios de produção econômica e, por fim, o terror permanente que mantém o regime. Na imposição do pensamento único, hermético, predeterminado pelo Estado, resulta em alienação, intolerância generalizada, muitas vezes instigada pela política adotada pela organização burocrática da sociedade.

Com maior ou menor variação, em ambos os regimes há um suposto Direito de acesso do cidadão ao Judiciário, dito independente e imparcial. Mas o Judiciário é apenas legitimador da vontade do Estado (no autoritarismo) ou do próprio líder (no totalitarismo), não prestando para garantir direitos básicos a ninguém⁵²³. No autoritarismo e no totalitarismo é permitida a existência de uma organização Judiciária, que prevê mesmo uma Suprema Corte Constitucional⁵²⁴.

Na União Soviética também havia uma Constituição, que a exemplo da Constituição alemã de Weimar, era apenas de fachada. E a tal ponto que com exceção de Vishinski, todos os demais autores da Constituição foram executados como traidores do Estado por ordem direta de Stalin⁵²⁵.

Na URSS também havia um Judiciário, ainda que ligado diretamente ao Partido Comunista e sob controle do Soviete Supremo⁵²⁶, composto por juizes que não precisavam ser juristas, tanto que a quase totalidade dos juizes, que eram eleitos por sufrágio universal, eram membros do Partido Comunista⁵²⁷.

No totalitarismo, a violência civil é quase inexistente, ante o medo imposto à população pelo sistema policial de informação e vigilância. A violência é propriedade exclusiva do Estado. Já no autoritarismo, vide as ditaduras militares da década de 70, há certa convivência com a violência privada, até mesmo

523. Vide as fabulosas imagens do filme “Z”, de Costa-Gavras, sobre a convivência do Judiciário Grego com a ditadura militar na década de 60. Do mesmo diretor é notável também o filme “Missing – desaparecido”, sobre a tortura e morte nos porões do Chile do ditador Pinochet.

524. Tribunais que evidentemente podem ser fechados a qualquer momento em nome da “vontade popular”. Vide Fujimori no Peru, etc., etc.

525. ARENDT, Hannah. Op.cit. p. 445.

526. DAVID, René. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 206.

527. DAVID, René. Id. Ibid. p. 223.

quando é do interesse dos governantes o uso de mecanismos como grupos de extermínio, tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, máfia, prostituição, etc.⁵²⁸

Um ponto comum às duas formas de dominação é que ambas podem ser tanto de direita quanto de esquerda. Nesta ótica, por exemplo, podem ser indicados como autoritarismo de direita, o Chile sob o general Pinochet; autoritarismo de esquerda, Cuba sob Fidel Castro; totalitarismo de esquerda, a Romênia sob Nicolau Ceaucescu; e como totalitarismo de direita, a Alemanha nazista de Hitler.

No totalitarismo de esquerda (URSS, Coréia do Norte, China de Mao, países da Cortina de Ferro, etc.) a base de sustentação econômica está no proletariado urbano e rural (camponeses, artesãos). No totalitarismo de direita, a base econômica está na burguesia e na antiga elite dirigente, que passa a atuar como um instrumento da política totalitária do Estado⁵²⁹.

Também a morte do ditador pode levar ao fim do totalitarismo ou autoritarismo. No totalitarismo, a morte do líder é chamada por Hannah Arendt de “destotalitarização”⁵³⁰. Ela afirmou que o regime totalitário alemão teve seu fim com a morte de Hitler, em 1945 (apesar da Alemanha ter sido vencida e arrasada pelos aliados), tendo o mesmo ocorrido na URSS, em 1953, com a morte de Stalin e a leve abertura política de Nikita Kruschev, que denunciou os crimes do antigo ditador. Em países que viveram sob o manto autoritário, como na Espanha de Franco ou em Portugal de Salazar, a morte dos ditadores fascistas também apressou o fim do regime.

A ideologia do totalitarismo calcada à imagem e vontade do ditador, muitas vezes construída sobre um inimigo externo e virtual, é substituída no autoritarismo por uma doutrina da Segurança Nacional, onde há um inimigo real, como os “comunistas”, “os fascistas”, “o capital estrangeiro”, os “antigos dirigentes”, etc.

O controle de informação e conhecimento é tratado de forma diferenciada nos dois regimes. O totalitarismo tem controle sobre todos os meios e impõe sua versão da realidade, mascarando-a, alterando-a ou omitindo-a, divulgando apenas o que quer, quando quer e para quem quer. Não dá opção ao povo, pois é o único caminho existente, mas de tão “perfeito” não se ousa imaginar outra realidade.

528. A violência urbana no Brasil hoje não seria reflexo direto de políticas públicas equivocadas da ditadura militar de 64? Afinal, enquanto o Dops perseguia intelectuais o poder do tráfico de drogas aumentava drasticamente etc.

529. STOPPINO. Op. cit. p. 1253.

530. STOPPINO. Id. Ibid. p. 1257.

O autoritarismo tenta justificar-se como a escolha ideal do povo, usando artifícios de marketing político em que as demais formas políticas, econômicas ou de pensamento, não são comparáveis a si. No totalitarismo não há opção: o totalitarismo é a própria e única realidade.

Por isso, embora ambas sejam formas perversas de dominação política, pode-se dizer que o totalitarismo está em um nível muito mais repressor, pois além de eliminar as resistências oposicionistas reais, como faz o autoritarismo, e de também implantar um sistema de repressão policial, seu conteúdo ideológico mais radical acaba por tentar impor-se como única solução para a sociedade, criando um ambiente paranóico e permanente de vigilância e terror⁵³¹.

Hannah Arendt considerou como regimes totalitários apenas a Alemanha de Adolf Hitler, após 1938, e a União Soviética de Josef Stalin, após 1930. Para Carl Friedrich e Zbigniew Brzezinski, além dos dois modelos citados, também foram totalitários o fascismo italiano, o regime comunista chinês e os regimes comunistas do Leste Europeu⁵³².

A ideia de totalitarismo, apesar de rudimentos históricos apontados alhures, veio mesmo no Século XX, principalmente após o surgimento de regimes fascistas na Europa, na década de 20. O conceito de totalitarismo estava inicialmente ligado apenas ao fascismo, mas passou depois a ser associado às ditaduras fascistas ou comunistas que atomizavam o homem dentro da sociedade.

A filósofa alemã Hannah Arendt, em “*Origens do Totalitarismo*”, considerada uma das obras fundamentais acerca do tema, disse que:

O totalitarismo é uma forma de domínio radicalmente nova porque não se limita a destruir as capacidades políticas do homem, isolando-o em relação à vida pública, como faziam as velhas tiranias e os despotismos, mas tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas, tornando-o estranho assim ao mundo e privando-o até de seu próprio eu.⁵³³

Hannah Arendt identificou na essência do totalitarismo dois elementos básicos: ideologia e terror. Na ideologia, em geral calcada em um partido único, a vontade do ditador é a lei e a organização partidária tende a cumprir

531. Ao contrário do fisiologismo de ditadores autoritários de ocasião, vide o exemplo de Suharto, na Indonésia em 1998, derrubado pelas bolsas de valores internacionais, após três décadas de domínio político auxiliado pelo EUA contra o velho inimigo comum: o comunismo.

532. BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Op. cit. p. 1249.

533. ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 445.

suas ordens. A ideologia é divulgada incessantemente através da crença elitista na superioridade racial, esportiva, bélica, etc. Ao mesmo tempo, o terror é garantido pela atuação de uma Polícia Política⁵³⁴ incumbida de criar uma rede de informação, onipresente, em que cada indivíduo seja um informante e todos vigiem os passos de todos os outros, criando uma malha viva de intrigas e medo³⁹.

Carl J. Friedrich e Zbigniew Brzezinski definem o totalitarismo com base em seis traços característicos que podem ser encontrados na organização dos regimes totalitários: ideologia oficial; partido único de massa; um sistema de terrorismo policial; monopólio dos meios de comunicação nas mãos do partido; controle dos instrumentos de luta armada e tecnologia pelo partido; e o controle da economia e de todas as unidades produtivas.

Mario Stoppino analisa uma diferença fundamental entre a teoria de Hannah Arendt e de Friedrich / Brzezinski: segundo o autor italiano, para Hannah Arendt o fim essencial do totalitarismo era o da transformação da natureza humana em uma massa de autômatos absolutamente obedientes; não obstante, os outros dois pensadores não verificam nenhum fim essencial no totalitarismo, mas, sim “uma síndrome totalitária”, consistente em um conjunto de traços comuns aos regimes totalitários⁵³⁵.

Stoppino menciona a classificação de Raymond Aron, que incluía um partido que monopolizava a atividade política, uma ideologia que se torna a verdade oficial do Estado e a instauração de um terror ao mesmo tempo policíesco e ideológico⁵³⁶.

Mario Stoppino⁴² aponta três condições principais para o aparecimento do totalitarismo: “a formação da sociedade industrial de massa, a persistência de uma arena mundial dividida e o desenvolvimento da tecnologia moderna”. A industrialização gera insegurança social, divisão de classes e seus efeitos ameaçadores são sentidos na sociedade.

Nicos Poulantzas⁵³⁷ entende que as formas totalitárias como fascismo, ditaduras militares ou bonapartismo⁵³⁸ constituem nas sociedades ocidentais o que se designou por Estado de exceção, bem diferentes das formas de Estado democráticoparlamentares. Lembrou Poulantzas:

534. Como exemplos, a GESTAPO e a SS na Alemanha Nazista. ³⁹ STOPPINO. Op. cit. p. 445.

535. STOPPINO. Op. cit. p. 83

536. BOBBIO, Norberto et al. Op. cit. p. 1249. ⁴² Id. Ibid. p. 1258.

537. POULANTZAS Op. cit. p. 83

538. Apenas Poulantzas inclui o regime de Napoleão como uma forma totalitária.

O Totalitarismo moderno, na forma fascista ou outra qualquer, não é mero “fenômeno”, que se prende unicamente à conjuntura da luta das classes. Tais conjunturas podem propiciar o aparecimento do Totalitarismo moderno, porque as raízes do mal são mais profundas, instaladas no seio das relações de produção, da divisão social do trabalho, da ossatura material do Estado. Contrariamente a todas as ideologias antigas ou novas do totalitarismo, a emergência efetiva das formas totalitárias do Estado não é um mero desabrochar desses germes e não pode de modo algum ser explicada dessa maneira, pois depende da luta de classes em toda a sua complexidade.⁵³⁹

Norberto Bobbio lembra que o “*totalitarismo é a versão atualizada, revista, corrigida e agravada do despotismo, sendo que o totalitarismo é um despotismo não apenas político, mas também econômico e ideológico*”.⁵⁴⁰

Na contemporaneidade, o mundo foi tomado por sutilezas políticas, nas quais a veia autoritária pode estar disfarçada em forma supostamente democrática. Nesse sentido Steven Levitsky e Daniel Ziblatt disseram:

As instituições isoladamente não são o bastante para conter autocratas eleitos. Constituições têm que ser defendidas – por partidos políticos e cidadãos organizados, mas também por normas democráticas. Sem normas robustas, os freios e contrapesos constitucionais não servem como os bastiões da democracia que nós imaginamos que eles sejam. As instituições se tornam armas políticas, brandidas violentamente por aqueles que as controlam contra aqueles que não a controlam. É assim que os autocratas eleitos subvertem a democracia – aparelhando tribunais e outras agências neutras e usando-os como armas, comprando a mídia e o setor privado. (Ou intimidando-os para que se calem) e reescrevendo as regras da política para mudar o mando de campo e viver o jogo contra os oponentes. O paradoxo trágico da via eleitoral para o autoritarismo é que os assassinos da democracia usam as instituições da democracia – gradual, sutil e mesmo legalmente – para matá-la.⁵⁴¹

Na base do autoritarismo e do totalitarismo está, em regra, o desejo de um líder de amealhar poder absoluto, o que acaba por levar ao fanatismo e à intolerância, seja política, religiosa ou racial. É a chaga mais antiga e interior do Ser Humano, desde as cavernas, passando pelas fogueiras da Inquisição, das Guerras Religiosas, das “faxinas étnicas” do Século XX.

539. POULANTZAS . Id. Ibid. p. 84.

540. BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997. p. 84

541. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. p. 33.

3. DEMOCRACIA NO MUNDO ATUAL

O ranking internacional de democracia da agência britânica *The Economist Intelligence Unit*⁵⁴², faz uma classificação dos países em quatro categorias: as “democracias plenas”, “as democracias imperfeitas”, “os regimes híbridos” e os “regimes autoritários”. Para a elaboração do ranking foram levados em consideração cinco elementos: “processo eleitoral e pluralismo, liberdades civis, o funcionamento do governo, participação política e cultura política”.

Os dez países mais democráticos do ranking são, pela ordem, em 2019: a Noruega (nota 9,87), Islândia, Suécia Nova Zelândia, Finlândia, Irlanda, Dinamarca, Canadá, Austrália e Suíça. Ironicamente, a própria Grécia, secular inventora da democracia, aparece em 39º lugar na lista, como uma democracia imperfeita. O pior e último colocado nessa lista dos países foi a Coreia do Norte, uma sombria autocracia militarista e repressiva. O melhor colocado na América Latina é o Uruguai, em 15º (nota 8,38), tirando nota 10 em processo eleitoral e pluralismo político. A Costa Rica aparece em 19º lugar e o Chile em 21º lugar, sendo esses três países considerados democracias plenas.

O Brasil encontra-se no grupo das democracias imperfeitas. Em 2019, o Brasil aparecia na 47ª posição (na edição de 2008 da lista o país estava em 41º lugar). Na classificação de 2019 o Brasil caiu para a 52ª posição. A nota média do Brasil em 2019 foi 6,86 (uma grande piora em relação a 2010, quando foi 7,12). O Brasil foi bem avaliado em “processo eleitoral e pluralismo (9,58) e liberdades civis (8,24), mas saiu mal em ‘funcionamento do governo’ (5,36), ‘participação política’ (6,11) e ‘cultura política’ (5,0). O Brasil é uma democracia, ainda que imperfeita! E isso não é de se estranhar, afinal, há pouco mais de três décadas atrás vivíamos em uma ditadura militar. Formar uma cultura política sólida não é fácil. As eleições gerais de 2014 e 2018 revelaram como pode ser confusa a linha entre “consciência democrática” e “fanatismo eleitoreiro”. Enquanto houver compra e venda de votos, intimidação da imprensa, alienação coletiva, fanatismo ideológico e banalização de práticas antijurídicas, o Brasil corre o risco de continuar a ser uma democracia imperfeita.

Por sua vez, no relatório de 2019 da Freedom House⁵⁴³ o Brasil é uma democracia plena, com amplas liberdades civis e religiosas, mas que padece de problemas de repressão policial às comunidades mais pobres e perseguições a jornalistas, intimidados em suas funções.

542. http://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia

543. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/democracy-in-retreat>

Na lista da Freedom House, o pior regime do mundo é a Síria, envolvida em uma trágica guerra civil desde 2013. Não menos piores são Chade, Turcomenistão, Uzbequistão, Brunei, Catar, Arábia Saudita, Mianmar, Coreia do Norte e Sudão do Sul, que aparecem em destaque entre os regimes autoritários, sem liberdade de imprensa, de opinião e de sufrágio⁵⁴⁴. Se Israel é uma democracia imperfeita (em 28º lugar), a Turquia, em velada guerra com os separatistas curdos, abalada pelo golpe militar tentado em 2016 e envolvida na guerra da Síria, aparece na categoria dos regimes híbridos, em 110º lugar, nem totalmente autoritária, nem exatamente democrática, porém, bem próxima do limite que a transforma em um regime autoritário. Na Rússia (134ª), o presidente Vladimir Putin diz que seu regime é uma “democracia centralista”; a agência britânica *The Economist Intelligence Unit* a classifica como um regime autoritário.

Pelo ranking de democracia da agência britânica *The Economist Intelligence Unit*⁵⁴⁵, em 2019 Estados Unidos aparecem na 25ª posição mundial, como um regime democrático imperfeito. Defensores da democracia desde sua criação, sua reputação está seriamente manchada pelas ações nas recentes ‘guerras santas’ no Oriente Médio, na prática de tortura na base em Guantánamo e no fomento de golpes militares e de Estado mundo afora. A veia autoritária do presidente Donald Trump é uma mancha na história norte-americana. A perseguição ao site *Wikileaks* e ao seu fundador Julian Assange revela parte disso. O ‘*Wikileaks Gate*’ escancara o que todo mundo sabe, mas a diplomacia tenta esconder: os bastidores dos jogos de poder, espionagem, trapaças políticas, interesses comerciais e seus jogos sujos.

Evidentemente, os Estados Unidos são uma democracia, a mais longeva das Américas; mas, ao longo da história, permitiram a prisão compulsória de americanos descendentes de japoneses na II Guerra Mundial (caso na Suprema Corte *Korematsu vs. U.S. Gov.* 1942), discriminação racial oficial (caso na Suprema Corte *Plessy Vs. Ferguson*, 1896), o Macarthismo, a doutrina Monroe e o apoio a terríveis ditaduras desde antes da Guerra Fria. Não é surpreendente o fato de tradicionais aliados dos norte americanos serem alguns dos piores regimes autoritários do mundo, caso da Arábia Saudita, Nigéria, Catar e Egito.

J.J Gomes Canotilho usa o conceito de “Estado de não Direito”, sendo, como ele mesmo diz, um projeto que se auto justifica, não precisa de legitimação democrática. Temos, assim, Direito e não-Direito, uma ruptura diáfana ao conceito kelseniano de legalidade. Ronald Dworkin também já havia criado

544. <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/freedom-world-2019/democracy-in-retreat>

545. https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia#Classifica%C3%A7%C3%A3o_de_2019

uma fissura quando trabalhou os conceitos de Direito do bem e Direito do mal, em sua obra “O império do Direito”, ao considerar o *Apartheid* como um crime contra a humanidade, afinal, aquilo era um regime “sob o manto de um direito do mal”.⁵⁴⁶

Em todo aspecto, o indivíduo ficou por muito tempo relegado a um segundo plano, em nome dos interesses ditados pelo Estado, seja Socialista, de Direito ou Liberal. No verdadeiro Estado de Direito não basta haver mera inserção de direitos fundamentais em uma Constituição. A prova viva da existência ou não do próprio Estado democrático passa pelo estabelecimento de limites para o poder do Estado, a fim de que o indivíduo seja respeitado diariamente em suas particularidades.

Norberto Bobbio, ao tratar de Democracia, disse que:

Na teoria contemporânea da democracia confluem três grandes tradições do pensamento político: a) a teoria clássica, divulgada como teoria aristotélica, das três formas de governo, segundo a qual a Democracia, como governo do povo, de todos os cidadãos, ou seja, de todos que gozam os direitos de cidadania, se distingue da monarquia, como governo de um só, e da aristocracia, como governo de poucos; b) a teoria medieval, de origem romana, apoiada na soberania popular, na base da qual há a contraposição de uma concepção ascendente a uma concepção descendente da soberania conforme o poder supremo deriva do povo e se torna representativo ou deriva do príncipe e se transmite por delegação do superior para o inferior; c) a teoria moderna, conhecida como teoria de Maquiavel, nascida com o Estado moderno na forma de grandes monarquias, segundo a qual as formas históricas de Governo são essencialmente duas: a monarquia e a república, e a antiga Democracia nada mais é que uma forma de república.⁵⁴⁷

Arnaldo Duarte do Amaral, em referência ao pensamento de Robert Alexy e Perez Luño, ensina que “os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados, ou seja, reconhecidos por determinada ordem estatal”.⁵⁴⁸

Tzvetan Todorov expressou a seguinte preocupação:

A democracia está doente de seu descomedimento: a liberdade tornase tirania, o povo se transforma em massa manipulável, o desejo de promover o progresso se converte em espírito de cruzada. A economia, o Estado e o direito

546. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 177.

547. BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. 8. ed. Brasília: UNB, 1995, v.01, p.319

548. AMARAL, Arnaldo J. Duarte. *Estado democrático de Direito*. São Paulo: LTR, 2008. p. 60.

deixam de ser meios destinados ao florescimento de todos e participam agora de um processo de desumanização. Em certos dias, esse processo me parece irreversível. Viver numa democracia continua sendo preferível à submissão de um Estado totalitário, a uma ditadura militar ou a um regime feudal obscurantista. Mas, corroída assim por seus inimigos íntimos engendrados por ela mesma, a democracia já não está à altura de suas promessas. Seus inimigos têm uma aparência menos assustadora do que os de ontem, que a atacavam de fora; não projetam instaurar a ditadura do proletariado, não preparam um golpe de Estado militar, não cometem atentados suicidas em nome de um deus impiedoso. Eles usam os trajes da democracia e por essa razão podem passar despercebidos. Nem por isso deixam de representar um verdadeiro perigo: se não lhes for oposta nenhuma resistência, um dia eles acabarão por esvaziar esse regime político de sua substância. Conduzirão de um desapossamento dos seres e a uma desumanização de suas vidas.⁵⁴⁹⁵⁵⁰

Claude Lefort, quando pensou na chamada “aventura democrática”, tratava a democracia em algo mais do que a possibilidade de votar e ser votado, da sociedade civil participar, por meio da representatividade, do Poder do Estado⁵⁵¹. A distinção entre Estado e sociedade civil é essencial para distinção entre a democracia moderna em confronto com o Ancien Régime, onde o Rei e a sociedade civil estavam unidos na ideia do “corpo político do rei”⁵⁵². Nessa metáfora o Rei e a sociedade estavam de tal forma misturados (‘L’État c’est moi’) que se poderia arriscar a dizer: “o que era bom ao Rei, também o era a sociedade” Claude Lefort disse:

A Democracia só triunfou instituindo uma separação entre a sociedade civil, lugar das opiniões sem poder, e o Estado laico liberal, lugar do poder sem opiniões. Em prol desse sistema, o Estado sempre ganharia força, sob a fachada da neutralidade, e a sociedade civil enfraqueceria-se sem cessar, não deixando de ser o estrondoso teatro de opiniões que, por serem apenas opiniões de indivíduos, neutralizam-se. Entretanto, essa tese parece ser ao menos unilateral, pois leva-nos a ignorar o grande acontecimento que determina a formação de um poder neutro e, ao mesmo tempo, a formação de opiniões livres; quero dizer: desaparecimento de uma autoridade que sujeitava a todos e a cada um, desaparecimento do fundamento sobrenatural ou natural

549. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 550. .

551. CHAUI, Marilena. *Representação ou participação*. Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1993, p. 273-308

552. Cf. LEFORT, Claude *A Invenção Democrática: Os Limites do Totalitarismo*. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987, 247 p.

no qual residia essa autoridade e ao qual podia apelar para reivindicar uma legitimidade incontestável, um conhecimento dos fins últimos da sociedade e da conduta dos homens, para os quais eram atribuídos lugar e função particulares.⁵⁵³

A publicação observa que a permanência na América Latina de regimes populistas intimida a vigilância da imprensa e dos órgãos estatais de controle de legalidade, tal como ocorre na Venezuela, que era um regime híbrido em 2010⁵⁵⁴, mas em 2019 já foi classificada como um regime autoritário, na desonrosa 140ª colocação⁵⁵⁵.

The Economist afirma que a democracia está “em declínio” pelo mundo, após a chamada terceira onda de democratização (1974). Segundo a revista, “metade da população mundial vive em democracias. O padrão dominante em todas as regiões ao longo dos últimos anos tem sido o recuo em progressos atingidos anteriormente em democratização. A crise global financeira que começou em 2008 acentuou alguns padrões negativos existentes no desenvolvimento político”.

Da mesma a forma, deve ser observado com atenção o alerta dado por Steven Levitsky e Daniel Ziblatt:

Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos – presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder; alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio ao Reichstag em 1933, na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis.⁵⁵⁶

Essa constatação anterior coincide com o pensamento de Moisés Naím, que afirma que atualmente “o poder está em degradação, não é mais o que era. É mais fácil de obter, mais difícil de utilizar e mais fácil de perder”⁵⁵⁷.

O ministro Reynaldo Soares da Fonseca vê na fraternidade “uma ligação universal entre seres igualmente dignos, cujo resultante um complexo sistema

553. LEFORT, Claude. *Pensando o Político*: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade, São Paulo: Paz e Terra, 1991, p. 52.

554. www.thefreedomhouse.org

555. https://pt.wikipedia.org/wiki/%C3%8Dndice_de_Democracia#Classifica%C3%A7%C3%A3o_de_2019

556. LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019. p. 31.

557. NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013. p.16.

de solidariedade social e atenção social aos necessitados, previamente à própria falência do Estado liberal”⁵⁵⁸

Em suma, falta fraternidade, falta democracia, falta solidariedade ao Estado que se torna ilegítimo quando serve apenas para oprimir e permitir a submissão de um grupo por outro, seja por razões ideológicas, econômicas, étnicas, culturais, linguísticas ou religiosas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado Democrático de Direito exige, obrigatoriamente, por exemplo, a garantia de liberdades políticas, sufrágio universal, alternância e separação de poderes, constitucionalismo e legalidade, liberdade religiosa, liberdade de imprensa, liberdade pela orientação sexual, liberdade de opinião, proteção dos direitos humanos, Judiciário independente, Parlamento livre e plural, Ministério Público atuante e uma Polícia técnica e não meramente repressora.

Democracia não é, pois, apenas a vontade da maioria, senão, seria sempre uma tirania da maioria. A maioria é apenas um de seus elementos formadores. Por isso, não basta apenas haver eleições em um país. O sufrágio universal transparente e aberto a todos é apenas um dos elementos necessários à realização democrática. A democracia, inclusive, traz a obrigação de proteger as minorias da eventual opressão da maioria.

O que garante a igualdade na democracia é a lei. Dentro da estrutura kantiana do Estado os cidadãos eleitores exercem seu direito de voto e elegem seus representantes, que fazem as leis, as quais todos são obrigados a cumprir. Se a lei não é boa, pode-se tentar mudá-la por um novo processo legislativo ou ir ao Judiciário tentar convencer um juiz sobre o defeito da norma jurídica; será o magistrado que dará razão ou não ao postulante. A lei não deverá ser ignorada pelos “tribunais da mídia”, tão em voga neste século. Em suma, não há democracia quando o governante, mesmo tendo sido eleito pelas vias democráticas, ignora as minorias, não escuta as vozes dissonantes ou reprime a polifonia das ruas.

A democracia deve sempre permitir e mediar os conflitos de interesses. Afinal, uma sociedade sem diferenças entre as pessoas é um mero laboratório autoritário.

558. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate pelo sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 51.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo editorial, 2004.
- AMARAL, Arnaldo J. Duarte. Estado democrático de Direito. São Paulo: LTR, 2008.
- ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ARENDT, Hannah. A condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- ASSOUN. Jean Laurent. A Escola de Frankfurt. São Paulo: Ática, 1991.
- BAUMAN, Zygmunt. Mal estar na Pós-modernidade. São Paulo: Zahar, 2010.
- BELLO FILHO, Ney. Interlúdio: pós-modernidade, direito e sociedade. São Luís: AML, 2012.
- BOBBIO, Norberto. Igualdade e Liberdade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
- BOBBIO, Norberto. Qual socialismo? 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1989.
- BOBBIO, Norberto et al. Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna. São Paulo: Brasiliense, 1991.
- BOURDIEU, Pierre. Sobre o Estado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Lisboa: Fundação Mário Soares – Gradiva Publicações, 1999.
- CHAUÍ, Marilena. Representação ou participação. Cultura e Democracia: o discurso competente e outras falas. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1993.
- DAVID, René. Os grandes sistemas do Direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. Democracia e desconfiança. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- ENGELS, Friedrich. A origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado. São Paulo: Global Editora, 1984.
- FARIAS, James Magno Araújo. A toda velocidade possível: ensaios sobre um mundo em movimento. São Luís: Azulejo, 2013.
- FARIAS, James Magno Araújo. Direito constitucional do Trabalho: sociedade e pósmodernidade. São Paulo: LTR, 2015.
- FONSECA, Reynaldo Soares da. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate pelo sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

- GRAMSCI, Antonio. *Maquiavel, a Política e o Estado Moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- HABERMAS, Jürgen. *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*. Apud in *Dicionário de Política*, op. cit. BOBBIO, Norberto et alii.
- HOBSBAWM, Eric J. *Era dos extremos – o breve Século XX : 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*, São Paulo: Paz e Terra, 1991
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2019.
- MAQUIAVEL, Nicolao. *O Príncipe*. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010.
- MARCUSE, Herbert. *A ideologia da sociedade industrial – O Homem Unidimensional*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.
- _____. *La lute contre le libéralisme dans la conception totalitaire de l'État(1934)* in *Culture et société*, Minuit, 1965.
- MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Leve-me ao seu líder: articulações entre Direito e cultura pop*. São Paulo: LTR, 2016.
- MARX, Karl et al. *Obras escolhidas*. Lisboa: Avante, 1985.
- NAÍM, Moisés. *O fim do poder*. São Paulo: LeYa, 2013.
- ORWELL, George. 1984. São Paulo: Civilização Brasileira, 1977.
- _____. *A Revolução dos bichos*. Rio de Janeiro: Globo, 1995.
- POLANYI, Karl. *O Nascimento do Credo Liberal – a Social Democracia como um fenômeno histórico*. São Paulo: Global Editora, 1984.
- POULANTZAS, Nicos. *O Estado, o Poder, o Socialismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1985.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.
- ROSENFELD, Denis L. *O Que é Democracia*. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta, 1996.
- STACCONE, Giuseppe. *Gramsci 100 anos – revolução e política*. Petrópolis: Vozes, 1995.

TODOROV, Tzvetan. Os inimigos íntimos da democracia. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil. São Paulo: Acadêmica, 1989.

FRATERNIDADE COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

PAULO G. GONET BRANCO⁵⁵⁹

1. INTRODUÇÃO

Em livro que já se tornou marco necessário das letras jurídicas sobre a fraternidade, o homenageado deste *Festschrift* atesta que “qualquer raciocínio a respeito da juridicidade da fraternidade perpassa necessariamente por algum conteúdo de dignidade”⁵⁶⁰. De forma irrefutável, considera que:

A dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade.⁵⁶¹

Essa fraternidade, de novo o autor exprime com felicidade, “deita raízes na tradição cristã, aparecendo na concepção de amor ao próximo”⁵⁶², diz com uma “ética da responsabilidade para com o outro”⁵⁶³ e, como ideal, “serve de garantia ao equilíbrio e à plena efetivação do binômio liberdade-igualdade”⁵⁶⁴. Decerto que, se não se trata de um princípio expressamente contido Constituição,

559. Doutor em Direito (UnB). LLM Human Rights Law (University of Essex, Inglaterra). Professor do Programa de Mestrado/Doutorado do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP. Membro do Ministério Público Federal. Atual Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União.

560. Reynaldo Soares da Fonseca. *O Princípio Constitucional da Fraternidade*. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019, p. 83.

561. Id., p. 84.

562. Id. Ibidem.

563. Id., p. 36.

564. Id., p. 58.

deve ser visto “como fonte constitucional e moral para a construção de uma nova cultura da conciliação”.⁵⁶⁵

A projeção intelectual do autor do “Princípio Constitucional da Fraternidade” traz ao prosaísmo dos debates jurídicos não somente a relevância da fraternidade para o direito posto, como lhe sugere um conceito extraído de suas raízes mais profundas, que não podem ser desprezadas para descobrir-lhe o significado. Abre, sobretudo, espaço para uma reflexão mais ampla sobre o princípio da dignidade humana, este sim de referência direta no texto da Constituição, mas de contornos particularmente polimorfos e nutantes.

2. A ASSUNÇÃO PELO DIREITO DO CONCEITO DE DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIFICULDADES E PERIGOS.

A busca de balizas mais firmes para a compreensão do que seja a dignidade da pessoa humana é imprescindível para que se encontre parâmetro útil ao controle de decisões judiciais. É, por isso mesmo, essencial para se prevenir um ativismo que reduza todos os problemas jurídicos a uma indagação sobre qual a exigência da dignidade da pessoa em cada questão proposta ao deslinde judiciário – a ser resolvida, afinal, pelas convicções pessoais próprias de cada magistrado.

O problema não é apenas brasileiro, certamente. A referência à dignidade humana converteu-se em traço comum das constituições contemporâneas democráticas e as dubiedades da sua configuração material é em toda parte convite, senão injunção, a incursões do Judiciário em setores tradicionalmente alheios à sua competência.

Na medida em que as constituições mais modernas inserem conceitos moral e politicamente dúcteis em seus preceitos, admitem e impõem ao juiz que exija o seu cumprimento, cobrando-lhe a atribuição de sentido para tais postulados. O juiz se torna árbitro de valores morais que, tantas vezes, dividem a sociedade sobre o seu significado e consequências.

Situações como essas tendem a proliferar no constitucionalismo moderno, até mesmo em face da necessidade de que o texto constitucional, ao ser concebido e para ser aprovado pelo povo, se apresente de modo a atrair o apoio de segmentos culturais cada vez mais estremados entre si. O fenômeno ganha tanto mais vulto quanto mais intenso o pluralismo de valores adotados e tidos

565. Id., p. 45.

como, ao menos *prima facie*, dignos de proteção. Daí a técnica constituinte de conscientemente perfilhar termos e expressões polissêmicos e etéreos, em ordem a arrebatrar o apoio indispensável à aprovação do estatuto que produz, postergando a materialização do seu significado para o momento das disputas a serem travadas, segundo as forças predominantes de cada instante, no cenário político dos poderes constituídos.

Ocorre que, no modelo atual de constitucionalismo, grande parte dessas normas de perfil semântico abrangente está situada na parte dogmática da Carta, compondo o grupo de preceitos definidos pelo constituinte como de aplicabilidade imediata e, portanto, aptos para serem invocados em pretensões deduzidas em juízo. Daí resulta que o propósito de deixar a definição dessas normas constitucionais ao debate dos representantes do povo nem sempre é alcançado. Se os poderes políticos representativos se atrasarem na edição das leis relevantes, o tema recairá sobre a esfera de atuação da magistratura, corpo técnico desprovido de representatividade popular e de responsabilidade política. O juiz é, então, convocado, dada a impossibilidade do *non liquet*, a concretizar normas de inteligência necessariamente multidisciplinar.

Decerto que o primeiro intérprete da Constituição é o legislador. Quando a lei opta, regulando um segmento da realidade, por um sentido possível dessas normas constitucionais de cunho moral ou político, merece deferência inicial. Não cabe aí, sob pena de distorção do sistema de separação dos poderes e de solapamento da arquitetura democrática representativa, que a jurisdição constitucional substitua, por uma sua, a preferência legitimamente enunciada pelo legislador. Mesmo assim, não é à só conta de a lei haver disposto sobre um tema, aplicando um certo entendimento inspirado por normas constitucionais de intelecção aberta, que estará afastada a possibilidade de atuação do magistrado no trabalho de definir o conceito constitucional plurívoco. A todo magistrado, num sistema de jurisdição constitucional difusa, incumbe o controle da interpretação que conduziu o legislador à edição da lei. A opção do Legislativo não é insuscetível de reversão judicial – o que obriga o juiz, mesmo que a concretização legislativa da norma constitucional já tenha ocorrido, a não se demitir da tarefa de analisar o valor político ou moral positivado na Constituição.

A ingerência, portanto, do Judiciário no campo da definição do significado da dignidade da pessoa humana é inescapável. Ocorre apenas que, mesmo quando o legislador já lhe definiu algum conteúdo, o problema se torna ainda mais

complexo. Agrega-se um fator de especial tensão – a concorrência entre poderes na concretização constitucional num modelo de democracia constitucional representativa. Se não cabe ao Poder Judiciário substituir a compreensão do legislador pela sua sobre a forma mais adequada de atender as exigências de preservar e promover princípios tão pouco palpáveis como o da dignidade da pessoa humana, a sua atuação não fica totalmente afastada. Cabe-lhe apontar quando o legislador abusa da sua prerrogativa – quer impondo algo que não condiz com o princípio da dignidade da pessoa humana, quer deixando de atuar, quando o mesmo princípio, numa situação dada, o exige. No sistema de controle de constitucionalidade difuso que se adota no país, todo juiz pode, portanto, criticar e se sobrepor ao legislador, quer no caso de ação imprópria, quer no caso de omissão condenável.

Há que se definir, contudo, a margem de atuação que se deve reconhecer ao legislador. A dificuldade especial desse modo de encarar o dever de agir do Judiciário e o dever do Judiciário de se conter está em identificar os contornos do espaço de liberdade de conformação de que o Legislativo goza, quando se cuida de implementar sentido de princípios de delimitação fluida como o da dignidade da pessoa.

O princípio da dignidade, sendo o mais versátil dos tantos conceitos vagos e imprecisos acolhidos pelo constituinte, é o que mais se presta a desafios que o tema da descoberta dos terrenos próprios dos poderes de índole político-representativa (Legislativo e Executivo) e do poder Judiciário enseja.

Bem se vê que a invocação da necessidade do respeito à dignidade da pessoa abre para o magistrado o poder-dever de suprir a ordem jurídica e de descobrir soluções não contempladas pelo legislador. Nessa tarefa, está claro que o magistrado haverá de se defrontar com desafios relacionados com opções morais e políticas que não traduzem, necessariamente, consenso. No desempenho dessa missão, não raro haverá o questionamento sobre os limites da criatividade no campo jurídico que o princípio da separação dos poderes assinala para o Judiciário.

O princípio da dignidade teria como Janus⁵⁶⁶ e suas duas faces, uma voltada para o direito e a outra, para a moral. Insere no Direito, desse modo, a visão da moral. A dificuldade para o magistrado sobe de ponto, uma vez que nem

566. Jürgen Habermas utiliza a mesma imagem para se referir aos direitos humanos (The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights. *Metaphilosophy*, Julho/2010, vol. 41, n. 4, p. 470). Com maioria de razão parece ser adequada quando se fala da dignidade da pessoa como princípio constitucional.

mesmo na filosofia moral se recolhem subsídios suficientes para enfrentar os dilemas que as casualidades do cotidiano engendram.

3. TENTATIVAS DE INTEGRAÇÃO DO CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA – AUTONOMIA, LIBERDADE E IGUALDADE

Não raro, os filósofos devotam um soberbo desinteresse, senão prevenção, ao tema da dignidade da pessoa.⁵⁶⁷ Nada obstante, a expressão goza de enorme prestígio emocional e retórico.

Não surpreende que seja assim, o prestígio da expressão tem muito a ver com a força do imaginário de múltiplas expectativas que lhe é intrínseca. De fato, o argumento da dignidade, quando esgrimido, parece vencer qualquer discussão. “A impressão cada vez mais clara – sustenta Horst Dreier – é a de que o direito à dignidade humana é usado como justificação, ou mesmo como substituto de uma justificação, para dar mais força a uma conclusão”.⁵⁶⁸

A opacidade do conceito, porém, não exige o jurista do trabalho de buscar nele mínima extensão necessária e limites últimos de conteúdo. Sem esse esforço, torna-se impossível o controle racional das decisões que com base nele são tomadas. Essa tarefa segue em desenvolvimento, chegando-se, porém, a algumas premissas básicas importantes.

Tem largo curso apontar que a dignidade envolve liberdade, decorrente da autonomia de cada pessoa, e que a noção da igualdade resulta também – e se compreende a partir – da dignidade.

É indisputável a influência de Kant na definição contemporânea da dignidade da pessoa. Sabe-se que, para o filósofo, o *status* de ser racional atrai para o homem a prerrogativa de se autodeterminar, que expressa a sua autonomia, o poder de conformar por si mesmo a sua existência, sem imposição externa. Essa liberdade é ínsita à noção de dignidade da pessoa humana e há de ser passível de extensão a todos os outros sujeitos; vale dizer: se não puder ser universalizada,

567. Michael Rosen (*Dignity*. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2012, p. 5) cita um mal-humorado Schopenhauer: “essa expressão *dignidade do homem*, certa vez pronunciada por Kant, se tornou depois uma saída fácil e rasa (*shibbolleth*) para todos os moralistas perplexos e de cabeça oca, que escondem atrás dessa imponente expressão a sua falta de toda base moral real, ou, de apenas alguma que faça sentido”.

Christopher McCrudden (“Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”. *The European Journal of International Law* Vol. 19 no. 4, 2008, p. 661) recorda que também Nietzsche investiu calidamente contra a ideia de dignidade do homem, escarnejada como mera torrente de igualitarismo sentimental.

568. Horst Dreier. “Human dignity in German Law”. *Handbook of Human Dignity in Europe*. Cham, Springer, 2019, p. 380.

será imoral. Essas ideias estão encapsuladas no conhecido imperativo prático: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio”.⁵⁶⁹ A necessidade de agir segundo esse imperativo corresponde ao termo “dever”.⁵⁷⁰ A ideia de dignidade se liga à capacidade do homem de se dotar de lei moral, que corresponda ao imperativo prático. Kant atribui “dignidade” ao “ser racional que não obedece a outra lei senão aquela que dá a si mesmo” e imediatamente explicita outro célebre enunciado: “no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.⁵⁷¹

Já se nota que há uma postulação de que **todos** possam usufruir de uma mesma liberdade para se **autogerir** e que a dignidade é incompatível com privilégios e exceções injustificáveis.

A liberdade é nessa perspectiva ínsita à dignidade e guarda íntima correlação com a igualdade, resultado de se admitir que todos têm essa mesma liberdade em igual medida. Daí que a dignidade também implica igualdade – postulado que modula a liberdade.

Desrespeita a dignidade tratar a pessoa como desprovida de valor intrínseco igual a de todos os demais seres humanos. Por isso, não apenas os assaltos à integridade física, psíquica e moral das pessoas, mas, também, os quadros de abjeta miséria econômica e social configuram situações em que se justifica invocar o princípio do respeito à dignidade da pessoa. De toda sorte, reconhecer que a dignidade é atributo também do *outro*, de todas as pessoas, implica a necessidade de se operarem ponderações entre a dimensão individual da dignidade e a sua dimensão social, esta levando em conta a necessidade de preservar o interesse de toda a coletividade, para a proteção da dignidade de todos que a ela pertencem. Vê-se que novas difíceis tarefas aguardam o estudo desses casos. A discussão sobre a extensão do direito à igualdade, nascida da convicção partilhada de que todos têm igual dignidade, partilhará inevitavelmente dessas complexidades.

569. Immanuel Kant. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos* (trad. Leopoldo Kolzsch). São Paulo, Martin Claret, 2005, p. 59.

570. id. p. 64.

571. id., p. 65.

O direito à igualdade, visto sob as dimensões individual e social da dignidade, não pode coincidir com uma mera igualdade aritmética, consistente numa singela distribuição *per capita* de todos os bens e direitos disponíveis, independentemente das necessidades de cada qual e sem apreciar critérios de merecimento na aquisição dos bens – estes últimos fatores, que informam uma igualdade proporcional, espelham melhor a ideia de dignidade como a abranger também elemento de responsabilidade de cada qual. Sendo, portanto, uma expressão que congloba uma estrutura de proporcionalidade, o postulado jurídico-moral da igualdade não impõe uma equalização cega de tudo e de todos. Haverá igualações que não se comportam no conceito moral de igualdade e que mal se compadecem da liberdade responsável, que também é apanágio da pessoa humana. De outra parte, certas desigualdades podem revelar-se como imposições de uma ordem igualitária.

Afinal, a dupla incindível liberdade e igualdade resulta da noção de dignidade da pessoa e lhe impregna sentido. Isso tem sido enfatizado nos estudos mais aprofundados do tema e é o que se confirma, ainda, com o primeiro artigo da Declaração Universal das Nações Unidas de 1948:

“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir entre si em espírito de fraternidade.”

Mostra-se clara a conexão entre dignidade da pessoa e igualdade. Se a dignidade é atributo de todos os homens, todos devem ser tratados com igual respeito e a todos devem ser reconhecidos os mesmos direitos fundamentais. A ninguém é devido tratamento que seja repulsivo à igualdade intrínseca entre todos, à igualdade de acesso aos meios para se desenvolver, à igualdade de respeito às suas decisões morais, ou à igualdade na responsabilidade por suas escolhas.

4. A FRATERNIDADE COMO ELEMENTO INTEGRADOR DO CONCEITO BÁSICO DE DIGNIDADE DA PESSOA

A parte final do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que se alude à fraternidade, tem sido pouco aprofundada; donde se mostra de todo proveito a colaboração intelectual de Reynaldo Soares da Fonseca para o tema.

A fraternidade também deve ser unida à díada liberdade-igualdade. A fraternidade não se refere apenas a tratamento de igual consideração e respeito. Vai além disso, envolve, como Reynaldo da Fonseca encarece, uma virtude que se embasa no cristianismo e que depende desse vetor para ser plenamente compreendida. Concorde-se, portanto, com a lição de Ernest Benda, para quem, “não obstante a otimista presunção de que no Ocidente desde tempos imemoriais imperou a crença nos direitos humanos”, o certo é que, “historicamente, a garantia da dignidade humana se encontra estreitamente ligada ao cristianismo. Seu fundamento radica no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus”⁵⁷².

Na realidade, e aqui a noção cristã de dignidade se ressalta, a pessoa humana não é apenas detentora de vontade, como também é responsável pelo outro, pela realização plena do outro. Não se trata, portanto, exclusivamente, de respeitar as escolhas de vida do outro, mas se cuida de não se render ao indiferentismo pelas circunstâncias de vida dos outros, pelas escolhas do outro e pela sua realização devida.⁵⁷³ A pessoa tende ao amor, ao dom (doação) de si mesma, à alteridade. Negá-lo seria deturpar a imagem do homem e da sua natureza provada em fatos evidentes. Não se podem enfatizar exageradamente as pretensões que tenho contra os outros, como se fossem adversários da minha liberdade e autonomia. Seria desumana a imagem de uma mãe irreduzivelmente revoltada com os obstáculos às suas decisões pessoais à conta do carinho e do amor demandado por seu filho.

É inerente ao homem estar voltado não somente para si, mas também para o outro. Essa inclinação pela consecução do bem do outro⁵⁷⁴, não pode ser extirpada da noção de dignidade humana, na medida em que é conatural à condição humana. “No cruzamento entre direitos individuais e o bem co-

572. Ernest Benda. “Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad”. In Benda et al. org., Manual de Derecho Constitucional. Madri, Marcial Pons, 1996, pp. 117-118. Jacques Maritain também ressalta que “a consciência dos direitos humanos tem, na realidade, sua origem na concepção do homem e do direito natural estabelecida por séculos de filosofia cristã” (Los derechos del hombre, Madrid: Biblioteca Palabra, 2001, p. 69). Robert Alexy lembra, a propósito, que “as origens dos direitos fundamentais remontam há muito. Basta recordar a declaração de semelhança a Deus do Gênesis 1,27: ‘Deus criou o homem à sua imagem e semelhança’; à neotestamentária declaração de igualdade que formulou Paulo em sua Carta aos Gálatas 3,28: ‘Não há judeu nem grego, não há varão nem mulher, pois todos vós sois um em Cristo Jesus’” (“Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático”, in Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2005, p. 32).

573. A parábola do Bom Samaritano explicita bem que o amor pelo outro não dispensa ir além do estritamente devido e que somos responsáveis pelos que encontramos nos nossos caminhos, independentemente de não termos sido causa das suas eventuais agruras.

574. Calha aqui a conhecida definição de amor para Santo Agostinho, como querer o bem e fazer o bem ao outro.

num, a Constituição expressamente reconhece a *relação*, com toda sua carga de *humanidade*, como parte da *dignidade da pessoa*.⁵⁷⁵ Se é assim, a ordem jurídica há de estar predisposta a facilitar e a promover faculdades, direitos e instituições que favoreçam não apenas o respeito à liberdade – e aos direitos a ela intrínsecos – de todos os homens por toda a sociedade, mas, da mesma forma, isso há de ser arranjado numa organização sócio-jurídica que acolha e enalteça atos de abnegação, de entrega ao outro como dom de si mesmo – justamente no que consiste a expressão do amor fraterno. Bem se vê que fraternidade é mais do que liberdade e mais do que igualdade. Se não é cogitável que o direito determine que se ame o outro, deve, não obstante, tomar esse ato como o ideal e orientar a sociedade à sua acolhida, em obediência ao princípio da fraternidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a tarefa da compreensão das características informadoras do princípio da dignidade da pessoa humana arrosta dificuldades de ressaltado porte. Não menos exato é reconhecer que se trata de trabalho inevitável e necessário, dada a sua incorporação ao direito positivo constitucional. A tarefa está sempre por se fazer e por se aperfeiçoar. A fraternidade, vista por Reynaldo Soares da Fonseca como princípio jurídico, se soma proficuamente a esse esforço de conferir mais preciso recorte normativo ao princípio em que se funda a República. Dá-se um passo a mais para que se desvende o sentido do bem de cada um e do bem comum a que se volta todo o Direito. Basta isso para recomendar a proposta de reunir a fraternidade à liberdade e à igualdade, como no conhecido lema triádico, para melhor foco das exigências de significado da dignidade da pessoa no plano jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático**, in Miguel Carbonell (org.) Neoconstitucionalismo(s), Madrid: Trotta, 2005.

BENDA, Ernest. **Dignidad Humana y Derechos de la Personalidad**. In Benda et al. org., Manual de Derecho Constitucional. Madri, Marcial Pons, 1996.

575. Paulo Gustavo Gonet Branco e Paulo Vasconcelos Jacobina. “Liberdade de Gueto? Religião e espaço público”. Revista Direito Público, Porto Alegre, 13, n. 71, set-out 2016, p. 13.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet e JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Liberdade de Gueto? Religião e espaço público**. Revista Direito Público, Porto Alegre, 13, n. 71, set-out 2016.

DREIER, Horst. **Human dignity in German Law**. Handbook of Human Dignity in Europe. Cham, Springer, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **The Concept of Human Dignity and the Realistic Utopia of Human Rights**. Metaphilosophy, Julho/2010, vol. 41, n. 4.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros Escritos** (trad. Leopoldo Kolzbach). São Paulo, Martin Claret, 2005.

MARITAIN, Jacques. Los derechos del hombre. Madrid, Biblioteca Palabra, 2001.

McCRUDDEN, Christopher. **Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights**. The European Journal of International Law, Vol. 19 no. 4, 2008.

ROSEN, Michael. **Dignity**. Cambridge, Mass, Harvard University Press, 2012.

WALDRON, Jeremy. **Democratizar la dignidade**. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E SUAS IMPLICAÇÕES NO CONTROLE SOCIAL FORMAL: POSSIBILIDADES E LIMITES NO ÂMBITO PUNITIVO

CLAUDIO ALBERTO GABRIEL GUIMARÃES⁵⁷⁶

THEMIS MARIA PACHECO DE CARVALHO⁵⁷⁷

BRUNA DANYELLE PINHEIRO DAS CHAGAS SANTOS⁵⁷⁸

1. INTRODUÇÃO

Diversas são as proposições de ampliação e redução dos limites de aplicação do Direito Penal e, conseqüentemente, do espaço punitivo no qual o Estado possa atuar e exercer seu monopólio, o denominado *jus puniendi*.

Tais proposições vieram sendo apresentadas ao longo da história da humanidade, sob os mais diversos argumentos; contudo, com mais rigor científico, separando-se, pois, da esfera religiosa, somente a partir do século XVIII, servindo como exemplo e, até mesmo, como marco divisor, o livro de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, datado de 1764 e denominado “Dos delitos e das Penas”.

576. Promotor de Justiça do Estado do Maranhão. Especialista em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Docência Superior pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Mestre em Gestão de Segurança pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Pública – ISCPSP, Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, com área de concentração em Direito Penal. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, com área de concentração em Criminologia. Pós-Doutorando pela Universidade de Lisboa – FDUL, com área de estudos em Teoria da Pena. Professor Pesquisador do CNPq e da Universidade CEUMA – UNICEUMA. Coordenador do Núcleo de Pesquisas em Violência e Cidadania – NEVIC da Universidade CEUMA – UNICEUMA. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado do Maranhão, Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito e Instituições do Sistema de Justiça. calguimaraes@yahoo.com.br

577. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão. Especialista em Ciências Criminais pela UFSC. Mestre em Problemas Atuais do Direito Penal e da Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha-Espanha, themis@mpma.mp.br.

578. Geógrafa formada pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Especialista em Engenharia Ambiental pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Bacharela em Direito pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade CEUMA – UNICEUMA. Mestranda em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA.

Nesse longo caminhar, a humanidade tem tentado pautar o direito punitivo em princípios humanitários, sendo profundas as controvérsias sobre qual função deve cumprir a pena, assim como, e, principalmente, sobre quais os fundamentos que devem legitimar o monopólio do poder de punir do Estado.

Em meio às dissonâncias doutrinárias, os fins atribuídos ao Estado acabam por se mesclar aos fins atribuídos ao Direito Penal, consubstanciando uma premente necessidade de reflexão e reconstrução diuturna de fundamentos que justifiquem a existência do Estado e legitimem o controle social formal por ele exercido, entretanto, priorizando, concomitantemente, o atendimento às exigências de uma sociedade multicultural e profundamente complexa, que se afigura a nós neste novo século.

Nesse cenário, cujas exigências constitucionais, por seu turno, se tornam cada vez mais sólidas – no sentido de respeito aos direitos e garantias fundamentais dos atingidos pela persecução penal –, efluem posições favoráveis à diversificação penal, dentre as quais, com bastante força, a possibilidade de resolução de conflitos que envolvam o cometimento de delitos pela via da Justiça Restaurativa, cujo alicerce principal é o Princípio da Fraternidade.

Objeto da mais recente obra⁵⁷⁹ do aqui homenageado, Ministro Reynaldo da Fonseca, o Princípio da Fraternidade se apresenta como um renovado fundamento para novas possibilidades na seara jurídica, *in casu*, como dito acima, como uma verdadeira revolução na seara da prestação jurisdicional do Estado.

Tal ponto de inflexão é o objeto do presente texto, ou seja: é efetivamente possível solucionar conflitos na área criminal pela via de uma justiça restaurativa informada pela fraternidade ou, como é comum nesta área do controle social formal, o conflito será apenas resolvido, sem apresentar efetivamente uma solução na qual as partes envolvidas saiam todas satisfeitas com a decisão?

A partir das ideias do Ministro Reynaldo da Fonseca, será feito, no primeiro tópico do presente texto, como forma de introdução à temática, um resgate histórico do referido princípio, assim como uma investigação sobre sua amplitude conceitual e seus possíveis campos de aplicação.

Entretanto, a nosso sentir, para enfrentar tal questionamento, necessário se faz trazer a lume os fundamentos que, entende-se, pertinentes na esfera de justificação e legitimação do direito de punir, haja vista serem díspares os entendimentos apresentados pela doutrina, o que faz com que, dependendo da posição adotada, tais fundamentos sejam absolutamente diferentes, trazendo,

579. Cfr. Fonseca (2019).

como consequência certa, distintas possibilidades para abordagem da temática e, assim, do problema proposto.

Necessário, portanto, que se pontue qual a posição defendida em relação ao que justifica a existência do controle social formal; assim como o que legitima a utilização dos instrumentos de que se vale o Direito Penal para alcance de seu desiderato, caminho teórico este que passará, obrigatoriamente, pela Teoria do Estado e pela Teoria da Pena, enaltecendo-se, assim, o enfoque transdisciplinar – inerente ao moderno labor de construção do conhecimento na área das ciências sociais.

Levado a efeito esse esforço para posicionamento do marco teórico adotado, passa-se a enfrentar a questão principal aqui proposta, que é a de investigar as possibilidades e possíveis limitações da Justiça Restaurativa no âmbito do direito punitivo, sob o enfoque da diversificação e da evitação penal.

O caminho metodológico percorrido passa – como é comum nas ciências sociais – pela problematização de aspectos da realidade que nos é cotidiana, com o objetivo maior de, a partir das demandas e anseios difusos que daí emergem, formular questionamentos articulados e compreensíveis que possam, pela via do melhor método interrelacionado a determinada técnica de pesquisa, encontrar respostas cientificamente sustentáveis.

Tomando-se por base o fenômeno jurídico, enquanto objeto de pesquisa no campo do Direito, mais precisamente, no caso do presente texto, o fenômeno da Justiça Restaurativa – enfoque metodológico lastreado em um recorte monográfico com abordagem transdisciplinar⁵⁸⁰ – intenta-se utilizar o método de procedimento sociojurídico-crítico aliado à técnica de pesquisa jurídico-científica e, pela via da indução, adentrar-se no campo teórico-interpretativo da realidade para, problematizando através daquilo que é sobejamente conhecido, se chegar a ilações até então não realizadas.

Parte-se do pressuposto segundo o qual é preciso, continuamente, perquirir sobre a função do direito no meio social, cujo caminho metodológico exige questionamentos, tanto no campo de construção do saber teórico, como nas possibilidades de aplicação prática deste conhecimento produzido⁵⁸¹.

580. Em sentido divergente, Gustin e Dias (2015, p. 8-9) utilizam o termo metodologia monográfica, que significa pesquisa elaborada a partir de uma visão unidisciplinar, contrárias às modernas tendências de produção do conhecimento a partir da transdisciplinaridade. No presente texto refere-se a recorte monográfico, que é uma opção metodológica de máxima especificação do objeto a ser pesquisado, buscando-se a especialização da temática.

581. Entendimento tributário da filosofia pragmática desenvolvida por Dewey (2018), para quem a todo saber teórico deve corresponder a uma possibilidade prática para sua aplicação.

Assim, respeitando as exigências epistemológicas do fazer ciência, mas no âmbito de perspectivas metodológicas abertas e críticas⁵⁸², utilizar-se-á a argumentação para ampliar o que está estabelecido, passando para o desconhecido, do particular para o geral, problematizando aspectos da realidade, com o objetivo último de se elaborar uma forma de conhecimento teórico-especulativo que possa ser aplicado aos fatos, à realidade das relações sociais.

Em síntese, recortado o objeto e formulado o problema, através das técnicas jurídico-descritiva e jurídico-propositiva, a presente pesquisa ganhará vida pela via da investigação qualitativa de cunho teórico, haja vista que será aprofundada a investigação na esfera exclusivamente bibliográfica; por se tratar de análise eminentemente conceitual centrada em um tema com recorte bem específico, alheia a questões de ordem técnica ou normativa, transita-se pelo campo da pesquisa jurídico-científica, na qual se intenta rever teorias e conceitos, com a incessante busca do novo, para auxiliar no aperfeiçoamento da regulamentação das relações sociais e consequente solução dos conflitos jurídicos⁵⁸³.

2. UMA 1. INTRODUÇÃO AO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: HISTÓRIA, EVOLUÇÃO CONCEITUAL E CAMPOS DE APLICAÇÃO

A Revolução Francesa dominou e continua a dominar a história, tendo sido responsável por grandes mudanças sociais, políticas e econômicas. Teve sua origem na luta de classes para combater privilégios e, assim, é lembrada como um movimento de intensa agitação social e política que pôs fim a séculos de dominação da aristocracia e monarquia absolutista francesas, como também, à rígida disciplina imposta pela dominação da igreja católica, marcando o fim da sociedade feudal e inaugurando a burguesia capitalista do século XIX⁵⁸⁴.

Desse movimento, conhecido como o marco inicial da era moderna, surgiram os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, que passaram a compor o ideário político de todo o mundo ocidental; à liberdade e à igualdade, em razão do próprio contexto turbulento que marcou a evolução dos sistemas

582. Assim, Bachelard (1999).

583. Nessa perspectiva, cfr. Fonseca (2009), Gustin e Dias (2015), Minayo (2018).

584. Para maior aprofundamento no assunto é interessante conhecer a análise que sobre o tema faz Hobsbawm (1996). Cfr também, Feller (2016, p. 2 e ss.), que faz um estudo comparativo acerca das proposições de Guizot e Tocqueville sobre a Revolução Francesa. Segundo entendimento esposado, estes romperam com as concepções correntes de que as causas da revolução eram a insatisfação recém surgida, entendendo, em sentido oposto, que as bases revolucionárias estavam lançadas há muito na história da França, apenas tendo eclodido naquele momento específico do ano de 1789.

políticos, sempre foi atribuída uma maior carga discursiva legitimadora, como valores a serem atingidos, se configurando, pois, como meio e fim de lutas incessantes, enfim, liberdade e igualdade sempre foram protagonistas, quanto à fraternidade, bem..., é uma outra história.

Nesse contexto, importante relembrar que se passaram quase dois séculos do grito revolucionário por liberdade, igualdade e fraternidade para, somente após os graves problemas advindos da Segunda Grande Guerra, a França, em sua nova ordem constitucional inserir, no preâmbulo de sua Magna Carta, a determinação por fraternidade⁵⁸⁵.

Na mesma trilha, com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), esta proclama, em seu artigo primeiro, que todos os homens “são dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

De ambos os documentos, uma característica eflui de modo muito claro: a permanência, pois, da indefinição acerca do real significado de tal palavra inserida nestes mandamentos e, assim, do mesmo modo que a expressão fraternidade, integrante da Constituição Francesa de 1946, localizada no preâmbulo – como aspiração constitucional, frise-se –, também ficou condenada à indiferença a previsão contida na declaração da Organização das Nações Unidas.

Mais recentemente, em 1988, no Brasil, o legislador constitucional pátrio inseriu no preâmbulo da Carta Magna o reconhecimento de que a sociedade brasileira é uma sociedade fraternal (BRASIL, 1988).

No entanto, não obstante um intervalo de mais de dois séculos, o conceito de fraternidade continuou ignorado e relegado a um segundo plano, o que fez com que parte da doutrina o considerasse um princípio esquecido, que somente parece ter voltado ao protagonismo por ocasião das comemorações do bicentenário da Revolução Francesa⁵⁸⁶.

585. Franco (1986) chama atenção para o fato de que, até hoje, há muita divergência doutrinária este posicionamento, haja vista que a inserção do princípio da fraternidade no preâmbulo na Constituição francesa, sob o ponto de vista jurídico-formal, não o colocou no texto constitucional, mas serviu como norteador da evolução jurídica em determinado contexto jurídico-político, sendo pois, considerado normativo por muitos, dando amparo jurídico a decisões judiciais e administrativas que lhes atribui a força de normas de direito.

586. Assim, Baggio (2013, p. 35), para quem não existe nem mesmo definição em dicionários políticos sobre o significado da palavra fraternidade, chamando atenção pra o fato, segundo o qual, enquanto os princípios e deveres da igualdade e da liberdade tiveram grande evolução a partir de 1789, se constituindo como categorias políticas experimentadas e verdadeiras, figurando, de forma expressa, como princípios legais nas Constituições de muitos países, isso não ocorreu em relação ao princípio da fraternidade.

Sobre a indiferença, não apenas para conceituar, mas também para a implementação da almejada fraternidade, Fonseca (2019, p. 34) considera ter havido, na verdade, um “eclipse” do ideal fraterno e seus corolários nas disciplinas políticas, e dificuldades na realização prática desse princípio, em intensidade idêntica ao que ocorreu com a liberdade e a igualdade.

Nessa senda, a luta por liberdade em todas as suas vertentes, seja liberdade de expressão, de ir e vir, de autodeterminação, liberdade sexual, assim como a busca por igualdade, mormente a igualdade de direitos, sempre dominaram de forma mais efetiva as preocupações do homem moderno, não obstante, a sua efetivação ainda possa ser contestada, mesmo em Estados Democráticos de Direitos.

A luta por liberdade e igualdade, portanto, tem sido de permanente preocupação e grupos da sociedade têm se mobilizado para conseguir avanços que não podem ser desconsiderados. O mesmo, entretanto, não se pode dizer em relação ao terceiro componente da tríade: a fraternidade⁵⁸⁷.

É possível que a causa do esquecimento na efetivação da fraternidade como direito fundamental deva-se ao fato de o vernáculo possuir uma forte conotação de fundo religioso, como podemos encontrar em diversos versículos dos livros bíblicos, a exemplo do texto contido em Romanos: “Não fiquem devendo nada a ninguém, a não ser o amor mútuo. Pois quem ama o próximo cumpriu plenamente a Lei. De fato, os mandamentos: não cometa adultério, não mate, não roube, não cobice, e todos os outros se resumem nesta sentença: ‘Ame o seu próximo como a si mesmo’. O amor não pratica o mal contra o próximo, pois o amor é o pleno cumprimento da Lei”⁵⁸⁸ (BÍBLIA SAGRADA, 1991, p. 1389).

Como que fortalecendo a conotação religiosa, é sabido que a Igreja Católica Brasileira possui uma grande campanha com fins de promover a fraternidade e solidariedade entre seus fiéis, o que serve para reforçar a profunda ligação de cunho religioso para com o vocábulo⁵⁸⁹.

587. Nessa perspectiva, Fonseca (2019, p. 145), baseado no HC 391.501/SP, de sua própria relatoria, chama atenção para o fato, segundo o qual, o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica, sendo seu resgate de suma importância, considerando a complexidade dos problemas estruturais ainda hoje existentes.

588. Sobre a implicação teleológica contida no termo fraternidade é importante conhecer o pensamento de Lubich (2007) fundadora do Movimento denominado Focolares, que com a cultura da fraternidade busca uma forma de harmonizar a vida em sociedade, ao considerar que ser fraterno é ver o outro como irmão, sendo a fraternidade um sentimento transformador capaz de produzir profundas mudanças, seu pensamento, no entanto, ultrapassa o plano religioso ao entender que as ações fraternas, altruístas, harmoniosas, podem gerar soluções em diversos campos e aspectos da vida humana.

589. A CNBB promove há mais de 50 anos a Campanha da Fraternidade, cujo objetivo é envolver

Não há como ignorar que, em verdade, existe uma dubiedade no significado da palavra, e, sobre o assunto, Ferraz (2016, p 54) considera que o fato se deve em razão da fraternidade ser um conceito que pode servir para vários propósitos, inclusive na esfera da religião, vez que: “O religioso pode afirmar que é fraterno para cumprir um mandamento divino, o ateu, por sua vez pode dizer que a fraternidade é um simples dom da natureza... há fraternidade tanto para o religioso como para o ateu”⁵⁹⁰.

A indiferença para com este princípio é um fato relativamente comum em toda a cultura ocidental, entretanto, nos últimos tempos, não apenas a fraternidade – inserida tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto aquela almejada na nossa e em outras Cartas Constitucionais – vem assumindo um protagonismo na doutrina, como também nas decisões judiciais, o que tem colocado este importante corolário principiológico em seu devido lugar: o de configurar-se como um direito fundamental de terceira dimensão.

Nesse sentido, considera Sarlet (2001, p. 52 e ss.) que os direitos fundamentais de terceira dimensão, denominados por ele como direitos da fraternidade ou de solidariedade, se afastam da figura individual do homem e destinam-se precipuamente à proteção de grupos humanos, seja ele o grupo familiar, um povo ou nação determinada, com fins de proteção do meio ambiente, preservação do patrimônio histórico e cultural, da qualidade de vida, dentre outros direitos, e conclui que o diferenciador destes direitos, tidos como de terceira dimensão, é o fato de se constituírem em direitos de titularidade coletiva, cuja definição não pode ser determinada.

toda a comunidade católica para, solidariamente, buscar soluções e auxiliar aos mais necessitados. Neste ano de 2020 o lema é: “Viu, sentiu compaixão e cuidou dele (LC 10.33-34)”, lema que, indiscutivelmente, remete a um sentido de afetividade e fraternidade para com o próximo, a quem você deve cuidar, amar e dele compadecer-se. Rousseau (2004, p.121), ainda no Século XVIII, ressaltava que no Cristianismo os homens se reconhecem todos por irmãos, pois são filhos do mesmo Deus e estão unidos em sociedade que nem mesmo a morte põe fim, o que pode vir a explicar a inserção do princípio da fraternidade no ideário da Revolução Francesa.

590. Nesse mesmo sentido é como considera Gorobets (2020 p.1) com relação a solidariedade, que a seu juízo pode, muitas vezes, ser entendida de diferentes formas, dependendo seu significado do contexto em que utilizada, daí, a dificuldade de dar, igualmente a este vocábulo, uma definição abrangente, fato este que a torna um conceito nebuloso com riscos de que possa ser utilizada de forma diversa em instancias distintas. Assim sendo, é interessante diferenciarmos o significado dos termos solidariedade e fraternidade: para Houaiss e Villar (2001, p. 2602) solidariedade “é o compromisso pelo qual as pessoas se obrigam umas às outras e cada uma delas a todas” enquanto fraternidade é “amor ao próximo”, “harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou que lutam pela mesma causa” (HOUISS e VILLAR, 2001, p. 1.388), não há como deixar de considerar que ambas as palavras possam ser utilizadas como sinônimos, não obstante, em se tratando de direito internacional a palavra solidariedade seja a mais aplicada.

Fonseca (2019, p. 34), por sua vez, não categoriza expressamente o princípio em estudo como direito de terceira dimensão, tendo uma percepção mais altruística do mesmo, não se afastando, salvo melhor juízo, do significado com cunho religioso e compartimentalizado, defendendo expressamente a ideia de que deve ser repensada a possibilidade de fortalecimento da fraternidade na esfera pública, no âmbito da cultura brasileira, de modo a que se possa depreender do conceito deste princípio a noção de responsabilidade e não-indiferença para com o outro e, por esta via, que sejam passíveis de operacionalização na sociedade e, conseqüentemente, fundamentem a existência política por intermédio da ética da alteridade.

Do exposto, é possível depreender que, independente do significado de cunho aparentemente religioso que possa conter, a fraternidade contida no preâmbulo de nossa Constituição Cidadã é também princípio constitucional, e como tal, não pode ser ignorado ou esquecido, sendo o seu resgate, também, tarefa para os operadores do direito, não lhes sendo permitido esquecer que em, se tratando de fraternidade, no sentido jurídico, esta deve estar alinhada aos mecanismos jurídicos de que dispõe o Estado para regular a vida em sociedade⁵⁹¹.

Sejam as leis, os tratados internacionais, a doutrina, a jurisprudência ou outras fontes de direito, que constituem a necessária juridicidade ao Direito⁵⁹², é absolutamente necessária a utilização de tal categoria jurídica, de modo que possa ser modulado o seu efetivo significado e alcance no exercício do controle social, não sendo permitido esperar que o direito altere sua racionalidade devido a inclusão da fraternidade como elemento jurídico⁵⁹³; ademais,

591. Sobre o tema, em profundidade, Fonseca (2019, p. 79 e ss.) para quem a constitucionalização da fraternidade está ligada à incorporação de direitos e garantias no texto constitucional, vez que intrinsecamente ligados ao conteúdo básico dessa categoria jurídico-política.

592. Embora não seja o propósito discutir tal temática no presente trabalho, importante que se ressalte a crítica elaborada por Vera-Cruz Pinto (2017, p. 78 e ss.), para quem o modelo que entrega a juridicidade aos poderes constituintes que, pela via política, se legitimaram para criar o direito, está esgotado. O professor português vê nesse modelo monista-legalista, legitimado pelo procedimento, uma exacerbação da perspectiva política no direito, deixando o mesmo carente de juridicidade. Adverte, veementemente, que a Constituição não pode se constituir e limitar como uma *legislatio* do político. Por fim, chama a atenção para o fato de que as diversas tentativas de resistência a tal modelo feitas, recentemente, pelo neoconstitucionalismo, apenas demonstram os últimos estertores do sistema normativo-funcional, apontando a jurisprudencialidade como remédio contra o positivismo extremado que aflora das constituições, vez que, sem jurisprudencialidade, não existe juridicidade. Tal jurisprudencialidade passa pelo contributo dos jurisperitos universitários, que ao construírem um Direito Constitucional que preceda a lei Constitucional, como padrão de juridicidade, possam garantir a independência do Direito face à política e, sacramenta, “Não é a Constituição e as leis que são fonte de Direito; é o Direito que é a fonte da Constituição e das leis, porque instrumento de justiça”.

593. Nesse sentido, importante consultar os trabalhos de Ferraz. (2016) e Carvalho (2016), que aprofundam a temática sobre a importância da adoção do princípio da fraternidade enquanto princípio e não como categoria explicitada em diplomas jurídicos esparsos.

a efetivação da fraternidade como princípio constitucional implica no reconhecimento de que esta não prescinde da compatibilização e sopesamento entre direitos e liberdades, vez que possui duas faces: direito e dever, que se unem na conformação da democracia participativa⁵⁹⁴.

Na linha de entendimento acima exposta, é importante ressaltar que, na prática, a aplicação do princípio da fraternidade para solução de conflitos deve ser efetivada à luz das fontes do direito, afastando-se de qualquer conotação de viés religioso. A fraternidade, como princípio, deve servir de base para a solução pacificada de conflitos por meio de soluções consensuais, negociadas, com base no entendimento entre os envolvidos e sem que exista prevalência de direitos de um em relação ao do outro.

Esta solução pacificada e negociada de conflitos, em especial na seara penal, objeto do presente estudo, tem por marco inicial a Resolução 12/2002 da ONU, que conceitua o que seja Justiça Restaurativa e define os princípios básicos a serem utilizados na solução de conflitos em matéria criminal pelos Estados Membros⁵⁹⁵.

Segundo define o documento principiológico das Nações Unidas, Justiça Restaurativa é conceituada como o processo em que se busca por meio de processos restaurativos atingir resultados de igual modo restaurativos, sendo este um processo em que vítima e ofensor participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, podendo contar com auxílio de um facilitador.

Deste modo, a busca pela solução negociada pode incluir a mediação, a reunião familiar ou comunitária. Nas rodas de mediação ou conciliação busca-se a celebração de um acordo cuja resposta possa vir em forma de reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, de modo a atender as necessidades privadas e coletivas, buscando, acima de tudo, reintegrar vítima e agressor, com fins de conseguir a harmonia social, com respeito à dignidade e igualdade das pessoas⁵⁹⁶.

A Justiça Restaurativa tem por base a voluntariedade e efetiva participação dos envolvidos, que buscam, por meios alternativos, encontrar a solução do conflito por meio de uma solução negociada e que atenda aos interesses de ambas as partes. Ao contrário da fria letra da lei aplicada pela Justiça com fins punitivos, aqui a pacificação social é almejada por meio de técnicas de

594. Cfr. Carvalho (2016, p. 15).

595. A ONU manifestou-se sobre o tema anteriormente, através da Resolução 1999/26 de 28.07.1999, que trata do “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal” e da Resolução 2000/14, de 27.07.2000, que define os “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matéria Criminal”

596. ONU (2002).

negociação nas quais os atores – autor e vítima – deliberam livremente de acordo com seus interesses, com o propósito de alcançar uma composição cujo resultado atenda a ambas as partes⁵⁹⁷.

Nessa linha de entendimento são vinculadas diversas vantagens quanto à utilização da Justiça Restaurativa, assim como sua aplicação, que atende a diversos fins, dentre eles, uma válida tentativa de pacificação social através da prática de atos que favoreçam o exercício de sentimentos de fraternidade, solidariedade e humanização, de valorização da vítima e escuta do agressor, além do que, não podemos ignorar, com igual importância, o imprescindível desafogo da estrutura do poder judiciário⁵⁹⁸.

No mesmo sentido, ao discorrer sobre benefícios da Justiça Restaurativa, Carnevali Rodriguez (2017, p.131) considera atingidos os fins de prevenção geral quando a procura por uma solução negociada com intervenção de um terceiro, além da vítima e autor do fato, não deixa dúvidas quanto a busca da reafirmação da norma violada. Outra vantagem apontada por este autor, esta de caráter preventivo especial, é o favorecimento da reinserção social em razão da ausência do convívio carcerário, reconhecido fator criminógeno.

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça tomou para si a missão de criar regras para a implantação da Justiça Restaurativa no sistema judicial brasileiro⁵⁹⁹ e o fez usando como parâmetros os instrumentos legais dos quais já

597. No mesmo sentido é o entendimento de Brandão (2010). Para Fonseca (2019, p. 157) “... a justiça restaurativa não ignora as exigências de reparação da ordem violada. Até acentua essas exigências na perspectiva dos direitos da vítima e, especialmente, da vida comunitária (danos sociais), restaurando, por fim, os laços fraternos mesmo com o criminoso. A pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido. A execução da pena não pode inviabilizar a possibilidade de reconciliação”.

598. Assim, também, é como considera Márquez Cárdenas (2012, p.155) para quem a justiça restaurativa representa conjuntamente aos benefícios pessoais para as vítimas, um certo privilégio para o sistema de justiça, pois além da economia funcional, tem impacto direto na diminuição do tempo de tramitação da apuração das ofensas penais e gera uma sensação de pertencimento ou integração da comunidade com o sistema penal. Acredita ainda este autor, que os benefícios influem, até mesmo, na redução da reincidência, quando o delinquente percebe os danos causados à vítima.

599. O Conselho Nacional de Justiça tem por missão desenvolver políticas judiciárias que promovam a efetividade e a unidade do Poder Judiciário, orientadas para os valores de justiça e paz social. Assim, a Resolução 225/2016 do CNJ que “dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências” diz seguir as Recomendações contidas nas Resoluções 26/1999, 14/2000 e 12/2002 da ONU, que recomendam a implantação da Justiça Restaurativa nos Estados Membros. Define o que seja Justiça Restaurativa como sendo um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado em que é necessária a participação do ofensor, e, da vítima, quando houver, suas famílias e demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato danoso e de um ou mais facilitadores restaurativos; Os facilitadores usam técnicas de autocomposição e consenso e tem como foco a satisfação das necessidades dos envolvidos e responsabilização do autor do fato.

dispúnhamos e que permitiam solução negociada de conflitos penais, tais como a Lei 9.099/95 que já “permite a homologação de acordos celebrados nos procedimentos próprios quando regidos sob os fundamentos da Justiça Restaurativa, como a composição civil, a transação penal ou a condição da suspensão condicional do processo de natureza criminal” e a Lei 12.594/12, que em seu art. 35, II e II, ao regular o atendimento de adolescentes em situação de conflitos com a lei, estabelece “que os princípios da excepcionalidade, da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo a composição de conflitos, devem ser usados dando prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e que, sempre que possível, atendam às vítimas”⁶⁰⁰.

Do exposto, é nítida a percepção de que a Justiça Restaurativa tem levado autoridades competentes, como também boa parte da doutrina⁶⁰¹, a defender sua utilização na seara do direito punitivo, apresentando vários argumentos para melhoria da prestação jurisdicional em sede de controle social formal, chegando Fonseca (2019, p. 157) a afirmar que “o princípio da fraternidade é viável no Direito Penal e é semente de transformação social”. Contudo, é necessário que se reflita sobre as possibilidades e os consequentes limites que se erigem ante a justiça restaurativa, de forma geral, nos campos de justificação e legitimação do direito de punir e, mais especificamente – de modo muito especial –, no âmbito da criminalidade mais violenta ou danosa socialmente.

3. DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO DE PUNIR: A NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DAS POLÍTICAS CRIMINAIS AOS FINS ATRIBUÍDOS AO ESTADO E À PENA

Os confrontos entre o recrudescimento do direito punitivo e a diversificação penal fazem parte do recente desenvolvimento das ideias que objetivam alicerçar meios consentâneos que respondam às necessidades do controle disciplinar da sociedade, refletindo, no mais das vezes, tendências de política criminal.

600. Vide, Conselho Nacional de Justiça (2016, p.2).

601. Assim, Fonseca (2009), para quem a solução negociada de conflitos, em certos casos, chega a ser mais importante e eficaz que o encaminhamento judicial da demanda. Sobre o tema, cfr., em profundidade, Brandão, Oliviero e Silva (2014) que defendem a ideia, segundo a qual, a adjetivação fraterna conferida à sociedade brasileira no preâmbulo de nossa Constituição indica que a fraternidade, articulada em equivalência política com a liberdade e a igualdade – e que sintetizam o universalismo moderno –, se constitui como um Princípio do Universalismo Político e, por essa via, como uma Categoria Política imanente ao constitucionalismo contemporâneo, que contém um referencial teórico e prático catalisador da construção de uma sociedade fraterna, consentânea com as exigências constitucionais brasileiras.

Assim, leis mais rigorosas confrontam-se com possibilidades negociadas de conflitos na seara criminal, a nosso ver, sem uma clara conexão com os fins atribuídos ao Estado, nessa área de controle social formal, assim como, sem claras conexões com as finalidades atribuídas às penas.

Em tal perspectiva, para que se possa discutir, com objetivos sistemáticos, possibilidades de implantação de políticas criminais que tenham alcance efetivo na solução de conflitos sociais, entende-se, primordial, que seja determinado um referencial teórico que exprima os fins a que se propõe, especificamente, tal política criminal.

Nesse desiderato, é necessário que haja um resgate sobre os fins a que se propõe o Estado na esfera do controle social formal, o que acaba por justificar sua própria existência e, da mesma forma e com igual importância, que seja definida qual a finalidade da pena a ser atingida, para que por esse caminho estejam justificadas e legitimadas as ações do sistema punitivo estatal, com o objetivo maior de que sejam evitadas colisões intrassistêmicas⁶⁰².

Este é o motivo pelo qual, quando está a se propor discussões no âmbito da Política Criminal, reportamos como de fundamental importância o resgate de determinados aportes teóricos que remetam para os fundamentos primeiros do direito de punir, assim como, para a história que deu vida a tal direito, perpassada pelas inúmeras contribuições científicas que lhe são imanentes mas, sempre levando em conta, prioritariamente, que o Direito Penal restringe liberdades como forma de salvaguardar outras condições, desta feita essenciais, no âmbito da própria liberdade de convivência em sociedade.

Isto posto, especificamente em relação ao que aqui está sendo estudado, é consabido que na esfera de conhecimento atinente às funções atribuídas às penas, existem profundas divergências doutrinárias que, a nosso sentir, acabam por dificultar a própria justificação do controle social formal exercido

602. Especificamente sobre a temática, Cristóvam (2005, p.147 e ss.) chama a atenção para o fato, segundo o qual, Constituições muito abertas e prolixas, como é o caso da brasileira, cujo conteúdo reflete um sistema constitucional extremamente complexo e dinâmico, não podem prescindir de uma concreta estruturação de mecanismos que autorizem a resolução da colisão de princípios, haja vista que este tipo de demanda é muito recorrente em tais sistemas constitucionais, até mesmo porque o movimento histórico-evolutivo de constitucionalização dos princípios jurídicos e a consolidação de uma cultura de eficácia vinculante dos princípios constitucionais demandam este tipo de estruturação. Silva Sanchez (2000) enfrenta o problema a partir da perspectiva do choque entre o principialismo e o consequencialismo, ou seja, entre os valores que moldam os direitos e garantias fundamentais do cidadão e as consequências instrumentais que a aplicação da norma pode trazer para conservação do sistema social.

pelo Estado – paradoxalmente pelo excesso que acaba por gerar carência – e, conseqüentemente, robustos empecilhos quanto à elaboração de políticas criminais em sede de controle social⁶⁰³.

Logo, pela via da construção de um argumento histórico e jurídico-constitucional, a partir do entendimento que, em nível de legitimação discursiva, há uma clara separação entre as funções atribuídas às penas, existindo uma função que fundamenta e legitima a existência das punições e outras que devem ser entendidas apenas como funções derivadas – de alcance possível, mas não imprescindível –, é possível construir fundamentos que justifiquem e, conseqüentemente, atribuam legitimidade às possíveis elaboração e implantação de políticas criminais, com reflexos diretos no controle social exercido pelo Estado.

Sintetizando, embora seja necessário que se construam fundamentos que alicercem tanto os fins quanto os meios de alcance destes, tais esferas são distintas, ou seja, entendemos que a questão da justificação do Direito Penal deva se dar exclusivamente no âmbito dos fins a que se propõe o controle social – a nosso ver, exclusivamente a disciplina social – e a questão da legitimação excepcionalmente na esfera dos meios empregados para consecução de tal mister, possuindo cada uma destas esferas, como já dito, sua própria fundamentação.

Melhor explicando, em um âmbito macro, na esfera dos poderes do Estado, o que justifica a existência do controle social formal e, conseqüentemente, do Direito Penal e do Sistema de Justiça Penal é a clara necessidade que todas as sociedades possuem de disciplinar as relações intersubjetivas – hodiernamente, com a tendência de criminalização da pessoa jurídica, tais relações já não são mais tão intersubjetivas assim. Por outro lado, em uma esfera micro, de exercício do poder punitivo, para que tal disciplina seja

603. No que diz respeito ao funcionamento do sistema penal, advertem Adorno e Dias (2014, p. 163) que vários estudos têm apontado a total incapacidade do sistema de justiça criminal brasileiro, aqui englobando todas as suas agências, como as Instituições Policiais, o Ministério Público, o Sistema Judiciário e o sistema carcerário, de exercerem um controle, sequer razoável, sobre o crime e a violência a partir dos limites impostos pelo Estado de Direito. Chamam a atenção para o fato de que a prática de crimes vem aumentando de forma exponencial, assim como, mudando de natureza e, conseqüentemente, de complexidade, enquanto a Justiça continua pautando sua atuação sobre as mesmas premissas teóricas e práticas de três ou quatro décadas atrás. Ademais, advertem que numerosas pesquisas demonstram, de forma consistente, que grande parte da população, através de seu agir cotidiano, expressa o fenômeno da anomia, ou seja, cada vez é menor o número de pessoas inclinadas a se curvar à autoridade dos estatutos legais.

exercida torna-se necessário que se busquem meios legítimos para alcance de tal finalidade imanente à própria existência do Estado⁶⁰⁴.

Muito embora existam vozes discordantes quanto à necessidade de controle social punitivo para estabilização das relações sociais⁶⁰⁵, como ilação do até agora desenvolvido, pode-se formular o entendimento – majoritário na doutrina – de que nos dias atuais o Direito Penal se apresenta como imprescindível para existência das sociedades organizadas⁶⁰⁶, por conseguinte, justificada a sua existência por meio de tal fundamento.

Em resumo, sem a disciplina levada a efeito pelo Estado, por meio do controle social punitivo, não seria possível a existência de comunidades minimamente harmônicas, imperando, pois, a lei do mais forte e a vingança privada, a título apenas exemplificativo.

Assim, compactuando com a doutrina clássica de que o Direito Penal é a barreira intransponível da Política Criminal, defendemos a ideia, segundo a qual, ao Direito Penal, pela via da pena, cabe, de modo reativo, a defesa da ordem jurídica, no âmbito de suas proposições normativas, que devem ser informadas pela Criminologia e, conseqüentemente, pela Política Criminal, âmbitos nos quais os fins utilitários podem ser discutidos e inseridos nas possibilidades da norma de modo contingente ou derivado, haja vista que a aplicação da norma não pode ser distorcida por percepções subjetivas do aplicador, não contidas na mesma, ainda que derivadas da Criminologia ou de possível Política Criminal⁶⁰⁷.

Desse modo, por ocasião de exercício do controle social formal, deve o Estado objetivar o alcance de uma estabilidade social que englobe todos os membros integrantes de uma comunidade organizada política e socialmente, estabilidade esta que se reflita em tranqüilidade, segurança e paz, podendo,

604. Nessa linha de raciocínio, Ferrajoli (2002, p. 268 e ss.) sustenta que na ausência da intervenção penal e da aplicação da pena, outro mal bem maior, que seria a reação privada para solução do conflito, acabaria por se concretizar de maneira informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva, por parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele. Funcionaria o Direito Penal, nesse contexto, como contenção da violência, ao impedir que, por meio sua aplicação, houvesse tal arbitrariedade, configurada na aplicação deste mal, do qual seria vítima o réu, ou, pior ainda, pessoas solidárias ao mesmo. Assim sendo, afirma o autor, a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições.

605. Nesse sentido cfr. Bozza (2005).

606. Sobre o tema, no Brasil, para um maior conhecimento da matéria, Pellela, Calabrich e Fischer (2013), obra na qual os autores fazem uma análise dos excessos garantistas sob a ótica do Garantismo Penal Integral.

607. Sobre o assunto, necessariamente, cfr. Liszt (1995), que já alertava para o perigo da des-juridificação da Ciência do Direito Penal e Dias (2001) que faz uma aprofundada análise sobre a Ciência conjunta do Direito Penal.

para sua manutenção, o Estado fazer uso da coação penal, de suas normas punitivas, desde que, para tanto, não admita decisões aleatórias ou contingentes e sim produza previsibilidade, satisfação de expectativas, certeza e segurança⁶⁰⁸, vez que reflexos dos anseios e postulados de uma sociedade democrática, orientada constitucionalmente⁶⁰⁹.

Pois bem, como já reiterado, o que justifica a existência do controle social formal é a necessidade de estabilidade nas relações sociais, é dizer paz, harmonia, segurança e certeza nas relações jurídicas e sociais⁶¹⁰. Entretanto, o alcance de tais fins deve ser levado a efeito através de recursos legítimos, ou seja, por meio de leis que determinem de modo claro e certo a aplicação do Direito Penal e Processual Penal, que tenham sido elaboradas de acordo com as exigências do devido processo legislativo e que, principalmente, reflitam as exigências constitucionais de respeito aos direitos e garantias individuais, sem descuidar dos interesses coletivos⁶¹¹.

Percebemos, pois, estar o binômio justificador e legitimador do controle social formal pautado nos fins ou objetivos a serem obtidos pelo poder político através do Direito Penal e Processual Penal, assim como nas suas origens, modos e estruturas de exercício vinculados constitucionalmente restando, agora, investigar se os postulados da justiça restaurativa, baseados no Princípio da Fraternidade, se amoldam à defesa da ordem jurídica, enquanto fim último das sanções penais e, principalmente, se os bens jurídicos lesados e reparáveis por essa via de justiça se encontram no âmbito daqueles com dignidade constitucional para serem protegidos no âmbito punitivo.

608. Nesse sentido, Barroso (1996).

609. Sobre o tema, imprescindível a leitura de Palma (2006).

610. Avançando na questão do contrato social e, portanto, nos fundamentos de justificação do Estado, Coelho (2007) chama a atenção para o fato segundo o qual, atualmente, a doutrina busca fazer as devidas correções em tal âmbito, sendo denominada tal corrente de neocontratualista. Para os neocontratualistas, portanto, o Estado para além de se constituir como uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social e o Direito apenas como o conjunto das condições existenciais da sociedade que ao Estado cumpre assegurar, deve o novo contrato social, através mesmo do direito, solucionar os problemas de desigualdade existentes na sociedade, cuja máxima é Justiça como equidade.

611. Um aprofundado estudo sobre as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Penal pode ser encontrado em Palma (2006), para quem o estudo dos valores e critérios constitucionais que limitam e conformam o Direito Penal, acaba por se criar um Direito Constitucional vivo, imprescindível para a decisão de problemas penais que, em última instância, acabará por constituir, como denominado pela autora, um Direito Constitucional Penal, informado, pois, por uma Constituição Penal. Assim sendo, a solução dos problemas punitivos pressupõe um diálogo, ou mesmo um confronto, entre o legislador penal, o legislador constitucional, o intérprete institucional – sobretudo o juiz penal – e a Constituição.

4. POSSIBILIDADES E LIMITES DE UMA JUSTIÇA RESTAURATIVA FRATERNAL NO ÂMBITO PUNITIVO

A fundamental questão sobre os limites e fins do controle social formal permanece em aberto na doutrina brasileira, até mesmo porque a nossa Constituição, a partir do inciso XLVI, do seu artigo 5º, determina as espécies de penas admissíveis no ordenamento jurídico pátrio, assim como, delinea os limites para aplicação destas sem, contudo, se manifestar, ainda que de forma indireta, sobre as finalidades que às mesmas devam ser atribuídas⁶¹².

O Código Penal brasileiro, por sua vez, determina em seu artigo 59 que a pena deverá ser aplicada para reprovar e prevenir o crime, ou seja, adota uma perspectiva plural, eclética ou mista como funções para serem alcançadas no cumprimento da pena.

Disso decorre que todas as políticas criminais no Brasil podem seguir as mais variadas posições doutrinárias e políticas e, conseqüentemente, direções – no que diz respeito ao funcionamento do sistema de controle social formal –, assim como, por óbvio, tais políticas criminais podem adotar qualquer direção quanto aos fins que devem ser alcançados pela pena para cumprimento daquilo que planejado em tal seara.

Em que pese a maioria dos posicionamentos expostos nos estudos afetos à matéria se posicionar na direção apontada acima, ou seja, ecleticamente em relação às penas e sem um padrão definido em relação às políticas criminais, rumamos em sentido contrário, defendendo a posição que entende ser absolutamente necessário que as políticas criminais se pautem em determinados padrões teóricos, possibilitando, assim, um melhor planejamento, eficiência em seu desenvolvimento e eficácia no alcance destas⁶¹³.

É exatamente neste ponto, sob a perspectiva do Direito Constitucional Penal, que passamos a desenvolver a hipótese principal aqui defendida, ou seja, partimos da constatação de que são os postulados neorretribucionistas aqueles que mais se aproximam dos dois principais alicerces que justificam o Direito Penal nos dias atuais: a essencialidade do bem jurídico a ser protegido, cuja

612. A Lei n. 7.210 de 1984, Lei de Execução Penal brasileira, em seu artigo 1º, acaba por atribuir à execução penal o objetivo de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado. Em seu artigo 10º, dispõe que a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

613. O entendimento de Fonseca (2019, p. 133 e ss.) sobre o assunto retrata bem a questão quando afirma que não é mais possível entender a pena apenas na visão retribucionista tradicional (reduzida), como vingança, castigo ou compensação pelo mal causado pelo crime, afirmando, pois, que a pena tem uma justificação ética e um ideário ressocializante cristalizado na reinserção e reintegração do infrator.

imprescindibilidade se traduz na defesa e conservação do Estado Constitucional, Social e Democrático de Direito; e a necessidade de proteção de tais bens essenciais através da pena⁶¹⁴.

Com tal compreensão, a partir do pressuposto da existência de uma visceral ligação entre a finalidade da pena e os fins e fundamentos da existência do Estado, portanto, de sua própria legitimidade para exercício do controle social formal, defendemos a ideia contida nos postulados desenvolvidos em sede de neorretribucionismo que admitem a possibilidade de busca de fins socialmente úteis no âmbito da retribuição.

Com a adoção desta via de entendimento, as políticas criminais a serem desenvolvidas, em todos os âmbitos, devem se orientar, prioritariamente, para a defesa da ordem jurídica, em cuja essência se encontram os bens jurídicos mais caros para a conservação da ordem social⁶¹⁵.

Assim, a partir da proporcionalidade fundada no grau de culpa do infrator, como requisitos constitucionais constitutivos para aplicação da pena, defendemos ser a defesa da ordem jurídica o fundamento que legitima a aplicação destas⁶¹⁶, nada obstando, entretanto, que finalidades utilitárias possam ser alcançadas com a aplicação das sanções penais, sem, contudo, servirem como seu fundamento de legitimação ou prioridade de políticas criminais. Em suma, a culpabilidade e a proporcionalidade são condições necessárias e, conseqüentemente, constitutivas, mas não suficientes para legitimação da aplicação do

614. Sobre a possibilidade de uma Constituição Penal no âmbito do Direito Constitucional Penal, por todos, cfr. Palma (2018).

615. Não integra os objetivos do presente trabalho a discussão acerca dos meios para alcance dos fins insertos nas políticas criminais que venham a ser desenvolvidas para a defesa da ordem jurídica, entretanto, defendemos a posição, segundo a qual, deve haver estrito equilíbrio entre a perspectiva principialista e a consequencialista para alcance de tal desiderato. Sobre o assunto, em profundidade, cfr. Roxin (1999), Roxin (2000a), Roxin (2000b), Silva Sánchez (1997), Silva Sánchez (2000).

616. Em uma necessária perspectiva pragmática, que no nosso entendimento atende melhor as necessidades do controle social formal, mormente em países como o Brasil, que atualmente se encontra assolado pela criminalidade em seus mais variados níveis, não entendemos cabível a extensão da discussão sobre os fundamentos retributivos da pena para além do que acima exposto, ou seja, de que o fundamento principal de aplicação da pena se encontra na função de defesa da ordem jurídica. Logo, a discussão sobre os níveis de reprovabilidade penal, o merecimento, a desaprovação social, os fundamentos morais, dentre outros temas intensamente subjetivos, se aloca em uma esfera que já se encontra superada quando o legislador determina a quantificação do apenamento necessário para defesa da ordem jurídica. Para uma melhor compreensão desta questão, cfr. Mañalich (2007, p. 175-182), que enfrenta a temática a partir da análise da possibilidade de fundamentação moral da pena de morte na esfera da retribuição. Cfr., também, em sentido oposto, Roxin (1976) e Roxin (2000a), que admite que critérios de Política Criminal possam influir na aplicação da pena, vez que soluções exclusivamente baseadas em critérios dogmáticos podem ser claras e uniformes, mas político-criminalmente equivocadas. Sobre os limites da punibilidade, a partir da perspectiva de uma Ciência conjunta do Direito Penal, cfr. Dias (2001).

castigo penal, sendo a defesa da ordem jurídica o fundamento essencial de existência do Direito Penal e de aplicação da pena⁶¹⁷.

Imperioso reconhecer, desta forma, que a ordem jurídica tem vários mecanismos de proteção, dentre os mais variados ramos do direito, haja vista que o descumprimento de um preceito legal, via de regra ou quase sempre, acarretará alguma consequência jurídica, como forma, mesmo, de induzir ao seu cumprimento. O que diferencia a proteção dada pelo Direito Penal é o nível de importância que tais bens representam para a conservação desta ordem que, se perecer, coloca em risco, também, toda a ordem social, sendo imprescindível, dessarte, proteger penalmente essa essencialidade.

Ao analisarmos as possibilidades de inserção da justiça restaurativa no âmbito criminal, nos deparamos com um obstáculo essencial, vez que, defendemos a hipótese, segundo a qual, em razão do nível de importância dos bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal – por serem os bens mais importantes para conservação da ordem jurídica e social – estes bens somente se compatibilizam, em respeito mesmo aos princípios da proporcionalidade e *ultima ratio*, com a proteção exclusiva da pena privativa de liberdade⁶¹⁸.

A partir de tal posicionamento, é possível sustentar, com mais coerência, a imprescindível proporcionalidade que deve acompanhar a tipificação de condutas e, por via de consequência, a aplicação das sanções penais e, dessa forma, reconhecer a importância de um dos principais argumentos que objetivam justificar as teorias retributivas, ou seja, a justa retribuição fundada no grau de culpa do infrator.

Nesse sentido, após influenciar o legislador na escolha dos bens jurídicos essenciais a serem protegidos por uma pena privativa de liberdade, a proporcionalidade ou justa retribuição, baseada na culpabilidade do agente infrator,

617. Sobre o assunto, cfr. Roxin (1981), Roxin (2000b). Cfr., também, Hart (1968).

618. Embora não seja objeto do presente trabalho, tal ponto de vista se baseia em uma perspectiva de Direito Constitucional Penal e, logicamente, na ideia de Constituição Penal, mormente na posição que defende ser o Direito Penal o instrumento que tem como objeto específico a defesa do âmbito do Direito. Sobre o assunto, embora a autora não demonstre em sua obra concordância com esta posição, cfr. Palma (2006, p. 122 e ss.) que discute a via da diversificação como forma de atender aos requisitos da *ultima ratio* do Direito Penal. Ademais, os fundamentos específicos da posição acima adotada são encontrados em Kindhäuser (2017, p. 49 e ss.) quando desenvolve o estudo sobre os níveis de determinação do valor da norma, que devem atender aos princípios do utilitarismo, utilidade pragmático-social e utilidade distributiva, ou seja, a norma deve ser apta a cumprir com os fins requeridos, que somente devem ser valorados bens jurídicos que possam ser objeto de proteção efetiva da norma e que tais normas possam se configurar, sincrônica e diacronicamente, como vantajosa para todos. Sobre as leis penais simbólicas e sua incompatibilidade com a proteção de bens jurídicos, cfr. Roxin (2006), que afirma serem ineficazes tais tipos de normas, se configurando, outrossim, como uma intervenção excessiva na liberdade dos cidadãos.

portanto, deve ser considerada como um requisito essencial para aplicação da pena, em busca de decisões justas, o que é inerente aos fins pugnados por todo o sistema de justiça e, dessarte, como um fundamento integrante do discurso teórico para legitimação da aplicação das sanções penais⁶¹⁹.

Logo, a justa proporção entre a danosidade da conduta e a necessidade de aplicação da pena privativa de liberdade, em razão da importância do bem jurídico lesado, acaba por afastar questões de baixa ou exígua culpabilidade quando da aplicação da sanção penal, haja vista que no âmbito da essencialidade ou dignidade constitucional do bem jurídico protegido exclusivamente pela pena privativa de liberdade, tal possibilidade de exiguidade é inexistente⁶²⁰.

Fincado tal posicionamento, imperioso reconhecer que embora a justiça restaurativa possa auxiliar na reparação da ordem violada, na perspectiva dos direitos da vítima e, especialmente, da vida comunitária (danos sociais), restaurando, por fim, os laços fraternos até com o transgressor, essa possibilidade só é viável em uma esfera não punitiva.

Questões de crime, criminalidade, política criminal e execução penal, para citarmos apenas estas categorias, não se compatibilizam com diversificação e evitação penal, ante a importância do bem jurídico protegido.

Entende-se, desse modo, que na esfera de ações que causam pouca lesividade e, portanto, no âmbito dos bens jurídicos não essenciais à estabilidade da ordem jurídica e social, pela via da evitação penal, ou seja, pela exclusão do conflito da área punitiva através da descriminalização da conduta, chega-se à possibilidade da diversificação, enquanto método para solução de conflitos.

619. Assim, Hirsch (2007, p. 21), que a partir do estudo da criminalização das autolesões, defende a ideia, segundo a qual, a extensão da intervenção penal, em razão da marca da censura que caracteriza a pena, deve ser medida por meio da consideração da proporcionalidade.

620. Em sentido contrário, cfr. Palma (2018, p. 105 e ss.). Para nós, todas as condutas proibidas que não redundarem em efetiva pena privativa de liberdade, pela ausência de dignidade constitucional, devem ser solucionadas através do processo de diversificação, fora do âmbito penal, na seara da solução negociada de conflitos, mediação, arbitragem, dentre outros institutos que não mantenham ligação com o direito punitivo. Dias (2001, p. 18-21), embora favorável à diversificação no âmbito penal, defende veementemente o entendimento da importância da existência do sistema jurídico-penal estruturado na dogmática, como forma de resolução de conflitos, enquanto elemento imprescindível do Direito Penal em um Estado Democrático, caracterizado por uma teleologia própria, especificidade de índole funcional e racionalidade estratégica, se concretizando, assim, como um sistema autopoiético. Tal entendimento tem absoluta aplicabilidade a hipótese aqui defendida, em razão de uma necessária limitação que venha a possibilitar o bom funcionamento de tal sistema para alcance de uma unidade axiológico-funcional, entre Criminologia, Política Criminal, Dogmática Jurídico-Penal e Direito Constitucional Penal. Sobre o assunto, cfr. também, Roxin (2000a) com quem concordamos sobre a importância de que sejam sobre valorados critérios de Política Criminal quando da análise para aplicação da pena.

Tal diversificação significa que o conflito será solucionado por meios alternativos, ou seja, sem aplicação de pena privativa de liberdade, por meio de penas alternativas o que, conforme nosso entendimento acima exposto, significa sinteticamente que: como não há necessidade de pena privativa de liberdade, não há necessidade de Direito Penal.

Seguindo tal linha de entendimento, quando o Ministro Fonseca (2019, p. 157) defende a ideia, segundo a qual a “pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido e que a execução da pena não pode inviabilizar a possibilidade de reconciliação, vaticinando que o princípio da fraternidade é viável no Direito Penal e é semente de transformação social”, entende-se que tal posicionamento pode ser adequado para outros âmbitos que não o punitivo.

Em síntese, ao assumirmos a posição de que a função fundamental da pena é a defesa da ordem jurídica e que no âmbito desta defesa somente se acomodam bens jurídicos essenciais à existência e conservação da ordem jurídica e social⁶²¹ e, portanto, da conservação da estabilidade do próprio Estado, devendo para tal proteção ser utilizada de maneira efetiva a pena privativa de liberdade, em outras palavras, estamos dizendo que toda e qualquer conduta que não se amolde a tais requisitos, devem ser descriminalizadas e serem solucionadas pelas modernas vias da restauração, mediação, conciliação, solução negociada, dentre outras, em esferas próprias compatíveis com tais propósitos que, salvo melhor juízo, não é a esfera punitiva.

Logo, com a diminuição do alcance do Direito Penal à proteção de bens essenciais a sobrevivência e equilíbrio do Estado pela aplicação exclusiva da pena privativa de liberdade, com a finalidade precípua de defesa da ordem jurídica e a possibilidade de alcance contingente das funções derivadas pertencentes ao âmbito utilitário, estaria extinta a possibilidade de distorções da imposição da reprimenda penal, quer por excessos, quer por omissões⁶²².

A importância desta via de entendimento é excluir a viabilidade das teorias mistas ou pluralistas, que acabam por vulnerabilizar os fundamentos de legitimação do Direito Penal e da aplicação da pena, mantendo-se, entretanto, a

621. Nessa perspectiva, Dias (2001, p. 20) que, por essa via, exclui a compensação da culpa da esfera das finalidades da pena.

622. Posição defendida, em parte, por Mañalich (2007, p. 169 e ss.) que utiliza a denominação de externalidades positivas para as consequências não perseguidas pelas penas que, entretanto, podem ser alcançadas, não significando, todavia, que possam justificar sua aplicação. Para este autor a justificação da pena retributiva repousa, exclusivamente, no merecimento por parte do autor do ato criminoso.

possibilidade de alcance contingente das funções derivadas, sem que estas se configurem como fontes de legitimação e, principalmente, de deslegitimação do controle social levado a efeito pelo exercício do direito punitivo, haja vista que, pela via do mau funcionamento das Instituições que integram o sistema de controle social formal, intenta-se vulnerar todo o arcabouço teórico que justifica e legitima o direito de punir.

Neste contexto, não parece soar razoável que no âmbito da essencialidade da ordem jurídica, bens de tamanha envergadura, em razão de sua fundamental importância, sejam protegidos por penas alternativas ou multas, que proliferem criminalizações de condutas fora do âmbito da necessidade de proteção pela pena privativa de liberdade, assim como, que fins utilitários possam ditar as normas de aplicação da pena em detrimento da defesa da ordem jurídica, vez que em razão da importância que esta ordem representa para própria sobrevivência da ordem social, sempre necessitará de proteção pela via da aplicação da pena privativa de liberdade em razão de sua essencialidade refletida nos bens jurídicos que protege na esfera punitiva.

Disto deriva, de forma direta, a superação da crítica da constitucionalidade das vertentes retributivas, enquanto fundamento para aplicação da pena destituído de qualquer eficácia preventiva quanto aos danos sociais, vez que, a proteção da ordem jurídica previne o esfacelamento da ordem social, além do que todas as outras funções da pena podem e devem ser alcançadas de modo derivado, sem a instrumentalização inerente a um Direito Penal desvinculado da proporcionalidade fundada no grau da culpa do sujeito infrator⁶²³.

Tudo o que agora exposto, a par de proteger sistema de controle social formal e, por via de consequência, o Direito Penal e a pena contra ataques direcionados à legitimidade dos mesmos, enquanto instituições e ferramentas para disciplina da sociedade, agrega outras possibilidades, entre as quais um imprescindível desafogo do sistema de justiça criminal.

Deste modo, a possibilidade de uma ampla descriminalização de condutas que não se enquadrem na agressão a bens jurídicos essenciais trará como consequência o fortalecimento da força cogente do Direito Penal, atualmente enfraquecida pelo excesso de atribuições delegadas ao mesmo, como também, oxigenará a estrutura de funcionamento do sistema punitivo.

623. Sobre o conceito material de pena e para aprofundamento na discussão sobre os fins últimos e mediatos das penas no contexto do Estado de Direito Democrático, cfr. Palma (2016). Cfr., também, Roxin (1976), Roxin (2000).

Uma diminuição nas possibilidades de acionamento da justiça criminal acarretará menor seletividade, maior celeridade processual e, o mais importante, menos impunidade com o consequente aumento da credibilidade do sistema formal de controle social.

Pela via aqui apresentada, de forma direta, entende-se que os ideais de uma justiça mais fraterna, compatível com os ditames constitucionais que enaltecem a cidadania e a dignidade da pessoa humana, com a necessária erradicação da marginalização através da construção de uma sociedade livre, justa e solidária – como previsto expressamente na Constituição Federal brasileira – acabam por serem alcançados com esta significativa diminuição na esfera de atuação do direito punitivo.

Forçoso reconhecer, portanto, que todos os argumentos acima expostos acabam por convergir no entendimento da importância da justiça restaurativa; no âmbito da resolução de conflitos não criminais, a justiça restaurativa, pautada no Princípio da Fraternidade, pode dar uma grande contribuição para solução destes conflitos que não atingem a ordem jurídica com intensidade suficiente para colocá-la em risco de perecer, vez que como reconhece nosso homenageado, o Ministro Fonseca (2019, p. 131), “Há, pois, a necessidade de separar o joio do trigo, a fim de que a macrocriminalidade seja tratada com maior rigor, aplicando-se a legislação mais moderna e efetiva que já tivemos”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto exposto, concluímos como necessário salutar o reconhecimento do Princípio da Fraternidade como categoria política e, por essa via, este se constitui como um princípio constitucional ínsito na Constituição Federal brasileira, tais quais a liberdade e a igualdade e, como estes, se configura como alicerce para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Nesse sentido, para alcance de tal desiderato, entende-se que o Princípio da Fraternidade deve, paulatina e escalonadamente, ser introduzido como base da elaboração legislativa e auxiliar na fundamentação de políticas públicas e decisões oriundas do poder público, qualquer que seja a esfera de origem das mesmas.

Por outro lado, conclui-se que existem limites para utilização do Princípio em estudo, mormente na esfera do direito punitivo, apoiando-se, entretanto,

a ideia da utilização de uma justiça restaurativa fraterna, para solução de conflitos que não venham a lesar ou colocar em risco bens jurídicos essenciais.

Disso deriva como conclusão, que ante a crise de legitimidade pela qual passa o sistema institucional que dá vida ao controle social formal, imprescindível que se pense em alternativas que viabilizem seu melhor funcionamento, figurando a justiça restaurativa como imprescindível para o alcance de tal objetivo.

Desta forma, entende-se urgente uma mudança estrutural no sistema de justiça criminal, que deve ser concretizada através da assunção dos fundamentos constitucionais da essencialidade do bem jurídico a ser protegido e da necessidade da pena privativa de liberdade para proteção destes bens, o que traz como consequência, em respeito ao princípio da proporcionalidade e *ultima ratio*, uma ampla descriminalização de condutas que não se insiram em tal configuração e exigência levando, por esse caminho, a um processo de evitação penal.

Uma conclusão óbvia e direta dessa construção teórica nos remete para o entendimento, segundo o qual, não existe proporcionalidade na defesa de bens jurídicos essenciais à estabilidade e, portanto, respeito à vigência de uma ordem jurídica garantidora das relações que dão vida à ordem social, pela via da aplicação de penas alternativas, em palavras mais diretas, conclui-se não ser razoável que os fundamentos que justificam a existência do Estado de Direito sejam protegidos por cestas básicas, dentre outras possibilidades de diversificação penal.

Assim sendo, chega-se à conclusão que é necessário que determinada teoria que fundamente a existência do Estado e a aplicação da pena deva ser adotada como forma de orientação de políticas criminais e resgate da legitimidade do sistema de justiça criminal, apontando-se, pois, os fundamentos neorretribucionistas como suporte teórico para o desenvolvimento destas políticas, que devem ter em consideração como foco principal a defesa da ordem jurídica que dá vida e é a razão de existência do Estado.

Importante frisar, nessa linha conclusiva, que as funções utilitárias atribuídas à pena podem se estabelecer de modo derivado ou contingente, podendo ser alcançadas, mas não se configurando como fundamento que legitime sua aplicação, que se atém à defesa da ordem jurídica.

É possível inferir concludentemente, portanto, que no âmbito do direito punitivo remanesçam apenas condutas lesivas a bens jurídicos que mereçam ser protegidos exclusivamente por pena privativa de liberdade e, assim, pela

via da evitação penal de criminalizações desnecessárias, ante a falta de dignidade constitucional do bem jurídico por ausência de lesão efetiva à ordem jurídica, chegar-se a diversificação fora do sistema de controle social formal.

Concluiu-se, por fim, que é no âmbito da justiça restaurativa, alicerçada no Princípio da Fraternidade, que os conflitos que venham a ser descriminalizados devem ser trazidos, pelo menos inicialmente, para a busca de soluções, vez que um campo propício para o apaziguamento social nessa esfera, por buscar soluções consensuadas e pautadas no entendimento fraternal entre as partes, mas, primordialmente, por ser compatível com a resolutividade de lesões de interesses cujos bens jurídicos, não se encontram no ápice de importância da ordem jurídica, não tendo o status de essenciais em razão de não possuírem dignidade constitucional para tanto e, conseqüentemente, sem fundamentos justificantes e legitimantes para serem protegidos penalmente.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. DIAS, Camila. Monopólio estatal da violência. In: **Crime, Polícia e Justiça no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 159-166.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma análise do conhecimento. Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

BAGGIO, Antonio Maria. The Forgotten Principle: Fraternity in it's Public Dimension. **Claritas**: Journal of Dialogue and Culture: vol. 2: n 2, article 8, 2013, p. 35-52. Acesso em 09.02.2020. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/b84f/84ce9c2bb914d72b558b0c60393fdf648187.pdf?__ga=2.126789837.172041779.1581280787-1501630883.1581280787.>

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação as Constituição**. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIBLIA SAGRADA. Antigo Testamento. Brasília: Ed. Paullus, 1991.

BOZZA, Fábio da Silva. **Finalidades e fundamentos do direito de punir**: do discurso jurídico ao criminológico. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

BRANDÃO, Delano Cândia. Justiça Restaurativa no Brasil: Conceito, críticas e vantagens de um modelo alternativo de resolução de conflitos. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. XIII, n. 77, jun. 2010. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-77/justica-restaurativa-no-brasil-conceito-criticas-e-vantagens-de-um-modelo-alternativo-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em 04.03.2020.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; OLIVIERO, Maurizio; SILVA, Ildete Regina Vale da. Por que a Fraternidade é uma Categoria Política do e no Constitucionalismo Contemporâneo Brasileiro? In **Revistas Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, 2014, p. 1253-1270.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília 1988. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 10.02.2020.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. **Justitia Juris**. Barranquilla: 2017, p. 122-132. Disponível em www.dialnet.unirioja.es. Acesso em 10.02.2020.

CARVALHO, Marcela A. N. **A fraternidade como princípio constitucional e possível aplicabilidade em casos concretos**. Trabalho apresentando em Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito e Prática Processual nos Tribunais. Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD. Brasília 2016. Disponível em www.academia.edu. Acesso em 10.02.2020.

COELHO, Fernando Laélío. O contratualismo clássico e o neocontratualismo: primeiras aproximações. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Itajaí, v. 2, n. 3, terceiro quadrimestre de 2007. Disponível em: www.univale.br/direitoepolitica. ISSN 1980 – 7791.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução 225/2016. Brasília, 2016. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2289>. Acesso em 15.02.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório analítico propositivo. justiça pesquisa. direitos e garantias fundamentais**. pilotando a justiça restaurativa: o papel do poder judiciário. Brasília, 2018. Disponível em www.cnj.jus.br , acesso em 17.02.2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: Uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. 2005. 233f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

DEWEY, John. Disponível em: <https://deweypragmatismo.wordpress.com/sobre-john-dewey/> Acesso em 01/02/2020.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal**. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FELLER, Felipe. Guizot, Tocqueville e os princípios de 1789. *Revista Estudos Políticos*, vol. 7, n 2, 2016. acesso em 13.02.2020. Disponível em: www.revistaestudospoliticos.com

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ, Adilson Silva. “El derecho como regulador del discurso ideológico de la fraternidade en una sociedade posneoliberal”. In: **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. Belo Horizonte, n. 28, jan/abril de 2016, p. 48-57. ISSN 1678 8729. Acesso em 01/03/2020. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito>

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. **Iniciação à pesquisa no Direito**. Pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade**. Seu resgate no sistema de justiça. Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O Preâmbulo nas Constituições**, 1986. Acesso em 09.02.2020. Disponível em: www.bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rcp/article/download/60201/58518. 1986

GOROBETS, Kostiantyn. **Solidarity as a Practical Reason Grounding Authority of International Law**. Gronigen: 2020. Disponível em www.academia.edu. Acesso em 04.03.2020.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HART, Herbert L. A. Prolegomenon to the Principles of Punishment. In: HART, Herbert L. A. **Punishment and Responsibility**. Oxford: Clarendon Press, 1968.

HIRSCH, Andrew Von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 67, jul./agos. de 2007, p. 11-28.

HOBSBAWN, Eric J. **Ecos da Marselhesa: dois séculos reveem a Revolução Francesa**. Tradução de Maria Celia Paoli. São Paulo: 1996.

HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: 2001.

KINDHÄUSER, Urs. **Bien Jurídico, Seguridad e hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal**. San Justo: Universidad Nacional de La Matanza, 2017.

LISZT, Franz Von. **La idea del fin en el Derecho penal**. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882. Traducción de Carlos Perez del Valle. Granada: Editorial Comares, 1995.

LUBICH, Chiara. **Essential Writings. Spirituality. Dialogue. Culture**. New York: New City Press, 2007

MAÑALICH, Juan Pablo. La pena como retribución. **Revista de Estudios Públicos**, n. 108, 2007, p. 117-205.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Alvaro E. La mediación como mecanismo de Justicia Restaurativa. In **Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho**. Vol. XV – n 29, enero-junio 2012. Bogotá, p. 149-171. Disponível em www.dialnet.unirioja.es acesso em 05.03.2020.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. (ORG.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2018.

ONU. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. Nova York: 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em 10.02.2020.

ONU. Resolution 26/1999. Development and implementation of mediation and restorative justice measures in criminal justice. Nova York, 1999. Disponível em: www.unodc.org/documentes/commissions/CCPCJ/Crime-Resolutions/1990-1999/1999/ECOSOC/Resolution_1999-26.pdf. Acesso em 15.02.2020

ONU. Resolution 14/2000. Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters. Nova York, 2000. Disponível em: www.unodc.org/documentes/commissions/CCPCJ/Crime-Resolutions/2000-2009/2000/ECOSOC/Resolution_2000-26.pdf acesso em 15.02.2020.

ONU. Resolution 12/2002. **Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters**. Nova York, 2002. Disponível em: <https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>. Acesso em 15.02.2020

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. O argumento criminológico e o princípio da necessidade da pena no juízo de constitucionalidade. **Julgare**, n. 29, 2016, p. 105-121.

_____. **Direito Penal**. Conceito material da crime, princípios e fundamentos. Teoria da lei penal: interpretação, aplicação no tempo, no espaço e quanto às pessoas. Lisboa: AAFDL Editora, 2018.

PELELLA, Eduardo; CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas. (Orgs.) **Garantismo Penal Integral**. Salvador: JUSPODIVM, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**, São Paulo: Martin Claret, 2004.

ROXIN, Claus. Sentido y Límites de la Pena Estatal. In: ROXIN, Claus. **Problemas Básicos del Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1976.

_____. Concepción Bilateral y Unilateral del Principio de Culpabilidad. In: ROXIN, Claus. **Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal**. Madrid: Reus, 1981.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000a.

_____. **La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2000b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. (Ed.). **Política criminal y nuevo Derecho Penal**. Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

_____. Política Criminal en la Dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites. In: Roxin, Claus. **La evolución de la Política Criminal, el Derecho penal y el Proceso penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 2000.

VERA-CRUZ PINTO, Eduardo. No bicentenário do nascimento de Theodor Mommsen em Portugal: algumas reflexões sobre o ensino da Constituição sem a matriz romana. **Interpretatio Prudentium**, v. II, n. 2, 2017, p. 75-116.

O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL DE EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

LUCYLEA GONÇALVES FRANÇA⁶²⁴

PEDRO NILSON MOREIRA VIANA⁶²⁵

ALINE D' PAULA SILVA FEITOSA⁶²⁶

1. INTRODUÇÃO

A Revolução Francesa, iniciada em 1789, é, até hoje, a maior das revoluções político-sociais. Tanto que essa Revolução marca temporalmente o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea.

Com as mudanças radicais conquistadas pelos revolucionários franceses consagrou-se, paradigmaticamente, a construção de um novo modelo de estado, agora constitucional, pautado na “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”.

Contudo, essa trilogia não se sustentou como os princípios basilares do Sistema Político, pois que no século XIX, observa-se um grande espaço de positivação nas constituições modernas do Princípio da Liberdade e, do meio para o final do referido século, o fortalecimento do Princípio da Igualdade, tanto em seu sentido formal quanto material.

O Princípio da Fraternidade, contudo, restou por considerável tempo esquecido.

624. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) lucyfranca03@gmail.com

625. Advogado. Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Membro pesquisador do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional da Universidade Federal do Maranhão (NEDC/UFMA) pedro.moreira.viana@hotmail.com.

626. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Legale. alline_psf@hotmail.com.

Foi somente em meados do século XX que a Fraternidade é positivada em ordenamentos jurídicos, a exemplo da Constituição Francesa de 1946 e posteriormente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Desde então, o mundo pós globalização de mercados mudou consideravelmente.

O esforço de compreensão histórica da noção de fraternidade desde a revolução francesa até o século XXI, sobretudo no contexto atual de completas incertezas decorrentes da pandemia do Sars-CoV-2, impõe uma análise de abordagem ética e jurídica de seu conteúdo e de sua importância.

Tanto no cenário internacional quanto nacional, discutir a fraternidade e seus contornos tornou-se um verdadeiro compromisso com as atuais e futuras gerações.

Atento a estas circunstâncias, o constituinte brasileiro de 1988 outorgou ao Princípio da Fraternidade um novo status, passando a se destacar, sobretudo nos Direitos e garantias Fundamentais.

Aliado a fraternidade, valores como o da dignidade humana e respeito à vida encontram na noção constitucional brasileira um ambiente no qual existe uma responsabilidade universal de solidariedade com o outro – significando-se, dizer, que é imposto um exercício pessoal e coletivo, a partir do respeito à dignidade de todos e de cada um.

É imperioso perceber que a Constituição Federal de 1988 trouxe um avanço notável para a sociedade brasileira e uma série de mecanismos de participação, solidariedade ou fraternidade que ao longo dos anos foram e estão sendo efetivados, especialmente no que diz respeito às garantias sociais de transporte, a alimentação e a moradia e outros direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, por exemplo.

Mas, afinal, qual deve ser o contorno constitucional empregado a estes mecanismos de participação, solidariedade ou fraternidade. Como, tais conceitos se relacionam na dinâmica constitucional brasileira?

Estas reflexões, acredita-se, são chave para a concretização deste valor principiológico, motivo este pelo qual o presente estudo, a partir de uma análise qualitativa e de uma vasta revisão bibliográfica, pretende analisar o escopo de desenvolvimento do princípio da solidariedade como mecanismo constitucional de efetividade do princípio da fraternidade e suas relações na constituição brasileira.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E NO CONSTITUCIONALISMO MODERNO

Os três valores essenciais da Revolução de 1789, registraram de modo definitivo a transição do modelo absolutista para as bases da construção do Estado liberal e dos direitos sociais no mundo. Essa ruptura condicionou a concretização dos ideais e objetivos da República francesa, diretrizes propostas já na primeira Constituição do novo regime⁶²⁷, a previsão de uma sociedade livre (*liberté*), justa (*égalité*) e solidária (*fraternité*).

Na sua origem, a solidariedade, não nasce como princípio constitucional e sim como imaginário, virtude, ideal humano, cujos traços emergiram, de modo embrionário da essência do iluminismo, e como herança cultural do humanismo cristão, ou até mesmo como uma espécie de virtude social⁶²⁸ dirigida ao bem comum e respeito à dignidade humana.

Como um valor antropológico-social essencial, a solidariedade como fato social em Durkheim⁶²⁹ foi o principal aporte de sua obra, a solidariedade se operou materialmente como conceito de secundária importância frente a outros elementos essenciais para as sociedades liberais do Século XIX, constituídas a partir da ideia da *laissez-faire*. Nesse sentido, a princípio, ganha força o elemento da liberdade frente ao da fraternidade, sendo evidenciado nas ideias de Adam Smith.

Desse inicial valor-meta ideológico de segunda categoria, até o desenho dos mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais, a solidariedade se firmou não apenas como sustentáculo para o conceito de igualdade como logo se converteu em um princípio-marco para o constitucionalismo do século XX, uma ideia-força, virtude social e princípio constitucional e referencia essencial e imprescindível para o modelo de estado social, ou *Welfare state*.

A solidariedade se formou como base da filosofia religiosa e civil do progresso social baseado no igualitarismo, em outra medida HABERMAS (1999:72) a define como instrumento de cooperação e fala de conceito pós-convencional

627. Constituição francesa de 1791. *Titre Premier – Dispositions fondamentales garanties par la Constitution. 2° Que toutes les contributions seront réparties entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés;*

628. Para Fernandez Sejado, Fernando. La solidariedade como principio constitucional. Uned. Teoria y Realidad constitucional. Nº.30, 2021, Madrid. pg. 142-143

629. Em DURKHEIM, Émile. Escritos políticos. Colección Dimensión clásica/teoría social. CEGAL. España. 2011

de solidariedade, significando sua evolução a concretização do seu sentido prático a partir da fundamentação normativa, dando passo a uma solidariedade além da ética e da moral cristã, e sim como contra esforço impositivo do dever.

O marco de distinção entre o conceito de solidariedade para os antigos e entre os modernos se interpreta como uma antes e um depois da revolução francesa. No significado disposto por PECES-BARBA (1991:222), a primeira com a solidariedade como virtude e sinônimo da fraternidade, e a segundo como um rechaço as ideias liberais, ou *antissolidária*, na visão clássica da economia política. Nas origens, como binômico moral de fraternidade, com um profundo elemento ético decorrente do caráter livre, espontâneo e sem caráter impositivo, na expressão de SOARES DA FONSECA (2019:5).

Na construção das democracias ocidentais, pautadas no pensamento da ilustração do século XVIII, aparece esse princípio nos textos constitucionais, como categoria jurídica, muito bem contextualizada em dois exemplos-marco, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de Weimar de 1919.

Entretanto, o pensamento solidarista aparece com anterioridade dentro de um contexto jurídico, com um significado bastante distinto daquele adotado pelo constitucionalismo moderno. Tratou-se da igualdade formal entre os contratantes, preceito essencial do *ius* privado para as relações solidárias, e base do *Civil law romano*⁶³⁰.

Portanto, intimamente relacionado com a concepção privatista e econômica, com aportes do seu significado na expressão do direito civil romano, *solidalium*, *solidum*, assimilada a posterior pelo Código Civil de Napoleão (1804).

Dado o sinônimo de compacto, inteiro, que cobra sentido na expressão *obligatio in solidum*, onde cada devedor deve assumir a totalidade da obrigação contratada, cabendo a cada credor dispor do direito de exigir o cumprimento da obrigação em sua totalidade.

Deste modo, para os antigos, o valor jurídico da solidariedade se distingue do caráter social, somente com posterioridade é assumido e ampliado para o direito público, e o Estado social de Direito como expressa VERDÚ⁶³¹,

630. Presente no regime de direito clássico e nas Institutas de Justiniano (C.8, 40, 28), como comenta Jordano Barrea. Juan B., Las obligaciones Solidarias. Estudios Monograficos. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 45, Nº 3, 1992, pg. 852

631. Heller é considerado o pai da expressão Estado social, e Verdu, descreve Estado Social de Direito que dá origem ao Estado democrático de Direito. VERDU, Lucas. Estado de Derecho y Justicia Constitucional. Aspectos históricos, ideológicos e normativo-institucionales de su interrelación. Revista de Estudios políticos (nueva época). Nº33, mayo-junio. Madrid. 1983 Pg. 13

fruto do projeto utópico de Heller⁶³², realizado depois da segunda guerra mundial.

No século XX, na clara expansão da onda do constitucionalismo social no mundo, Duguit (1926:5)⁶³³ transpôs de modo preciso, a forma com as teses de Durkwaïn para o direito público, esclarecendo, ser o homem natural, isolado, livre e independente, de posse de direitos fundamentais é apenas uma abstração pouco realista. Desse modo, considerou ser a teoria do Estado e do Direito como intimamente conectada com a ideia de solidariedade, como mutua interdependência social, onde todos os membros da sociedade estarão obrigados pela norma jurídica, sendo, a solidariedade social, um dever jurídico e elemento teleológico da atividade estatal e serviços públicos.

De fato, com o desenvolvimento dos conceitos ligados aos *welfare rights*, permitiu-se a multiplicidade de atividades, e de prestações estatais vinculadas ao princípio da solidariedade. Como propôs a *teoria da Ação comunicativa* de HABBEMAS (1987:180-182), foi possível se garantir os vínculos de racionalidades comunicativas como uma alternativa para assegurar as conexões de solidariedade e justiça social desde um compromisso normativo.

Como valor indispensável na sociedade pós-moderna, um direito assegurado e um dever convencionado na lei, pode-se incluir a “boa vontade”, a “fraternidade”, a “caridade” e a “benemerência” como conteúdos do império da convivência humana e fonte da igualdade e da liberdade, além de um mero valor moral subjetivo.

Assim, a solidariedade, como princípio universal, e compromisso normativo, ademais de sua etimologia e sucedâneos representa, portanto, para as legislações modernas, o motor propulsor da responsabilidade de todos por todos, independentemente dos valores individuais de cada sociedade em particular.

Com mutualidade e reciprocidade, a solidariedade se materializa, com ênfase a partir do final da 2ª guerra mundial, com a construção de um novo constitucionalismo e um direito público de direitos humanos, contidos como premissa fundamental na Declaração Universal dos direitos humanos (1948), na Constituição Francesa da 4ª república (1946), a Italiana (1947), e do Brasil (1946), e até com posterioridade, o plano Marshall (*the right of welfare*), de 1965.

632. Hermann Heller usou pela primeira vez, em 1903, a expressão “Estado Social”, unificando nessa referência o objetivo do Estado em positivar, e unificar, velhas aspirações de caráter social, com status constitucional, incorporado ao texto da Constituição de Bonn, de 1949. HELLER, Hermann. Escritos políticos. Alianza, Madrid. 1985

633. DUGUIT, león. Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición. Francisco Beltrán, Madrid. 1926, pg. 05

3. FRATERNIDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O reconhecimento da fraternidade, em seu sentido jurídico principiológico, demanda antes de tudo conhecer sua operacionalização na forma histórico-social, para, somente então, conceber-se enquanto direito humano fundamental presente nas mais variadas ordens constitucionais atualmente.

O esforço de compreensão histórica desta noção – que antes de jurídica, é certamente ética, impõe analisar-se ainda que rapidamente, o grande momento de modificação do mundo moderno: a revolução francesa.

Muito embora, evidentemente, a noção da compreensão humana de bondade e alteridade sejam muito mais anteriores aos eventos decorridos com a queda da Bastilha, é somente a partir do século XVIII que a fraternidade encontra espaço social adequado para seu desenvolvimento moderno enquanto direito.

É que as mudanças de estamento conquistadas pelos revolucionários franceses sob o lema da liberdade, igualdade e fraternidade, consagraram a instituição de um complexo de mecanismos essenciais para noção de paz e direitos em face do Estado.

É dizer-se, de outro modo, que a ideia do estabelecimento de freios e contrapesos aliada a direitos fundamentais inalienáveis estabelecidos em um documento solene imperativamente categórico sobre todos, foi fundamental para que a sociedade civil pudesse ver-se afastada do jugo da arbitrariedade e do despotismo.

A igualdade e, sobretudo, a liberdade, assim, são valores resultantes desta compreensão antropológica que levam o gênero humano a buscar, como de regra, repelir toda forma de violência injustificada.

Muito embora a fraternidade, como se concebe contemporaneamente, tenha aparecido, normativamente, pela primeira vez na célebre *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (1789), sua concretude foi somente alcançada em meados do século XX.

Isso porque a fraternidade é positivada em ordenamentos jurídicos, a exemplo da Constituição Francesa de 1946 e posteriormente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Tome-se, por ilustrativo, aquilo que dispõe o texto original da Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu art. 1º assegura: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

É precisamente dessa evolução da tríade liberdade, igualdade e fraternidade que surge a compreensão histórica dos direitos fundamentais.

Nela, como consabido, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos.

Logo, têm por titulares o indivíduo. Estes direitos fundamentais, opostos diante do Estado, são verdadeiros direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

Conforme ensina FONSECA (2019, p. 64), os direitos fundamentais liberais de primeira geração/dimensão apresentam-se “na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo quanto à disposição da vida ou do patrimônio”.

Por sua vez, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

É dizer, de outro modo, que nesta geração, revela-se como insuficiente a mera ação negativa. É imperativo, assim, que o Estado interfira de maneira a corrigir – por meio de suas políticas públicas, desigualdades ou desvantagens odiosas sejam elas econômicas ou sociais – geralmente causadas pelas distorções históricas das econômicas de mercado sem regulação.

Por derradeiro, a terceira geração de direitos fundamentais encontra-se centrada na noção de fraternidade ou de solidariedade.

Segundo aponta Reynaldo DA FONSECA (2019, p. 68) estes direitos de terceira dimensão “seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação”.

Logo, por possuírem uma titularidade dispersa, em função de sua transindividualidade difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo aos moldes das dimensões anteriores.

Conforme preceitua SCAFER (2013, p. 22)

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação).

Por sua vez, a nota diferenciadora inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente

diferentes esses grupos de direito.

A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados.

Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente.

Apesar de amplamente criticada a teoria do desenvolvimento historiográfico dos direitos fundamentais, especialmente por CANÇADO TRINDADE (1997, p. 390) – para quem “alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos”, certo é que houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais.

Assim, a par desta breve análise de evolução dos direitos fundamentais e da noção inicial de fraternidade, resta saber: como o princípio da fraternidade se insere na Constituição Federal de 1988.

Pois bem.

Como anotado anteriormente, o princípio da fraternidade, a despeito da importância histórica conferida aos outros dois princípios da revolução francesa (Liberdade e Igualdade), ficou esquecido.

Conforme destaca Antônio Maria BAGGIO (2008, p. 8):

Liberdade e Igualdade conheceram, assim, uma evolução que as levou a se tornarem autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movimentos políticos. A ideia de Fraternidade não teve a mesma sorte. Com exceção do caso francês, como princípio político, ela viveu uma aventura marginal, o percurso de um rio subterrâneo, cujos raros afloramentos não conseguiam irrigar sozinhos, a não ser esporadicamente, o terreno político. Enfim, o pensamento democrático a respeito da fraternidade manteve-se em silêncio.

Na Constituição Federal de 1988 o Princípio da Fraternidade ganha um novo status, passando a se destacar, sobretudo nos Direitos e garantias Fundamentais.

A este respeito, Carlos Ayres Britto (2003, p. 216-217) sintetiza o Constitucionalismo Fraternal no Brasil do seguinte modo:

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

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

Assim, é possível denotar que a partir do paradigma da constituição cidadã de 1988, valores como o da dignidade humana encontram na ética da alteridade proposta por Emmanuel Levinas, um ambiente no qual existe uma responsabilidade universal de solidariedade com o outro – significando-se, dizer, que é imposto um exercício pessoal e coletivo, a partir do respeito à dignidade de todos e de cada um.

É imperioso perceber que a Constituição Federal de 1988 trouxe um avanço notável para a sociedade brasileira e uma série de mecanismos de participação, solidariedade ou fraternidade que ao longo dos anos foram e estão sendo efetivados.

O lado da Constituição que busca aplicar o princípio da fraternidade, assegurando oportunidade e assistência social àqueles que mais precisam, garantindo entre os direitos sociais como o transporte, a alimentação e a moradia e outros direitos fundamentais como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, por exemplo.

Logo, percebe-se que a Constituição cumpriu seu papel de se antecipar a realidade fática e positivar princípios, com o mais alto ideal, na esteira fiel do “dever ser”, aquilo que se almeja para a edificação e concretização de uma sociedade fraterna, plural e sem preconceitos.

4. A FRATERNIDADE COMO ALEGORIA JURÍDICA: A ANÁLISE DO DECRETO EMERGENCIAL DE AUXÍLIO FINANCEIRO COMO MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA ATUALIDADE

Vimos que a fraternidade, como alegoria jurídica representa o substrato material como direito juridicamente exigível, e base do modelo do Estado social democrático de Direito.

Para Adela CORTINA⁶³⁴, com “vínculos humanos relevantes” poderia estar assegurado vínculo de solidariedade e justiça em caráter universal. Na sua expressão originária, qualquer intenção de exigir e impor a coação jurídica, como forma de extrair deveres exigíveis à população, resultaria prejudicial a seu conceito originário.

Entretanto, como princípio constitucional, a solidariedade se impõe com conteúdo normativo suficientemente capaz de operar-se⁶³⁵ daí que para SAGADO (2012:142) está ligado ao fator prestacional, e com os deveres do Estado democrático de Direito, elemento de fundamentação da própria ordem jurídica.

HABERMAS (2000:88)⁶³⁶ define, portanto, como elemento essencial as organizações estatais de direito, e afins, como a partir das quais se forma a chamada “solidariedade cidadã” como no dia 07 de abril de 2010 foi decretada a Lei nº 10.316 que regulamenta a lei nº 13.982, de 02 de abril de 2020, estabelecendo medidas de proteção excepcionais em virtude do Coronavírus (COVID-19).

634. CORTINA, A. (2001): *Alianza y Contrato. Política, ética y religión*, Madrid, Trotta.

635. Como exemplo podemos citar a Constituição italiana, que no seu art. 2º vincula de modo específico a solidariedade ao cumprimento de determinados deveres.

636. HABERMANS, J (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid, Trotta.

A lei regulamenta o auxílio emergencial, que consiste em ser um benefício financeiro concedido pelo Governo Federal com o objetivo de proteção emergencial durante o período de enfrentamento da crise de saúde e econômica causada pela pandemia do Corona Vírus.

O Decreto pontua quem possui o Direito ao auxílio. Afirmando que pode solicitar aquele que tenha o CPF ativo, for maior de 18 anos ou mãe com menos de 18 anos que esteja desempregado ou exerça atividade como microempreendedores individuais (MEI), ou esteja inscrito no Cadastro Único (CadÚnico) para Programas Sociais do Governo Federal até o ultimo dia 20 de março. Também aquele que seja contribuinte individual ou facultativo do Regime Geral de Previdência Social ou trabalhador informal. Além destes, o cidadão que pertença à família cuja renda mensal por pessoa seja no mínimo R\$ 522,50, ou cuja renda familiar total seja de até 3 (três) salários mínimos de R\$ 3.135,00 por família e aquele que não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$28.559,70 em 2018. A mulher que for mãe e chefe de família, e estiver dentro dos demais critérios, poderá receber R\$ 1,2 mil (duas cotas) por mês, também sendo beneficiária.

Por fim, o beneficiário do bolsa família também possui direito ao auxílio, desde que seja mais vantajoso e ressaltando que neste período o Bolsa Família fica suspenso para aquele receber o auxílio.

Art. 2º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:

I – trabalhador formal ativo – o empregado com contrato de trabalho formalizado nos termos do disposto na a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e o agente público, independentemente da relação jurídica, inclusive o ocupante de cargo temporário ou função temporária ou de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração e o titular de mandato eletivo;

II – trabalhador informal – pessoa com idade igual ou superior a dezoito anos que não seja beneficiário do seguro desemprego e que:

a) preste serviços na condição de empregado, nos termos do disposto no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, sem a formalização do contrato de trabalho;

b) preste serviços na condição de empregado intermitente, nos termos do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, sem a formalização do contrato de trabalho;

c) exerça atividade profissional na condição de trabalhador autônomo; ou

d) esteja desempregado;

III – trabalhador intermitente ativo – empregado com contrato de trabalho intermitente formalizado até a data de publicação da Medida Provisória nº 936, de 2020, ainda que não perceba remuneração;

IV – família monoparental com mulher provedora – grupo familiar chefiado por mulher sem cônjuge ou companheiro, com pelo menos uma pessoa menor de dezoito anos de idade; (Inciso com redação dada pelo Decreto nº 10.398, de 16/6/2020)

V – benefício temporário – assistência financeira temporária concedida a trabalhador desempregado, nos termos do disposto na Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990, inclusive o benefício concedido durante o período de defeso, nos termos do disposto na Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003; e (Inciso com redação dada pelo Decreto nº 10.398, de 16/6/2020)

VI – mãe adolescente – mulher com idade de 12 a 17 anos que tenha, no mínimo, um filho. (Inciso acrescido pelo Decreto nº 10.398, de 16/6/2020).

É considerado ilegível ao recebimento do auxílio, agentes públicos, o cidadão que tem renda individual identificada no CNIS, que seja beneficiário do seguro desemprego ou de programa de transferência de renda, com exceção do Programa Bolsa Família. Além dos trabalhadores com indicativo de óbito no Sistema de Controle de Óbitos e no Sistema Nacional de Informações de Registro Civil.

O auxílio emergencial é um benefício no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), que a princípio seria concedido por três meses, contado a partir da publicação da lei. Atualmente, o governo confirmou a prorrogação de mais duas parcelas com o mesmo valor que serão distribuídas aos beneficiários. Os pagamentos das parcelas serão independentes da data de sua concessão exceto em caso de verificação posterior, por meio de bases de dados oficiais, do não cumprimento dos critérios previstos na Lei.

Destaque-se que o benefício é limitado a duas pessoas por família e tendo apenas como exceção a está regra os casos de mulheres que sejam mães e chefes de família, pois estas podem receber, individualmente, dois benefícios.

Art. 8º Para a verificação da limitação de pagamento do auxílio emergencial a até dois membros da mesma família, terão preferência os trabalhadores:

I – do sexo feminino;

II – com data de nascimento mais antiga;

III – com menor renda individual; e

IV – pela ordem alfabética do primeiro nome, se necessário, para fins de desempate.

Quanto à competência para execução do Decreto, cabe ao Ministério da Cidadania e ao Ministério da Economia trabalharem em conjunto para o bom funcionamento da distribuição do benefício e ordenamento das despesas.

Art. 4º Para a execução do disposto neste Decreto, compete:

I – ao Ministério da Cidadania:

- a) gerir o auxílio emergencial para todos os beneficiários;
- b) ordenar as despesas para a implementação do auxílio emergencial;
- c) compartilhar a base de dados de famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família, de que trata a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, a partir de abril de 2020, com a empresa pública federal de processamento de dados;
- d) compartilhar a base de dados do Cadastro Único com a empresa pública federal de processamento de dados; e
- e) suspender, com fundamento no critério estabelecido no § 2º do art. 2º da Lei nº 13.982, de 2020, os benefícios financeiros do Programa Bolsa Família, com fundamento nas informações obtidas do banco de dados recebido da empresa pública federal de processamento de dados; e

II – ao Ministério da Economia: atuar, de forma conjunta com o Ministério da Cidadania, na definição dos critérios para a identificação dos beneficiários do auxílio emergencial; e b) autorizar empresa pública federal de processamento de dados a utilizar as bases de dados previstas neste Decreto necessárias para a verificação dos critérios de elegibilidade dos beneficiários, e a repassar o resultado dos cruzamentos realizados à instituição financeira pública federal responsável.

Para ter acesso ao auxílio emergencial, é necessário o preenchimento dos dados na plataforma digital, além de preencher os requisitos. Destaque-se que:

Art. 5º Para ter acesso ao auxílio emergencial, o trabalhador deverá:

§ 2º A inscrição no Cadastro Único ou preenchimento da autodeclaração não garante ao trabalhador o direito ao auxílio emergencial até que sejam verificados os critérios estabelecidos na Lei nº 13.982, de 2020.

§ 3º Não será possível para os trabalhadores integrantes de famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família e de famílias já inscritas no Cadastro Único se inscreverem na plataforma digital para requerer o auxílio emergencial.

Segundo o Art. 6º, os dados extraídos pelo Ministério da Cidadania do Cadastro Único e os dados inseridos na plataforma digital, poderão ser submetidos a cruzamento com a base de dados do Governo Federal, assim como a da renda do grupo familiar. No caso de análise da composição familiar para recebimento do auxílio, será utilizada a base do Cadastro Único em 2 de abril de 2020. Aquele que não atender aos critérios será considerado inelegível ao auxílio.

Destaca-se que para o recebimento do auxílio emergencial ocorrer, é necessário de forma obrigatória à inscrição do trabalhador no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF e a situação do CPF deverá estar regular junto à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil do Ministério da Economia, exceto no caso de trabalhadores incluídos em famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família. Além disso, é obrigatório a inscrição no CPF dos membros da família dos demais trabalhadores não inscritos no Cadastro Único e não beneficiários do Programa Bolsa Família.

O pagamento do auxílio para os Beneficiários do Programa do Bolsa Família será feito por intermédio do CPF ou Número de Identificação Social – NIS, em favor do responsável familiar, isto de acordo com o Cadastro Único, podendo o saque ser realizado por conta contábil ou conta de depósito, sendo o calendário de pagamentos do auxílio emergencial, idêntico ao calendário de pagamentos das famílias beneficiárias do bolsa família.

Ademais, a parcela terá validade de duzentos e setenta dias, contado da data da disponibilidade do benefício.

O Art.11 trata sobre o pagamento do Auxílio Emergencial para os trabalhadores elegíveis em geral será realizado preferencialmente:

I – preferencialmente por meio de conta depósito ou poupança de titularidade do trabalhador; ou

II – por meio de conta poupança social digital, aberta automaticamente pela instituição financeira pública federal responsável, de titularidade do trabalhador.

§ 1º A conta do tipo poupança social digital a que se refere o inciso II do *caput* terá as seguintes características:

I – dispensa da apresentação de documentos;

II – isenção de cobrança de tarifas de manutenção, observada a regulamentação específica estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional; e

III – no mínimo uma transferência eletrônica de valores ao mês sem custos para conta bancária mantida em qualquer instituição financeira habilitada a operar pelo Banco Central do Brasil.

Está conta Social Digital pode ser movimentada por meio de cartão eletrônicos, cheque ou ordem de pagamento, as instituições financeiras são responsáveis por abrirem uma conta por CPF e se estas contas não forem movimentadas em até noventa dias, os recursos que nela estiverem retornarão à União.

É importante tecer críticas a este ponto, pois o acesso ao auxílio ou acompanhamento fica restrito ao uso do aparelho celular quando o beneficiário não possui a opção do saque por conta contábil ou de depósito. Assim, para realizar uma compra com o uso do cartão digital, disponível pelo aplicativo, é necessário ter acesso à internet no momento do pagamento, para que seja gerado o código de segurança do cartão para efetuar a compra. Aquele que não tem celular ou acesso à internet no momento da compra, fica impossibilitado de fazer uso do dinheiro disponível por meio do cartão digital. Quanto a transferência do benefício para outra conta, ficou determinado data certa para o início das transferências de acordo com o mês de nascimento do beneficiário, sendo esta disponível depois de muito tempo após o benefício estar em conta, limitando o uso do auxílio.

Por fim, para contestar a inelegibilidade ao recebimento do auxílio emergencial deverá ser da maneira estabelecida em ato do Ministro de Estado da Cidadania. Quanto às decisões judiciais que fazem referência ao pagamento de despesas relativas ao auxílio emergencial, estas serão encaminhadas diretamente ao Ministério da Cidadania pelos órgãos de contencioso da Advocacia-Geral da União, acompanhadas de manifestação jurídica ou de parecer de força executória para cumprimento.

Portanto, é notório que há aplicação do princípio da fraternidade quando se fala do auxílio emergencial. O Estado busca assegurar os direitos sociais daqueles que mais precisam neste momento de crise da saúde pública e econômica, garantindo direitos como à saúde, segurança e a alimentação. Além de utilizar está política pública como um método de diminuição das distorções sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da Fraternidade vem evoluindo com a sociedade sob influência da democracia e da valorização dos Direitos Humanos, e sociais, dos Estados

pós-modernos. Observa-se tal afirmação analisando a cronologia deste princípio, chegando à categoria política por intermédio da Revolução Francesa.

Posteriormente, a Fraternidade evoluiu para um conceito jurídico através da positivação internacional da Carta das Nações Unidas (1948) e nas Constituições Democráticas, assim como foi disposta na Constituição Federal no Brasil em 1988.

A Constituição da República brasileira de 1988 trouxe notáveis avanços para a sociedade e mecanismos efetivos para a aplicação do princípio da fraternidade, garantindo assistência social aos mais necessitados, assegurando direitos sociais como o direito a transporte, a alimentação e a moradia e desde o Constituinte originário outros direitos como educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, que tem prioridade de atendimento emergencial, e assistência aos desamparados.

Em virtude da pandemia da COVID-19, em 2000, o princípio da fraternidade foi evocado para garantir os direitos sociais mínimos ligados ao direito à saúde, como também a subsistência econômica de grande parte da população brasileira. A regulamentação do auxílio emergencial, benefício criado pela a Lei nº 10.316 que regulamenta a lei nº 13.982, reflete esse mecanismo como medida urgente e necessária para de proteção do tecido social, inibidora de perda de direitos.

A assistência concedida por muitos países com o intuito de afrontar os efeitos da pandemia vem demonstrando, em muitos casos, o único auxílio percebido pela população mais vulnerável, e, mais além de qualquer contro- vérsia, representa, para muitos, a única via de rendimentos. Ressaltem-se os problemas operacionais dessa política ocasionados por fraudes, falha de distribuição e desordem no cruzamento de dados dos beneficiários.

Em relatório recente do Tribunal de Contas da União (TCU), foi demonstrado que cerca de 620 mil pessoas receberam o auxílio sem preencher os requisitos da lei. O documento comprova que empresários, familiares de políticos e até mesmo pessoas já falecidas estavam entre os contemplados. Além disso, a CGU identificou quase 300 mil servidores públicos que receberam o auxílio emergencial. Tais dados demonstram falhas expressivas no cruzamento de dados para obtenção do auxílio, chamando atenção para a crise fiscal do país.

Além disso, como já foi citado no decorrer do trabalho, há problemas relacionados ao acesso do auxílio, ou acompanhamento de sua liberação pela população mais vulnerável e sem acesso a meios eletrônicos.

A pandemia da COVID-19 tem posto em prova o conjunto das administrações públicas e as políticas de bem-estar sociais, expondo as inúmeras dificuldades de comunicação e acesso à comunicação daqueles que não possuem acesso regular a internet e/ou o aparelho celular, aumentando de maneira visível as diferenças sociais.

Salienta-se que muitos beneficiários da bolsa família que são contemplados pelo auxílio emergencial tiveram o benefício suspenso por erro na análise dos dados, gerando um constrangimento imensurável para aqueles que dependem do benefício como único meio de subsistência diante da crise econômica e sanitária sem precedentes na história da humanidade.

Assim, percebe-se que a Constituição cumpre com o seu papel, e expressa seus princípios de forma fática e exequível sob um modelo de garantias para dar solução à efetividade do Estado democrático de Direito, daí ser o Auxílio Emergencial um caso exemplificado da expressão concreta da fraternidade, e corolário da solidariedade, como princípios essenciais para o bem estar da sociedade.

REFERÊNCIAS

BARREA. Juan Jordano, Las obligaciones Solidarias. Estudios Monograficos. Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 45, N° 3, 1992.

CORTINA, A. (2001): Alianza y Contrato. Política, ética y religión, Madrid, Trotta

DUGUIT, león. Manual de Derecho Constitucional, 2ª edición. Francisco Beltrán, Madrid. 1926

DURKHEIM, Émile. Escritos políticos. Colección Dimensión clásica/teoría social. CEGAL. España. 2011

FONSECA, Reynaldo Soares. O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE NO BRASIL: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO. In: Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília. 16º Edição. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2019.

HABERMAS, J. (1987): Teoná de la Acción Comunicativa, Madrid, Taurus, Vol. 11

HABERMAS, J. (1999): Facticidad y ualidez, Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso, Madrid, Trotta

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. I. 2014. Boletín Oficial del Estado. (BOE) Fecha de la edición: 1995. Edición número: 3ª Reim.2014. Madrid. España.

SCAFER, Jairo. Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão. 2 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997.

BAGGIO, Antonio Maria. O Princípio Esquecido. Ed. Cidade Nova, São Paulo, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003

DIGNIDADE HUMANA, FRATERNIDADE E DIREITO DE DEFESA

JOSÉ EULÁLIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA⁶³⁷

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo científico pretende realizar um inventário, isto é, uma análise investigativa a respeito do que, em todos os períodos das civilizações, se entende por dignidade e fraternidade humana, como princípios constitucionais fundamentais voltados para a proteção de direitos, notadamente os de caráter transindividuais, assim como suas repercussões sociais e jurídicas nas relações das pessoas entre si e o Estado.

O objetivo é encontrar explicação para os condicionamentos característicos (sejam eles técnicos, históricos, sociais, jurídicos, naturalísticos, etc.), para sistematizá-los, a partir de uma perspectiva epistemológica, onde serão apontados e esclarecidos seus vínculos e fundamentos legais, com a finalidade de avaliar seus resultados e aplicações no campo específico do direito constitucional, penal e processual penal, tomando como aporte o exame da defesa do acusado enquanto pessoa humana, especialmente nos países cuja orientação política e social seja democrática.

Neste contexto, serão empreendidas pesquisas envolvendo os estudos realizados até nossos dias pelos prosélitos da ciência do Direito e dos demais ramos do conhecimento a ele relacionados ou não, com destaque para as obras compendiadas que os grandes pensadores legaram à posteridade.

Não obstante isso, será procedida ligeira pesquisa no ordenamento jurídico de países da América do Sul, de orientação positivista ou não, a respeito

637. Professor de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Juiz de Direito em São Luís. Membro da Academia Maranhense de Letras Jurídicas. Especialização em Processo Civil pela UFPE. Especialização em Ciências Criminais pelo UNICEUMA. Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino – UMSA.

do tratamento que é conferido em seus respectivos sistemas jurídicos sobre a condição do indivíduo que é alvo das ações do Estado, no campo penal e processual penal, com o especial fim de verificar se o direito de defesa é a todos assegurado indistintamente como decorrência de garantia legislativa ou é fruto da imperiosa necessidade de se proporcionar ao ser humano algo que lhe é inerente por força de sua própria dignidade e natureza inconformista.

Portanto, será investigado como os povos antigos tratavam a questão da dignidade da pessoa humana (ou se não a conheciam) e do direito de defesa aos indivíduos submetidos a toda sorte de acusações ou de situações que exigissem a intervenção privada ou do poder público para a solução do conflito, de tal modo que não ficarão imunes à pesquisa suscitada o exame percutiente sobre os usos, os costumes, os princípios e a legislação reinantes em cada momento histórico, com o intuito de estabelecer nesse percurso a ligação direta entre o passado e os acontecimentos que povoam a vida hodierna.

Além disso, serão também consideradas as contribuições deixadas por outros setores da sociedade, como a religião, a literatura, a ética, a moral, a imprensa e os registros históricos de qualquer espécie, cuidando para que tais elementos sejam confrontados no universo geográfico e temporal do estudo empreendido, em especial acerca da vocação humana para o estabelecimento de uma dignidade proporcional ao seu desenvolvimento cultural, o que, em última análise, envolverá a construção do edifício legislativo ou de precedentes pretorianos que garantirá nas nações civilizadas o direito de defesa que é inerente a todas as pessoas.

Por fim, embora não possua a pretensão de esgotar a diversificada e cada vez mais numerosa discussão a respeito da dignidade da pessoa humana e do direito de defesa (quer como princípio fundamental, quer como garantia fundamental, resultante ou não de norma jurídica), entendo que o presente trabalho será de suma importância para a comunidade científica e social e se caracterizará como marco fundamental de contribuição para uma aproximação da noção dos denominados direitos humanos.

A característica abrangente do tema nos conduzirá inevitavelmente a citação de obras de renomados escritores (pátrios e estrangeiros), assim como da jurisprudência predominante nos tribunais de jurisdição constitucional e nas cortes internacionais que se esmeram pelo cumprimento incondicional dos tratados internacionais de direitos humanos, para agregar ao estudo aqui desenvolvido valores de todos os matizes, que possam justificar e explicar

quantum satis a concepção que os interlocutores desse dinâmico processo precisam ter a respeito do catálogo de direitos difusos, como elementos presentes na natureza humana, independentemente da existência de leis escritas, regras tácitas, acordos, convenções, tratados ou outros expedientes congêneres que os fundamente.

Apontados tais balizamentos, tornar-se-á necessário demonstrar que para a consecução dos direitos atinentes à fraternidade e à dignidade da pessoa humana, é indispensável evitar a barbárie jurisdicional. Tal possibilidade somente será possível se os órgãos encarregados de proteger tais direitos estiverem submetidos a um sistema de freios, que os impeça do exercício da tirania e da arbitrariedade, o que supõe a existência e vigência do Estado de Direito (onde se possa impor a todos que dependam de sua soberania o respeito ao ser humano), assim como de um Judiciário forte, qualificado e independente, constituídos de agentes políticos conscientes do papel de administrador e de julgador imparcial respectivamente.

A função estatal aqui ventilada é dúplice. Compete a ele, como guardião da *res publica*, a obrigação de proteger os direitos concernentes à dignidade da pessoa humana, assim como garantir a manutenção da ordem, cuidando para que os direitos humanos não sejam violados pela intercessão de setores interessados no descrédito de valores tão caros e imposteráveis, que foram conquistados a muito custo pelo homem.

Por essa razão, a dignidade da pessoa humana merece, em nossos dias, tratamento de regra geral de direito comum a todos os povos civilizados pelo fato de constituir princípio fundamental de âmbito multinacional que não pode ser postergado por qualquer instituição, governo ou autoridade constituída.

Nesse contexto se insere também a fraternidade⁶³⁸, cujo *status* de princípio mencionado no preâmbulo⁶³⁹ da Constituição Federal, como um antecedente fundamental do texto constitucional propriamente dito, retrata um dos valores supremos da espécie humana, conquanto de nada importa vivermos numa sociedade pluralista, ainda que livres e supostamente iguais, se não pudermos ser fraternos entre nós.

638. O tema da fraternidade se encontra muito bem explicado na obra do Professor e Ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca (O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça), cuja importância será significativa para este estudo.

639. A fraternidade é tratada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem como princípio norteador da liberdade e da igualdade. Os três constituem a ideia de participação democrática, justiça e cidadania.

2. O SER HUMANO E SUAS RELAÇÕES INTERPESSOAIS

A origem da existência humana sempre foi um tema inquietante para o homem. O dogma cristão de que o homem possui origem divina tem prevalecido entre nós, embora determinados setores da biogenética continuem trabalhando, de forma incansável, para demonstrar o contrário.

Elaborados tais esclarecimentos, compete afirmar que Deus⁶⁴⁰ fez o homem do barro da terra⁶⁴¹. Destarte, o homem é cria da natureza. Ele existe por obra dela, está na sua essência; se submete às suas leis e não pode livrar-se dela, ainda que em pensamento.

Muito embora seja livre, o homem não pode fugir da natureza, nem lançar-se no mundo ao sabor de suas quimeras ou imaginações. Partindo dessa premissa, o homem não pode também: 1) viver ao léu como ser errante, desperdiçando tempo e energia; 2) isolar-se, supondo não estar vinculado ao universo circundante; 3) considerar-se eterno⁶⁴², imutável e inatingível, pois haverá sempre de retornar ao ponto de partida (à terra donde foi gerado), como o pássaro ao ninho antigo, como as folhas secas levadas ao chão pelo vento. Em suma, fora da natureza não há salvação para o homem.

Nesse particular, o filósofo alemão Paul Heinrich Dietrich, conhecido no meio acadêmico como Baron D'Holbach⁶⁴³, com a percuciente expressão do gênio humano, profetiza que:

También es por no estudiar la Naturaleza y sus leyes, ni intentar descubrir sus recursos y sus propiedades por lo que el hombre queda estancado en la ignorância o da pasos tan lentos e inciertos, para mejorar su suerte. Su pereza se complace en dejarse guiar por el ejemplo, por la rutina o la autoridad, antes que por la experiencia que exige actividad y por la razón que exige reflexión.

640. ³ Gênesis 2, 7.

641. ⁴ Algumas bíblias utilizam a expressão limo da terra.

642. O historiador francês Fustel de Coulanges (A Cidade Antiga. 4.^a ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1988, p. 8/9), falando sobre as crenças e os cultos dos povos antigos, aduz que “os ritos fúnebres mostram-nos claramente como, quando se colocava um corpo no túmulo, se acreditava em que, ao mesmo tempo, se punha lá algo vivo. Virgílio, descrevendo sempre com tanta precisão e escrúpulo as cerimônias religiosas, termina a sua narrativa dos funerais de Polidoro com estas palavras: ‘Encerramos a alma no túmulo’. Igual expressão se encontra em Ovídio e em Plínio, o Moço. (...) No final da cerimônia fúnebre havia o costume de chamar por três vezes a alma do morto, e justamente pelo nome que este havia usado em vida. Faziam-lhe votos de vida feliz debaixo da terra. Dizia-se a ele por três vezes: Passa bem. E acrescentava-se: Que a terra te seja leve. (...) Derramava-se vinho sobre o seu túmulo para lhe mitigar a sede; deixavam-lhe alimentos para o apaziguar na fome. Degojavam-se cavalos e escravos, pensando que estes seres, encerrados com o morto, o serviriam no túmulo, como o haviam feito durante a sua vida.”

643. Sistema de la Naturaleza. Espanha: Madrid. Editora Nacional, 1982, p. 121.

O homem não pode ser algo estático, ou seja, assemelhar-se a um poste que nada cogita, nada vê, nada faz e não sai do lugar. O ser humano tem que estar em eterno movimento, ainda que seus membros o impeçam de locomover-se. Ele leva uma grande vantagem sobre os outros seres vivos porque sabe que existe, porque pode pensar, porque tem vontade própria e liberdade para agir. Esses atributos lhes foram conferidos pela natureza, porque é ela quem possui a força motriz que estabelece e conserva a ordem natural de tudo quanto existe.

A felicidade do homem não está no poder das divindades, nem na autoridade do governo, muito menos nas futilidades da vida. A felicidade que o homem tanto almeja está na natureza; basta apenas que ele conheça suas leis e as faça de sua bússola orientadora.

Nos primórdios da civilização, os primeiros grupamentos humanos habitavam as cavernas, não dominavam a escrita e se orientavam pelos costumes. O costume representava a regra não escrita, a norma fictícia que imperava entre os membros dessas comunidades primitivas. Ainda hoje, principalmente em alguns municípios do nordeste brasileiro, o costume possui muito mais significado que a própria lei; exerce maior influência nas relações comunitárias que o direito legislado.⁶⁴⁴

Basta apresentar, como exemplo, o fato de que, em algumas cidades do interior maranhense⁶⁴⁵, a carne bovina funciona como moeda nas transações comerciais, de tal maneira que todo o negócio é celebrado por conta e risco das partes contraentes, que sequer exigem umas das outras qualquer forma escrita como garantia. Dentro desse espectro, propriedades, automóveis, fazendas, etc., são negociadas e avaliadas com base em tantas arrobas de carne, quando não fixado o montante da avença em número definido de cabeças de gado.⁶⁴⁶

644. O falecido jurista Vicente Cernicchiaro, ex-ministro do STJ, em texto de apresentação da obra “Leis Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial”, de Alberto Silva Franco et alli, ensina que “como ponto de partida, o Direito não se esgota na lei. A lei é um momento do Direito. Outras normas devem ser consideradas. Os usos e costumes estão presentes, a todo instante, em nossas vidas, vale dizer nas relações jurídicas de que participamos.”

645. Relativo ao Estado do Maranhão, localizado no nordeste do Brasil.

646. No Maranhão do século XVIII, o pano de algodão era considerado “dinheiro da terra” e sua cotação se dava em rolos de pano ou de tecido de algodão. O sal também era moeda valiosa nos negócios celebrados entre as pessoas, sendo cotado em forma de “surrão de sal”. Antonia Silva Mota et alli, no livro “Criptos Maranhenses e Seus Legados”, Ed. Siciliano, p. 17, 2001, registram essa prática corriqueira em várias passagens desse importante trabalho histórico, tal como se encontram dispostas em determinados testamentos. Para reforçar o argumento invocam lecionamento inserido na obra “*Lineas fundamentales para la crítica a la economia política*”, escrita em 1857 pelo alemão Karl Marx, na qual esse renomado filósofo, talvez com o pensamento voltado para o Maranhão do século anterior, destacava: “Originariamente serve como dinheiro a mercadoria (...) que mais seguramente pode ser trocada por qualquer outra (...), numa organização social dada representa a riqueza por excelência, é objeto da demanda e oferta geral e possui um valor de uso especial. Exemplos são

Essa prática tão significativa para esses munícipes faz parte do senso comum, compondo um universo que orienta a totalidade dos negócios de gado desde tempos imemoriais até nossos dias, cuja intervenção legislativa ou judiciária não convém aos negociantes. A garantia do pagamento é assegurada com base na palavra honrada; no fio do bigode; no nome social construído pelas pessoas envolvidas no negócio verbal. Tais fatores constituem o símbolo da fraternidade e da dignidade pessoal dos contraentes, bem como a nota mais visível da lisura da transação.

O sistema consuetudinário praticado nas civilizações antigas carecia de certa imparcialidade, pela ausência de mecanismos legais de controle da atividade censória que ficava, geralmente, nas mãos do chefe tribal, dos anciãos ou de parentes da parte lesada. Esse tipo de solução de conflito, não raras vezes, podia levar à exacerbada utilização da força no seu cumprimento ou à sua inexecução, por falta de governo centralizado para impor o respeito às decisões constituídas, o que somente o direito escrito pode regulamentar de forma clara, genérica e abrangente.

O direito costumeiro se constitui dos usos e costumes. Uso é aquilo que se torna reiterado e habitual durante longo tempo. Dito de outro modo, o uso é a prática reiterada, frequente e inveterada de certos atos e fatos que se tornaram aceitos pelo consenso geral. Costume é norma jurídica não-escrita, resultante da prática usual e repetida de atos ou fatos corriqueiros, ou seja, daquilo que todos aprovam como acertado, independentemente da existência de qualquer convenção ou ajuste prévio ou de lei que permita fazer.

O costume, embora não encarne a forma escrita, pode ser invocado pelo juiz no julgamento da lide (arts. 8.º e 140, CPC). Se o juiz desconhece a regra consuetudinária, deve determinar que a parte alegante faça a sua prova (CPC, art. 376), a qual será permitida por qualquer meio previsto em direito.

Segundo Moacyr Amaral Santos⁶⁴⁷, para o costume ser admitido como norma jurídica, é indispensável que sejam preenchidos os seguintes requisitos: 1) o uso longo, constante e uniforme de uma dada relação de fato; 2) não ser contrário à lei; 3) exteriorizar a convicção de que obedece a uma norma jurídica.

Toda e qualquer sociedade humana deve ter presente, como pressuposto de suas relações, a dignidade e a fraternidade, senão como princípios, mas como costume. Essa concepção não é atual, posto que já era praticada por alguns

o sal, peles, vacas, escravos.”

647. Prova Judiciária no Cível e Comercial. 5.ª ed., São Paulo: Saraiva, Vol. I, p. 222 a 225, 1983.

povos da antiguidade, sendo, inclusive, tratada por Aristóteles⁶⁴⁸ na *Ética* a Nicômaco. Portanto, não se pode pensar em matéria de relações humanas sem essa concepção, pois essas palavras, que ouvimos costumeiramente e que entre nós foram alçadas à categoria de princípios constitucionais, expressam valores, ideais, objetivos, sentimentos e fundamentos que desejamos alcançar como realização da noção de justiça.

3. CONCEITO DE PRINCÍPIO

A noção de princípio, como preceito axiomático, surgiu posteriormente ao costume. Com base nessa assertiva pode-se afirmar que, no início, foi o costume. Depois veio a norma e, no bojo dela, os costumes e os princípios em forma de regra de direito. Não se pode perder de vista, no entanto, o fato de que os princípios existem, por si só, como fenômeno natural das coisas, independentemente de sua formulação jurídica.

Os princípios jurídicos têm sua fundamentação básica no direito natural, pois sua vigência independe da existência de qualquer documento ou preceito escrito. A ampla defesa, por exemplo, é invocada diariamente, por pessoas leigas e pela classe operária do direito, sempre que uma situação concernente à acusação de alguém se apresente sem que haja concessão de oportunidade para a sua oitiva. O leigo invoca esse princípio por pura intuição, enquanto que o profissional do direito o faz pela concepção que possui do alcance desse postulado na vida do indivíduo e do ordenamento jurídico do Estado.

Uma questão, no entanto, pode ser levantada para suscitar a investigação sobre o exercício do direito de defesa, qual seja a de saber se existe no sistema judicial brasileiro a real preservação do princípio da ampla defesa? Antes de responder ao questionamento proposto, entendo por bem esclarecer, primeiramente, o que vem a ser a palavra princípio, quer no seu significado comum, quer no seu conceito jurídico, para no decorrer da explanação deste estudo responder ao questionamento proposto.

648. De acordo com Daniela dos Santos *et alli* "A *philia* Aristotélica representa os primeiros ensaios de um conceito de fraternidade. Enquanto amizade é um sentimento raro, dado a algumas pessoas, a fraternidade deve ser entendida como algo mais amplo, dirigido a um número maior de pessoas." (Breve ensaio a partir da amizade e da fraternidade enquanto qualidades políticas de práticas cidadãos sustentáveis). Acesso: https://www.google.com/search?q=A+fraternidade+em+arist%C3%B3teles&rlz=1C1CAFB_enBR693BR693&oq=A+fraternidade+em+arist%C3%B3teles&aqs=chrome..69i57.8046j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

Numa acepção comum ou vulgar, a palavra princípio denota início, começo, origem. Assim se pode observar, inclusive, da criação do mundo, segundo a versão bíblica⁶⁴⁹.

No sentido jurídico do termo, a palavra princípio isoladamente também possui o mesmo significado do seu entendimento comum. Quando, no entanto, emprega-se essa palavra no plural (princípios), modifica-se completamente a sua significação, pois passa a dar a ideia de regras ou de preceitos que antecedem a própria norma ou podem influenciar a criação desta, exercendo, com isso, raio de ação aplicável a toda espécie de movimento jurídico.

Apenas para fixar melhor o entendimento dos termos em análise, colhe-se do eminente vocabularista De Plácido e Silva⁶⁵⁰ a seguinte preleção:

Princípio. É, amplamente, indicativo do começo ou da origem de qualquer coisa. Princípios. No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa. (...) Princípios jurídicos, sem dúvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito.

Os princípios são entes fundamentais para a vida do direito e sua prática diária, quer na atividade forense, quer no trato das pessoas em suas relações cotidianas. A propósito disso, inúmeros são os conceitos que a doutrina emprega para definir o que sejam princípios jurídicos fundamentais.

Não obstante o que foi dito, e para não tornar repetitiva a ideia traduzida por cada um dos estudiosos do tema, traz-se à colação apenas dois conceitos. Na ordem em que estão dispostas as citações abaixo, o primeiro vem enunciado pelo jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁵¹, e o segundo firmado pelo juslaboralista pátrio Coqueijo Costa⁶⁵², *in verbis*:

Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.

649. Gênesis, Capítulo 1, Versículo 1.

650. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, Vol. III e IV, p. 447, 1.ª ed., 1.ª tiragem, 1989.

651. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Portugal: Coimbra, p. 1.038, 1.ª ed., 1997, Ed. Livraria Almedina.

652. Processo do Trabalho: Princípios e peculiaridades – Apud Curso de Direito do Trabalho em Homenagem a Mozart Víctor Russomano. São Paulo: Saraiva, p. 686, 1985.

Princípio fundamental é algo que devemos admitir como pressuposto de todo ordenamento jurídico e aflora de modo expresso em múltiplas e diferentes normas, nas quais o legislador muitas vezes necessita mencioná-los. São linhas diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, promovem e embasam a aprovação de normas, orientam a interpretação das existentes e resolvem os casos não previstos.

A compreensão dos princípios fundamentais parte, geralmente, dos conceitos que se encontram expressos na Carta Magna do País. Não se pode, contudo, descurar a existência de certos princípios fundamentais que, a despeito de não se encontrarem expressamente consignados no texto constitucional vigente ou em leis ordinárias, devam ser levados em consideração pelo profissional da ciência jurídica, porque representam axiomas universais indicativos de proteção de direitos que toda sociedade organizada tem a obrigação de assegurar ao cidadão.

Paralelamente aos princípios constitucionais fundamentais vamos encontrar os princípios gerais do Direito Constitucional que não se confundem com os primeiros. Na lição incensurável do constitucionalista José Afonso da Silva⁶⁵³, *in exthensis*:

Temos que distinguir entre princípios constitucionais fundamentais e princípios gerais do Direito Constitucional. Vimos já que os primeiros integram o Direito Constitucional positivo, traduzindo-se em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz, 'que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte', normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o constituinte acolheu no documento constitucional. Os princípios gerais formam temas de uma teoria geral do Direito Constitucional, por envolver conceitos gerais, relações, objetos, que podem ter seu estudo destacado da dogmática jurídico-constitucional.

Não é demasiado dizer que o preâmbulo das constituições possui força normativa em seu conteúdo, porque ele apresenta a epítome do projeto e do caráter político que o Estado pretende instituir. É, portanto, no pródromo da Constituição que o legislador constituinte deve antecipar os valores constitucionais, como parte integrante da referida carta de princípios. Daí porque andou bem nossa Constituição Federal ao incluir a fraternidade nesse rol, certamente para conferir-lhe a condição de princípio, partindo do pressuposto

653. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: RT, p. 84, 5.^a ed., 1989.

de que o preâmbulo é parte fundamental da carta republicana e derivou da mesma intenção constituinte originária.

4. CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA

Nada que existe sobre a terra teria sentido sem a presença do ser humano. Ele é o legítimo dom da natureza. Por isso que Deus, após a criação do mundo, descansou no sétimo dia, entregando ao homem a tarefa de seguir adiante, porque a ele foi conferido vontade, inteligência, livre arbítrio e semelhança com o criador.

Mas o homem é um ser curioso e complexo. Sua natureza falível faz com que esteja em permanente acabamento. Como um diamante bruto, vai polindo-se ao longo de sua existência. Ele é a medida de todas as coisas, como afirmou acertadamente o filósofo Protágoras.

Não obstante despertar o interesse primordial da ciência do Direito, a dignidade humana constitui, na atualidade, objeto de estudo e discussão em todos os ramos do conhecimento científico, porque envolve questões complexas que reclamam o incessante pronunciamento de abalizadas opiniões de especialistas de distintos setores de pesquisa sobre o assunto, sejam elas doutrinárias, legislativas ou jurisprudenciais, sempre em busca de paradigmas que possam sustentar as garantias que esse dogma confere à sociedade.

Os temas ou institutos jurídicos precisam ser identificados pelos pesquisadores e compreendidos por uma gama variada de pessoas que se interessam pelo conhecimento de suas nuances, de suas aplicações e de suas limitações. Para isso, é preciso defini-los com precisão de ourives, se possível.

A dignidade do homem, como norma e como fato, tem sido tema recorrente em nossos dias. Todos os segmentos sociais a discutem por despertar interesse transindividual que transcende a própria existência humana. Com efeito, tanto a fraternidade quanto a dignidade humana estão inseridas no grupo dos denominados direitos fundamentais de terceira dimensão.

Ocupando-se do assunto, o jurista alemão Werner Maihofer⁶⁵⁴, em obra traduzida para o espanhol, apostila com irretorquível acerto que:

En época alguna expresiones como dignidad o personalidad del hombre estuvieron tan en boca de todos como hoy. Sin embargo, en ningún tiempo fue tan radicalmente problemático aquello que significa y quiere decir en realidad eso

654. Estado de Derecho y Dignidad Humana. Buenos Aires: Euro Editores, p. 1, 2008.

que calificamos y designamos, en los textos de las Constituciones estatales y los programas de los partidos políticos, como ‘dignidad humana’, ‘dignidad del hombre’ o, expresado de outra manera, dignidad de la persona.

Partindo de tais pressupostos, como se conceituaria a expressão dignidade humana? Os antigos jurisconsultos⁶⁵⁵ afirmavam que, em direito, toda definição é perigosa. No entanto, é sempre salutar, para o cidadão e para o estudioso dos institutos jurídicos e sociais, ter noções, ainda que básicas, sobre as questões de interesse geral para orientação de todos em sociedade.

Não há receio que se comece por uma aporia, pois as perplexidades, os desencontros e as contradições terminológicas são fatores que sempre serão encontrados nos escritos dos juristas que buscam a sùmula de significado único para esse princípio universal, coisa que é impossível. Afastado o temor do equívoco, pode-se se dizer que a dignidade, como atributo inerente unicamente à pessoa humana, constitui conceito vago, abstrato, aberto, ambíguo, amplo, polissêmico e interdisciplinar.

Dignidade Humana, portanto, é uma qualidade inerente a todo ser humano, cuja concepção jurídica, social, econômica, religiosa, política ou de outra natureza pode variar e ser relativizada de acordo com a ética, a moral, os costumes, os valores⁶⁵⁶, a cultura e os hábitos de cada povo ou grupo de pessoas⁶⁵⁷, em suas relações sociais concretas, fazendo-os merecedores de direitos e deveres fundamentais, que devem ser assegurados e respeitados pelo Estado e pela sociedade, a fim de que possam usufruir de condições existenciais mínimas para o bem da criatura humana⁶⁵⁸, do meio ambiente e dos demais seres vivos.

655. Vide Javoleno – In Digesto, Livro 50, Título XVII, de *regulis juris*, fragmento 202.

656. Hoje mais do que nunca, a expressão “dignidade da pessoa humana” está em voga, isto é, na ordem do dia, como uma locução inflacionária usada por um enorme contingente de profissionais com o intuito de atribuir-lhe o mais amplo significado e alcance frente a valores sociais definidos a partir das relações do homem com seus semelhantes e outros seres vivos. Como afirmam os doutores Augustin Narducci e José Luis Guzmán, em prefácio à tradução para o espanhol do livro “Estado de Derecho y Dignidad Humana” (Buenos Aires: Eros Editores, 2008), de autoria do jurista alemão Werner Maihofer, “*dignidad humana*”, “*dignidad del hombre*” o “*dignidad de la persona*”, *constituyen expresiones que remiten al valor especial que ese ser vivo tiene entre todos los seres igualmente vivos*”.

657. Poderíamos aqui enumerar uma série de situações que, para determinada pessoa ou grupo de indivíduos (vinculados ou não a setor cultural específico), não seriam consideradas ofensivas à sua dignidade, enquanto que para outros, trata-se de ofensa indelével, notadamente do significado essencial da honra e da dignidade da pessoa, com reflexos particulares na esfera das relações privadas de cada pessoa ofendida e pacificação no âmbito do Direito Penal mediante a aplicação judicial de sanção ao culpado. Esse paradoxo pode ser percebido nitidamente, nos dias atuais, entre os centros urbanos e as cidades do interior, assim como entre os indivíduos civilizados e os aborígenes ou silvícolas.

658. Recentemente, alguns órgãos governamentais claudicaram a assistência à saúde de vários cidadãos que testaram positivo à pandemia denominada COVID-19, os quais vieram a óbito por causa da omissão de governantes que não disponibilizaram nas unidades de atendimento leitos suficientes,

Não obstante a amplitude do conceito acima apresentado, o estudo aqui desenvolvido ficará restrito ao exame da dignidade da pessoa humana no âmbito do Direito Criminal. No campo penal, o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicado com o propósito de garantir o direito de ampla defesa e do contraditório ao indivíduo acusado da prática de algum delito. Essa garantia deve ser ampla, mas varia de acordo com o ordenamento jurídico de cada nação, havendo mesmo países⁶⁵⁹ que não respeitam o direito a um julgamento justo às pessoas acusadas da prática de delitos, ou o garantem de maneira limitada e restrita.

A conquista desses e de outros direitos que, atualmente, gozam de status constitucional, foi paulatina e gradual, decorrendo, portanto, de intenso labor do meio acadêmico, em especial de pensadores que dedicaram suas ideias à defesa intransigente de tal desiderato. Muitos sacrificaram a própria vida, mas não abdicaram da obstinação de sustentar até o fim a importância do reconhecimento dos direitos concernentes à dignidade da pessoa humana.

O primeiro passo para a obtenção do reconhecimento internacional dos denominados Direitos Humanos se deu com a Carta de São Francisco, tratado que criou a Organização das Nações Unidas em 1945. Esse marco histórico propiciou a posterior edição de inúmeros diplomas legais internacionais, notadamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no ano de 1948, que foi ratificada por vários países, dentre os quais o Brasil que é membro signatário.

Os princípios de direito humanitário, por representarem fundamento essencial da existência humana, constituem também princípios elementares da humanidade, razão porque todos os países devem cumpri-los como normas fundamentais, tenham ou não ratificado os tratados que os estabeleceram, porque são princípios invioláveis do Direito Internacional Consuetudinário.

Uma vez instalado qualquer conflito, envolvendo a dignidade da pessoa humana, não deve o julgador olvidar a existência do princípio da primazia da norma mais favorável ao indivíduo, de tal sorte que deve optar pela aplicação da regra que mais favoreça o infrator, quer seja de origem interna ou internacional.

máscaras, luvas, álcool gel e remédios eficazes que, certamente, salvariam essas vidas humanas. Impuseram ao povo o isolamento social sem a estratégia de uma política sanitária de proteção medicamentosa aos indivíduos que contraíram o coronavírus.

659. No Brasil, embora tais direitos estejam garantidos na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, em certas situações, têm sido negados a indivíduos acusados da prática de ilícitos penais, bem como a réus que necessitam de cuidados especiais dos órgãos governamentais. Exemplo disso está refletido em alguns processos da chamada operação lava jato em que não se observou o devido processo legal e aplicou-se penas excessivas.

Mas essa regra não é de todo infalível. Pode ocorrer que direitos pertencentes a indivíduos diferentes entrem em colisão. Qual norma, então, deve ser aplicada? A nacional ou a internacional? O incidente, a nosso sentir, deve ser solucionado mediante o respeito à justiça do caso concreto e, *ipso facto*, tomando-se por base os princípios da razoabilidade/proporcionalidade, aqui entendidos como sinônimos de equidade.

É aceitável esse ponto de vista, considerando o fato de que o direito deve se utilizar da lógica do razoável. A resolução do conflito pode estar no detalhe de sua instalação, motivo porque deve ser investigada no contexto da demanda a intenção psicológica do litigante.

Tratando da equidade, Aristóteles a equiparou a uma régua de lesbos. Miguel Reale⁶⁶⁰, jusfilósofo brasileiro, explica o sentido que o mencionado estagirita conferia à palavra equidade, *ipsis verbis*:

Para o autor da ética a Nicômaco, a eqüidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação ao caso concreto. A eqüidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, ajustada à particularidade de cada fato concorrente. Enquanto que a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses que se refere, a eqüidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso. Foi por esse motivo que Aristóteles a compara à régua de Lesbos. Esta expressão é de grande precisão. A régua de Lesbos era a égua especial de que se serviam os operários para medir certos blocos de granito, por ser feita de metal flexível que lhe permitia ajustar-se às irregularidades do objeto. A justiça é uma proporção genérica e abstrata, ao passo que a equidade é específica e concreta, como a régua de Lesbos: flexível, que não mede apenas aquilo que é normal, mas, também as variações e curvaturas inevitáveis de experiências humanas.

Por sua vez, Chaim Perelman⁶⁶¹, profetiza que a equidade é “*a muleta*⁶⁶² da justiça”, por entender que “*o recurso à eqüidade só é permitido quando a lei parece manca*”. O raciocínio do jusfilósofo Belga apóia-se na concepção de que, na maioria das vezes, a aplicação da justiça formal é impossível, porque a lei aplicada indistintamente pode conduzir a consequências iníquas, motivo pelo qual se faz necessário resolver a questão da maneira justa e equânime.

660. Disponível em www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link, acessado em 05/06/2011.

661. Ética e Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, p. 163, 1999.

662. A comparação de Perelman é falaciosa, pois sabemos que nenhuma muleta se adapta a todas as situações dos desvalidos. Diferentemente, a régua de lesbos de que trata Aristóteles se adaptava a qualquer superfície, plana ou não, se encaixando perfeitamente na adequação apresentada.

Não só na jurisdição penal, mas em qualquer outro campo do Direito, pode-se lançar mão da equidade, quando a situação fática de natureza fundamental envolver categorias que se tornam essenciais na apreciação dos fatos, porém revelam solução por meio de normas ou de princípios colidentes.

Seria o caso, por exemplo, de dois operários desempregados que resolvem assaltar um mercado, onde furtam pessoas e objetos. Um deles é solteiro, agrediu as vítimas e participou do projeto criminoso, porque tem como estilo de vida subtrair coisas alheias. O outro aderiu à empreitada, porque é arrimo de família e possui mulher e filhos para sustentar. Aquele por ser contumaz e reincidente furtou indistintamente produtos e valores, além de suas necessidades. Já o seu comparsa, sendo arrimo de família, furtou apenas gêneros alimentícios suficientes para alimentar sua enorme prole durante um mês e numerário necessário para fugir do local em segurança.

Presos horas depois pela polícia, foram acusados pelo mesmo fato, em face da competência jurisdicional pela conexão, visando unidade de processo e de julgamento. Ao apreciar as circunstâncias em que a hipótese concreta se consumou, por ocasião da fixação da reprimenda, o Juiz pode aplicar ao caso a equidade (fraternidade e dignidade humana), visto que tal julgamento é perfeitamente viável, por força da aplicação do princípio da individualização da pena, que tem como um dos pilares fundamentais a culpabilidade do agente como limitação do poder de punir estatal. Afinal, a culpabilidade do infrator não pode ser vista apenas como grau de reprovabilidade de sua conduta, mas também como pressuposto da aplicação da pena.

Destarte, ao trabalhador que agiu com egoísmo, subtraindo gêneros alimentícios e dinheiro em quantidade superior às suas necessidades, deve ser aplicada a norma sem ressalvas. Com relação ao operário que agiu de forma comedida, deve a norma ser aplicada com as atenuações ou inculpações que apontam as circunstâncias do caso concreto.

É importante registrar que a legislação penal latino-americana é pródiga quanto à normatização de tal particularidade, como circunstância atenuante da aplicação da pena. Assim se verifica na Argentina (art. 41, CP), quanto à maior ou menor dificuldade do autor para prover seu sustento ou de familiares. O mesmo fenômeno ocorre no Equador (art. 45, CP), quando se refere à indulgência, família numerosa e à falta de trabalho do imputado. No Paraguai (art. 32, CP), vincula-se a conduta do infrator ao seu estado de miserabilidade. Em outros países, como a Colômbia (art. 55, CP), o Peru (art. 46, CP), o México

(art. 52, CP), a Bolívia (art. 40, CP), procura-se atenuar a pena em face da indulgência do agente criminoso.

No Brasil (art. 66, CP), a pena pode ser atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. Pratica-se, com isso, fraternidade legislativa e jurídica, porque a Justiça não pode dissociar-se do conceito de dignidade humana que o moralista ignora.

5. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Alguns países, como o Brasil e a Alemanha, lançaram no pórtico de suas Constituições, o respeito à dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. No caso específico do Brasil, pode-se afirmar sem equívocos que a dignidade humana constitui, na conformidade do que dispõe o art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal, o principal fundamento jurídico da nossa República.

A regra sobredita serviu como passo decisivo para a afirmação de que o Brasil aderiu à Convenção Interamericana de Direitos Humanos, na medida em que produziu mudanças profundas na jurisprudência do STF, colocando nosso país entre aqueles que entendem que os tratados internacionais de direitos humanos se encontram no mesmo nível hierárquico das normas e princípios consagrados na Constituição Federal, além de permitir que outros tratados que não gozam da mesma categoria tenham maior hierarquia que as leis infraconstitucionais.

Muito embora alguns países não reconheçam qualquer validade às normas decorrentes do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, suas disposições não representam mais apenas um discurso isolado, nem são aplicáveis somente ao mundo ocidental. Nas últimas décadas, tal direito, de cunho universal, tem tido uma influência enorme e crescente nas legislações dos Estados contemporâneos, posto que sua aplicação tornou-se uma prática generalizada decorrente dos tempos modernos para salvaguarda dos povos no âmbito doméstico e o afastamento de situações que ponham em risco a paz, a segurança e a estabilidade de outros Estados.

A proteção efetiva dos Direitos Humanos, por isso, encontra guarida na ordem jurídica internacional, onde o costume, as convenções e os princípios gerais do Direito são fontes inesgotáveis de resoluções e de outros instrumentos similares que constituem o denso ordenamento jurídico denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos, bastante utilizado não só pelas Cortes

Internacionais de Direitos Humanos, como também por juízes e tribunais de diversos países.

Ante tais premissas, observa-se que a lei (Direito interno), na maioria das vezes, chega atrasada. Isso se deve, quase sempre, por conta de sua lenta tramitação, da constante dinâmica da sociedade e da negligência do poder legiferante. O Direito nela assegurado é entregue, comumente, após as mudanças sociais, políticas, éticas, morais, culturais, tecnológicas, econômicas, etc., vivenciadas pelos cidadãos.

A dignidade da pessoa humana tem sido o princípio reitor de todas as Constituições dos países civilizados. Dentro dessa concepção formal, é correto afirmar que todos os demais princípios decorrem desse postulado fundamental, afirmando a ideia de que nada deve ser feito juridicamente sem a observância do preceito que proclama a valorização da pessoa como ser humano dotado de direitos e de deveres processuais que envolvam: a) o acesso ao Judiciário e à justiça; b) garantia do juízo natural; c) igualdade de tratamento e paridade das armas entre as partes; d) respeito à ampla defesa e ao contraditório; e) garantia do devido processo legal; f) assistência jurídica integral (e gratuita aos necessitados); g) razoável durabilidade do processo; h) direito à produção de prova; i) publicidade dos atos processuais; j) motivação das decisões; l) confiança e segurança jurídica na estabilidade dos atos decisórios.

Não é impossível, nem difícil, obter a concretização de tais garantias, não obstante algumas vezes tais direitos sejam ignorados por agentes públicos, em flagrante violação à Constituição Federal, quando não à vista de leis rígidas ou mal interpretadas por seus aplicadores, bem como em face da tenacidade do julgador tendencioso em submeter o destino da parte, que é seu alvo, ao seu desejo pessoal, desvirtuando a finalidade da norma e o papel de isenção que lhe é outorgado pelo poder estatal para dirimir os interesses individuais e coletivos.

O que deve ser reivindicado pelo povo, no exercício do poder que lhe confere a Constituição Federal, é o cumprimento de tais políticas públicas, uma vez que o pacto social obriga seus representantes, junto às câmaras legislativas e aos governantes, em especial, ao dever de cumprir o que a lei maior estabelece. Nesse particular o jurista Carlos Bernal Pulido⁶⁶³, com percuciente acuidade, lembra que:

663. *Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo.* Acesso: https://www.unioviedo.es/constitucional/fundamentos/noveno/pdfs/03_carlosbernal.pdf

Casi todas las constituciones del mundo incorporan un catálogo de derechos fundamentales. De esta manera, quienes las promulgan persiguen ofrecer la máxima protección jurídica en el derecho interno a intereses humanos que se consideran esenciales, frente a vulneraciones y amenazas provenientes de poderes públicos y privados.

Por essa razão, adverte o mencionado professor Carlos Bernal Pulido, magistrado da Corte Constitucional da Colômbia, no estudo supracitado:

De esta manera, el principio de proporcionalidad permite que haya una crítica informada de las decisiones judiciales. A su vez, este principio impide decisiones arbitrarias atinentes a los derechos. Los jueces y las autoridades políticas deben justificar las limitaciones a los derechos fundamentales una vez que hayan considerado todos los argumentos e intereses en juego.

O homem reivindica constantemente o cumprimento do rol de direitos prometidos na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, levando a sociedade organizada a exigir do Estado sua efetivação através de legislação específica que tenha respaldo no Direito Constitucional; afinal, o ser humano, conforme a concepção Kantiana, é um fim em si mesmo, e não um meio como infelizmente ainda pensam algumas autoridades sem olharem a si próprio.

O homem se distingue dos outros seres vivos porque é dotado de racionalidade. Essa particularidade lhe confere o atributo de ser considerado como pessoa, ou seja, como indivíduo pensante e integrante do organismo estatal. Daí a importância de ter assegurados o respeito e garantia à sua dignidade como pessoa humana, por tratar-se não somente de regra legislativa, de *status* constitucional ou de princípio jurídico, mas de qualidade inalienável outorgada pela natureza a todo homem para construção de uma sociedade fraterna.

6. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

A noção de ampla defesa remonta às priscas eras, posto ser da natureza humana a inconformação. Bem conhecido, por isso, o exemplo bíblico do julgamento de Adão, onde, neste caso, o próprio Deus concedeu-lhe o direito de defesa, ao aduzir “*Adam, ubi es?*” Surgia, com isso, já no paraíso, segundo o jurista Afonso Fraga, citado por Tourinho Filho⁶⁶⁴, o instituto da citação. Era a *vocatio*, característica ínsita da jurisdição, que permite ao Juiz proces-

664. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, Vol. 03, p. 170, 11.ª ed., 1989.

sante determinar, atualmente, o comparecimento do réu à sua presença ou a praticar determinado ato, sob as penalidades da lei.

Acrescento que, seguido daquele ato citatório, veio o interrogatório do primeiro homem e sua autodefesa⁶⁶⁵, tudo na forma oral, dando a entender que, no começo, a jurisdição se orientava pelo princípio da oralidade.

Mas não se encerrou aí o julgamento de Deus. Como Juiz supremo, deu seguimento aos atos instrutórios, interrogando separadamente Eva, mulher de Adão, e a serpente. Ao final, condenou a todos e aplicou a cada um deles castigos diferentes, dando origem ao que, em nossos dias, chamamos de princípio da individualização da pena. É importante registrar que, no referido julgamento, Deus tratou a todos os acusados com dignidade e fraternidade, aplicando-lhes penas proporcionais às suas culpabilidades.

Rica em exemplos, a bíblia também narra o caso em que o evangelista Paulo⁶⁶⁶, após ser preso e levado à enxovia, exige o direito à ampla defesa, por ser cidadão romano. Para que não passe despercebido, tenha-se em mente que nos dois exemplos bíblicos se encontra evidente a presença do **devido processo legal**, como pressuposto necessário para a imposição da medida que se perseguia.

Aglutinada também nesses episódios se encontra a ideia do contraditório como elemento preponderante da ampla defesa. O contraditório é o exercício da dialética processual, plasmada a partir da pretensão deduzida em juízo pela parte demandante. Trata-se de princípio constitucional do processo, cujo escopo é oportunizar ensanchas à parte demandada de ser informada a respeito do que está sendo alegado pelo demandante, a fim de que possa produzir defesa de qualidade e indicar prova necessária, lícita e suficiente para alicerçar sua peça contestatória. A impugnação da pretensão varia, em sua forma bilateral, de acordo com o interesse ou direito que se pretende resguardar ou obter.

O contraditório implica também no direito que tem as partes de serem ouvidas nos autos. O processo é marcado pela bilateralidade da manifestação dos litigantes. Essa regra de equilíbrio decorre do denominado princípio da igualdade das partes ou da isonomia processual, tão importante para o embate processual quanto qualquer um dos demais princípios orientadores do processo.

665. Gênesis, Capítulo 3, Versículos 9 a 12.

666. Livro dos Atos dos Apóstolos – 22, 25 e 26, 1.

A ampla defesa representa garantia constitucional prevista no art. 5.º, inciso LV, da Constituição Federal Brasileira. Sua concepção possui fundamento legal no direito ao contraditório, segundo o qual ninguém pode ser condenado sem ser ouvido.

Por força do que foi enunciado, não seria demasiado dizer que a ampla defesa também está intimamente ligada a outro princípio constitucional mais abrangente, qual seja o devido processo legal, seu epifenômeno, pois é inegável que o direito a defender-se amplamente implica conseqüentemente na observância de providência que assegure legalmente essa garantia.

Tão importante é o devido processo legal, como princípio constitucional, que ele representa a base legal para a aplicação de todos os demais princípios, qualquer que seja o ramo do direito processual. Esta afirmação não afasta, por outro lado, a incidência desse postulado também no âmbito do direito material ou administrativo.

Numa concepção primária, trata-se a ampla defesa de direito constitucional processual assegurado ao réu subjetivamente. Por esse postulado, a parte que figura no pólo passivo da relação processual exige do Estado-Juiz, a quem compete a prestação da tutela jurisdicional, o direito de ser ouvida, de apresentar suas razões e de contra-argumentar as alegações do demandante, a fim de elidir a pretensão deduzida em juízo.

A ampla defesa é garantia do demandado inerente ao Estado de Direito. Mesmo quando se está diante de regime de exceção, a noção desse instituto não desaparece porque é algo que se encontra arraigado ao ser humano, é uma necessidade inata do indivíduo, é algo que resulta do próprio instinto de defesa que orienta todo ser vivo.

Apesar de esse princípio vir expresso pela fórmula “ampla defesa”, seu raio de aplicação não se limita exclusivamente a beneficiar o réu, posto que visa também favorecer outros sujeitos da relação processual. Sendo assim, não é errôneo dizer que a ampla defesa constitui direito que protege tanto o réu quanto o autor, bem como terceiros juridicamente interessados.

Diante disso, é forçoso reconhecer que somente haverá ampla defesa processual quando todas as partes envolvidas no litígio puderem exercer, sem limitações, os direitos que a legislação vigente lhes assegura, dentre os quais pode-se enumerar o relativo à dedução de suas alegações e à produção, sem restrições, de prova admitida em juízo.

7. DIREITO DE DEFESA

Um dos fundamentos do Estado Brasileiro é a dignidade da pessoa humana, assim estatuído no art. 1.º, inciso III, da Constituição Federal. No Estado Democrático de Direito todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Por isso, é considerado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no texto constitucional.

O direito de defesa é um dos princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana e da fraternidade. Somente o ser humano pode usufruir dessa prerrogativa, porque não é possível atribuir a animais irracionais a prática de crimes. Não se trata de privilégio, mas de garantia fundamental assegurada constitucionalmente ao infrator. Por essa razão, é dever do Estado conceder a todo indivíduo acusado da prática de um delito a oportunidade de exercer o direito de defesa técnica de maneira ampla e irrestrita. Dito de outro modo, não basta a concessão pura e simples do direito de defesa. É imprescindível que o acusado tome ciência do conteúdo da acusação em idioma que lhe seja acessível e que o ente estatal lhe garanta o exercício dessa prerrogativa por meio de profissional da advocacia que tenha especialização específica na área penal, sob pena de não se cumprir tecnicamente a finalidade para o qual foi concebido esse irrenunciável preceito de nível constitucional.

Partindo da premissa dignidade da pessoa humana, que tem íntima relação com o Direito Penal da ofensividade (garantista), faz-se necessário entender que num Estado Democrático de Direito, um fato punível deve ser encarado tendo em vista a finalidade do Direito Penal, que é a proteção de bens jurídicos penais.

Para o entendimento do que seja o valor bem jurídico, não basta a leitura gramatical da figura típica, ou seja, a compreensão da tipicidade, porque esta não se esgota na literalidade da lei. O que o intérprete precisa descobrir é o que está por trás do tipo penal, isto é, na norma, porque é ela quem revela a percepção que necessitamos ter do bem jurídico protegido. Concluindo, podemos afirmar que o que pune o infrator não é a lei, e sim a norma.

O saudoso penalista Luís Flávio Gomes⁶⁶⁷, relacionando a dignidade humana com o Direito Penal, nos transmite a ideia de que, sendo a dignidade humana o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, parece não haver dúvida de que a sanção penal só deve incidir quando há uma concreta lesão ou perigo para o bem jurídico protegido pela norma. O princípio da ofensividade, destarte, decorre naturalmente dos fundamentos do Estado Constitucional e Democrático de Direito, a partir das garantias e dos princípios assegurados pela Constituição do país. Na incensurável ensinança do penalista Argentino Eugênio Raúl Zaffaroni⁶⁶⁸:

El derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que ineludiblemente, implica una aspiración ético – social. Cabe consignar que en este sentido usamos “ético” para denotar lo que hace al comportamiento social, expresión que nada tiene que ver con la moral, que la entendemos como cuestión que incumbe a la conciencia individual y que, por ende, es autónoma. En este sentido, la “aspiración ética” del derecho, es la aspiración que éste tiene de que no se cometan acciones prohibidas por afectar bienes jurídicos ajenos. La coerción penal busca materializar esta aspiración ética, pero la misma no es un fin en sí misma, sino que su razón, su “por qué” (y también su “para qué”) es la prevención especial de futuras afectaciones intolerables de bienes jurídicos.

Com efeito, dispõe a Constituição Federal Brasileira, em seu art. 1.º, inciso III, *verbis*:

Art. 1.º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento:

III – a dignidade da pessoa humana;

Notória, portanto, a consagração do valor da dignidade da pessoa humana como princípio máximo, diga-se, fundamental do Estado Brasileiro, lançado no pórtico da Carta Magna (art. 1.º, III). Segundo José Afonso da Silva⁶⁶⁹, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo

667. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Série As Ciências Criminais no Século XXI, Volume 5, p. 29 e 30, 2002.

668. *Tratado de Derecho Penal, parte general, I.* Buenos Aires: Ediar, p. 50, 1987.

669. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida». O constitucionalista J. J. Gomes Canotilho⁶⁷⁰, também entende que *“concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-se nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana.”*

Vê-se, a partir desses ensinamentos, que a dignidade da pessoa humana é um conceito que permeia todo o ordenamento jurídico, em todas as suas formas, em todos os ramos do Direito, até por não ser apenas um direito fundamental, mas um fundamento do nosso próprio modelo de Estado Democrático de Direito.

Os penalistas são unânimes em afirmar que a história da pena coincide com a história da humanidade. Desde os tempos primitivos, cada povo ou agrupamento humano, não importando a raça, governo ou origem étnica, tinha sua forma de aplicação da pena, ainda que rude ou degenerada, onde era permitida a infligção de variados suplícios ao condenado, todos corporais, por autoridades públicas ou por pessoas investidas de autoridade familiar, numa verdadeira barbárie em que se destacava uma espécie de Direito Penal do terror e do martírio instituído ao alvedrio do executor.

Assim, eram aplicadas, sem qualquer critério, penas cruéis e desumanas que levavam a homicídios decorrentes de apedrejamentos, enforcamentos, sufocamentos⁶⁷¹, torturas, crurifrágios, castrações, crucificações, tudo em defesa de um poder punitivo que os arcontes julgavam possuir, proveniente de uma moral divina que autorizava a prática de tais horrores sem a instauração de processo justo e sem a concessão do direito de defesa ao acusado, muito menos da concepção de fraternidade e dignidade humana.

Como não se permite, entre nós, condenação judicial tendente ao sacrifício corporal do réu, alguns Juízes de coração empedernido aplicam penas

670. CANOTILHO *apud* SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 109.

671. No dia 25 de maio de 2020, em plena pandemia da COVID-19, o mundo inteiro assistiu a um policial branco americano (Derek Chauvin), do estado norte-americano de Minneapolis, matar um homem negro (George Floyd) em face de permanecer com seu joelho, premendo o pescoço da vítima por oito minutos e quarenta e seis segundos, tempo suficiente para matá-lo sufocado. O fato repercutiu não apenas nos Estados Unidos, mas em todo o planeta terra, provocando movimentos sociais liderados por políticos e ativistas.

excessivas, que chegam a centenas de anos de reclusão, sem darem a devida importância aos aspectos educativo e ressocializador da sanção penal. Partem de conclusões deturpadas de suas consciências, violando os parâmetros mínimos e máximos do preceito legal para, numa atitude de ostentação pessoal, cominarem reprimendas recheadas de citações doutrinárias nacionais e estrangeiras, assim como de jurisprudências escolhidas ao seu talante com o propósito de abrilhantarem suas imagens na sentença. Numa atitude de puro arbítrio esquecem que estão julgando seres humanos, vale dizer pessoas com nome, idade, profissão e família, pervertendo os interesses da sociedade que as querem de volta regeneradas, promessa que o cárcere não pode cumprir. Tais magistrados julgam como Deus e entregam a execução da pena ao Diabo, mantendo-se tranquilos e regozijados em seus refrigerados gabinetes, durante o longo período de cumprimento da pena imposta, sem sequer fazerem alguma visita à enxovia para averiguarem o estágio de recuperação do condenado.

Vivemos, atualmente, um período de humanização da pena. O Direito Penal moderno concebe a pena como fator de recuperação do infrator condenado, considerando que a reprimenda não deve ter caráter apenas retributivo, mas principalmente ressocializador. Dessa forma a Constituição Federal aboliu as denominadas penas afitivas e infamantes⁶⁷². Na atualidade, sua aplicação adquire especial destaque, conquanto é sabido que a nenhum julgador é permitido a infligção de pena ao acusado sem o devido processo legal ou acima dos parâmetros da proporcionalidade e da razoabilidade.

Essa assertiva decorre da confirmação de vários aforismos jurídicos, dentre os quais, na concepção de seus idealizadores, se destacam o *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*, assim como o *nulla poena sine iudicio*, ou o apotegma *nulla poena sine culpa*, posto que o princípio da humanidade das sanções proíbe a imposição de penas sem processo e de caráter desumano.

8. DIGNIDADE HUMANA NO PROCESSO PENAL

O processo penal existe no ordenamento jurídico da maioria dos países com a finalidade de assegurar uma série de garantias ao acusado, que vão desde o direito de defesa até a aplicação de pena proporcional ao dano causado. Cada

672. Alguns países, onde a legislação ainda é bastante rudimentar ou o Direito vigente se baseia na religião, ainda é possível encontrarmos a aplicação de penas cruéis que submetem o condenado a verdadeiro sofrimento, tais como açoites, lapidações, castração, dilaceração de membros, fuzilamentos, enforcamentos, etc.

país tem suas próprias leis, as quais variam conforme o bem jurídico a ser protegido ou de acordo com sua cultura e costumes. Por isso mesmo, algumas condutas que são punidas em determinados países não guardam qualquer importância para outros. O certo, no entanto, é que com os olhos voltados para o mundo inteiro a ONU e outros organismos internacionais têm lutado pela uniformização do procedimento processual de todas as nações, integrantes ou não da organização, principalmente em matéria de direitos humanos.

O *jus puniendi* estatal tem como seu contrapeso natural o *jus libertatis* do indivíduo. Aliás, deve ser interesse do próprio Estado garantir ao acusado o direito ao justo processo legal, por força do contrato social celebrado com o povo, que lhe outorga o monopólio da jurisdição.

Valor básico fundamentador de todos os direitos humanos, a dignidade da pessoa humana⁶⁷³ tem sido violada constantemente em prol de uma pretensa segurança e da busca frenética pela verdade real no âmbito do processo penal, sonho pueril que à realidade compete negar, posto o Juiz sempre julga com base na verdade processual. Enquanto persistir essa busca incessante pela autonomia da sociedade, ou um rigor excessivo do Direito Processual Penal existir, a função primordial deste como instrumento de distribuição de justiça e pacificação social é que será afistulada.

Se o Direito brasileiro é fundado na fraternidade e na dignidade da pessoa humana, como o processo penal pode, para conseguir a verdade real, por exemplo, violar o binômio fraternidade/dignidade em prol de outros princípios que orientam a colheita da prova? Aqui, temos uma colisão de princípios, que deverá ser resolvida, em último caso, por uma ponderação.

Tratando dessa questão, afirma J. L. Mackie, citado pela jurista Argentina Mirta F. Bokser⁶⁷⁴, *ipsis verbis*:

La colisión entre reglas produce el efecto de excluir una, porque el resultado de aplicar las dos es incompatible [...]. En estos casos, la actividad de intérprete consiste en una opción: o una o la otra. En cambio, cuando se trata de principios y valores, no hay opción, sino ponderación. [...] No se trata entonces de una antinomia en el sentido tradicional, sino de un campo de tensión. El

673. É bem conhecida a forma como os Estados Unidos da América tratam essa questão. Arvorando-se de Juiz do mundo desrespeitam a soberania de outros países, prendendo cidadãos em seu território de origem e os levando para prisões indevassáveis, onde permanecem incomunicáveis, sem direito de defesa e de julgamento por um tribunal internacional, anos após anos até morrerem ou receberem pena-castigo de duração indeterminada.

674. Seres Humanos – Personas – (Su) Personalidad Jurídica (Viceversa y Recíprocamente). Buenos Aires: Ed. Colihue, p. 43/44, 1.ª ed., 2009.

conflicto entre princípios se soluciona mediante un juicio de ponderación de intereses opuestos. Se trata de cuál de los intereses abstractamente del mismo rango, tiene mayor peso en el caso concreto. Si se entiende a los principios como mandatos de optimización, como aspiraciones a algo que encierran una referència a la idea del derecho justo, debe estimarse en qué medida se puede realizar en el caso concreto [...]. Los principios son normas que tienen una estructura deontica, ya que establecen juicios de deber ser; son normas prima facie sin una terminación acabada, y por lo tanto flexibles, susceptibles de ser completados [...]. Los principios son normas que receptan valores y como tales no pueden ser sino aspiraciones cuyo grado de concreción varía según los sistemas jurídicos, los períodos históricos, y la relación con las reglas. De manera que el juego de los principios jurídicos de rango constitucional aporta la determinación de valores necesaria para llenar de contenido la cláusula general, conforme a un criterio normativo [...]. Desde nuestro punto de vista, los principios como normas son fundamentales cuando están reconocidos en una de las fuentes constitucionales y son susceptibles de argumentación iusfundamental.

Por sua vez, o penalista Luís Flávio Gomes⁶⁷⁵, em bem lançada assertiva, obtempera:

Considere-se, de outro lado, que é da essência da lei contemplar casos genéricos, não casos concretos, podendo estabelecer regras favoráveis a um ou outro dos princípios em eventual conflito, mas nunca desvirtuar a priori nenhum deles, porque isso equivaleria à violação da Constituição. O legislador, em suma, pode orientar a ponderação do juiz, mas, ainda que queira, por sua própria posição, carece de faculdades para substituí-lo nesse trabalho, determinando a decisão que proceda (em cada caso concreto) à vista do jogo conjunto dos preceitos constitucionais e das circunstâncias do caso (dado que precisamente não pode ter essa ‘visão’). Dito de outro modo: os conflitos entre princípios são resolvidos pelo juiz no caso concreto, e jamais podem ser definitivamente cancelados pelo legislador, pois eliminar a colisão (entre princípios), como regra geral, requereria postergar um princípio em benefício de outro e, com isso, estabelecer, por via legislativa, uma hierarquia entre preceitos constitucionais que, simplesmente, suporia assumir um poder constituinte que o legislador não ostenta.

A interpretação acadêmica a respeito da resolução dos conflitos entre princípios jurídicos é invariável, quer ela proceda do jusfilósofo, quer do constitucionalista, quer do civilista, quer do penalista ou do processualista,

675. Op. Cit., p. 144.

visto que a ciência do Direito não pode vulgarizar seus conceitos em relação a institutos que devam ser aplicados de forma equânime, isto é, na exata medida de sua importância e relevância jurídica.

O intérprete imparcial deve ser justo em suas conclusões e fiel à comunidade que acredita em suas percepções. Daí porque deve trabalhar com extremo rigor a mensagem que é empregada em cada palavra da lei, fazendo uma investigação sistêmica de sua aplicação, a fim de fornecer subsídios àqueles que necessitam utilizá-la no dia-a-dia forense.

A mesma regra aplica-se ao Juiz isento, posto que não deve agir como um servo da lei. Ao contrário: se a regra da lei exige uniformidade de tratamento para aqueles que estão sob o seu império, o Juiz pode romper com essa concepção e aplicar, de acordo com o modelo de conduta que achamos razoável ser praticada em sociedade, quer em relação a nós ou a nossos semelhantes, os corretivos que o legislador não editou e que editaria, se tivesse tido conhecimento do caso em questão, para garantia da segurança jurídica, ainda que, para isso, tenha que recorrer à equidade.

O Juiz não pode ser um leguleio. Devemos sempre conceder a ele o poder da interpretação, porque não é a lei que representa a noção que devemos ter da palavra Justiça, e sim o resultado de sua inteligência frente às peculiaridades do caso concreto. Destarte, por não ser a lei um produto fabril, pronto para consumo, compete ao Juiz interpretá-la, alheio a qualquer paixão, sopesando as provas apresentadas e a pretensão deduzida para encontrar a justa medida da Justiça.

No entendimento lapidar de Raphael Boldt:

Mesmo em períodos de grande clamor popular por penas mais severas e maior repressão à violência, inexistente qualquer justificativa para afronta aos ideais democráticos e humanitários, cuja preservação é imprescindível. De acordo com Rodrigo Boldrini (2006), “[...] essa preservação não impede nem a realização da prevenção geral positiva nem o combate ostensivo ao crime [...]”⁶⁷⁶

A visão autoral no final do texto transcrito, por mais justificável que possa parecer, se nos afigura míope e equivocada. É que, no âmbito dos direitos fundamentais, por mais acertada ou definitiva que pareça uma posição, ela sempre deve ser posta em debate em caso de colisão com outro princípio.

676. BOLDT, Raphael. *A dignidade da pessoa humana e as provas no Processo Penal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1033, 30 abr. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/8323>. Acesso em: 8 maio 2011.

Como dissemos alhures, a dignidade humana ainda é um conceito por demais abstrato, que não podemos tomar como certo e definitivo; ela se analisa caso a caso. E caso a caso, mesmo que a opinião manifestada goze de valor altíssimo, em face de quem a tenha emitido, ela representa sempre um ponto de vista que deve ser aferido na medida de sua razoabilidade.

Um ponto de vista diferente do esposado pelo doutrinador pode ser ponderado, qual seja: o balanceamento da dignidade da pessoa humana com o princípio da verdade substancial no processo penal. Em cada caso se fará uma ponderação levando em conta: 1) o nível de agressão à parte demandada; 2) o bem jurídico protegido; 3) o interesse público em jogo; 4) a possibilidade de meios alternativos de aplicação da pena, entre outros, à vista do caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal.

O Juiz, como agente político que conduz e resolve o processo, deve ter as condições necessárias para analisar e decidir sobre tais questões. Afinal, além de administrador do processo, ele é o destinatário da prova e se encontra investido de poderes legais para interpretar a norma vigente e emitir a prestação jurisdicional (em nome do Estado), na forma que melhor atenda aos fins previstos no ordenamento jurídico.

Mas essa prestação jurisdicional não pode ser realizada de maneira leviana e improvisada. É indispensável que o Juiz vasculhe a intenção da lei, vale dizer, interprete a norma conforme a gramática da Constituição, cuidando para que sua sentença seja a fiel radiografia da realidade concreta da vida a partir dos fatos noticiados; para que a decisão declare o que o dinamismo social espera, e não aquilo que a letra fria e inerte da lei estabelece em abstrato, pois do contrário qualquer pessoa ou até mesmo uma máquina poderia emitir o que a literalidade da lei informa, e não necessitaríamos de Juizes para interpretá-la.

A nenhuma autoridade, muito menos ao Juiz, é conferido o direito de aplicar a lei de maneira iníqua. Processo sem garantias é o mesmo que vida sem liberdade. Não há injustiça maior do que a promovida pelo próprio Judiciário. É como se, de repente, o mundo desabasse sobre a cabeça do indivíduo e, num passe de mágica, perdesse todo o patrimônio e sua liberdade, tornando-se um desprezível arremedo de figura humana.

Um dos exemplos mais significantes desse absurdo vem da literatura. Na clássica obra “O Processo” de Franz Kafka⁶⁷⁷, encontramos a descrição perfeita do que significa um processo sem garantias. Um homem acorda pela manhã

677. O Processo. São Paulo: Martin Claret, p. 39 e 256, 3.ª ed., 2010.

na pensão onde reside e, antes do desjejum, é visitado por desconhecidos que o avisam sobre sua detenção. Embora tenha tentado, o prisioneiro não conseguiu apurar qual o crime que lhe fora imputado? Quem eram os homens que o detiveram e a serviço de qual autoridade estavam? Quem era o seu acusador? Qual o conteúdo da acusação? Para onde seria levado?

Sem contato com qualquer autoridade governamental ou judicial e sem direito a defender-se em qualquer processo, esse homem tem um fim trágico. Levado como um animal cativo ao local da execução, por ruas escuras e tortuosas, ainda no trajeto, foi morto com uma profunda facada no coração, aplicada impiedosamente por um dos carrascos. Antes, porém, a caminho do cadafalso, abstraído em seus pensamentos, teve a ilusão de haver avistado a figura da mulher amada, mas logo prescindiu dela e curvando-se à sua triste realidade questionou-se: “Onde estava o Juiz que nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ante o qual nunca comparecera? Elevou as mãos e separou todos os dedos.”

Sabemos que ainda hoje fatos dessa natureza acontecem em várias partes do mundo, inclusive no Brasil, não obstante inúmeros setores da sociedade, na mais completa pervigília, se esforcem para evitar essa prática espúria. A lógica do processo visa a pacificação social, mediante a composição da lide. Todos nós caminhamos em busca dessa satisfação. Por isso, não se pode consentir a violação dessa lógica inquebrantável, sob pena de permitirmos a desordem e a anarquia sociais.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, guardião de nossa Constituição, em vários de seus julgados, tem tomado posições semelhantes. No Habeas Corpus n.º 97.346/SP, Relator Min. Eros Grau, foi decidido que a dignidade da pessoa humana é fundamento suficiente para proibir a prisão provisória fundada apenas na gravidade do crime, que não é critério hábil para essa decisão:

(...) 4. Entendimento respaldado na inafiançabilidade do crime de tráfico de entorpecentes, estabelecida no artigo 5.º, inciso XLIII da Constituição do Brasil. Afronta escancarada aos princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana. (...) 6. A inafiançabilidade não pode e não deve – considerados os princípios da presunção de inocência, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do devido processo legal – constituir causa impeditiva da liberdade provisória.⁶⁷⁸

678. STF, Segunda Turma, HC n.º 97346/SP, Relator Min. Eros Grau

Ainda segundo o STF, também ofende a dignidade da pessoa humana a duração excessiva da prisão cautelar, como defende o Min. Celso de Mello, na ementa de seu voto:

“HABEAS CORPUS” – PRISÃO CAUTELAR – DURAÇÃO IRRAZOÁVEL QUE SE PROLONGA, SEM CAUSA LEGÍTIMA – CONFIGURAÇÃO, NA ESPÉCIE, DE OFENSA EVIDENTE AO “STATUS LIBERTATIS” DOS PACIENTES – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADO – PEDIDO DEFERIDO EM PARTE. – O excesso de prazo, mesmo tratando-se de delito hediondo (ou a este equiparado), não pode ser tolerado, impondo-se, ao Poder Judiciário, em obséquio aos princípios consagrados na Constituição da República, a imediata devolução do “status libertatis” ao indiciado ou ao réu. – A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1.º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Constituição Federal (Art. 5.º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7.º, ns. 5 e 6). Doutrina. Jurisprudência.⁶⁷⁹

A partir de tais precedentes, concluímos que o Estado Democrático de Direito, que preza pelas liberdades e direitos dos seus cidadãos, não pode estar dissociado do princípio da dignidade da pessoa humana, posto ser fundamento basilar para a proteção de qualquer ser humano que esteja sob seu poder. Na verdade, esse princípio essencial abrange não só a proteção das pessoas, ou de classes sociais, mas especificamente do ser humano, porque esse deve ser um dos fins precípuos do Estado moderno.

Essa garantia constitucional, de caráter inalienável, não pode ser negada a qualquer ser humano, ainda que se encontre despido da própria dignidade; mesmo que desconheça ou ignore a noção a respeito do conceito de dignidade humana, ou que seja autor da mais atroz conduta criminal, tendo em vista o fato de que toda pessoa deve ser protegida pela ordem jurídica estatal.

O processo penal, que regula a aplicação do Direito Penal, e que atinge diretamente o ser humano, é intimamente e intrinsecamente ligado ao princípio

679. STF, Segunda Turma, HC n.º 85988/PA, Relator Min. Celso de Mello

da dignidade da pessoa humana, não podendo dele se divorciar, sob pena de regredirmos a um tempo em que apenas a vontade do soberano prevalecia; em que tudo girava em torno das coisas que interessavam somente ao monarca, sob a égide do Estado totalitário.

Na mesma categoria de importância se localiza a fraternidade humana, como princípio constitucional essencial, considerando que funciona como ponto de equilíbrio, porque a sanção penal não impede, segundo Reynaldo Soares da Fonseca⁶⁸⁰, a “*construção de uma Justiça restaurativa que não ignora as exigências de reparação da ordem violada*”, posto que “*a pena humanizada não é, em rigor, violência destinada a dominar quem é punido*” (...) nem “*a execução da pena pode inviabilizar a possibilidade de reconciliação.*”

9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vida do Direito não é diferente da vida das pessoas. Ao longo da sua existência, o homem vai polindo aquele diamante bruto que ele é quando nasce, sendo, por isso, joalheiro de si mesmo. O Direito também necessita desse constante polimento, a fim de que possa conferir utilidade social àqueles que labutam nas relações sociais do dia-a-dia.

Os princípios do Direito são dogmas que se estabeleceram socialmente desde o surgimento do homem sobre a face da terra e existem independentemente de sua previsão em normas ou preceitos escritos, pois assim já demonstrou a história no exemplo de Antígona, clássica peça de Sófocles, que bem representa o atendimento a direito não escrito, vale dizer o respeito a princípio que não estava previsto em nenhuma norma ou lei do Estado.

Por conseguinte, podemos afirmar, sem o menor exagero, que os princípios são postulados derivados do Direito Natural e que antes de se tornarem preceitos dogmáticos já existiam, porque têm sua sede na natureza e independem de qualquer fórmula escrita para se tornarem estáveis.

A lei envelhece, cai em desuso; o princípio a tudo resiste, vence o túnel do tempo, sobrevive a todos os regimes jurídicos e enfrenta todas as espécies de governo, mesmo que não seja contemplado no ordenamento legislativo do País. Por isso, resulta de fundamental importância seu estudo, como fonte basilar de tudo.

680. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

Expostas essas considerações, é imperioso reconhecer que a dignidade da pessoa humana está reconhecida na legislação brasileira, como princípio fundamental, e se encontra preservada em nossa ordem jurídica processual penal, gozando de *status* constitucional, ao lado de uma série variada de outros princípios, de igual importância, porém de menor grandeza, que asseguram o direito ao exercício do *ius postulandi* do jurisdicionado, não importando a posição que ocupe na relação processual.

Alguns exemplos da real preservação desse princípio podem ser enumerados para a aplicação no plano processual penal, como garantia do acusado⁶⁸¹, a saber: 1) o direito à citação; 2) o direito à ampla defesa; 3) o direito ao contraditório; 4) o direito de ter respeitada sua dignidade como pessoa humana; 5) o direito à apresentação de provas perante os tribunais; 6) o direito à assistência judiciária gratuita, provada sua condição de pobreza ou não; 7) o direito ao processo justo, onde sejam respeitadas garantias mínimas; 8) o direito a julgamento pelo juízo natural; 9) o direito a uma pena proporcional ao mal causado com o delito; 10) o direito à interposição de recursos às instâncias superiores; etc.

A análise da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental do Direito Constitucional, se traduz em algo da maior importância para a sua aplicação no campo do Direito Penal (e o processual penal) constitucional. Por isso é que, a cada dia, se torna mais frequente e fascinante o estudo desse instituto pelos juristas de nosso tempo, visando sempre a que se descortinem novos horizontes onde a sua temática deva fincar profundas raízes.

Mas não basta investigar e descobrir a imensa utilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. É curial que haja uma política criminal voltada para o respeito à sua efetividade no processo penal como *conditio sine qua non* para o exercício do sagrado direito de defesa do acusado, desde o primeiro momento da privação de sua liberdade, pois do contrário faremos tábula rasa do mesmo e ficaremos apenas pregando no deserto como dantes faziam os sermonistas inveterados.

Não se deve descurar, por outro lado, que o Direito Penal e o Processual Penal possuem outras insígnias tão significantes quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, que reclamam aplicação simultânea, no decurso da tramitação processual, a exemplo do que ocorre com os ingredientes que se misturam para temperar uma saborosa comida. O desrespeito a qualquer

681. Algumas dessas garantias também são asseguradas à parte contrária.

formalidade processual pode ensejar a nulidade insanável do ato, assim como a ausência de qualquer condimento pode tornar a refeição insípida.

Daí porque se espera que a vida do Direito, pós-pandemia da COVID-19, seja inspirada em princípios transindividuais, tais como a fraternidade e a dignidade humana, a fim de que seja possível a solução dos conflitos processuais com o olhar voltado para a finalidade precípua da pena, qual seja a certeza da punição, porém com a garantia da recuperação do condenado, pois essa é a expectativa da coletividade e deve ser a missão indeclinável dos órgãos encarregados da execução penal, considerando que a pena não se fundamenta essencialmente no fato de punir, mas na garantia de devolver o condenado recuperado à sociedade.

Na verdade, deveria haver, na entrada das penitenciárias, uma frase escrita num grande portal, onde se possa ler “Aqui pratica-se Fraternidade e Dignidade Humana”. Não seria essa frase uma carta de seguro para o condenado, muito menos um favor penitenciário, mas um alerta para os visitantes e, principalmente, para os agentes públicos que aí trabalham de que suas instalações abrigam pessoas que, não obstante tenham praticado delitos, devem ser tratadas com fraternidade e dignidade, posto que o objetivo primordial da pena não é embrutecer o recluso, mas reeducá-lo para a convivência entre seus semelhantes, o que somente será possível se o mesmo for tratado sem discriminação no cárcere.

Mas essa reinserção social passa também pelo dever de conservação da sociedade, o qual é obrigação de todos, principalmente do egresso penitenciário, considerando que somente a piedade, como consectário jurídico da fraternidade humana, não é capaz de assegurar a transformação ética do homem na reconstrução dos bons valores que permitirão sua virtuosa interação social. Nisto tudo está refletida a ideia de responsabilidade solidária como um dever de natureza jurídica.

REFERÊNCIAS

BIBLIA CATÓLICA, Livros do Gênesis e dos Atos dos Apóstolos. São Paulo: Edições Paulinas, 1996.

BOKSER, Mirta F. Seres Humanos – Personas – (Su) Personalidad Jurídica (Viceversa y Recíprocamente). Buenos Aires: Editora Colihue, 2009.

BOLDT, Raphael. A Dignidade da Pessoa Humana e as Provas no Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n.º 1033, 30/04/2006. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/8323>. Acesso em 8 de maio de 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Portugal-Coimbra: Editora Livraria Almedina, 1997.

Constituição da República Federativa do Brasil (1988). São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

Constitución de la Nación Argentina (2002). Buenos Aires: Ediciones del País, 4.^a reimpressão, enero de 2011.

COSTA, Coqueijo. Processo do Trabalho: Princípios e Peculiaridades – Apud Curso de Direito do Trabalho em Homenagem a Mozart Victor Russomano. São Paulo: Editora Saraiva, 1985.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Editora Martins Fontes, 4.^a ed., 1998.

DIGESTO. Livro 50, Título XVII, fragmento 202.

D'HOLBACH, Baron. Sistema de La Naturaleza. Espanha: Madrid. Editora Nacional, 1982.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FRANCO, Alberto Silva et alli. Leis Especiais e Sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Editora RT, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Série As Ciências Criminais no Século XXI, Volume 5, 2002.

KAFKA, Franz. O Processo. São Paulo: Editora Martin Claret, 3.^a ed., 2010.

LACAMBRA, Luis Legaz y. El derecho y El Amor. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1976.

MACHADO, Clara. O Princípio Jurídico da Fraternidade: Um Instrumento Para Proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MAIHOFFER, Werner. Estado de Derecho y Dignidad Humana. Tradução de Augustin Narducci e José Luis Guzmán. Buenos Aires: Euro Editores, 2008.

MOTA, Antonia Silva et alli. Cripto Maranhenses e Seus Legados. São Paulo: Editora Siciliano, 2001.

PERELMAN, Chaim. Ética e Direito. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. Citação Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?link>, acessado em 05/06/2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária No Cível e Comercial. São Paulo: Editora Saraiva, Vol. I, 5.^a Ed., 1983.

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Editora Forense, Vol. III e IV, 1.^a Tiragem, 1989.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora RT, 5.^a ed., 1989.

_____ Aplicabilidade das Normas Constitucionais. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

TOURINHO, Filho. Processo Penal. São Paulo: Editora Saraiva, Vol. 3, 11.^a ed., 1989.

TRAVIESO, Juan Antonio. Los Derechos Humanos en La Constitución de La República Argentina. Buenos Aires: Eudeba, 2.^a ed., 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado Del Derecho Penal. Buenos Aires: Ediar, parte general, Vol. I, 1987.

DESAFIOS PARA O (RE)CONHECIMENTO DE UM DIREITO PENAL MAIS FRATERO: O SISTEMA GARANTISTA COMO LEGITIMAÇÃO DO MÉTODO TÓPICO-HERMENÊUTICO

MARCO AURÉLIO FLORÊNCIO FILHO⁶⁸²

1. INTRODUÇÃO

Muito nos honra integrar esta obra que representa uma justa homenagem ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca. Profundo conhecedor do direito e da realidade do Sistema de Justiça do País, o Ministro Reynaldo consegue combinar, como poucos, a técnica acadêmica, com a sensibilidade para julgar os casos concretos que lhe são afetos.

A razão e a sensibilidade que norteiam a vida profissional, acadêmica e prática, do Ministro Reynaldo permitem que, tanto no magistério, quanto na magistratura, o homenageado detenha um olhar crítico em torno do fenômeno jurídico.

O autor teve o privilégio de conhecer melhor o homenageado quando esse realizava uma instância de investigação para o seu doutorado no Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Siena – Itália, onde, aliás, hoje o Ministro Reynaldo abrilhanta os quadros do corpo docente na *Summer School* “Democracia e Desenvolvimento” ofertada na centenária Universidade italiana, cuja fundação remonta a 1240.

Como pode ser observado pelo leitor, o desafio de escrever o presente artigo é imenso, pois, como dito, o Ministro Reynaldo é jurista de escol, inclusive

682. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Mestrado e Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro da Comissão Assessora da CAPES. Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Direito pela UFPE.

profundo conhecedor do direito penal, já que integra a Colenda 5ª Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, onde contribui com a formação da Jurisprudência do País em matéria penal.

Diante da admiração que o autor nutre em face do homenageado, foi aceito o convite, com o objetivo, apenas, de se fazer algumas considerações arriscadas acerca do tema dos desafios do princípio constitucional da fraternidade em matéria penal.

Aceito o hercúleo desafio de escrever um artigo para compor a presente obra, o esboço foi estruturado a partir de três eixos que se entrelaçam através do método tópico-hermenêutico. Sobre o método escolhido, traz-se as lições de Cláudio Brandão, para a sua melhor compreensão:

(...) a filosofia pós-positivista busca um equilíbrio entre o silogismo e a tópica, reconhecendo que o Direito admite uma superposição entre duas esferas: a compreensão da norma, de um lado, e a esfera da compreensão do fato, de outro, levadas a cabo pelo ser historicamente presente, pelo procedimento argumentativo. Esse método é chamado de tópico-hermenêutico.

Usa-se, portanto, no método do direito penal, a lei e a compreensão do caso.

A lei é o limite negativo, isto é, não se admite a incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função dar a garantia do homem em face do poder de punir, conforme se apregoava desde o Iluminismo. O limite negativo do método penal o harmoniza com o Princípio Constitucional da Legalidade.

O caso dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito de liberdade, isto é, que seja pró-libertatis. Como a finalidade da legalidade foi garantir a liberdade do homem em face do poder de punir, conforme discorrido acima, a tópica é teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Com efeito, são passíveis decisões não baseadas no silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao Homem. Isso, em verdade, representa o cumprimento do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, porque só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível.⁶⁸³

Nesse sentido, tendo em vista que a legalidade é o limite negativo do método penal e que o caso concreto é o limite positivo estruturou-se o artigo em três eixos: 1) princípio da legalidade enquanto fundamento do direito penal moderno; 2) garantismo penal como proposta democrática para a aplicação

683. BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17-18

do princípio constitucional da fraternidade; e 3) arestos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação do princípio constitucional da fraternidade no direito penal, objetivando a justificação da escolha do método tópico-hermenêutico, particularmente, a análise do caso concreto enquanto limite positivo de liberdade.

Escolheu-se apreciar os acórdãos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça visto que o homenageado compõe a 5ª Turma do Tribunal da Cidadania, que julga exclusivamente matérias criminais; e que o Superior Tribunal de Justiça é o guardião do Código Penal, conforme se observa do artigo 103, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal.

Espera-se, assim, com o presente artigo, buscar limites para a limitação do *jus puniendi* estatal e uma via para mitigar o problema da população carcerária, preocupação essa já esboçada pelo homenageado, ao afirmar que:

Após a crise que ocorreu no início de 2017, o Ministério da Justiça apresentou algumas medidas para poder desafogar a superlotação nos presídios.

Uma dessas medidas é a de reduzir em 15% até 2018 o número de presos que estão em presídios considerados impróprios, por terem um número de indivíduos maiores do que de fato a estrutura suporta. Essa redução apresentada pelo Ministério da Justiça se daria com a realização de mutirões de audiências criminais para analisar e julgar os presos que aguardam por uma sentença.

Sendo assim, os dois maiores fatores que impulsionam essa crise no sistema carcerário no Brasil é a falta da ressocialização, que os presídios não fazem, e por causa disso, fortalecem o crime. Ademais, tem o excesso de prisões provisórias, que faz com que o detento permaneça em cárcere privado nos presídios, sem ter uma pena estipulada, passando a suar somente o regime fechado, deixando de lado as penas alternativas.

Além dos fatos citados acima, o sistema penitenciário brasileiro necessita de uma reforma urgentemente, pois, são péssimas as condições estruturais, as de saúde, higiene, alimentação entre outras. Sem providências efetivas, a situação da penitenciária só tende a decrescer ano após ano.⁶⁸⁴

Destarte, espera-se analisar a questão proposta: “os desafios para o (re) conhecimento de um direito penal mais fraterno”, a partir de uma dupla perspectiva, teórica e prática, para que se perfaça uma visão mais holística do tema.

684. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 131.

2. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE COMO PONTO DE PARTIDA PARA A FORMAÇÃO DO DIREITO PENAL MODERNO

Por ser o direito penal a forma mais gravosa que o ordenamento jurídico possui para regular a sociedade e, particularmente, a aplicação da sanção (a pena) ao indivíduo transgressor do sistema penal⁶⁸⁵, deve ser o último ramo do direito a ser utilizado. Nesse sentido, um Estado que vise à proteção do indivíduo deve observar, como vetor de seu plano de política criminal, o princípio da intervenção mínima do direito penal.

Destarte, por isso o sistema jurídico-penal é estruturado a partir de normas destinadas à contenção da violência estatal que se dá a partir da aplicação da pena, que se manifesta a partir da supressão de bens jurídicos (liberdade – pena privativa de liberdade; e patrimônio – pena de multa, por exemplo).

Para evitarmos uma confusão terminológica, deve-se mencionar inicialmente que há normas jurídicas⁶⁸⁶ formuladas como regras e como princípios. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

As primeiras [as regras] possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou tipificação) de um fato, ao que acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como “fato permitido”). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral como estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levado em conta na

685. Nesse sentido, tem-se, segundo Cláudio Brandão, que “O Direito Penal é a mais gravosa forma de intervenção estatal. Isso se dá porque, através dele, retiram-se, da pessoa humana, direitos constitucionalmente assegurados, quais sejam: vida, liberdade e patrimônio. Ressalte-se, inclusive, que ditos direitos retirados são cláusulas pétreas da Constituição.” (BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3).

686. Entendemos, com Willis Santiago Guerra Filho, que “(...) norma jurídica é um imperativo, um comando, que a diferença de uma ordem, um imperativo concreto, é um imperativo abstrato.” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 113). Ainda, segundo Willis Santiago Guerra Filho, “Na norma jurídica, então, não se divisa nem um imperativo, uma ordem, resultante de uma manifestação volitiva, algo da ordem ôntica, do ‘ser’ (*Sein*), nem um juízo, resultante de uma manifestação cognitiva, de natureza gnoseológica, mas sim algo, por assim dizer, ‘intermediário’ entre ambos: uma ‘expressão dôntica’, uma prescrição de determinado tipo, que adquire seu caráter especificamente jurídico quando inserida no contexto de um ordenamento jurídico. Essas expressões deixam-se reduzir a proposições lógicas, com determinada estrutura, onde se tem (1) a *descrição* de um hipotético estado-de-coisas (*Sachverhalte*) e (2) sua modalização em termos deônticos através de um ‘funtor’, cujos tipos básicos são: ‘obrigatório’, ‘proibido’, ‘facultado.’” (GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 126)

apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.⁶⁸⁷

Assim, tem-se que o direito penal moderno é estruturado a partir do princípio da legalidade, que é o alicerce no qual se fundamenta a dogmática penal. Decerto, não podemos concebê-lo apenas sob a ótica dogmática, que enceta a premissa “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (artigo 5º, inciso XXIX da CF; e artigo 1º, do CP), pois as bases deste princípio também encontram fundamento político de que a lei deva ser conhecida por todos os cidadãos para que a pena seja cominada⁶⁸⁸.

687. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 9. Ainda, Willis Santiago Guerra Filho informa-nos critérios mais precisos para diferenciar regras de princípios ao afirmar que: “Regras e princípios distinguem-se: a) quanto à sua *estrutura lógica* e deontológica, pela circunstância de as primeiras vincularem a fatos hipotéticos, (*Tatbestande*) específicos, um determinado funtor ou operador normativo (‘proibido’, ‘obrigatório’, ‘permitido’), enquanto aqueles outros – os princípios – não se reportam a qualquer fato particular, e transmitem uma prescrição programática genérica, para ser realizada na medida do jurídico e faticamente possível. Dessa diferença estrutural básica decorrem inúmeras outras, como: b) quanto à técnica de aplicação, já que princípios normalmente colidem entre si, diante de casos concretos, o que leva ao chamado ‘sopesamento’ (*Abwägung*), para aplicar o mais adequado, ao passo que regras, uma vez aceita a subsunção a elas de certos fatos, inevitavelmente decorrem as consequências jurídicas nelas previstas, a não ser que elas não sejam válidas por conflitarem com outras de um grau superior, quando então, ao contrário do que se dá com princípios, que apesar de contraditórios não deixam de integrar a ordem jurídica, a regra de grau inferior é derogada.”(GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 104-105) Ainda, Márcia Alvim trata de algumas diferenças entre regras e princípios. Para referida autora: “Vários são os critérios para distinguir as regras e os princípios, a saber: 1. Grau de abstração: os princípios são normas com grau de abstração elevado; as regras são normas com grau de abstração reduzido. 2. Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: é difícil a aplicação direta dos princípios aos casos concretos, ao contrário do que ocorre com as regras, cuja aplicação é facilmente identificável ao caso concreto. 3. Caráter de fundamentabilidade no sistema das fontes do direito: os princípios são normas com um caráter fundamental no ordenamento jurídico, conforme sua posição hierárquica ocupada no sistema das fontes, como exemplo os princípios constitucionais. 4. Proximidade da idéia de direito: os princípios são normas juridicamente vinculante radicados na idéia de direito ou nas exigências de justiça, e as regras podem ser normas vinculadas com um conteúdo funcional. 5. Natureza normogenética: os princípios são fundamentos de regras, isto é, constituem a razão da exigência das regras jurídicas”. (ALVIM, Marcia Cristina de Souza. O princípio da eficiência na constituição federal de 1988. 2002. 233f. São Paulo: Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faculdade de Direito, 2002, p. 140-141).

688. Sobre o problema da presunção do conhecimento de lei por todos, já nos manifestamos a respeito no sentido de que “Ao ignorar que sua ação está reduzida em um tipo penal, o indivíduo não poderá entender o caráter legal de sua conduta. A exigência da lei prévia tem o escopo de fazer com que os cidadãos conheçam e compreendam a proibição da ação penal reduzida em um tipo e, assim, evitem realizá-la. O princípio da culpabilidade, uma necessária consequência da legalidade, impede o poder punitivo estatal de agir quando não existir conhecimento e compreensão, pelo cidadão, da lei penal. Assim, não há mais como sustentarmos, baseado no Estado Democrático de Direito, o princípio do *error ius nocet*, uma vez que ele não está em harmonia com os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade.” (FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Culpabilidade: crítica à presunção absoluta

O princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal⁶⁸⁹. Isto porque, antes da estruturação deste princípio, o direito penal era conhecido por suas arbitrariedades. Foi o período do terror. No entanto, após a sua instituição, o direito penal inaugurou, com o período liberal, uma nova fase, norteadada pela dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade surge historicamente com a revolução burguesa e exprime, no campo jurídico-penal, o mais importante estágio do movimento ocorrido na direção da positividade jurídica e da publicização da reação penal.

Se por um lado o princípio da legalidade dava uma resposta ao poder estatal vigente, ou seja, aos abusos do absolutismo, por outro revelava a afirmação de uma nova ordem de garantia do indivíduo perante o poder estatal⁶⁹⁰. Segundo Cláudio Brandão,

Com efeito, a legalidade era e ainda é a mais importante limitação ao poder de punir do Estado. Ela evita que o Direito Penal seja aplicado retroativamente para acomodar situações desagradáveis aos detentores do poder político, protegendo o homem do próprio Direito Penal.⁶⁹¹

A significação e o alcance políticos do princípio da legalidade extrapolam o condicionamento histórico que o produziu e significam a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo.

Idealizado politicamente por Cesare Beccaria, em 1764, em sua obra *Dos delitos e das penas*, o princípio da legalidade tem um papel imprescindível para delimitar a atuação dos magistrados e evitar arbítrios. Segundo Beccaria “(...)

do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163)

689. “Podemos dividir o Direito Penal em dois grandes períodos: o período do terror e o período liberal. O período do terror é aquele onde não existe preocupação com a humanização da repressão penal, há nele o emprego de uma violência desmedida e ilimitada, não se oferecendo nenhuma garantia ao ser humano em face do direito de punir do Estado. O segundo período, o período liberal, inaugura a fase científica do Direito Penal, ele começa com a formulação do Princípio da Legalidade e, portanto, começa tardiamente.” (BRANDÃO, Cláudio. Introdução ao direito penal. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 11).

690. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 65. Segundo Olaechea, “El Derecho penal se presenta como un instrumento creador de libertad y tiene como soporte de esta función el principio de legalidad. No se concibe el Derecho penal occidental sin el principio de legalidad, tanto que simboliza la cultura jurídica de occidente y su marco de influencia.” (URQUIZO OLAECHEA, José Principio de legalidad: nuevos desafios. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. In: Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED, Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000, p. 61).

691. BRANDÃO, Cláudio. Curso de Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15

só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador (...).”⁶⁹²

Beccaria tentava afastar as arbitrariedades daquela época ao afirmar que competia exclusivamente ao legislador formular as leis e que as penas não poderiam ultrapassar os limites fixados por elas. Assim, o princípio da legalidade, além de garantir a possibilidade do prévio conhecimento dos crimes e das respectivas penas pelos cidadãos, garante o indivíduo frente o poder estatal, pois não será submetido à coerção penal distinta daquela estabelecida pela lei penal.⁶⁹³

Todavia, conforme as diretrizes do método tópico-hermenêutico, adotado no presente trabalho, a lei é, apenas, o limite negativo, ou seja, não se admite a incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função proteger o indivíduo frente o poder de punir do Estado, conforme proposto por Beccaria. O caso concreto, por sua vez, dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio a justificar uma decisão que aumente o âmbito de liberdade, isto é, que seja pró-libertatis. Como a finalidade da legalidade foi garantir a liberdade do indivíduo em face do poder de punir do Estado, a tópica é teleologicamente conforme a legalidade, não havendo nenhuma incompatibilidade entre elas. Com efeito, são possíveis decisões não baseadas no silogismo, pela importância que deve ser dispensada ao Homem, e, principalmente, com o objetivo de se consolidar o princípio constitucional da fraternidade. Desta forma, cumpre-se o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, já que só se valoriza o homem a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível.

No entanto, não coube a Beccaria a formulação dogmática do princípio da legalidade, mas a Feuerbach, segundo o qual “*toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que comine un mal sensible.*”⁶⁹⁴ Dessa assertiva derivam três princípios que irão nortear toda a dogmática penal: *nulla poena sine lege* (para aplicar uma pena deve existir previamente uma lei penal); *nulla poena sine crimen* (uma pena só poderá incidir sobre uma ação criminosa); e *nullum crimen sine poena legali* (a ação criminosa legalmente cominada está condicionada pela pena legal).⁶⁹⁵

692. BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

693. BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao directo penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67.

694. FEUERBACH, Anselm von. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

695. FEUERBACH, Anselm von. Tratado de derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. “Ao

O princípio da legalidade foi, portanto, uma condição indispensável para o surgimento da dogmática penal. Ele é o substrato fundamental no qual se baseia toda a dogmática penal, pois sem a lei penal não há como existir o crime, nem o seu correspondente jurídico, a pena.

Para racionalizar a função do Direito Penal que objetiva a proteção de bens jurídicos⁶⁹⁶, e, assim, afastar-se a barbárie e afirmar a civilização,⁶⁹⁷ é que os alemães desenvolveram no século XIX, a dogmática penal, entendida atualmente como a argumentação feita a partir do direito penal e seus elementos constitutivos. Isto é, a dogmática penal é o método de estudo do direito penal⁶⁹⁸, a teoria que busca atribuir cientificidade ao estudo do direito penal. Segundo Willis Santiago Guerra Filho,

Se falar em “teoria” remete imediatamente à pretensão de se fazer estudos com caráter científico – pois senão mais correto seria falar em ‘doutrina’ – qualificar de ‘jurídica’ uma teoria é sinal de que se tem a ver com a ciência praticada pelos juristas, a chamada ‘dogmática jurídica’, ou seja, que a teoria é direcionada para o estudo do direito tal como feito pela jurisprudência, no sentido de “ciência do direito.”⁶⁹⁹

A fim de atribuir cientificidade ao estudo do direito penal e diferenciá-lo do estudo de outros ramos do saber, foram desenvolvidas três teorias em torno da dogmática penal: a teoria da lei penal, do crime e da pena. Todas estão indissociavelmente relacionadas, pois não concebemos a existência de um crime, que não esteja previsto numa lei penal e para o qual não exista uma pena correspondente.⁷⁰⁰

contrário do que se difunde frequentemente, das obras de Feuerbach não consta a fórmula ampla *nullum crimen nulla poena sine lege*; nelas se encontra, sim, uma articulação das fórmulas *nulla poena sine lege*, *nullum crimen sine poena legali* e *nulla poena (legalis) sine crimine*. (BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 66).

696. Segundo Ana Elisa Bechara, “As leis penais implicam, porém, mais do que meras regras escritas decorrentes de uma vontade política. Em razão do princípio da legalidade, ingrediente fundamental da cultura jurídica democrática a que não se pode renunciar, a formalização das decisões legislativas em matéria penal deve ser entendida concretamente como uma via racional de levar a cabo a função do Direito Penal de proteção subsidiária de bens jurídicos, sem perder de vista sua natureza constritiva excepcional, de forma a preservar a liberdade individual como regra geral.” (BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal Contemporâneo – Coleção de Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 10. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 127).

697. CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

698. BRANDÃO, Cláudio. Curso de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

699. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. São Paulo: SRS, 2009, p. 32.

700. BRANDÃO, Cláudio. Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

Decerto, o desafio de se aplicar o princípio da fraternidade no direito penal revela-se tarefa difícil diante do ódio, e ausência de racionalidade atribuída pela dogmática, que circunda a discussão⁷⁰¹, objetivando através da pena a exclusão do transgressor do tecido social, rotulando-o como inimigo da sociedade. Ademais, precisas são as lições de Reynaldo Soares da Fonseca, que nos informa:

(...) o crime é uma das esferas mais difíceis de lidar numa perspectiva fraterna. A vítima e a sociedade devem ser protegidas pelo Estado, a fim de que possamos continuar a caminhada humana. As regras jurídicas, democraticamente aprovadas pelo Parlamento, devem ser aplicadas pelo Estado-Juiz. Mas, o criminoso, seja quem for ele ou a gravidade do ato praticado, é membro também do tecido social e não pode ser afastado do princípio da dignidade da pessoa humana.⁷⁰²

Nesse sentido, a aplicação do Princípio da Fraternidade no direito penal deve se dar a partir da compreensão do garantismo penal como proposta democrática para a legitimação do uso da pena e contenção da violência estatal.

3. O GARANTISMO PENAL COMO PROPOSTA DEMOCRÁTICA DO DIREITO PENAL

O garantismo penal é um sistema de legitimação do direito penal, concebido a partir do modelo de Estado Democrático de Direito e proposto por Luigi Ferrajoli, que busca fundamentar o sistema penal a partir da proteção dos direitos do mais débil.

701. Sobre o princípio da fraternidade e o discurso do ódio, deve-se registrar que: “Tal qual a lição que pontua o contexto social, afasta-se do ódio e pactua com a fraternidade, e que, cada vez mais, por assim dizer, segue representativa do limite que distingue e separa a linha anunciativa do ódio, de um mundo que se posta cada vez mais penhe da lição fraterna, e que requer anunciar-se em favor de uma fraternidade que se dá em prol de fronteiras do próprio sistema jurídico, a se comprometer e estar à disposição da licitude, afastando as pressões sociais a que está exposto. Sem dúvida, a sociedade não precisa seguir ‘pagando’ por ter se afastado da fraternidade e aparentemente se declarado a favor do discurso do ódio. Algo há que precisa romper-se com essa ‘programação’ sustentada pelo ódio, e conectar-se a favor da fraternidade, equivalente a postar-se a favor do mundo e de sua comunicação, e, em contrapartida, não somente a opor-se ao ódio que grassa no cotidiano, mas a gerir novos significados, o que exigirá dos homens, segundo aponta Luhmann ‘uma série de correções de nossa compreensão do futuro’ (2011, p. 746), sendo necessário supor que a orientação das escolhas humanas ultrapassam o limite das consequências das decisões, vistas não pelo viés da violência ou do ódio, mas pelo padrão da fraternidade.” (VERONESE, Eduardo Rafael Petry; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. O ódio e seu discurso: um elefante na loja de cristais. *In*: VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. Literatura, Direito e Fraternidade. Florianópolis: EMais, 2019, p. 273-274.

702. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 132.

O direito penal mínimo (ou garantismo penal) cumpre uma dupla função preventiva. A primeira é prevenir crimes e reflete o interesse da maioria não desviada, o ideal proposto pelo direito penal liberal, de matiz utilitarista, que objetiva a máxima felicidade entre o maior número de pessoas. Segundo Freitas,

Para Beccaria, a utilidade é algo material e concreto, pleno de conteúdo axiológico. Nesta acepção, útil é unicamente aquilo que está a serviço dos direitos da maioria e visa garantir a máxima felicidade ao maior número, o que confere ao conceito uma dimensão adequada às perspectivas jurídicas liberais-burguesas da época.⁷⁰³

A segunda função, que legitima o direito penal, segundo Ferrajoli, é a prevenção geral das penas arbitrárias, que visa a alcançar não mais os interesses da maioria não desviada, mas sim os do próprio réu.

O garantismo penal, como técnica de tutela dos direitos fundamentais, se reflete na proteção dos direitos do mais débil. Isto porque, ao almejar a proteção da sociedade, considera o cidadão não desviante como o mais débil, frente ao criminoso. Todavia, após o cometimento do crime, o criminoso passa a ser considerado o mais débil, pois poderá ter uma reprimenda desmedida do Estado ou na ausência de resposta Estatal, a vingança privada. Para Ferrajoli,

Garantismo, de fato, significa precisamente a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação – mesmo contra os interesses da maioria – é o escopo justificador do direito penal: a humanidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante as regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia de sua liberdade através do respeito até mesmo de sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que tornam aceitável por todos, inclusive a minoria dos réus e dos imputados, o direito penal e o mesmo princípio majoritário. Eu acredito que apenas concebendo o escopo do direito penal desse modo é possível obter uma adequada doutrina de justificação e juntamente com uma teoria garantista dos vínculos e dos limites – e portanto dos critérios de deslegitimação – do poder punitivo do Estado. Um sistema penal, digamos de fato, é justificado somente se a soma das violências – delitos, vinganças e punições arbitrárias – que ele é capaz de prevenir é superior àquelas violências constituídas pelos delitos não prevenidos e das penas por ele cominadas.⁷⁰⁴

703. FREITAS, Ricardo de Brito A.P. Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 76.

704. Tradução livre de: “‘Garantismo’, infatti, significa precisamente la tutela di quei valori o diritti

O garantismo penal cumpre assim o princípio da dignidade da pessoa humana ao colocar o indivíduo no centro de proteção. A dignidade humana tem um forte caráter de fundamentação jurídica, especialmente no que diz respeito à limitação do *ius puniendi* estatal.⁷⁰⁵ Para Helena Lobo:

(...) a dignidade humana ocupa papel central no direito penal, sobretudo quando atua como princípio jurídico, constituindo princípios de maior concretude tais como da culpabilidade e da humanidade das penas, essenciais para a caracterização de um direito penal adequado ao Estado Democrático de Direito.⁷⁰⁶

Aliás, o princípio constitucional da fraternidade, enquanto norma fundamental, tem como vetor a dignidade humana, funcionando como elemento balizador da liberdade e igualdade individuais. Segundo Reynaldo Soares da Fonseca:

(...) pode-se reconhecer ab initio que a fraternidade é um direito fundamental autônomo cujo centro axiológico pousa sobre a dignidade da pessoa humana e desenvolve-se como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica.⁷⁰⁷

Portanto, quando um agressor viola um bem jurídico da vítima, o mais débil neste momento é a vítima, que tem contra si a prática de um delito. Nesta situação, o garantismo penal tem a função de prevenir os delitos (primeira função), ou seja, evitar que alguém tenha o seu bem jurídico violado.

fondamentali la cui soddisfazione, anche contro gli interessi della maggioranza, è lo scopo giustificante del diritto penale: l'immunità dei cittadini contro l'arbitrarietà delle proibizioni e delle punizioni, la difesa dei deboli mediante regole del gioco uguali per tutti, la dignità della persona dell'imputato e quindi la garanzia della sua libertà tramite il rispetto anche della sua verità. È precisamente la garanzia di questi diritti fondamentali che rende accettabile da tutti, inclusa la minoranza dei rei e degli imputati, il diritto penale e lo stesso principio maggioritario. Io credo che solo concependo in questo modo lo scopo del diritto penale è possibile ottenere un'adeguata dottrina di giustificazione e insieme una teoria garantista dei vincoli e dei limiti – e quindi dei criteri di delegittimazione – della potestà punitiva dello stato. Un sistema penale, diremo infatti, è giustificato soltanto se la somma delle violenze – delitti, vendette e punizioni arbitrarie – che esso è in grado di prevenire è superiore a quella delle violenze consituite dai delitti non prevenuti e dalle pene per essi comminate.” (FERRAJOLI, Luigi. Diritto e ragione: teoria del garantismo penale. Bari-Roma: Laterza, 2002, p.330).

705. COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008, p. 36.

706. COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: RT, 2008, p. 67.

707. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 96.

No entanto, o Estado aplicará uma pena contra o agressor (neste momento ele é o mais débil) que terá contra si a incidência de uma pena.

O garantismo penal se justifica por sua segunda função, a de prevenir a cominação de penas arbitrárias sobre o agressor. Sem dúvidas, a pena é um “mal necessário”, que não tem por finalidade punir o agressor, mas protegê-lo. Nesse sentido, podemos afirmar que a pena protege o agressor contra a vingança privada, pois se não existisse o sistema penal, a vítima poderia se valer da vingança privada para resolver o seu litígio: verificamos também que a pena tem por finalidade proteger o agressor de possíveis cominações arbitrárias por parte do Estado (aplicação do *jus puniendi*). Assim, temos o garantismo penal legitimado por tutelar os direitos fundamentais.

Nessa toada, o garantismo penal tutela os direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria (ideal liberal), é o fim justificador do direito penal. As constituições modernas devem estar atentas à proteção dos indivíduos, pois segundo Willis Santiago Guerra Filho,

Atualmente, uma constituição não mais se destina a proporcionar um retraimento do Estado frente à Sociedade Civil, como princípio do constitucionalismo moderno, com sua ideologia liberal. Muito pelo contrário, o que se espera hoje de uma constituição são linhas gerais para guiar a atividade estatal e social, no sentido de promover o bem-estar individual e coletivo dos integrantes da comunidade que soberanamente a estabelece.⁷⁰⁸

Logo, destacamos os seguintes critérios de justificação do modelo garantista: 1) o garantismo penal exclui a identificação do direito penal com a moral, visto que não reflete mais a ideia da “máxima felicidade dividida entre o maior número”; 2) o garantismo penal dá um fundamento à pergunta: “por que castigar?” ao oferecer o máximo bem-estar possível aos não desviados e o mínimo mal-estar necessário aos desviados; 3) a pena, consoante o garantismo penal, é um mal, no entanto se justifica, porque evita um mal maior que é a vingança.

Nesse sentido, Ricardo de Brito Freitas afirma que:

708. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da constituição. São Paulo: RCS, 2007, p. 8. Para Reynaldo Soares da Fonseca, “Em linha de consonância ao até aqui argumentado, adota-se como ponto de partida a Constituição como pacto fundante veiculador de um projeto político de Estado, antes de tudo norma jurídica primeira, por sua hierarquia e pela cronologia normogenética, que institui não só a organização política do Estado, mas também uma autêntica carta de direitos e seus instrumentos de tutela.” (FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 75).

[...] um garantismo desenvolvido, portanto, corresponde a um Estado de direito que incorpore princípios democráticos e socializantes sobre a base constituída pelos princípios liberais. Nesse sentido, o garantismo corresponde a uma noção ampla dos direitos humanos.⁷⁰⁹

4. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EM MATÉRIA PENAL A PARTIR DE ACÓRDÃOS PROFERIDOS NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, em diversos acórdãos, salientou a importância do princípio constitucional da fraternidade, insculpido no preâmbulo⁷¹⁰ e no artigo 3º, inciso III⁷¹¹, da Constituição Federal⁷¹².

Dos arestos analisados, a Corte Superior dirimiu questões acerca da aplicabilidade do princípio constitucional da fraternidade às hipóteses de: 1) prisão domiciliar a mães presas com filhos menores de 12 anos; 2) remição da pena pelo estudo, e 3) trabalho externo ao reeducando na condição de autônomo. Certamente, não é possível compreender a pena apenas por sua dimensão retributiva. Aliás, não há qualquer racionalidade que se imponha à compreensão da pena a partir dessa dimensão. consoante Reynaldo Soares da Fonseca:

(...) não é possível mais entender a pena apenas na visão retribucionista tradicional (reduzida), como se fosse um fim em si mesmo, como vingança, castigo, compensação ou reparação do mal provocado pelo crime. Na verdade, a pena tem uma justificação ética e um ideário ressocializante (reinserção, reintegração).

709. FREITAS, Ricardo de Brito A. P. As razões do positivismo penal no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 13.

710. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL. Constituição Brasileira (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988)

711. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. Constituição Brasileira (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988)

712. Sobre a força normativa da parte preambular da Constituição Federal, leia-se FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 98-102.

E a estratégia de reinserção social acentua a necessidade de políticas públicas que combatam os fatores criminógenos. É a busca da Justiça restaurativa.⁷¹³

A aplicação da pena deve ter como vetores não apenas os princípios da legalidade e culpabilidade, mas também e, sobretudo, os princípios da dignidade humana e fraternidade.⁷¹⁴

4.1. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE EM CASOS DE MÃES PRESAS COM FILHOS MENORES DE 12 ANOS

A primeira hipótese de aplicação do princípio constitucional da fraternidade, pelo Superior Tribunal de Justiça, como dito, é a permissão a mães presas preventivamente – cujos filhos são menores de 12 anos e os crimes em análise tenham sido cometidos sem violência ou grave ameaça – para que cumpram a prisão preventiva em regime domiciliar.

No âmbito do *Habeas Corpus* n.º 536.899/SP, julgado em 05 de dezembro de 2019, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca foi extremamente didático em seu voto. Na oportunidade, o Ministro pontuou as recentes inovações do legislador ao editar os incisos IV, V e VI, do artigo 318⁷¹⁵, por meio da Lei n.º 13.257/2016, e os artigos 318-A⁷¹⁶, 318-B⁷¹⁷, por meio da Lei n.º 13.769/2018,

713. FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 133.

714. NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da pena. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 43.

715. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: (...) IV – gestante; V – mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI – homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (BRASIL. Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Brasília, DF, DOU 09.03.2016).

716. Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I – não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II – não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (BRASIL. Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília, DF, DOU 20.12.2018)

717. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (BRASIL. Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou

todos do Código de Processo Penal, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o *Habeas Corpus* coletivo n. 143.641/SP⁷¹⁸.

Destacado esse primeiro ponto, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca assegurou que tais inovações legislativas decorreram do resgate do princípio constitucional da fraternidade, *vide*:

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

- a) 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;
- b) O princípio da fraternidade é um macrop princípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º);
- c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.⁷¹⁹

peçoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação. Brasília, DF, DOU 20.12.2018)

718. O *Habeas Corpus* coletivo n.º 143.641/SP concluiu que a norma processual (art. 318, IV e V) alcança a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, relacionadas naquele writ, bem ainda todas as outras em idêntica condição no território nacional. Foram ressalvadas, todavia, as hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça; delitos praticados contra descendentes e as situações excepcionais devidamente fundamentadas. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 536.899/SP. Paciente: Yancka Cristina Felisberto dos Santos. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 05 de dezembro de 2019. DJe: Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104169827&num_registro=201902954409&data=20191217&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020)

719. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 536.899/SP. Paciente: Yancka Cristina Felisberto dos Santos. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 05 de dezembro de 2019. DJe: Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104169827&num_registro=201902954409&data=20191217&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Desse modo, o Ministro concedeu a ordem *ex officio* e deferiu o pedido de prisão domiciliar, sob a condição de se impor a medida cautelar do artigo 319, inciso II, do Código de Processo Penal⁷²⁰, sem prejuízo da fixação de outras cautelares.

Outrossim, é possível citar os seguintes e recentes julgados, todos da lavra do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: 1) AgRg no RHC n.º 113.084/PE, 5ª Turma, DJe 22.10.2019; 2) AgInt no HC n.º 507.732/TO, 5ª Turma, DJe 17.09.2019; 3) HC n.º 516.040/SP, 5ª Turma, DJe 22.08.2019; 4) HC n.º 510.718/MA, 5ª Turma, DJe 01.07.2019; 5) HC 504.847/MG, 5ª Turma, DJe 30.05.2019.

Aliás, impende destacar a decisão monocrática exarada pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em 22 de novembro de 2016, no âmbito do *Habeas Corpus* n.º 379.825/SP. Nesse *writ*, o Ministro concedeu a ordem liminarmente, para determinar que, até o julgamento do mérito do remédio constitucional, o paciente, com condenação já transitada em julgado e com pena fixada em regime semiaberto, pudesse cumpri-la em regime domiciliar e com a permissão para trabalhar, tendo em vista ser o único responsável pelos cuidados de suas filhas, *vide*:

É certo que, *in casu*, não se trata de prisão preventiva, tendo em vista que a condenação do paciente já transitou em julgado. Todavia, fazendo-se uma interpretação teleológica da Lei n. 13.257/2016, em conjunto com as disposições da Lei de Execução Penal, e à luz do constitucionalismo fraternal (CF/88, preâmbulo e art. 3º), infere-se que as inovações trazidas pelo novo regramento podem, sim, serem aplicadas à fase de execução da pena.

No particular, uma das filhas do paciente é menor de 12 (doze) anos de idade; os dados dos autos revelam que é o único responsável pelos seus cuidados; que a criança teve recentemente um surto psicótico e está sendo acompanhada por psiquiatra infantil (...).

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que pertine à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pela Lei n. 13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

Assim sendo, a fim de proteger a integridade física e emocional da menor e pela urgência que a medida requer, mister autorizar a substituição provisória, até o julgamento do mérito da presente impetração, da prisão do paciente (execução

720. Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão: (...) II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações. (BRASIL. Decreto Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, DOU 24.10.1941)

definitiva da pena) pela prisão domiciliar, com espeque nos arts. 117 da LEP e 318, VI, do Código de Processo Penal, todos com alicerce no Preâmbulo e no art. 3º da CF/88.⁷²¹

Como se vê, para proferir a decisão e os votos nos julgados citados, o Ministro analisou a teleologia normativa, amparado no princípio constitucional da fraternidade.

4.2. REMIÇÃO DE PENA PELO ESTUDO

A segunda hipótese de aplicação do princípio constitucional da fraternidade é a remição da pena em casos controversos, tangentes ao cômputo de horas pelo estudo.

No *Habeas Corpus* n.º 376.140/SP, de relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, da 6ª Turma, cujo acórdão foi disponibilizado em 24.05.2017, o paciente, cumprindo pena de 66 anos reclusão em regime fechado – por condenações de homicídio qualificado (por cinco vezes) e homicídio qualificado tentado –, pugnara a remição de sua pena, tendo em vista a aprovação “*em exames destinados à obtenção de certificado de conclusão do Ensino Médio*”, o que havia sido negado em virtude da impossibilidade, no caso em concreto, do “*CTE – Centro de Trabalho e Estudo da Penitenciária atestar a frequência escolar relacionada ao mencionado lapso*”.⁷²²

Contudo, o Ministro Sebastião Reis Júnior, ao se debruçar sobre o tema, afirmou que “*a dúvida deve ser utilizada em favor do apenado*” e, assim, concedeu a ordem *ex officio*. Importante destacar que, em seu voto, o Ministro frisou que o artigo 126, da Lei de Execução Penal⁷²³, decorre do princípio constitucional da fraternidade, conforme precedente da 5ª Turma da Corte Superior, *vide*:

721. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 536.899/SP. Paciente: Carlos Martins Covo. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 22 de novembro de 2016. DJe: Brasília, 29 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=67437584&tipo_documento=documento&num_registro=201603080288&data=20161129&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

722. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 376.140/SP. Paciente: Valter Rodrigues Mota. Sexta Turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 16 de maio de 2017. DJe: Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71922668&num_registro=201602808469&data=20170524&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

723. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF, DOU 1984)

Importante ressaltar que a presente decisão levou em consideração, além do caso concreto, com todos os documentos que o respaldam, a necessidade de esta Corte Superior de Justiça conferir interpretação que preze pelos princípios constitucionais e processuais penais, como in dubio pro reo, individualização da pena e princípio da fraternidade, na sua dimensão de reduzir as desigualdades sociais e proteção dos direitos fundamentais, bem como o fundamento primordial da Constituição da República, que seria a dignidade da pessoa humana.

A propósito:

“HABEAS CORPUS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA. RECOMENDAÇÃO N. 44/2013 DO CNJ. APROVAÇÃO NO ENEM. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA FRATERNIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO (...).

4. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna” (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

5. Com efeito, a interpretação dada ao art. 126 da LEP, pelo Superior Tribunal de Justiça, decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

6. Após a divulgação ampla pelo Conselho Nacional de Justiça das chamadas “Regras de Mandela”, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas, segundo as quais, além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constituem objetivos do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente, com respeito às leis. (HC n.º 382.780/PR, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 7/4/2017 – grifo nosso)⁷²⁴

724. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 376.140/SP. Paciente: Valter Rodrigues Mota. Sexta Turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 16 de maio de 2017. DJe: Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71922668&num_registro=201602808469&data=20170524&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

Na mesma linha: *i*) RHC n.º 097.908/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe 15.03.2019; *ii*) REsp n.º 1.784.679; Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 21.02.2019, e *iii*) HC n.º 467.021/SC, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 06.12.2018.

De forma semelhante, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, em decisão monocrática no âmbito do *Habeas Corpus* n.º 502.740/SP, julgado em 23 de abril de 2019, afirmou que, embora o artigo 126, da Lei de Execução Penal, por uma interpretação gramatical, não permitiria a remição da pena pela simples leitura, “*cabe ao aplicador do Direito fazer uma interpretação sistemática*”. Nesse sentido, acrescentou o Ministro:

Verifica-se, contudo, que as decisões anteriores consideraram apenas o sentido literal do art. 126 da LEP, dispondo, ainda, que a leitura seria uma atividade recreativa e que a iniciativa se apoiaria em função afeta ao Poder do Estado.

Ocorre que o Poder do Estado abarca não só o Executivo, mas também o Legislativo e Judiciário (art. 2º, CF), sendo objetivo de todos construir uma sociedade, justa e solidária (art. 3º, I, CF).

Além disso, a Recomendação n. 44, do Conselho Nacional de Justiça⁷²⁵ disciplina sobre atividades complementares ao estudo, para ressocialização da pena, inclusive, prevê a remição da pena pela leitura.⁷²⁶

Dessa forma, o Ministro concluiu pela concessão, *ex officio*, do remédio constitucional, “*para que o Juízo da execução analise a resenha de leitura apresentada pelo reeducando, a fim de conceder a remição, promovendo o cálculo do número de dias a que faz jus*”.

725. Art. 1º Recomendar aos Tribunais que: I – para fins de remição pelo estudo (Lei nº 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim; [...] V – estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional, nos termos da Lei n. 7.210/84 (LEP – arts. 17, 28, 31, 36 e 41, incisos II, VI e VII), (...) (BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF, DOU 1984)

726. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 502.740/SP. Paciente: Jordan Rodrigues da Matta. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 de abril de 2019. DJe: Brasília, 25 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94862914&tipo_documento=documento&num_registro=201900965286&data=20190425&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

4.3 TRABALHO EXTERNO NA CONDIÇÃO DE AUTÔNOMO

A terceira hipótese de aplicação, pelo Superior Tribunal de Justiça, do princípio constitucional da fraternidade, é a permissão para reeducandos realizarem trabalho externo na condição de autônomo.

No âmbito do *Habeas Corpus* n.º 375.005/RS, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da 5ª Turma, cujo acórdão foi disponibilizado em 14.12.2016, o paciente solicitara ao Juízo *a quo* a progressão de regime (semiaberto para o aberto) e, em seguida, requerera autorização para trabalho externo na condição de autônomo, o que, todavia, fora indeferido, sob a alegação da ausência de endereço fixo de trabalho e do desvirtuamento da finalidade do trabalho externo – que deveria ser a ocupação produtiva e não a liberdade desviada.⁷²⁷

O Ministro, ao analisar o tema na Corte Superior, afirmou que, em verdade, a exigência de apresentação de proposta de emprego deve sofrer “*temperamentos*”, na medida em que o “*quadro brasileiro*” “*registra uma grave crise no mercado de trabalho*”.⁷²⁸

Com efeito, ao prosseguir nessa linha de raciocínio, o Ministro citou precedente do Supremo Tribunal Federal e afirmou que “*a interpretação dada ao art. 114 da LEP*⁷²⁹ *pelas Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade*”:

Nessa ordem de ideias, o Supremo Tribunal Federal, ao interpretar dispositivos da LEP, disse com clareza meridiana:

“HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA

727. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 375.005/RS. Paciente: Michel Solivan Schadeck. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de dezembro de 2016. Dje: Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67434610&num_registro=201602725854&data=20161214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

728. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 375.005/RS. Paciente: Michel Solivan Schadeck. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de dezembro de 2016. Dje: Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67434610&num_registro=201602725854&data=20161214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

729. Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime. (BRASIL. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, DF, DOU 1984)

GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Além de revelar o fim socialmente regenerador do cumprimento da pena, o art. 1º da Lei de Execução Penal alberga um critério de interpretação das suas demais disposições. É falar: a Lei 7.210/84 institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isto para favorecer, sempre que possível, a redução das distâncias entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Tanto é assim que o diploma normativo em causa assim dispõe: “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (Art. 4º), fazendo, ainda, do Conselho da Comunidade um órgão da execução penal brasileira (art. 61).

2. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da Constituição Federal, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). Mais: Constituição que tem por objetivos fundamentais erradicar a marginalização e construir uma sociedade livre, justa e solidária (incisos I e III do art. 3º). Tudo na perspectiva da construção do tipo ideal de sociedade que o preâmbulo de nossa Constituição caracteriza como “fraterna”. (...) (HC 94163, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851”).

Com efeito, a interpretação dada ao art. 114 da LEP pelas Turmas que compõem a Terceira Seção deste Tribunal decorre, indiscutivelmente, desse resgate constitucional do princípio da fraternidade.

Além disso, tenho que os argumentos expendidos pela judicosa defesa impõem uma maior reflexão sobre o caso.

Desde 1955, os Estados observam as “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, elaboradas pelas Nações Unidas, como baliza para a formação estrutural de sua Justiça e sistemas penais.

O Brasil, no entanto, como consabido, vem enfrentando dificuldades para por em prática as ações recomendadas, porém, a nossa Lei de Execuções Penais, de 1984, foi elaborada sob o viés – declarado em sua exposição de motivos – de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

Além da busca pela proteção da sociedade contra a criminalidade, a redução da reincidência e a punição pela prática do crime, também constitui objetivo do sistema de justiça criminal a reabilitação social e a reintegração das pessoas privadas de liberdade, assegurando-lhes, na medida do possível, que, ao retornarem à sociedade, sejam capazes de levar uma vida autossuficiente.

Aliás, de acordo com a Regra 91 do novo quadro de normas editado pela Assembleia Geral da ONU em 2015, e amplamente divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ, “o tratamento de presos sentenciados ao encarceramento ou a medida similar deve ter como propósito, até onde a sentença permitir, criar nos presos a vontade de levar uma vida de acordo com a lei e autossuficiente após sua soltura e capacitá-los a isso, além de desenvolver seu senso de responsabilidade e autorrespeito”. Guiado por essa bússola, permito-me desprestigiar as razões – outrora também por mim acolhidas – que levaram o eminente magistrado de primeiro grau a indeferir o pedido de trabalho externo formulado pelo paciente.

Não posso permanecer insensível à situação daquele que, depois de segregado da vida em sociedade, convivendo, por conta dos seus erros, com as mazelas do confinamento, ao deixar – pela conquista do regime aberto – os limites impostos pelas grades, e enfrentar as barreiras impostas para a superação dos deslizes do passado, efetivamente reencontra sua dignidade no seio de sua família e no emprego lícito, buscando, agora, a retidão em sua conduta.⁷³⁰

Assim, concluiu o Ministro pela concessão, *ex officio*, do writ, “para permitir ao paciente o exercício do trabalho externo como autônomo”, cabendo ao Juízo da Execução “estabelecer as condições e o modo de fiscalização”.⁷³¹

No mesmo sentido, os seguintes precedentes, os quais utilizaram os fundamentos da r. decisão: *i*) HC n.º 493.396/SP, Rel. Min. JORGE MUSSI, DJe 29.05.2019; *ii*) HC 502.954/SP, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe 13.05.2019, e *iii*) HC n.º 485.101/RS, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 27.03.2019.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito penal é o ramo do direito que possui a sanção mais gravosa do ordenamento jurídico, qual seja, a pena. Nesse sentido, deve ser o último ramo do direito a ser utilizado. O princípio da legalidade, assim, surge como um limite à violência estatal que é a própria pena.

730. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 375.005/RS. Paciente: Michel Solivan Schadeck. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de dezembro de 2016. DJe: Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67434610&num_registro=201602725854&data=20161214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

731. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* n.º 375.005/RS. Paciente: Michel Solivan Schadeck. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de dezembro de 2016. DJe: Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67434610&num_registro=201602725854&data=20161214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

A estrutura do presente artigo repousa na utilização do método tópico-hermenêutico, como uma via de freios e garantias do sistema jurídico-penal embasado a partir de dois eixos: a lei (limite negativo) e a compreensão do caso concreto (limite positivo).

Como limite negativo, a lei não admite incriminação do que está fora dela, já que a mesma tem por função dar a garantia ao cidadão em face do poder de punir do Estado. O limite negativo do método penal o harmoniza com o princípio constitucional da legalidade. O caso concreto dá o limite positivo, podendo ser utilizado como um meio para justificar uma decisão que aumente o âmbito de liberdade, isto é, que seja pró-libertatis. Em verdade, o método tópico-hermenêutico representa o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque só se valoriza o cidadão a partir da compreensão do caso, que traduz a sua história real, que é única e irrepetível.

Nesse sentido, o artigo estruturou-se a partir do estudo do princípio da legalidade enquanto fundamento do direito penal moderno; do garantismo penal como proposta democrática para a aplicação do princípio constitucional da fraternidade; e dos arestos prolatados pelo Superior Tribunal de Justiça, sobre a aplicação do princípio constitucional da fraternidade no direito penal, objetivando a justificação da escolha do método tópico-hermenêutico, particularmente, a análise do caso concreto enquanto limite positivo.

Os arestos analisados no presente artigo versavam sobre a aplicação do princípio da fraternidade em matérias como prisão domiciliar a mães presas com filhos menores de 12 anos; remição da pena pelo estudo, e trabalho externo ao reeducando na condição de autônomo.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Marcia Cristina de Souza. **O princípio da eficiência na constituição federal de 1988**. 2002. 233f. São Paulo: Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Faculdade de Direito, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Valor, norma e injusto penal**: considerações sobre os elementos normativos do tipo objetivo no Direito Penal Contemporâneo – Coleção de Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 10. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Introdução ao direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Tipicidade penal:** dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BRASIL. Constituição Brasileira (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Decreto Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília, DF, DOU 24.10.1941.

_____. Lei n.º 13.257, de 8 de março de 2016. **Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.** Brasília, DF, DOU 09.03.2016.

_____. Lei n.º 13.769, de 19 de dezembro de 2018. **Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.** Brasília, DF, DOU 20.12.2018.

_____. Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Brasília, DF, DOU 1984.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 375.005/RS.** Paciente: Michel Solivan Schadeck. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 01 de dezembro de 2016. DJe: Brasília, 14 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=67434610&num_registro=201602725854&data=20161214&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 376.140/SP.** Paciente: Valter Rodrigues Mota. Sexta Turma. Relator: Sebastião Reis Júnior. Brasília, 16 de maio de 2017. DJe: Brasília, 24 de maio de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=71922668&num_registro=201602808469&data=20170524&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

_____, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 502.740/SP**. Paciente: Jordan Rodrigues da Matta. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 23 de abril de 2019. DJe: Brasília, 25 de abril de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=94862914&tipo=documento=documento&num_registro=201900965286&data=20190425&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

_____, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 536.899/SP**. Paciente: Carlos Martins Covo. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 22 de novembro de 2016. DJe: Brasília, 29 de novembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=67437584&tipo=documento=documento&num_registro=201603080288&data=20161129&tipo=0&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

_____, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Habeas Corpus n.º 536.899/SP**. Paciente: Yancka Cristina Felisberto dos Santos. Quinta Turma. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 05 de dezembro de 2019. DJe: Brasília, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=104169827&num_registro=201902954409&data=20191217&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 de julho de 2020.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: RT, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. Bari-Roma: Laterza, 2002.

FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FLORENCIO FILHO, Marco Aurélio. **Culpabilidade: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **Razão e sensibilidade: fundamentos do direito penal moderno**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: RCS, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

URQUIZO OLAECHEA, José Principio de legalidad: nuevos desafios. Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología. *In: Congreso internacional Facultad de derecho de la UNED*, Madrid: Universidad Nacional a Distancia, 2000.

VERONESE, Eduardo Rafael Petry; ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. O ódio e seu discurso: um elefante na loja de cristais. *In: VERONESE, Josiane Rose Petry; FONSECA, Reynaldo Soares da. Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis: EMais, 2019.

FRATRIAS, FRATERNIDADE E POLÍTICA: ENSAIO JURÍDICO-ANTROPOLÓGICO

HENRIQUE GARBELLINI CARNIO⁷³²

1. INTRODUÇÃO

Recebi com muita felicidade e honra o convite para escrever nesta obra em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Tive o privilégio de poder estabelecer um diálogo com ele nas aulas do doutorado na Faculdade Autônoma de Direito – FADISP, bem como, por ocasião de defesa de sua tese de doutorado cujo sentido fundamental é uma exploração cuidadosa sobre o conceito de fraternidade e sua importância e possível contribuição para o direito atualmente.

O texto aqui apresentado é uma tentativa de continuar o diálogo que iniciamos, eu e o homenageado, na defesa de sua tese, sobre a possibilidade de se resgatar o sentido originário da ideia de fraternidade nos grupos gentílicos, mormente no conceito de fratria desenvolvido pela antropologia em suas investigações sobre os grupos gentílicos.

Ao procurar retomar tal conceito no solo antropológico dos grupos gentílicos, algumas constatações interessantes surgem, seja pela via do sentido da gênese do conceito de fraternidade, com base no qual se encontra também a proveniência do próprio direito e da política, seja pela via das nossas primeiras relações de sociabilidade, bem como as primeiras leis, o que vai se extrair é como o que vamos chamar de fraternidade é antes de tudo o que nos constitui e nos garante como humanos, tanto é verdade, que não há pena maior

732. Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Pós-doutor em filosofia pela UNICAMP. Professor do núcleo de filosofia e teoria geral do direito do MACKENZIE. Professor do programa de mestrado e doutorado em direito da FADISP e do programa de mestrado em direito constitucional econômico da UNIALFA/GO. Advogado. henriquegarbellini@uol.com.br

num grupo gentílico do que a do (a)bando(no) do indivíduo, reflexão que é encaminhada ao final do texto.

2. OS GRUPOS GENTÍLICOS

Com base em Albert Hermann Post⁷³³, os grupos gentílicos correspondem a uma coletividade de pessoas que está no mais baixo grau de civilização, em que circunstâncias oriundas das necessidades humanas básicas determinam a vida familiar limitada a um restrito círculo. São sociedades domésticas que não possuem uma forma determinada. Numas, por exemplo, pode se encontrar relações sexuais promíscuas, já em outras, até um possível matrimônio monogâmico.

De qualquer maneira, é neles que se encontra, sem dúvida, o poder constituinte sob o qual se desenvolvem as diversas formas de organização social.⁷³⁴

Saindo desta análise geral, Post demonstra que apesar das diversidades, existem de comunidades gentílicas bem definidas espalhadas por todos os lugares. Nos grupos mais antigos prevalecem, por exemplo, as ideias de totens e subtribos, e, nos mais recentes, a ideia de consórcio familiar.

Os grupos gentílicos vivem normalmente divididos em clãs ou tribos, que por sua vez são normalmente divididos em outros pequenos grupos subordinados a eles.⁷³⁵

Estes organismos são de formas das mais variadas e, provavelmente, todas as variedades de etnias e tribos que formam os grupos gentílicos são, original e essencialmente, formadas a partir de pessoas ligadas por laços de sangue, e que, portanto, desenvolvem-se e crescem a partir de uma sucessão de gerações. Em certas ocasiões, uma tribo se subdivide em apenas duas partes; em outros casos, apresenta uma série de divisões. Essas divisões, muitas vezes, podem possuir, em cada uma, seções menores, podendo ocorrer, eventualmente, uma ordem de grupos gentílicos dispostas sobre outra.⁷³⁶

Essa variedade de divisões é determinada levando em conta critérios para a proteção do grupo. Na investigação etnológica destes grupos, Post ainda

733. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, Milano: Societa Editrice Libreria, 1906.

734. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 103 e 104.

735. Sobre a relação entre os conceitos de clã, tribo e nação cf. SOROKIN, Pitirim A. *Sociedade, cultura e personalidade: sua estrutura e sua dinâmica*, vol. 1, Porto Alegre: Globo, 1968, p. 393-399

736. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 104.

identifica que nem todos os grupos gentílicos baseiam-se na proliferação por gerações sucessivas.

Alguns grupos gentílicos são, às vezes, uma consequência necessária da vingança ou do rapto, fato determinante que desperta a ocorrência de vários atos que, em sua maioria, resultam no embate e inimizade com outras de tribos que passam, então, a ser consideradas como inimigas. Isto gera o caso de alguns grupos se inter-relacionarem e até mesmo surgirem da formação análoga ao parentesco sanguíneo, dando origem a diferentes e complicados sistemas de relações matrimônios recíprocas.

No desenvolvimento destes grupos, as relações se tornam mais complexas. Os aglomerados familiares, as formas de relacionamentos artificiais, o matrimônio entre os membros dos grupos e a guerra entre os clãs, fazem surgir elementos diversificados, de tal maneira que os grupos gentílicos – em razão de sua maneira e forma de acontecimentos – acabam por representar um sistema tão complexo quanto o de uma nação, guardadas as devidas proporções, claro.⁷³⁷

2.1 O TOTEM COMO ELEMENTO COMUM NAS ORGANIZAÇÕES GENTÍLICAS

Um elemento comum nas organizações gentílicas é a figura do totem. Em alguns grupos, verifica-se a atribuição de noções divinas aos elementos orgânicos da natureza, mas de forma especial aos animais, cujas representação correspondem ao o totem. A ocorrência é tão comum, que Post afirma existência de uma universalidade do totem.⁷³⁸

O animal que serve como totem é sempre um antepassado mítico. Isto revela que a crença em um ancestral comum possui íntima conexão com o totemismo. O originário “pai” comum (genitor comum) é considerado como uma divindade que tomou a forma de um animal e, por consequência, este animal representa a insígnia da comunidade de estirpe.⁷³⁹

2.1.2. ALGUMAS CARACTERÍSTICAS SIGNIFICATIVAS DOS TOTENS SÃO COMUNS

O animal que serve como totem constitui um objeto de especial veneração e, acima de tudo, usualmente não é permitido que se coma sua carne.

Originalmente, os totens representavam grupos de parentes, mas posteriormente são concebidos como figuras exogâmicas, neste caso, as crianças

737. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 104.

738. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 105.

739. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 106.

seguem o totem do pai ou da mãe, dependendo da forma predominante do sistema de parentesco vigente no grupo.

Muitas vezes, os totens são independentes de subdivisões de tribos locais, isto quer dizer que pode haver pessoas de diferentes tribos com o mesmo totem, pode haver pessoas do mesmo totem que moram longe umas das outras e, na mesma aldeia, podem habitar pessoas pertencentes a totens diferentes, destacando-se, acima de tudo, a recorrência de se encontrar o mesmo totem em tribos diferentes.

Há, em certos casos, uma série de animais principais que caracterizam as linhas de sangue, e que, por sua vez, têm diferentes animais a eles subordinados. Toda verossimilhança com cada um desses animais é subordinada para indicar um determinado grupo de ações ordinárias, de maneira que o que fica preservado nesta forma é a memória dos processos pré-históricos de desintegração.⁷⁴⁰

A rigor, pertencer a um totem gera efeitos de natureza social. Entre os membros do mesmo totem, além da obrigação de hospitalidade, há a obrigação de proteger uns aos outros.⁷⁴¹

740. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 108.

741. Segundo Post: I – Ci imbattiamo da per tuto sulla terra in alcuni gruppi di carattere essenzialmente gentilizio, i quali hanno per insegna un determinato ser organico, ordinariamente un animale (totem). L' universalità di tale fenomeno è fuori di dubbio. II – L'animale che funge da totem è con ogni verosimiglianza sempre un capostipite mitico, giacchè è per lo meno certo che la credenza in un capostipite comune sta in intima connessione col totemismo. Il genitore comune originario è considerato come una divinità che ha assunto la forma di un animale. Per conseguenza questo animale è l'insegna della stirpe. Portar quel contrassegno è la condizione necessaria per poter dirsi appartenente ad una stirpe, e l'usurpazione del contrassegno proprio di una stirpe diversa è una gravissima violazione del diritto intergentilizio. l'animale che funge da totem è sempre oggetto di speciale venerazione; sopra tutto no è permesso frequentemente mangiarne le carni. III – è ugualmente verosimile che in origine i totem fossero gruppi di parenti ma è certo che ora non hanno questo carattere ben sí presentano struttura più vasta. IV – Spesso i totem sono esogami; ed in tal caso figli, a seconda del sistema di parentela in loro predominante, seguono il totem della madre ovvero quello del padre. V – I totem sono spesso indipendenti dalle suddivisioni locali delle tribù. Vi possono esser persone appartenenti allo stesso totem delle tribù. Vi possono esser persone appartenenti allo stesso totem che dimorano lontanissimi l'una dall'altra, mentre ache in uno stesso villaggio possono dimorare persone appartenenti a totem diversi. Sopra tutto frequente è il trovare lo stesso totem in tribù diverse. Altrove i totem sembra invece siano soltanto suddivisioni di singole tribù. sovente presso una popolazione vi è una serie di animali principali, caratterizzanti le stirpi, che alla loro volta hanno una serie di altri animali subordinati. Con tutta verosimiglianza ognuno di questi animali subordinati sta ad indicare l'avvenuto distacco di un determinato gruppo dal ceppo comune; di modo che quel che si conserva sotto questa forma è la memoria di processi preistorici di disintegrazione. VI – L'appartenere ad un totem ha senza dubbio determinati effetti di carattere sociale. In ispecie tra i membri di uno stesso totem v'è obbligo di protezione reciproca. Allo stesso modo sembra che costoro abbiano l'uno verso l'altro notevoli doveri d'ospitalità. I rapporti reciproci di coloro che appartengono ad uno stesso totem non sono del resto ancora conoscitui con precisione nei loro particolari [...] POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol I, p. 106-108.

James Frazer afirma que o totem é uma classe de objetos materiais à qual um selvagem se liga, com um respeito supersticioso, crendo que ali existe entre ele e cada membro de sua estirpe uma íntima e geral relação especial.

O nome totem é derivado de uma palavra *Ojibway* e sua forma correta de falar é desconhecida. Quem primeiro a introduziu na literatura foi um indiano chamado L. Long na obra *Voyager and travels of an indian interpreter*. A palavra seria propriamente *ote*, significando família ou tribo.⁷⁴²

A conexão entre um homem e seu totem é sempre mutuamente benéfica. O totem protege o homem e o homem mostra a ele respeito de várias formas, como, por exemplo, não o matando se for um animal e não cortando-o ou colhendo-o se for uma planta ou outro objeto natural.

De forma distinta a do fetiche, o totem normalmente não representa um indivíduo isolado, mas sempre uma classe de objetos representada por uma espécie de animal ou planta e, em raros casos, de objetos artificiais. Tal fato demonstra a composição do totem como ilustração do conceito de animismo.

Segundo Frazer, apesar de existirem outras formas menos encontradas, os totens podem ser considerados como de três espécies: 1) o totem do clã, ou seja, a existência de um totem comum a todo um clã; 2) o totem sexual, referente ao gênero sexual, ou seja, um totem comum para os homens ou um totem comum para as mulheres; e, 3) o totem individual, pertencendo a um único indivíduo e não passando aos seus descendentes.⁷⁴³

No clã totêmico, a representação normalmente é feita na reverência ao corpo de um homem ou de uma mulher que se auto intitulam pelo nome do totem. Eles acreditam ser do mesmo sangue descendente de um ancestral comum e que estão tanto ligados por obrigações comuns, quanto na crença no mesmo totem.

Daí que o totem se apresenta tanto como um sistema religioso, quanto um sistema social. No sentido religioso, ele consiste em relações de mútuo respeito e proteção entre o homem e seu totem; já no sentido social, consiste nas relações dos homens e do clã entre si e com os membros de outros clãs.

Os membros de um clã totêmico chamam-se pelo nome do totem e, usualmente, acreditam que são descendentes dele. Um exemplo interessante citado por Frazer é o de um clã denominado pelos Iroquois como tartaruga. Eles acreditavam ser descendentes de uma tartaruga gorda que sobrecarregada pelo peso de seu casco ao lutar para dele se livrar acaba conseguindo e

742. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, New York: Cosimo, 2010, p. 3.

743. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 3 e 4.

se desenvolve num homem. Nesta mesma tribo, Frazer faz referência sobre a existência de clãs relacionados a ursos e lobos.⁷⁴⁴

As regras de não matar ou comer o totem não são os únicos tabus. Em certos casos, os membros dos clãs são proibidos de tocar o totem e, em casos ainda mais excepcionais, são até mesmo proibidos de olhar para ele.⁷⁴⁵

Outro aspecto importante é como os clãs atuam na consecução da personificação de seus totens. Este fenômeno ocorre quando os membros vestem as peles dos totens, quando os imitam, quando fazem pinturas rupestres e tatuagens, além de toda uma sorte de cerimônias envolvendo eventos e datas importantes, como, por exemplo, aniversários, casamentos, mortes, enterros, ressurreições, sacrifício de animais sagrados etc.⁷⁴⁶

Já do ponto de vista dos totens individuais, há um importante elemento: a exogamia.⁷⁴⁷ A exogamia corresponde ao fato de que pessoas com o mesmo totem não devem casar ou possuir relações sexuais entre si. O descumprimento de tais medidas podia levar a sérias punições, que em alguns casos poderiam ser individualizadas, mas que na maioria das vezes, eram aplicadas por todos os membros do clã que castigavam, humilhavam e oprimiam seus ofensores, em algumas situações – como nos aborígenes australianos –, até mesmo os matavam.⁷⁴⁸

744. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 5.

745. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 11.

746. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 25-46.

747. FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 54.

748. Frazer estipula alguns exemplos de exogamias: “Exogamous Examples. — The Creek Indians are at present divided phratries [...] about twenty clans (Bear, Deer, Panther, Wild-Cat, Skunk, Raccoon, Wolf, Fox, Beaver, Toad, Mole, Maize, Wind, etc.), and some clans have become extinct. These clans are (or were) exogamous; a Bear might not marry a Bear, etc. But further, a Panther was prohibited from marrying not only a Panther but also a Wild-Cat. Therefore the Panther and Wild-Cat clans together form a phratry. Similarly a Toad might not marry a member of the extinct clan Tchu-Kotalgi; therefore the Toad and Tchu-Kotalgi clans formed another phratry. Other of the Creek clans may have been included in these or other phratries; but the memory of such arrangements, if they existed, has perished. The Moquis of Arizona are divided into at least twenty-three totem clans, which are grouped in ten phratries; two of the phratries include three clans, the rest comprise two, and one clan (Blue-Seed – Grass) stands by itself. The Choctaws were divided into two phratries, each of which included four clans; marriage was prohibited between members of the same phratry, but members of either phratry could marry into any clan of the other. The Chickasas are divided into two phratries – (i) the Panther phratry, which includes four clans, namely, the Wild-Cat, Bird, Fish, and Deer; and (2) the Spanish phratry, which includes eight clans, namely, Raccoon, Spanish, Royal, Hush-ko-ni, Squirrel, Alligator, Wolf, and Blackbird. The Seneca tribe of the Iroquois was divided into two phratries, each including four clans, the Bear, Wolf, Beaver, and Turtle clans forming one phratry, and the Deer, Snipe, Heron, and Hawk clans forming the other. Originally, as among the Choctaws, marriage was prohibited within the phratry but was permitted with any of the clans of the other phratry; the prohibition, however, has now broken down, and a Seneca may marry a woman of any clan but his own. Hence phratries, in our sense, no longer exist. Among the Senecas, though the organisation survives for certain religious and social purposes [...] FRAZER, James George. *Totemism and exogamy*, vol. I, cit., p. 56 e 57.

Com o desenvolvimento das relações sociais, os clãs – na representação da linhagem de um antepassado comum, já falecido, mas lembrado pelos vivos – tendem a se transformarem em fratrias.

As fratrias são um grupo de clãs cujo antepassado comum pode ser até mesmo um mito. Nas fratrias, há uma mistura de clãs que sobre a influência das mudanças sociais fazem com que seus totens tendam a passar para a forma de deuses humanos com símbolos animais.

Por mais que as fratrias sigam a exogamia, estas mudanças provocam um relaxamento da exogamia e revelam como o totem é um *topoi* da origem de nossa sociabilidade. Isto é o que justamente explica Andrew Lang na obra *The secret of the totem*. Segundo Lang, a investigação sobre o totemismo tem mais do que uma curiosidade intelectual, pois representa uma possibilidade de se estudar a estrutura das mais primevas formas da sociedade humana.⁷⁴⁹

No totem temos a ideia de uma lei: tem-se a obrigação de respeito ao totem, sob pena de *amaldiçoamento* dos ancestrais.

Nas tribos, a ideia do direito costumeiro é mais antiga do que todas as outras diversas formas originais pelas quais estas mesmas se formaram. A forma mais antiga de direito que se pode encontrar é exatamente a que une a tribo pelo sistema do matrimônio que expressa a si mesmo no totemismo, em especial pela ideia de exogamia.

Esse direito (obrigação) funda a base universal de seu sistema social com a regra que obriga as pessoas a não cometerem relações sexuais promíscuas, estipulando que nenhum membro da tribo pode se casar com outro membro da mesma divisão, podendo casar tão somente com um membro da divisão opositora, adversa.⁷⁵⁰

Essa reflexão permite uma aproximação com a ideia do mito concebido por Freud que propõe o surgimento da religião, do direito e de tudo o mais que é da ordem da cultura, do humano e do simbólico, quando ao tratar do tema da exogamia explora a noção do incesto.

A vinculação da exogamia ao totem realiza mais do que a prevenção do incesto com a própria mãe ou irmãs, tornando impossível ao homem as relações sexuais com todas as mulheres de seu próprio clã, ou seja, com certo número de mulheres que não são parentes consanguíneos, tratadas, pois, como se fossem parentes pelo sangue.

749. LANG, Andrew. *The secret of the totem*, London, New York, Bombay: Longmans, Green and co, 1905, p. 3.

750. LANG, Andrew. *The secret of the totem*, cit., p. 4.

Disso se interpreta que o papel desempenhado pelo totem como antepassado comum é tomado muito a sério, pois todos que descendem do mesmo totem são parentes consanguíneos e formam uma única família e, dentro dela, mesmo o mais distante grau de parentesco é encarado como impedimento absoluto de relações sexuais.

Por essa razão que nessas organizações sociais existe um horror excepcionalmente intenso ao incesto, ou, minimamente, estas se mostram muito sensíveis ao assunto num grau fora do comum.

Na tese mítica freudiana, na origem disso tudo estaria a ocorrência do primeiro crime: o assassinato de um “pai” por não ter partilhado limitado seu gozo, pois só ele era quem comandava e usava da horda primitiva em que vivam agrupados. Esse primeiro contrato existente, na realidade um pacto de sangue, acabava não resultando em benefício para as partes contratantes, pois os “filhos” ficavam sem quem os alimentava e protegia, além de receberem a reprovação das “mães” que também ficavam sem o “genitor fundamental”. Isto reforça a tese de estruturação de um matriarcado em que a primeira lei fundadora da sociedade, ao mesmo tempo natural e social, é a da proibição do incesto.⁷⁵¹

3. A SOLIDARIEDADE GENTÍLICA E A IDEIA DE VINGANÇA

Os membros dos grupos gentílicos vivem na forma de um comunitarismo aplicado em grande escala. Talvez, a experiência do princípio socialista nunca fora realizada de forma ilimitada na humanidade como no exercício e domínio do direito gentílico.

A solidariedade gentílica é manifestada eficazmente tanto nas relações internas quanta nas relações externas dos grupos.

Internamente os grupos gentílicos, na maioria das vezes, possuem uma economia coletiva. O trabalho necessário para a satisfação das necessidades básicas da vida é feito em comum. O grupo deve buscar conjuntamente dar conta de todas as despesas necessárias para as necessidades dos membros, seja individualmente ou comunitariamente.

A ideia de solidariedade gentílica evidencia as bases do direito gentílico que, apesar de não ter se desenvolvido muito, estabeleceu categorias de direitos e

751. Levi-Strauss define que em certos casos o incesto se confunde com a exogamia e que do ponto de vista mais geral o incesto exprime a passagem do fato natural da consanguinidade ao fato cultural da aliança. Cf. LEVI-STRAUSS, Claude. *Estruturas fundamentais do parentesco*, Petrópolis: Vozes, 1982, p. 69 e 70.

deveres mútuos entre seus membros. Post identifica que estes deveres e direitos são principalmente: a obrigação de vir em auxílio de outros membros do grupo em todas as circunstâncias da vida e, particularmente, para ajudá-los caso eles se encontrassem em situação de miséria; a obrigação de regatá-los, se fossem capturados em cativeiro; a obrigação de pagar as suas dívidas e, especialmente, a obrigação de contribuir com o custo de casamentos, este dever também corresponde ao direito do grupo de receber uma parte do preço pago pela compra de uma mulher que a este pertence ou mesmo na venda de alguma mulher para casamento. Em alguns casos, a solidariedade gentílica se manifesta também no cumprimento de funerais de membros do grupo e na regulamentação da caça, uma vez que, em relação a esta última função, quem normalmente abate uma presa deve compartilhá-la com os outros membros do grupo gentílico.⁷⁵²

Além do mais, os membros de um grupo gentílico são intimamente ligados pela ideia de vingança. Eles têm o direito e o dever de exercer a vingança para com outro membro do grupo e vice-versa. A vingança que um dos membros do grupo chamou para si atinge todo o grupo, de forma que, quando a composição grupal admite vingança, os membros do grupo tem o direito de perceber igualmente uma parte, mas também são obrigados, se for o caso, de pagar para constituir o montante devido.⁷⁵³

A vingança nos povos tribais só pode ser tratada de maneira correta quando a reação em tela é produzida com a intenção não só de desviar ou amenizar o mal, como também de causa-lo, seja ao autor do primeiro ato ou a alguém relacionado a ele, a quem se considera responsável coletivamente.

A vingança, nessa sequência, é estabelecida como uma forma de justiça, segundo a qual o ofensor deve sofrer o mesmo mal que causou ao ofendido. Tal é o sentido explícito da Lei de Talião, que demonstra, mesmo nas tribos, certa moralidade que estrutura e rege as relações entre os membros dos grupos e os que com ele de alguma forma se relacionam.

Interessante notar como Kelsen, ao estudar sobre a origem da pena, influenciado por Steinmetz⁷⁵⁴, a distingue entre atos de vingança dirigidos e não dirigidos. Num sentido psicológico, não importa a direção da vingança, mas, que a sensação desagradável recebida seja neutralizada pela sensação de causar o mesmo para outrem.

752. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnológica*, vol. I, cit., p. 143-144.

753. Sobre o tema da vingança, cf. CARNIO, Henrique Garbellini. *Direito e antropologia*, cit., p. 150-164.

754. KELSEN, Hans. *Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica*, cit., p. 80.

O sentimento de satisfação é fundamental para o conceito de vingança. A vingança contra o autor de um dano é mais que uma defesa instintiva, ela tem um efeito preventivo, único na relação entre indivíduos que convivem socialmente. A sua reação se dirige contra um elo da cadeia causal, contra um elo específico que atacado pela reação se torna uma causa menos provável de repetição de ocorrência do dano.

Assim, a experiência da vingança só pode ser experimentada por um ser que vive em sociedade. Desse modo, a vingança, isto é, a retribuição, só é possível na sociedade e não na natureza.

Na verdade, não é possível estabelecer uma clara distinção entre a reação denominada vingança e a reação da ideia de retribuição. O dano sofrido é considerado como uma violação de normas sociais, e, por isso, deve ser neutralizado.

Como já demonstrado, há para o homem tribal uma fundamental obrigação de proteção da vida do grupo como um todo.

Marret apresenta três condições normativas básicas das relações tribais. Estas seriam as primeiras leis: a proibição do incesto, a proibição de derramamento de sangue entre membros da tribo e a vingança de sangue em relação a membros de fora da tribo. A vingança de sangue é uma das mais antigas normas sociais. Ela estabelece que, quem mata, deve morrer, e foi forjada sob exercício do princípio da retribuição.⁷⁵⁵

Outro interessante interlocutor sobre o exercício da vingança nas comunidades tribais e que nos parece interessante abordar até mesmo pela proximidade – tanto pessoal, quanto intelectual – com Post é Josef Kohler.

Kohler refere-se em seus estudos à ideia da vingança parental (*Kin-Revenge*) e por meio dela chega-se à ideia de vingança de sangue envolvendo a interpretação animista e mágica das comunidades tribais.

There are ages in which this element of punishment alone appears, or at least plays a principal part; thus it is in periods when kin-revenge is practiced [...] The wrong that is thus expiated is especially the wrong that individuals have suffered; it is the injured individual, his family, his clan, that consider themselves wrong [...] Periods of blood-revenge are so much the worse, because this revenge is carried out even when the member of the family has not in fact been killed. The idea is quite general, in such times, that death may be caused by a magic spell; and if a man dies unaccountably, efforts are at once made to find out from whom the evil influence came.⁷⁵⁶

755. MARRET, Robert Ranulp. *Antropología*, cit., p. 26-48

756. KOHLER, Josef. *Philosophy of law*, New York: Augustus M. Kelley Publishers, South Hackensack:

A análise empreendida do estudo de Kohler esboça uma hipótese que acrescenta conteúdo à abordagem de Post.

A base etnológica de Post demonstra que o arcaico sujeito de direito não são pessoas individualmente consideradas, mas, sim, as comunidades de estirpe, representadas por tribos ou clãs que são fundadas em laços de parentesco sanguíneo e praticantes da vingança privada, pois, nas relações dessas comunidades toda a responsabilidade é coletiva e a vingança é prerrogativa da comunidade.

L'organizzazione corporativa è sempre la forma più recente di organizzazione che si presenti nella vita dei popoli. Nell'ordinamento gentilizio, territoriale e signorile la personalità giuridica individuale è pochissimo sviluppata, anzi può dirsi che l'individuo, soggetto di diritto, comò lo conosciamo noi ai dì nostri, non esiste. Soltanto col disgregarsi di quelle forme di organizzazione, che sotto ogni riguardo lo fanno quasi sparire nei gruppi sociali, l'individuo emerge comò centro indipendente della vita sociale. Dato il concepito della personalità individuala, è considerata base di questa responsabilità la colpa individuala; in questa maniera di pensare si ha nu contrapposto l'organizzazione corporative e le altre forme dia organizzazione sociale, sopra tutto quella gentilizia. Mentre Il diritto gentilizio, per un atto illecito commesso da uno dei membri di un gruppo chiama responsabile il gruppo intero, ammette rispettivamente che la violazione d'un membro di un gruppo sai vendicata dal gruppo intero, e considera come atto illecito ogni violazione obbiettiva della sfera giuridica offeso, senza dar peso al fatto che questa violazione si possa oppur no ricondurre ad umma colpa individuala, l'organizzazione corporative invece per regola non riconosce responsabilizza dia terzi per gli atti illeciti commessi da umma persona singola, me chiama responsabile questa medesima solamente⁷⁵⁷.

Além da noção da vingança e sua manifestação como forma de justiça nas organizações gentílicas, há também a ideia de que os membros de um grupo gentílico são responsáveis solidários pelas dívidas, contratos e multas que um de seus membros tornou-se responsável; a pena também é pública, quem cometeu algo a ser apenado também afeta aos demais integrantes e os membros são obrigados a testemunhar para ajudar uns aos outros como conspiradores.

O grupo é a principal representação e mote da origem de nossa sociabilidade, a nosso ver, a melhor expressão, então, para designa-lo é o conceito de bando.

Rothman Reprints Inc., 1969, p. 268-270.

757. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 29-30.

4. O BANDO COMO ELEMENTO ORIGINÁRIO DA POLÍTICA

Um grupo gentílico, em determinadas circunstâncias, pode expulsar de seu seio um dos seus membros e quebrar o ideal de solidariedade existente entre eles.

O membro expulso – (a)bando(nado) – perde todos os direitos e não possui mais nenhuma obrigação decorrente da comunhão gentílica.

Seguindo os apontamentos de Post, os efeitos principais do anúncio da expulsão do bando são os seguintes⁷⁵⁸:

1. Cessa a solidariedade e mesmo a noção de vingança entre os marginalizados e o grupo gentílico. Os membros do grupo, portanto, não têm mais obrigação de exercer vingança para com o abandonado, nem ele tem mais o mesmo direito de exercê-la. Se o proscrito cometer um ato que dá origem a vingança, a obrigação de retribuição já não recai sobre os membros que eram anteriormente de seu grupo. Não há mais obrigação de serem expostos à ideia de vingança dos atingidos.
2. O fato de cessar toda a solidariedade entre o proscrito e seu grupo se estende, de forma especial, à noção de obrigação com relação às dívidas. Inexiste obrigação do grupo de pagar possíveis dívidas do proscrito, quando estas forem contratadas após a determinação da proscricção.
3. A expulsão do grupo atinge toda a esfera da vida e da propriedade do proscrito. Este não conseguirá encontrar mais nenhuma garantia na representação do grupo.
4. A expulsão do grupo atinge toda a esfera da vida e da propriedade do proscrito. Este não conseguirá encontrar mais nenhuma garantia na representação do grupo.

Tais características do conceito de bando nos coloca diante de um paradoxo, a saber, o de estar excluído e incluído, ao mesmo tempo, já nas formas mais primeiras de sociabilidade.

Giorgio Agamben, filósofo italiano afamado nos dias hoje por suas investigações sobre essa condição do homem estar incluído e excluído ao mesmo tempo desde sempre ponto, seguindo as pistas de Jean Luc Nancy, em sua obra *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I*, invoca ao seu final, conclusivamente

758. POST, Alberto Ermanno. *Giurisprudenza etnologica*, vol. I, cit., p. 144-145.

teses principais. A primeira delas é justamente a de que no bando encontra-se a relação político originária.⁷⁵⁹

Esta tese, que coincide com o ponto de partida de nossa investigação, põe em questão toda teoria da origem contratual do poder estatal e toda possibilidade de colocar na base das comunidades – políticas – a ideia de “pertencimento”, seja ele fundamentado numa identidade popular, nacional, religiosa ou de qualquer outro tipo.

5. À GUIA DE CONCLUSÃO

A ideia de bando como relação política originária parece nos apresentar uma estreita relação de como pensar a vida é pensar as fronteiras da vida e, portanto, neste sentido, o abandono, o exílio, e a própria noção da biopolítica acabam sendo conceitos indiscerníveis.

Como bem nota Raúl Antelo, para que o súdito medieval se transformasse, na modernidade, em cidadão, foi necessário que o nascimento – *a nuda vita* – se transformasse, pela primeira vez, no elemento cultural portador imediato da soberania. Enquanto foram outrora separados, no Antigo Regime, quando o nascimento trazia somente a ideia de emergência do súdito, os conceitos de nascimento e soberania uniram-se, a partir da modernidade, no corpo do “sujeito soberano, para constituir o fundamento da Nação-Estado”.⁷⁶⁰

Por essa razão que Agamben identifica ser impossível compreender a evolução nacional e a biopolítica do Estado moderno se for esquecido que aquilo que fundamenta não é o homem como sujeito político, livre e consciente, mas, simplesmente, seu simples nascimento e exposição ao poder – vida nua.

Segundo Agamben, “*La ficción aquí implícita es que el nacimiento se convierte inmediatamente en nación, de modo que entre los dos términos no pueda haber ninguna diferencia. Los derechos se atribuyen al hombre (...) tan sólo en la medida en que éste es el fundamento del concepto de ciudadano, fundamento destinado a disiparse directamente en este último*”.⁷⁶¹

759. As teses são: “1) A relação política originária é o *bando* (o estado de exceção como zona de indistinção entre externo e interno, exclusão e inclusão). 2) O rendimento fundamental do poder soberano é a produção da vida nua como elemento político original e como limiar de articulação entre natureza e cultura, *zoé* e *bíos*. 3) O campo, e não a cidade, é hoje o paradigma biopolítico do Ocidente. Cf. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua*, cit., p. 1

760. ANTELO, Raul. *Lindes, limites, limiares*, Boletim de pesquisa NELIC, vol. 1, 2008, p. 9.

761. AGAMBEN, Giorgio. *Política del exilio* in Archipiélago, Cuadernos de crítica de la cultura, n. 26-27, Barcelona: Letra e, 1996, p. 43.

Por essa razão que Agamben decide reconstruir uma arqueografia do exílio. Sua aposta remonta à noção de exílio empregada em Roma e na Grécia e a controvérsia desta época em se decidir se o exílio configurava o exercício de um direito ou a imposição de uma penalidade. É neste ponto que Agamben conclui que o exílio é o regime da *vita nua* e, a rigor, a forma de pertencimento ao estado de exceção, fato que coincide exatamente com a noção de *singularidade falha* e até mesmo com a definição de povo de Ernesto Laclau⁷⁶², no sentido de que, na exceção, a heterogeneidade está presente como aquilo que está sempre ausente, e por fim, à noção de Jean-Luc Nancy⁷⁶³, por meio da qual Agamben pretende chamar de *bando* essa relação entre a norma e a exceção, que define o poder soberano.⁷⁶⁴

O abandonado ou mesmo bandoleiro, é um sujeito muito peculiar e complexo, que não é só excluído da lei, mas alguém orientado para que a lei nele permaneça intacta, ao preço de mantê-lo amarrado, *ab-bandondo-o*, de tal forma que não é possível nunca se saber ao certo se o *bandito* – desterrado, exilado, refugiado ou o apátrida – está dentro ou fora da lei já que ele habita o limite da própria vida.

El exilio no es, pues, una relación jurídico-política marginal, sino la figura que la vida humana adopta en el estado de excepción, es la figura de la vida en su inmediata y originaria relación con el poder soberano. Por eso no es ni derecho ni pena, no está ni dentro ni fuera del ordenamiento jurídico y constituye un umbral de indiferencia entre lo externo y lo interno, entre exclusión e inclusión. Esta zona de indiferencia, en la que el exiliado y el soberano comunican mediante la relación de bando, constituye la relación jurídico-política originaria, más original que la oposición entre amigo y enemigo que, según Schmitt, define la política. El sentimiento de extrañamiento de quien está en el bando del soberano es más extraño que toda enemistad y todo sentimiento de extrañamiento y, al mismo tiempo, más íntimo que toda interioridad y toda ciudadanía.⁷⁶⁵

Nos chama atenção, aqui, a forma como Agamben se lança além das linhas lógico-formalistas do direito em especial ao se levar em consideração o modo como busca em Nancy sua ideia de bando.

762. A referência feita é à obra: LACLAU, Ernesto. *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2005.

763. A referência a Jean-Luc Nancy é feita com base na obra *L'imperatif catégorique*. Cf. NANCY, Jean-Luc. *L'imperativo categorico*, Nardò: Besa, 2011.

764. ANTELO, Raul. *Lindes, límites, limiars*, cit., p. 10

765. AGAMBEN, Giorgio. *Política del exilio*, cit., p. 43.

O conceito de bando em Nancy chega a revelar o mote principal de sua filosofia, anunciando pela primeira vez com clareza, em um texto dos anos 80, “L’impératif catégorique” e, em particular, no último ensaio desta coleção “O ser abandonado”. Sua tese esboça-se como uma ontologia, ou seja, como uma reflexão sobre o significado do ser centrado na complexa ideia de “localização do ser”.

Para dizermos que uma coisa existe ou é, nós dizemos que aquela tal coisa há. Segundo Davide Tarizzo, analisando o conceito de ser abandonado em Nancy, a ideia de fundo seria aquela de um abandono do ser, mas um abandono de que e por que razão? Por quem, ou por que, o ser é abandonado, e de quem ou de quê? Hoje, nós não dispomos mais de um nome do ser, não podemos mais definir o ser em termos de essência, de princípio, de causa, de substância etc.⁷⁶⁶

L’essere abbandonato ha già cominciato a costituire, senza che noi lo sappiamo, senza che possiamo veramente saperlo, una condizione ineludibile per il nostro pensiero, e forse persino la sua condizione unica. Ormai l’ontologia che ci rivendica a sé è un’ontologia in cui l’abbandono resta l’unico predicato dell’essere, o ancora – e nel senso scolastico del termine – il trascendentale. Se l’essere non ha terminato di dirsi in molteplici modi – *pollakôs légetai* – l’abbandono non aggiunge niente all’abbandonare di questo *pollakôs*. [...] A che cosa dunque lasciarsi abbandonare? Se non a quello a cui l’abbandono abbandona. L’origine dell’“abbandono” è la messa a *bandono*. Il *bandono* (*bandum*, *band*, *bannem*) è l’ordine, la prescrizione, il decreto, il permesso e il potere che ne detiene la libera disposizione. *Abbandonare* significa rimettere, affidare o consegnare al suo *bando*, cioè alla sua proclamazione, alla sua convocazione e alla sua sentenza.⁷⁶⁷

A questão, como posta, situa metodologicamente a investigação aqui empreendida, evidenciando a forte ligação antropológica pela figura do conceito de abandonado a partir da figura do conceito de bando.

Exatamente neste ponto, podemos fazer a conexão da proposta da tese, a saber, a instituição do bando no primitivo direito germânico – que demonstra uma transposição posterior da matriz de direito obrigacional de débito e crédito para o plano das comunidades e nas relações entre seus indivíduos – revela que o banimento nessas comunidades corresponde a um

766. TARIZZO, Davide. Filósofos em comunidade. Nancy, Esposito, Agamben in *O retorno da comunidade*, Raquel Paiva (org.), Rio de Janeiro, Mauad X, 2007, p. 31 e 32.

767. NANCY, Jean-Luc. *L’imperativo categorico*, cit., p. 149 e 158.

desligamento, uma privação total, uma expulsão da comunidade. A perda da paz e o descumprimento da lei expõem o condenado à mercê da violência e do arbítrio de indivíduos ou de grupos.

Como relação originária, a noção de bando se apresenta em todo o decorrer do desenvolvimento histórico da humanidade, fato que ratifica sua potência originária e que permite, a partir da busca de figuras análogas ao abandonado – no desenvolvimento histórico –, compreender o sentido constitutivo e projetivo das relações sociais num ambiente de tensões que figuram como elementos principais as noções de direito e violência, portanto, também das noções de política, poder e religião.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Política del exilio** in Archipiélago, Cuadernos de crítica de la cultura, n. 26-27, Barcelona: Letra e, 1996.

_____. **Homo sacer I: o poder soberano e a vida nua. I**, 2 ed., Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010

ANTELO, Raul. **Lindes, limites, limiares**, Boletim de pesquisa NELIC, vol. 1, 2008, p. 9.

FRAZER, James George. **Totemism and exogamy**, vol. I, New York: Cosimo, 2010.

KELSEN, Hans. **Sociedad y naturaleza: una investigación sociológica**. Trad.: Jaime Perriax, Buenos Aires: De Palma, 1945.

KOHLER, Josef. **Philosophy of law**, New York: Augustus M. Kelley Publishers, South Hackensack: Rothman Reprints Inc., 1969.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**, Fondo de Cultura Económica: Buenos Aires, 2005.

LANG, Andrew. **The secret of the totem**, London, New York, Bombay: Longmans, Green and co, 1905.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Estruturas fundamentais do parentesco**, Petrópolis: Vozes, 1982.

MARRET, Robert Ranulp. **Antropología**, Barcelona: Editorial Labor.

NANCY, Jean-Luc. **L'imperativo categorico**, Nardò: Besa, 2011.

POST, Alberto Ermanno. **Giurisprudenza etnologica**, vol. I, Milano: Societa Editrice Libreria, 1906.

SOROKIN, Pitirim A. **Sociedade, cultura e personalidade: sua estrutura e sua dinâmica**, vol. 1, Porto Alegre: Globo, 1968

TARIZZO, Davide. Filósofos em comunidade. Nancy, Esposito, Agamben in **O retorno da comunidade**, Raquel Paiva (org.), Rio de Janeiro, Mauad X, 2007.

FRATERNIDADE E POLÍTICA: UM PARALELO COM WEBER E MAQUIAVEL

GUILHERME PERES DE OLIVEIRA⁷⁶⁸

HENRIQUE DE ALMEIDA ÁVILA⁷⁶⁹

1. INTRODUÇÃO

A contribuição da obra do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca para a compreensão do princípio constitucional da Fraternidade é, certamente, um marco no estudo desse tema Constitucional, no Brasil e no mundo.

A importância principal desse estudo, a nosso ver, é a separação das concepções leigas, morais ou religiosas acerca do termo “fraternidade” e, por outro lado, a construção de sua concepção eminentemente jurídica e diretamente aplicável ao cotidiano da aplicação do Direito, sobretudo na esfera penal e nas soluções pacíficas para os conflitos sociais em geral.

O objetivo deste artigo é de buscar um paralelo entre essa construção a as concepções acerca da construção de uma vida em sociedade através da política, que procuramos extrair da obra de alguns autores clássicos.

Sobretudo em um momento em que emergem e se tornam hegemônicos, mundo afora, projetos políticos marcados por um excessivo personalismo em torno de indivíduos (e não de projetos) e das respectivas visões de mundo limitadas a determinadas concepções morais ou religiosas, não raramente de natureza autoritária, é preciso resgatar concepções políticas que tenham como cerne o bem comum da sociedade, e não a imposição de concepções morais sectárias do grupo que tais projetos personalistas representam.

768. Advogado. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual e do ICPC – Instituto Carioca de Processo Civil. Professor de cursos de pós-graduação.

769. Conselheiro do CNJ. Advogado licenciado. Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Processual Civil do IDP-Brasília.

2. A POLÍTICA NA VISÃO DE NICOLAU MAQUIAVEL.

O primeiro autor que pode nos ajudar no descolamento do estudo da Teoria Política de concepções morais, religiosas ou sectárias é Nicolau Maquiavel. E isso já explica, ao menos em parte e com certo grau de simplificação, a razão pela qual se buscou de forma tão intensa, e ao longo de tanto tempo, associar seu nome e imagem a concepções moralmente negativas, tornando-a até mesmo um adjetivo de conotação negativa (maquiavélico). Basta dizer, para mostrar a injustiça de tal circunstância, que a famosa frase “o fim justificam os meios” nunca foi dita ou escrita por ele. Como disse Merleau-Ponty:

Há uma maneira de desqualificar Maquiavel que é maquiavélica, e consiste no ardid piedoso daqueles que dirigem seus olhos e os nossos para o céu dos princípios para desviá-los daquilo que fazem. E há uma maneira de louvar Maquiavel que é todo o contrário do maquiavelismo, pois honra na sua obra uma contribuição à clareza política⁷⁷⁰.

Renato Janine Ribeiro também escancara expressamente essa injustiça, ao afirmar que:

Mas é um mau renome, uma má fama, infâmia. O Príncipe foi lido, bem cedo, como um livro de conselhos aos governantes, para quem os fins justificariam os meios (essa frase, aliás, não é de Maquiavel). Ele defenderia o despotismo e a amoralidade dos príncipes. Há aqui, porém, um problema. Maquiavel escreveu O Príncipe de um jato só, enquanto se dedicou vários anos a outro projeto – os Discursos sobre a primeira década de Tito Lívio, um longo comentário ao historiador de Roma antiga.

Ora, os Discursos são uma obra republicana. E, se Maquiavel foi torturado a mando dos Médici, que acabavam de retomar Florença, isso se deveu a ter sido ele um dos líderes da República florentina. O Maquiavel mais extenso é republicano – e sobre ele temos um livro notável de Newton Bignotto, Maquiavel republicano (1991). Mas talvez o autor d’O Príncipe seja o Maquiavel mais intenso: essas semanas no campo emancipam a política da moral cristã⁷⁷¹.

Evidentemente, há trechos e passagens da obra de Maquiavel e, sobretudo, d’O Príncipe, que não sobrevivem mesmo à sua contextualização, sendo

770. MERLEAU-PONTY, Maurice. Nota sobre Maquiavel, in **Signos**, Martins Fontes.

771. RIBEIRO, RENATO JANINE. Maquiavel: *do diabo à ética*. [<https://revistacult.uol.com.br/home/maquiavel-do-diabo-a-etica/>]. Acesso em 29.07.2020.

irrevogavelmente datadas. No entanto, como observa Renato Janine Ribeiro no trecho acima, seu principal mérito (e que não à toa é também a razão de sua má-fama nos séculos posteriores) é o de ter concebido uma Teoria Política independente (embora não necessariamente colidente) com a moral Judaico-Cristã.

2.1. A FORMAÇÃO HUMANISTA

Aos 29 anos, e sem qualquer experiência administrativa anterior, Nicolau Maquiavel chegou ao cargo de chefe da Segunda Chancelaria da República de Florença. Esta chancelaria cuidava fundamentalmente de assuntos internos, porém possuía subsidiariamente algumas funções diplomáticas.

Maquiavel viveu durante a Renascença, período que teve início no século XIV e atingiu o auge no século XVI, e que significou o retorno da cultura aos padrões clássicos. Tal movimento se iniciou com os estudos dos cânones artísticos da antiguidade clássica.

Nesse período, a visão do homem sobre si mesmo modificou-se radicalmente pois, no período anterior, todos os campos do saber humano tendiam a voltar-se para as explicações teocêntricas.

Em outras palavras, a visão do homem, basicamente, tinha Deus como ponto de partida para todas as discussões acerca do universo, suas origens e seus mecanismos.

Na Renascença, o homem voltou seu olhar sobre si mesmo, isto é, houve o ressurgimento dos estudos nos campos das ciências humanas, em que o próprio homem se torna objeto de observação, ao mesmo tempo em que é o observador, ocupando ambos papéis simultaneamente.

Desta forma, com o fim do regime republicano do Prior dominicano Fra Girolamo Savonarola, que foi condenado por heresia pelo papado por denunciar a corrupção na Igreja, demitiu-se da administração pública todos os seus partidários, e um novo corpo administrativo foi constituído. Como é normal, este novo corpo foi constituído de opositores ao regime anterior, dentre os quais estava Maquiavel, que considerava Savonarola um “profeta desarmado”, sendo *“derrotado por contar apenas com a força de suas palavras para manter a união de seus seguidores”*⁷⁷². Além disso, à época, o método principal de recrutamento para as chancelarias era que o candidato possuísse, além das habilidades práticas necessárias, um alto grau de competência nas “disciplinas

772. VIROLI, MAURIZIO. O Sorriso de Nicolau – História de Maquiavel. São Paulo: Estação Liberdade, 2002. P. 45.

humanas”. Baseados no jurista romano Cícero, os florentinos acreditavam que tal formação ofereceria a melhor preparação para a vida política. Isto porque, segundo o mesmo Cícero, as *studia humanitatis* criariam “*a disposição de subordinar nossos interesses privados ao bem público, o desejo de lutar contra a corrupção e a tirania, e a ambição de procurar alcançar os fins mais nobres dentre todos, a honra e a glória, para nosso país e para nós mesmos*”⁷⁷³. (Skinner, 1988:15-16).

Nicolau recebeu tal formação de Marcello Adriani (professor da Universidade de Florença), que assumiu o posto de primeiro chanceler logo após a morte de Savonarola e, provavelmente lembrando-se dos talentos de Maquiavel nas humanidades, indicou-o para o posto de segundo chanceler da República.

Maquiavel exerceu a carreira diplomática por 15 anos, tendo contato com diversas cortes e príncipes, o que certamente influenciou seu pensamento político.

2.3. A FLORENÇA RENASCENTISTA

Apesar de Florença ter sido um dos berços do Renascimento no campo artístico, sendo terra natal ou polo de atração de inúmeros artistas de grande importância como Boticelli e Da Vinci, seus homens públicos parecem não ter atentado para as lições políticas e militares deixadas pelos antigos, sobretudo os romanos. Essa era uma das maiores indignações de Maquiavel, e que o fez criar sua própria teoria política baseada em suas vastas leituras de História Antiga, sobretudo do Antigo Império Romano. Não que ele não assumisse muitas vezes uma posição crítica contra algumas ações de Roma, mas acreditava que também se podiam retirar preciosas lições também de seus erros.

As cidades italianas encontravam-se fracas, dominadas e humilhadas por estrangeiros. O Monarca francês Carlos VIII a havia invadido em 1494, dominando Nápoles, e com claros objetivos de expandir-se sobre o resto da península. Não é em vão que “O Príncipe”, escrito e dedicado a Lourenço de Médici, termina com uma exortação ao príncipe para livrar a Itália das mãos dos bárbaros (cap. XXVI). Esta situação trazia uma forte instabilidade e insegurança ao povo italiano, já que não pode haver liberdade total a não ser governando a si próprio. Mesmo que não houvesse a ingerência direta, o princípio republicano da “liberdade comum” não admite sequer a possibilidade de dominação. Viroli, em seu diálogo com Bobbio⁷⁷⁴ esclarece que o republicanismo quer dizer ausência de dependência da vontade arbitrária de outros

773. SKINNER, QUENTIN. *Maquiavel*. São Paulo: ed. Brasiliense, 1988. p. 15-16.

774. Bobbio, Norberto & Viroli, Maurizio. *Diálogo em torno da República*. Rio de Janeiro, Campus: 2002.

indivíduos, e não independência das leis do Estado. É o simples potencial de opressão que tal ideia pretende afastar, o que não é combatido pelo liberalismo.

2.4. O PRÍNCIPE

Em sua obra mais famosa (e provavelmente aquela que lhe deu má-fama), Maquiavel começa por fazer uma longa classificação das formas de governo, que serve, na verdade, para estabelecer com precisão qual será o objeto de sua análise. No fim de tal especificação, e não por coincidência, Maquiavel chega aos principados totalmente novos que foram conquistados pela ação da Fortuna e com armas alheias. Não se trata de coincidência porque, apesar de citar como maior exemplo o caso de César Bórgia, os Médici, a quem a obra era destinada, acabavam de retomar Florença exatamente desta forma. Não obstante, Maquiavel não descarta completamente a outra maneira de conquista de principados totalmente novos, qual seja pela *virtú* do príncipe e com armas próprias. Isto se deve à sua concepção da relação entre *Virtú* e Fortuna, que muito lembra a concepção romana e vai de encontro com aquela da Igreja, que então reinava absoluta por séculos.

2.4.1. VIRTÚ E FORTUNA

Os clássicos acreditavam que a deusa Fortuna podia ser atraída, seduzida, de modo a derramar sobre aquele que conseguisse influenciá-la os bens de sua cornucópia: “*glória, honra e poder*” para Salústio, “*honras, riquezas e influência*” para Sêneca. Mas, como destaca Cícero, os mais importantes desses bens são a honra e a glória que a segue.

O Cristianismo, porém, em seu triunfo, abandona a possibilidade de a Fortuna ser influenciada. A deusa agora é cega, e a cornucópia é substituída pela roda das mudanças. A consequência primordial desta visão é que a honra, a glória e os outros bens mundanos não devem ser buscados, pois de nada adianta buscá-los, não há como influenciar o inexorável giro da roda. Assim, devemos nos preocupar apenas com a vida após a morte, pois essa sim, podemos definir como será com nossos atos no mundo. Daí surge a humildade, a autocomiseração e o conformismo cristãos.

Maquiavel, seguindo a retomada da perspectiva clássica pelos humanistas, declara que, apesar do imenso poder da Fortuna, ainda nos resta o livre-arbítrio. Chega inclusive a fazer uma aproximação matemática, dizendo que metade de nossas ações, “ou quase”, deve estar genuinamente sob nosso controle,

enquanto o resto estaria sob o império da deusa. Isto a princípio. Se o homem possuir a virtú necessária, pode neutralizar sua natureza mutável, e assim conseguir êxito em todos os negócios. Isto porque ela preferirá desferir sua fúria onde sabe que poderá penetrar, e não num homem de virtú extrema, que funciona como um dique inexorável para o mar em fúria de sua desgraça.

2.4.2. MANTER O ESTADO

Agora que foi estabelecido que os homens podem atingir seus mais altos objetivos por meio da ação própria, resta saber que objetivos são esses no caso de um príncipe. Para Maquiavel, o propósito básico deve ser “*mantenere lo stato*”, de onde surge a palavra Estado. Vem, portanto, da ideia de continuidade, de manutenção, pois só dessa forma se conseguirá trazer a estabilidade e paz para um povo, e salvá-los da sempre predatória ingerência estrangeira. Os objetivos pessoais do governante, tanto para Maquiavel quanto para Cícero, são a glória e as riquezas mundanas. Vemos, portanto, que a concepção do Estado Moderno, que já começa a ter seus contornos esboçados aqui por Maquiavel, surge como uma clara oposição à Igreja.

Neste momento, torna-se importante saber quais as máximas e preceitos a que deve seguir o governante novo, para “parecer antigo”.

2.4.3. COMO DEVE AGIR O PRÍNCIPE

Em primeiro lugar, Maquiavel estabelece que os principais fundamentos de todos os estados são “as boas leis e boas armas”. Entre esses, as armas são o mais importante, já que “não pode haver boas leis onde não há boas armas”, ao passo que, havendo bons exércitos “deve haver boas leis” (cap. XII). Em seguida, ele especifica que tais exércitos devem ser constituídos pelos próprios cidadãos, e não por mercenários ou exércitos de outros principados empregados. Estes dois últimos seriam totalmente inúteis e prejudiciais.

Possuindo um exército sólido, deve o príncipe cultivar as qualidades de liderança (principalmente militar) adequadas a tal função. Deve o governante ser virtuoso.

Mas quais características fazem um homem virtuoso? É aqui que aparece a grande polêmica, já que Maquiavel contrariou não somente a Igreja, mas também a tradição romana e até mesmo os renascentistas que discutiram sobre o mesmo tema. Para estes, o príncipe deve ser sempre bom, e seguir os

ditames da moral, que é sempre racional. A honradez, para Cícero, deve ser sempre observada.

Para Maquiavel, nem sempre a moral é o melhor caminho racional para atingir os fins últimos de um Príncipe. Ele tem que proteger tais interesses em um mundo no qual os homens em sua maioria não são bons. Se ele se propuser a ser sempre bom com eles, não só deixará de realizar grandes feitos como também será certamente destruído. Para a Igreja, além de esta ser uma posição contrária à sua moral, é uma atitude tola, pois que quem assim atuar sofrerá as consequências no juízo final.

O silêncio de Maquiavel, ao não tocar nessa possível crítica, é bastante eloquente, marcando o início de uma nova era no pensamento político, uma eticidade completamente diferente daquela da salvação da alma. Uma eticidade que só se preocupa com a *polis*, a cidade, este mundo.

Trata-se, claramente, de uma concepção puramente republicana, em que se tem como preponderante o bem comum sobre concepções morais particulares de alguém ou de um grupo.

3. A CONCEPÇÃO DE MAX WEBER

3.1. A VOCAÇÃO POLÍTICA

Ao discorrer sobre a vocação política⁷⁷⁵, ou melhor, qual o homem ideal para ser um chefe político, e que espécie de ética ele deve seguir, o sociólogo alemão Maximilian Weber reformula e atualiza algumas questões centrais da teoria de Maquiavel.

Para Weber, a Política é o conjunto de esforços feitos com vistas a participar do poder ou a influenciar a divisão do poder, seja entre Estados, seja no interior de um único Estado. Já o Estado não pode ser definido por seus objetivos, já que são incertos e não são exclusivos seus. O Estado, porém, pode ser definido pelo meio ao qual recorre para atingir tais objetivos, já que, este sim, lhe é exclusivo: o meio é a força, a coação física. O Estado, pois, é o agrupamento político que detém o uso legítimo da força dentro de um território estabelecido. O Estado se funda a partir de uma relação de dominação do homem pelo homem, através da violência considerada legítima. Há três formas de legitimação de tal instrumento⁷⁷⁶:

775. WEBER, MAX. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed.

776. WEBER, MAX. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed, p. 57.

- O “Poder Tradicional”, dos costumes santificados pela validade imemorial e pelo hábito, enraizado nos homens, de respeitá-los;
- O Carisma, ou seja, o poder fundado em dons pessoais e extraordinários de um indivíduo, uma devoção e confiança depositadas pelo povo sobre ele;
- A autoridade legal, estatutária, adquirida seja por que meios, contanto que tendo como base um acordo com regras pré-estabelecidas num diploma legal.

O chefe político deverá ter um pouco de cada, mas o que verdadeiramente representa sua vocação é o carisma, pois que é bastante seguro governar com o apoio de seus pares.

Aqui aparece a primeira semelhança com Maquiavel: Weber preconiza que o Estado Moderno deve concentrar nas mãos do poder central os meios materiais de gestão, criando assim a figura do “político profissional” assalariado.

O chefe político weberiano deve possuir três qualidades determinantes:

- Paixão – devoção a uma causa (esta pode variar livremente), subjugando sua própria alma a ela ao combater a vaidade e dedicando-se a uma espécie de recolhimento;
- Sentimento de responsabilidade – isto será a grande diferença das espécies éticas que serão posteriormente apresentadas;
- Senso de proporção – é a qualidade psicológica fundamental, a razoabilidade para equilibrar a desmesura da paixão.

Os dois grandes pecados do chefe político são, porém: não defender causa alguma e não ter sentimento de responsabilidade. E a paixão que se deve controlar aqui, principalmente, é a vaidade, que pode ameaçar as duas virtudes.

Mas é a partir da p. 110 da já citada obra que Weber começa a tratar do problema da ética em relação à política. Para ele, o chefe não pode se preocupar com os erros do passado, já que são estes insolúveis politicamente. Ele deve *“se preocupar com o futuro e a responsabilidade diante do futuro”*⁷⁷⁷ (p. 110). Dedicar a ética para tentar refazer a imagem do passado é totalmente inútil e prejudicial ao Estado. Como diz Weber: “Eis o que resulta, quando se pretende utilizar a ética para ter sempre razão”.⁷⁷⁸

777. WEBER, MAX. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed. P. 110.

778. *Idem, ibidem*.

Weber, assim como Maquiavel, descarta o uso da ética privada para guiar os assuntos públicos. O ponto chave da causa dessa diferenciação é o uso da força no campo político, que, por causa de seu potencial destruidor, deve ser usado com responsabilidade.

3.2. ÉTICA DA CONVICÇÃO X ÉTICA DA RESPONSABILIDADE

A passagem mais conhecida da obra de teoria política de Weber é sua distinção entre duas posturas éticas possíveis a um governante: A ética da convicção e a ética da responsabilidade. Em síntese, a diferença entre ambas é a seguinte:

- Ética da Convicção – o indivíduo atém-se aos princípios, sem se importar com as consequências. Coincide com a ética Cristã: “*O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus.*” Acontece que nem sempre o bem engendra o bem. As religiões se estabeleceram justamente a partir desse problema: Como é possível que um poder onisciente e infinitamente bom possa ter criado um mundo tão cruel? Daí surgem metáforas teológicas tais como o pecado original. Vemos que o próprio cristianismo surge da constatação de tal paradoxo. Assim, aquele que se guia pela ética da convicção sempre atribui as más consequências de seus atos ao mundo ou a Deus, numa atitude profundamente egoísta. O Cristão preocupa-se apenas com a salvação de sua alma, pois até o universo pode perecer, mas a alma é eterna.
- Já a “Ética da Responsabilidade” (Verantwortungsethik) é representada pela frase: “*Devemos responder pelas previsíveis consequências de nossos atos*”. É aquela que o homem de ação não pode deixar de adotar; ela ordena a se situar numa situação, a prever as consequências das suas possíveis decisões e a procurar introduzir na trama dos acontecimentos um ato que atingirá certos resultados ou determinará certas consequências que desejamos. A ética da responsabilidade interpreta a ação em termos de meios-fins. É possível que num momento dado haja uma tensão sobre o homem de ação e os executantes, estes talvez tenham a sensação de que foram enganados (nós, os eleitores, por exemplo), mas se este era o único meio de atingir o objetivo pretendido, quem terá o direito de condenar os que enganaram pelo bem do Estado? O homem de Estado emprega meios reprovados pela ética vulgar para realizar um objetivo supraindividual, que é o bem da coletividade. Assim como para

Maquiavel, para Weber as questões do mundo são mais importantes do que as da alma.

No final do ensaio, Weber acaba por fazer uma certa concessão à presença da “Ética da Convicção” na formação da vocação política: “Certo que a política se faz com o cérebro [referindo-se à ética da responsabilidade], mas indiscutível, também, que ela não se faz exclusivamente com o cérebro.” (grifo nosso)⁷⁷⁹. Mas, não obstante, a Ética da Responsabilidade continua sendo em grande monta predominante na determinação das ações políticas. Por fim, o homem político é aquele que atua com paixão e senso de proporção, sabendo a hora de parar e dizer: “Não posso agir de outro modo; detenho-me aqui”.⁷⁸⁰

Conforme bem lembrado por Renato Janine Ribeiro, tal forma de agir de um governante foi recorrentemente referenciada por um ex-Presidente do Brasil, Fernando Henrique Cardoso. Nas palavras de Janine Ribeiro:

Lembremos o ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Ele falou muito na ética da responsabilidade, conceito que Max Weber cunhou para dar conta do que Maquiavel iniciara. Teríamos por um lado a ética de princípios ou valores, e por outro a que leva em conta os efeitos previsíveis da ação. O homem privado poderia dar-se ao luxo de seguir os princípios, em sua pureza.

Já o homem público precisa pautar-se pela ética da responsabilidade, insistia FHC, citando Weber (teve a cautela de não citar Maquiavel). Esse foi um ponto de debate no governo passado, com parte da oposição atacando o presidente em nome de um discurso moral. Subentendia-se que a ética da responsabilidade fosse uma ética com desconto, uma ética enfraquecida, até mesmo uma não-ética. Mas ela não é isso⁷⁸¹.

A posição de FHC, admita-se, era uma excelente resposta àqueles que o criticavam por ter supostamente abandonado suas ideias registradas em seus trabalhos acadêmicos, em prol de uma visão mais realista e pragmática acerca da forma possível de governar. Seus críticos, eventualmente, sucumbiram a essa forma de pensar as coisas do governo, quando vieram a assumir o poder.

O que se vê em tempos mais atuais no mundo, no entanto, é a ascensão de projetos políticos que, ao menos em parte, veem o exercício do poder como uma forma de impor sua particular visão de mundo. E o presente estudo

779. WEBER, MAX. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed., p. 121.

780. WEBER, MAX. *Ciência e Política: Duas vocações*. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed., p. 122.

781. Ribeiro, Renato Janine. *Maquiavel: do diabo à ética*. [<https://revistacult.uol.com.br/home/maquiavel-do-diabo-a-etica/>]. Acesso em 29 de julho de 2020.

busca, justamente, alertar para os riscos de tal *approach*, conforme já fomos alertados há tanto tempo por Weber.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este breve ensaio teve como objetivo reinserir a visão de autores clássicos acerca da visão republicana que deve revestir o pensamento e a prática da política, tendo em vista a obtenção do bem comum. Assim como a visão Jurídico-Constitucional do princípio da fraternidade apresentada pelo Min. Reynaldo, homenageado desta coletânea, também as características de um bom político devem ser vistas como destacadas de visões de mundo limitadas e conectadas a concepções morais específicas e, desde que respeitados os parâmetros constitucionais e legais, voltadas à construção de uma sociedade melhor para todos, e não apenas para aqueles que compartilhem suas particulares visões de mundo ou conjunto específico de valores morais.

REFERÊNCIAS

- Arendt, Hannah. Extrato de aula de história das teorias políticas, pronunciado em 1955, na Universidade de Berkeley. Tradução francesa por Marie Gaille-Nikodimov. *Magazine Littéraire*, nº 397, Abril de 2001.
- Berlin, Isaiah & Batkine, Léonide. **Maquiavel**. Leituras Universitárias, Fundação Projeto Rondon & Ministério da Educação.
- Bobbio, Norberto & Viroli, Maurizio. **Diálogo em torno da República**. Rio de Janeiro, Campus: 2002.
- Maquiavel, Nicolau. **O Príncipe**. São Paulo: ed. Nova Cultural (coleção Os Pensadores), 2004.
- Merleau-Ponty, Maurice. Nota sobre Maquiavel, in **Signos**, Martins Fontes.
- Ribeiro, Renato Janine. **Maquiavel: do diabo à ética**. [<https://revistacult.uol.com.br/home/maquiavel-do-diabo-a-etica/>]. Acesso em 29.07.2020.
- Skinner, Quentin. **Maquiavel**. São Paulo: ed. Brasiliense, 1988.
- Viroli, Maurizio. **For Love of Country**. Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Viroli, Maurizio. **O Sorriso de Nicolau – História de Maquiavel**. São Paulo: Estação Liberdade, 2002.
- Viroli, Maurizio. **Republicanism**. New York: Hill and Wang, 1999.
- Weber, Max. **Ciência e Política: Duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1970, 3 ed.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO INSTRUMENTO PROPULSOR DE ACELERAÇÃO DEMOCRÁTICA

ARISTON CHAGAS APOLIANO JÚNIOR⁷⁸²

CARLOS HELDER FURTADO MENDES⁷⁸³

JOSÉ GUIMARÃES MENDES NETO⁷⁸⁴

1. INTRODUÇÃO

Tem-se enquanto concepção genuína e ampla da democracia, a pressuposição da necessária observância de pontos centrais tais como a participação política, o diálogo e a interação pública⁷⁸⁵. Diante disso, importa-se rememorar que, no caso do Brasil, o contexto democrático e político vem sendo acobertado de críticas e de desconfiças em razão, principalmente, da falta de diálogo e de interação para com a sociedade sobre a qual a classe política se propõem a representar.

782. Doutorando em Direito pela Universidade de Salamanca (USAL), Salamanca, Espanha. Mestre em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa (UFP), Porto, Portugal. Especialista em Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito e Engenharia Mecânica. Coordenador de Orientação e Aprimoramento das Medidas Cautelares Penais da Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão.

783. Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra e o IBCCRIM. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG. Bacharel em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Advogado Criminalista.

784. Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF). Especialista em Direito Eleitoral pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Especialista em Direito Penal Econômico pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE), da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela UNDB Centro Universitário (UNDB/MA). Advogado Criminalista e Eleitoralista. Professor da UNDB Centro Universitário.

785. SEM, Amartya. A ideia de justiça. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 360.

Tanto assim é verdade que a sociedade encontra-se em um grau de insatisfação para com os rumos da democracia brasileira, razão pela qual cresce o seu anseio por mudanças no sistema político⁷⁸⁶.

O presente capítulo deste livro tem como propósito pormenorizar o raciocínio teórico Ungeriano, bem como a forma sobre a qual esta deverá ser adotada para fins de construir um texto constitucional democrático experimentalista combinado com o precípua fundamento do abandono da forma de análise jurídica dominante. Ou seja, promover acelerações democráticas dentro do contexto nacional.

Assim sendo, o problema de pesquisa deste presente capítulo perpassa pelo seguinte questionamento: a fraternidade, enquanto argumento de princípio, serviria ou não como instrumento propulsor de aceleração democrática, por parte do Poder Judiciário, quando da inércia dos demais poderes da república nacional brasileira?

Para tanto, este capítulo será dividido em três partes. Na primeira, serão analisados os postulados filosóficos que servem de base sólida para a teoria do experimentalismo, bem como a defesa por este traga de que a análise jurídica dominante precisa ser reforjada para que sirvam como instrumento de acelerações democráticas.

Partindo do pressuposto de que o “principal papel da análise jurídica, deve ser informar a democracia sobre seus possíveis futuros alternativos. A meta é a aceleração democrática a partir do direito [...]”⁷⁸⁷ é que, no segundo momento, será destacada a fraternidade enquanto argumento de princípio, sendo importante (ou não) instrumento propulsor em momentos de inércia dos espaços próprios para deliberações políticas.

Na terceira parte, propõe-se examinar no campo prático como que o desencarceramento, a partir do princípio da fraternidade e do experimentalismo democrático, pode servir como política criminal a ser defendida não só em tempos de crise, proporcionando, com isso, acelerações democráticas necessárias para o contexto nacional sobre a qual se fala.

Isto posto, são esses os contornos que se pretende debruçar no presente capítulo, para assim, consolidar bases suficientes para a resposta do problema de pesquisa pensado.

786. SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. Uma mistura tóxica: política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em 16/01/2020. p. 01.

787. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

2. O NECESSÁRIO REFORJAMENTO DA ANÁLISE JURÍDICA DOMINANTE PARA FINS DE INSTRUMENTALIZAÇÃO DE ACELERAÇÕES DEMOCRÁTICAS

Segundo Mangabeira Unger,⁷⁸⁸ a análise jurídica necessita ser reorientada para que sejam evocados compromissos experimentalistas e democráticos. Isto é, a partir do momento que se aprofunda o conhecimento acerca da análise jurídica, mais forte passa a ser a percepção da necessidade de seu reforjamento para que, assim, sirva como ferramenta que alimente a imaginação e possa combater constrangimentos impostos por superstições e estruturas institucionais.

Para tanto, dois são os pressupostos filosóficos do raciocínio Ungeriano.

Preliminar a estes pressupostos, cumpre-se destacar que Mangabeira critica fortemente a tradição do direito constitucional, pois considera que a mesma não favorece um pensamento jurídico voltado para o exercício da imaginação institucional, tampouco fortalece a democracia.

Ademais, essa respectiva tradição advém de outras duas, quais sejam: a do constitucionalismo protodemocrático americano e a do weimarismo tardio das Constituições europeias e o seu foco exclusivo nos direitos econômicos e sociais. Assim, defende que a democracia reinvente-se para uma reorientação do direito constitucional, sendo, para tanto, necessária à observância a duas teses centrais⁷⁸⁹.

A primeira tese é a de que as democracias modernas devem ter o seu projeto reconstruído por meio do redirecionamento do direito constitucional, ou seja, por meio da inclusão de novos formatos que elevem a mobilização política dos cidadãos e, assim, amplie-se o experimentalismo democrático para todas as áreas da vida social. A segunda tese é a de que o momento constitucional brasileiro inibe o papel de contribuir e participar dessa reinvenção da democracia⁷⁹⁰.

Esta insurgência contra essas tradições e seus limites é medida a se adotar para fins de ser guiado por uma ideia em que as mudanças independam

788. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 159-60.

789. UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 58-9.

790. UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 58.

de momentos de crises e na qual a prática do direito troque a percepção de normas postas pela de imaginação de instituições alternativas⁷⁹¹.

A crítica, portanto, é quanto ao fato da análise feita pelo direito não se preocupar com estratégias imaginativas/alternativas de estruturas institucionais – por intermédio de experimentalismos –, mas tão somente voltado a estratégia de garantia e efetivação de direitos fundamentais, expressado na manutenção das estruturas institucionais vigentes e no estudo das implicações práticas.

Seria adequada a compreensão da análise jurídica na qual a mesma torne-se como ferramenta primordial para imaginação institucional/experimentalismo dentro de uma sociedade democrática⁷⁹².

Porém, necessário seria acumular os dois momentos: o instante da insistência na garantia e efetividade do gozo de direitos juntamente com o da imaginação jurídica de pluralismos institucionais imaginativos. No entanto, apenas o primeiro momento vem dominando o pensamento jurídico.

Essa não cumulação tem por fundamento a própria história política moderna, principalmente quanto ao período do acerto socialdemocrata, uma vez tendo este provocado a renúncia pela sociedade de um espectro maior de conflito e de controvérsia⁷⁹³.

Assim sendo, a abdicação da análise jurídica de transcender do momento de garantia e efetividade dos direitos para o de mudança institucional seria reflexo do acerto socialdemocrata. Consequentemente, a análise jurídica nesses moldes se empobrece, uma vez que se atém a fazer jus às promessas da socialdemocracia. Mangabeira denomina essa análise jurídica como racionalizadora, isto é, um racionalismo “prático de advogados e juízes” e que se difere da do século XIX e do analógico mais flexível e contextualizado predominantemente⁷⁹⁴.

A influência dessa análise jurídica é problemática não só por sustentar uma visão estática e unilateral de arranjos institucionais com relação ao pensamento jurídico, mas também por desconhecer as aptidões subversivas e transformadoras da análise jurídica, ou seja, proporcionando um desuso

791. UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 59-60.

792. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 41-2.

793. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 51-2.

794. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 51-3.

daquilo que é inerente a esta. No mais, impede que uma alternativa conceitual do direito tome espaço e, por ventura, venha a exercer também influência⁷⁹⁵.

Como solução, a análise jurídica deve manter constante dialogo sobre as estruturas institucionais, ou seja, abra-se para o experimentalismo institucional e se volte para a passagem do primeiro ao segundo passo, qual seja, o da reimaginação e reconstrução institucional⁷⁹⁶.

A característica principal da análise jurídica racionalizadora seria sua representação por “pedaços do direito como expressões, conquanto expressões imperfeitas, de conjuntos ligados de políticas públicas e princípios”, isto é, um “discurso generalizante e idealizador das políticas públicas e princípios interpreta o direito como um empreendimento social finalístico que procura alcançar esquemas abrangentes de dever moral e bem-estar”⁷⁹⁷.

Como diferencial, tem-se que a análise jurídica pressupõe que os ideais de princípios e de políticas públicas seriam de caráter inerente ao direito e que caberia aos intérpretes devidamente motivados e capacitados sua explicitação. Independência, para tanto, do conteúdo desses princípios e das políticas públicas⁷⁹⁸.

No mais, enquanto método, a análise jurídica racionalizadora interrompe o pensamento do direito ao supervalorizar o fenômeno do fetichismo institucional e fazer uma descrição das instituições, discursos e práticas atuais com as únicas formas possíveis. Portanto, consiste em uma forma de análise jurídica em que se racionaliza retrospectivamente políticas estagnadas inibindo atividade de experimentalismo institucional e subordinando, no direito, a imaginação democrática para quando dos momentos de crises⁷⁹⁹.

Assim, a análise jurídica racionalizadora funciona com a atribuição de proporcionar ao direito e às estruturas institucionais correspondentes a melhor forma possível, acabando por construir um mundo no qual são afastados e negados experimentos reais, bem como um formato coletivo e contínuo de

795. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 53-5.

796. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 46-50.

797. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 54.

798. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

799. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 42.

reflexão discursiva acerca do presente e o futuro institucional sob os olhares do direito⁸⁰⁰

Para Unger⁸⁰¹, seriam quatro as principais raízes negativas utilizadas como fundamentos para a análise jurídica racionalizadora: a) preconceito contra a analogia irrefletida; b) crença na necessidade de defesa de determinado sistema de direitos e do Estado de Direito; c) projeto político do reformismo progressista pessimista; e, d) obsessão pelo papel dominante do juiz.

Primeiramente, a análise jurídica racionalizadora possui um preconceito com a analogia por considerar que exista um modo de pensar o direito claro e coerentemente que estaria disponível ao jurista a partir do momento que este refletisse longamente, ou seja, o exercício da analogia seria um exercício irrefletido e, portanto, não deveria servir ao direito. Assim, considera como modelo rudimentar de raciocínio, razão pela qual defende que o seu abandono seria medida importante para fins de fomentar a clareza no pensamento jurídico⁸⁰².

Os defensores da análise jurídica racionalizadora justificam ainda o banimento por completo do raciocínio analógico sob o argumento de que abandonar a abstração pode acabar por proporcionar a eliminação de valores relevantes, tais como o de manutenção do sistema de direitos e Estado de Direito⁸⁰³.

Ocorre que, essa argumentação não deve prosperar exatamente pelo fator inverso o qual ela direciona, ou seja, a defesa da abstração, na verdade, fomenta ativismos e violações aos compromissos de um Estado de Direito e Democrático muito maiores do que a adoção de um raciocínio jurídico que preze pela analogia.

A analogia cumpre a ideia de sistema tão quanto proporciona racionalidade e coerência às normas constitucionais, pois possibilita que “casos ou conflitos de interesses semelhantes recebam tratamento semelhante”, bem como evita que “o intérprete crie uma contradição de valores no seio do sistema jurídica ao se desviar dos seus próprios princípios sem que haja razões suficientes para

800. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 57-8.

801. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 54.

802. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 43.

803. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 44.

esta contrariedade⁸⁰⁴. Desta forma, razão alguma sustenta o preconceito da análise jurídica racionalizadora à analogia.

No mais, enquanto segunda raiz negativa tem-se a defesa de determinado sistema de direitos e do Estado de Direito. A análise jurídica racionalizadora defende que se for adotado o método analógico, difícil será assegurar às pessoas quais seriam os seus direitos. Portanto, incapaz seria o combate contra as arbitrariedades⁸⁰⁵.

O discurso por trás do sistema de direitos acaba por incentivar um medo por reformas, diluindo, conseqüentemente, em uma onda de apreensões o que, por sua vez, direciona a uma fuga de capitais e de investimentos. Deste modo, encoraja mais ainda a resistência e perpetuidade de todo e qualquer impasse⁸⁰⁶.

Ocorre que, para Unger⁸⁰⁷, a adoção do método analógico e a conseqüente discricionariedade do intérprete ou julgador quando da utilização do mesmo deve ser entendida como inevitável. Destaca ingênua a esperança de que a aplicação da análise jurídica racionalizadora, por si só, seria capaz de paralisar as arbitrariedades no âmbito do direito. Por essa razão, defende que o jurista tenha como interesse não a racionalização de maneira retrospectiva dos permanentes conflitos políticos por intermédio de políticas públicas ou princípios, ou seja, não deve a análise jurídica se basear por cima, por intercessão de abstrações pretensamente universais, mas sim se utilizar de experimentalismos institucionais e basear o direito por baixo, isto é, sustentar-se por analogias contextualizadas.

Para Unger⁸⁰⁸, a arbitrariedade do método baseado em princípios e orientado por políticas públicas é pouco transparente se comparado com o raciocínio analógico, embora mais ambiciosa por proporcionar não só descrição do direito, mas também o modo de o melhorar. No mais, conquista ainda mais território com a timidez da democracia popular. Todavia, considera que esta segunda raiz negativa fracassa, pois:

804. LEONCY, Léo Ferreira. “Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente. 2011. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011. p. 118.

805. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 45.

806. GODOY, Arnaldo Moraes. Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018. p. 01-09. 2017. p. 09.

807. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 90-1.

808. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 101-2.

O estilo canônico de doutrina jurídica não pode ser entendido como a consequência inevitável da necessidade de pensarmos clara e coerentemente sobre o direito. Tampouco podemos explicá-lo e justificá-lo como o antídoto à arbitrariedade que protege o estado de direito ou um sistema de direitos. Ele precisa de um propósito mais bem definido. (UNGER, 2004, p. 102)

Como terceira raiz negativa da análise jurídica racionalizadora tem-se o reformismo progressista pessimista que se constitui em projetos políticos cuja característica primordial é a combinação entre conservadorismo institucional e objetivos programáticos⁸⁰⁹.

Duas crenças e um compromisso definiriam o reformismo pessimista progressista. A primeira é o mencionado conservadorismo institucional, ou seja, um reformismo conservador em que não se oferece espaço para mudanças institucionais. A segunda é a que proporciona o advérbio “pessimista” ao termo “reformismo”, em que, na produção do direito, os grupos impotentes e marginalizados seriam desfavorecidos pela maioria⁸¹⁰.

Portanto, estar-se-ia diante do compromisso do reformismo progressista pessimista, qual seja, o de “tratar os grupos mais fracos e pobres na sociedade – aqueles com maior probabilidade de não ter participado das lutas políticas sobre a produção do direito – como os beneficiários primeiros da reconstrução racional e retrospectiva do direito”⁸¹¹.

Assim sendo, ao jurista seria concedida a áurea de proteção ao fraco e de controle ao forte podendo, inclusive, realizar comedidas. Entretanto, importantes remanejamentos de recursos e/ou direitos para os que necessitam exercendo, assim, um “papel adequado na correção e no acabamento do direito”⁸¹².

No mais, em desfavor deste reformismo progressista pessimista Unger utiliza-se daqueles dois pressupostos filosóficos do experimentalismo: o da sociedade como artefato humano e tudo é política.

Desta feita, segundo a tese do experimentalismo institucional, a análise jurídica racionalizadora deveria ser abandonada por conta de sua defeituosidade

809. Enquanto exemplo de objetivos democráticos tem-se “concorrência econômica e iniciativa individual, distribuição mais ampla e igualitária dos benefícios do crescimento econômico e de oportunidades para expressão política e cultural, maior solidariedade social e desenvolvimento da vida associativa” (UNGER, 2004, p. 103).

810. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 70-1.

811. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 106.

812. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 106-121.

enquanto mecanismo de ação política, posto que tem compromisso tão somente com o engessamento institucional, não possuindo, portanto, mecanismos de enfrentamento das fontes mais densas que evitam que os objetivos programáticos sejam concretizados⁸¹³.

Como indiretamente já mencionado, a reorientação da análise jurídica perpassa, sobretudo, pela não aceitação a um papel judicante extensivo, ou seja, não se pode aceitar que ao juiz seja permitido fazer e atuar de maneira a chamar para si o protagonismo do pensamento jurídico. Portanto, necessário é se fazer com que o papel do juiz seja rebaixado a um papel secundário, de auxiliar aqueles que de fato são protagonistas: os cidadãos.

Neste tom que, por último, vem se destacar a quarta raiz negativa da análise jurídica racionalizadora: a possessão ao papel do juiz e de seu protagonismo primário quanto ao pensamento jurídico.

Como dito, para Unger⁸¹⁴, é impossível reorientar a análise jurídica sem que para isso se abandone o papel do Poder Judiciário como agente primário, ou seja, necessária é, para o experimentalismo institucional, que esse papel não seja adstrito ao juiz, mas sim aos cidadãos e que estes, por sua vez, vejam e tenham os juristas como seus assistentes técnicos.

Ou seja, a lição doutrinária de Mangabeira é carregada de forte preconceito com as expectativas que se deve ter na figura dos magistrados dentro do serviço do experimentalismo democrático. De acordo com Unger, o local propício a experimentalismos não deve ser o poder judiciário, mas deve servir como freio quanto às novidades e criatividade legislativas⁸¹⁵.

Para o experimentalismo institucional, o fato de as teorias constitucionais representativas partirem inicialmente do questionamento de como devem julgar os juízes só demonstra o fracasso da análise jurídica racionalizadora de passar do primeiro passo para o segundo, ou seja, de passar da preocupação exclusiva ao gozo dos direitos para o da reimaginação e reconstrução institucional⁸¹⁶.

Assim, a questão central da teoria do direito em torno das decisões judiciais não merece toda essa importância, uma vez que se presta a esconder compromissos não democráticos como alimenta e impede o desenvolvimento

813. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 48.

814. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 133.

815. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 49.

816. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

e progresso da análise jurídica e seu papel de fortalecer reimaginações institucionais⁸¹⁷.

A análise do papel do juiz pelo experimentalismo institucional é feita tendo por base os seus pressupostos filosóficos, isto é, a “sociedade como artefato humano” e “tudo é política”. Assim sendo, idealizando aplicabilidade a esses pressupostos.

Com isso, a análise jurídica, ao supervalorizar o papel do juiz como primordial, acabaria por provocar duas consequências principais. Primeiro, subordinaria a produção do direito ao que for produzido pelos juízes, o que, por sua vez, tanto seria uma infelicidade como caracterizaria clara interrupção ao avanço da democracia⁸¹⁸. Além do mais, permitiria que forte influência de seletos personagens (juízes, funcionários públicos, juristas privados) fosse exercida na análise jurídica em favor de suas ambições e ansiedades⁸¹⁹.

A segunda seria a usurpação a um vasto campo imaginativo cujas práticas melhores e diferentes da análise jurídica pudessem ser desenvolvidas, impondo, assim, constrangimento e paralisia a própria reinvenção da análise jurídica⁸²⁰.

O direito não deve ser instrumento de apatia, mas de aceleração da democracia. Com este viés que Unger defende o reforjamento da análise jurídica dominante para fins de que a democracia não seja subtraída, bem como para que se desloque a centralidade do papel do juiz e transforme este em assistente técnico do cidadão para assim se proporcionar um maior espectro de experimentalismos.

Portanto, Unger, ao defender a análise jurídica reforjada, basicamente intenta fazer com que a reorientação da apreciação jurídica sirva como instrumento para fins de concretização de experimentalismos institucionais. Ou seja, “o cidadão e não o juiz deve ser o interlocutor primeiro da análise jurídica. O alargamento do sentido de possibilidade coletiva deve se tornar a missão precípua do pensamento jurídico”⁸²¹.

817. GODOY, Arnaldo Moraes. Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger. Disponível em: <<http://www.robetounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018. p. 01-09. 2017. p. 06.

818. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrinchamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 49.

819. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 139-40.

820. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 140.

821. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 141.

De tal modo a reorientação da análise jurídica e o seu consequente reforjamento depende do afastamento das quatro raízes negativas da análise jurídica racionalizadora e da escolha da sociedade civil como fundamental interlocutora. Necessário também que a análise jurídica reforjada reflita por um todo os postulados filosóficos do experimentalismo, ou seja, “a sociedade como artefato humano” e “tudo é política”, transformando-se assim como instrumento para tanto⁸²².

Ao ser fiel ao seu postulado de que “tudo é política” Unger dá preferência à análise jurídica – ao direito –, enquanto instrumento de imaginação institucional e, assim, considera como importante fator para a criação de futuros alternativos nas democracias. E mais, exatamente por conta de compreender a sociedade como artefato humano propõe reorientar a análise jurídica para fins de que ela também abandone o fetichismo institucional⁸²³.

Desta feita, a análise jurídica reforjada, enquanto instrumento de imaginação institucional, busca solucionar como combinar os dois momentos e o conflito entre “os compromissos programáticos e os arcabouços institucionais que frustram a realização desses”⁸²⁴.

No que concernem às críticas a tese Ungeriana de reforjamento da análise jurídica e do Direito como instrumento de experimentalismo institucional, destaque deve se dar a que é feita por Waldron quando este defende um cosmopolitismo constitucional de viés claramente fetichista, pois, nesta, há a defesa de que a imaginação institucional deveria ser substituída pela observação as experiências de outros países e a absorção interna para aquelas ideias que se provarem mais resistentes segundo as condições práticas⁸²⁵.

Acontece que a crítica de Waldron ao experimentalismo institucional é de nítida incongruência, uma vez que acaba por negar aquilo que foi uma de suas principais contribuições no que toca à teoria constitucional, qual seja, a crítica trazida pelo autor quanto ao fenômeno obsessivo ao papel da jurisdição constitucional pela análise jurídica⁸²⁶.

822. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 50.

823. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 51.

824. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

825. WALDRON, Jeremy. Dirty little secret. *Columbia Law Review*, p. 510-530. 1998

826. WALDRON, Jeremy. Dirty little secret. *Columbia Law Review*, p. 510-530. 1998.

Deve-se restar claro que, para a perfeita compreensão do projeto experimentalista, necessário se faz abandonar as quatro raízes negativas da análise jurídica racionalizadora, posto que, uma vez assim não acontecendo, as críticas incorrerão sempre em aspectos infundados e não coerentes.

Unger defende que a análise jurídica tenha, pelos juízes, uma postura modesta quando da interpretação das regras no momento de julgamento, fora deste, entretanto, a postura pode vir a ser ambiciosa. Além disso, a aplicação do direito deve ser praticada utilizando-se da analogia, contextualmente orientada na interpretação das leis e das decisões judiciais passadas⁸²⁷.

Assim sendo, a prudência defendida por Unger quando da demarcação de critérios para que os juízes possam julgar, indubitável que as críticas dirigidas a sua obra, sobre o fato de que a aplicação dos pressupostos filosóficos, no âmbito da apreciação jurídica, acabaria proporcionando confusão entre direito e política, são equivocadas. A posição de modéstia na aplicação do direito permite que não mais seja percebida a ausência de diferenciação entre o direito e a política, porém, não significa que não possa haver, eventualmente, a possibilidade da atuação ativista dos juízes.

Com isso, o experimentalismo institucional defende uma prática voltada ao raciocínio analógico contextualmente orientado e fundamentado na interpretação legal e não uma preocupação inicial de que forma e como os magistrados devem julgar. Contudo, o experimentalismo admite a possibilidade de ativismo judicial desde que este não aconteça de maneira abstrata e sendo sempre preferível do que a manutenção do vazio imaginativo provocado pela indiferença democrática. Dessa forma, o ativismo é política judicial de caráter excepcional que, embora não desejada, deve sim ter sua intervenção circunstancial defendida quando da percepção da necessidade de retirada do marasmo para uma aceleração democrática⁸²⁸.

Assim sendo, embora o Mangabeira critique veementemente o constitucionalismo, sobretudo, quanto ao papel do poder judiciário, observa-se que o mencionado autor defende a atuação deste de maneira mais proativa desde que seja para retirar do momento de apatia democrática para um momento de aceleração e incentivo. Ou seja, embora alguns considerem uma contradição na postura do autor⁸²⁹, a verdade é que sua posição mantém coerência com

827. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 57.

828. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrincheiramento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60-4.

829. GODOY, Arnaldo Moraes. Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira

sua teoria experimentalista, pois, observa que inclusive o poder judiciário tem compromisso com o experimentalismo, desde que aja abstratamente e para retirar a democracia de determinado momento de inércia e apatia.

3. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE COMO PROPULSOR EM MOMENTOS DE INÉRCIA DOS ESPAÇOS PRÓPRIOS PARA DELIBERAÇÕES POLÍTICAS

Como dito, a teoria do experimentalismo, para fins de propulsões de aceleração democrática, concorda com o pressuposto de que o espaço ideal para tanto é o espaço deliberativo própria da democracia, ou seja: o Poder Legislativo e/ou Executivo. Porém, na inércia/apatia destes caberia ao Poder Judiciário promover acelerações democráticas, uma vez que também deveria ter compromisso com o experimentalismo desde que assim o fizesse de maneira abstrata.

Porém, questiona-se: de que forma abstrata, poderia o Poder Judiciário ter compromisso com o experimentalismo, retirando a democracia nacional de determinado estado de inércia?

O princípio da fraternidade parece cumprir perfeitamente com essa missão, vez que o seu papel de servir como ponto de equilíbrio entre os direitos a liberdade e igualdade, para concretude de um sistema de justiça viável, acaba por servir também com o compromisso do experimentalismo de promover acelerações democráticas, pelo Poder Judiciário, quando da inércia dos demais poderes republicanos⁸³⁰.

Desta forma, redescobrir o princípio da fraternidade cumpre com um importante papel que, até então, não tinha sido considerado pelos autores que o defendem. Isto é, o princípio da fraternidade cumpre com o compromisso democrático de aceleração para fins de, assim, retirar da inércia quando o ambiente deliberativo democrático próprio pra tanto estiver sendo inerte.

De acordo com o Min. Reynaldo Fonseca⁸³¹ o princípio da fraternidade serviria para uma maior eficiência e celeridade, ajudando nas transformações sociais e fazendo com que se garanta a efetivação de direitos fundamentais,

Unger. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018. p. 01-09. 2017.

830. DA FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 167.

831. DA FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 167-8.

mais também se proporcione um desenvolvimento para uma sociedade mais fraterna.

Inclusive, no âmbito penal, mesmo com todo o anseio popular e midiático no sentido contrário, o princípio da fraternidade serviria para construir uma justiça criminal restaurativa.

Serviria para fazer com que a ótica da execução da pena não impeça com que haja a reconciliação do sujeito que cometeu o delito para com a sociedade que ora se encontra afastado⁸³². Isso, por sua vez, seria muito além do que só garantir direitos fundamentais, ou seja, seria compromisso experimentalista por acelerações democráticas.

Desta feita, pelo princípio da fraternidade o Poder Judiciário pode efetivar o compromisso com o experimentalismo democrático, sobretudo para fins de promover, conforme a lição de Mangabeira Unger, as acelerações democráticas e assim retirar da inércia quando dos momentos de apatia por parte dos poderes republicanos próprios para tanto.

Todavia, não obstante a defesa pela doutrina ungeriana do experimentalismo a partir da utilização de argumentos de princípios, importa-se, ainda que em título conclusivo, alertar para o fato de que se faz a defesa e estímulo desse arsenal teórico desde que o mesmo seja adotado com os devidos freios, quais sejam, as regras do jogo constitucionalmente previstas⁸³³.

Portanto, o estímulo – como regra –, ressalvado as situações excepcionais de inércias, aos experimentalismos democráticos deve acontecer nos lugares de deliberação que a Constituição expressamente reservar para o debate de alguns temas, enquanto que, o papel do STF deve ser, não de estímulo ao novo, não de fomento a criatividade legislativa, mas sim de freio aos abusos e exageros, uma vez considerando o seu papel típico e institucional de guarda da Constituição⁸³⁴.

832. DA FONSECA, Reynaldo Soares. O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 168-70.

833. MENDES NETO, José Guimarães. Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro. Salvador: Editora JusPodvim. 2019. p. 44-47.

834. MENDES NETO, José Guimarães. Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro. Salvador: Editora JusPodvim. 2019. p. 47-50.

4. DO DESENCARCERAMENTO COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL EM TEMPOS (NÃO SÓ) DE CRISE/ PANDEMIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Segundo Rodrigo Mudrovitsch⁸³⁵, As teses do fetichismo institucional e estrutural e da convergência produzem consequências “dramáticas” para a democracia por, basicamente, quatro motivos: a) por proporcionar a desaceleração da democracia; b) porque a combinação de ambas faz com que as diferenças entre democracias sejam extintas em busca de uma maior adesão às práticas e instituições projetadas pelos países com maior influência pelo mundo; c) porque ambas direcionam a reinvenção da democracia pela política tão somente quando da ocorrência de momentos de crises; d) porque ao homem é intrínseco um poder de reinventar e refazer a sociedade que transcende a qualquer coisa.

Por sua vez, a versão socialdemocrata alimenta ainda mais a ideia de que as mudanças jurídico-institucional e social apenas ocorreriam em momentos excepcionais advindos, sobretudo, de períodos caóticos. Assim, restaria como propósito do pensamento jurídico e da economia política tão somente a sistematização e a completude para o futuro do que de bom ou criativo fora criado durante esse período⁸³⁶.

Contudo, essa ideia de mudanças em momentos de crise possui defeitos que ajudam a fortalecer o fetichismo estrutural e institucional em desfavor do pensamento democrático. Primeiro porque a relação entre crise e momento reconstrutivo alteram-se no decorrer da história. Segundo por consistir no fato de que a experiência reconstrutiva não se trata de algo de difícil acesso. Terceiro porque o momento calmo subsequente ao período revolucionário não é tão rotineiro quanto, provavelmente, pode parecer⁸³⁷.

O experimentalista democrático não se prende aos momentos de crises para as reconstruções institucionais, é preciso sempre fazer com que essa fase independa cada vez mais dos períodos abruptos aos quais a versão socialdemocrata ajuda a alimentar. Isto é, o abandono e o enfraquecimento da política, das diferenças socioculturais e do experimentalismo democrático representa

835. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

836. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 32-3.

837. UNGER, Roberto Mangabeira. O direito e o futuro da democracia. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 33.

o aprisionamento do homem para as ideias novas e de tom inovador que estiverem ao seu alcance, independente de momentos abruptos⁸³⁸.

Assim sendo, a saída seria pelo engrandecimento da condição humana para que o homem não se limite às conjunturas institucionais e socioculturais existentes e, assim, possa praticar o pensamento constante da sociedade para fins de inovação e reinvenção da realidade posta.

No caso específico do Brasil, não se pode contar com as crises como propulsoras de mudanças, pois internamente as instituições devem fazer esse papel. Assim, estas devem ser reorganizadas para fins de que a transformação tome impulso internamente e, portanto, independa de circunstâncias externas favorecedoras, tais como as crises. Com isso, a transformação experimentalista visa amortecer o vínculo outrora existente entre mudanças e crises⁸³⁹.

Sabe-se que o momento atual é de incontestável crise sanitária, econômica (e, no Brasil, quiçá política), causada pela pandemia da COVID-19 (coronavírus). Sendo assim, considerando o critério teórico trago para este capítulo, não seria o momento ideal para experimentalismos democráticos.

Contudo, com o crescimento dos casos suspeitos no Brasil e, especificamente, no caso do Maranhão, o isolamento social foi pensado como alternativa para fins de diminuir a taxa de contaminação. Ocorre que, considerando o contexto do sistema penitenciário, como que esse isolamento se daria?

No Maranhão, por exemplo, o Sistema de Administração Penitenciário do Estado do Maranhão decidiu pela suspensão das visitas aos presos em todas as unidades prisionais do Estado do Maranhão como medida estratégica “para manutenção da ordem e segurança”.

Nesse mesmo sentido, o Conselho Nacional de Justiça na Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020, recomendou que os Magistrados de Competência Criminal adotassem medidas preventivas à propagação do novo COVID-19 nos estabelecimentos do sistema prisional. Em consonância, assim o também fizera o Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão na Recomendação nº 01 de 20 de março de 2020.

Ou seja, não obstante seja um incontestado momento de crise, vê-se que medidas para acelerações democráticas ficaram abstratamente permitidas, dentro da regra do jogo constitucional, aos membros do Poder Judiciário.

838. MUDROVITSCH, Rodrigo. Desentrançamento da jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 26.

839. UNGER, Roberto Mangabeira. A constituição do experimentalismo democrático. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011. p. 61-2.

A razão não foi só a inércia dos demais poderes, mais também a questão do tempo que levaria aos demais poderes para fins de propulções de solução.

No caso da pandemia provocada pela COVID-19 (coronavírus) a fraternidade serviria como argumento de princípio ao Poder Judiciário para proporcionar acelerações democráticas, impulsionando o contexto democrático nacional, no âmbito da seara penal, cumprindo, assim, com o maior desafio desta última, qual seja: o de possibilitar a adoção de uma justiça restaurativa, prevenindo da reincidência e proporcionando os laços fraternos com o sujeito autor do respectivo delito.

Neste sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça, sob a luz do Ministro Reynaldo Fonseca, ao se posicionar que quando da comprovação de enfermidades e o enquadramento no grupo de risco da pandemia da COVID-19 há a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar⁸⁴⁰.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na vontade de se coadunar o originário projeto constitucional para com os anseios da sociedade, algumas questões passaram a ser prioritárias para mudanças, como, por exemplo, a questão do desencarceramento como medida de política criminal, inclusive quando em momentos de crises como a crise sanitária sobre a qual o Brasil está acometido por conta da COVID-19.

Assim sendo, nesse cenário é que o artigo ora realizado se propôs ao enfrentamento do seguinte problema: a fraternidade, enquanto argumento de princípio, serviria ou não como instrumento propulsor de aceleração democrática, por parte do Poder Judiciário, quando da inércia dos demais poderes da república nacional brasileira?

Para tanto, partiu-se, inicialmente, dos postulados filosóficos que sustentam o raciocínio experimentalista de Mangabeira Unger, bem como se destacou a crítica a forma dominante de pensar o direito e a necessidade do reforjamento da análise jurídica para que sirva como ferramenta experimentalista direcionada à aceleração da democracia.

Quanto a isso, tomou-se como primeira conclusão que: era necessário a defesa pelo desapego da análise jurídica dominante, ou seja, que haja um desprendimento da aquela análise jurídica que se preocupa tão somente com a efetivação de direitos fundamentais e nada com a reestruturação e reimaginação

840. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCD no Habeas Corpus nº 563.142 – SE (2020/0044621-5). Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 2020.

institucional. Isto é, que passe a se adotar uma análise jurídica reforjada que sirva como instrumento de experimentalismos democráticos, que não só convenha para efetivação de direitos fundamentais, mas também para reinventar e reimaginar as instituições, proporcionando, assim, acelerações democráticas.

Assim sendo, embora o Mangabeira critique veementemente o constitucionalismo, sobretudo, quanto ao papel do poder judiciário, observou-se que o mencionado autor defende a atuação deste de maneira mais proativa desde que seja para retirar do momento de apatia democrática para um momento de aceleração e incentivo.

Ou seja, embora alguns considerem uma contradição na postura do autor⁸⁴¹, a verdade é que sua posição mantém coerência com sua teoria experimentalista, pois, observa que inclusive o poder judiciário tem compromisso com o experimentalismo, desde que aja abstratamente e para retirar a democracia de determinado momento de inércia e apatia.

Posteriormente, no segundo momento, a análise foi quanto a fraternidade enquanto argumento de princípio. Isto é, se serviria como instrumento propulsor em momentos de inércia dos espaços próprios para deliberações políticas.

Em conclusão secundária, posicionou-se no sentido de que o princípio da fraternidade pelo Poder Judiciário pode efetivar o compromisso com o experimentalismo democrático, sobretudo para fins de promover acelerações democráticas e assim retirar da inércia quando dos momentos de apatia por parte dos poderes republicanos próprios para tanto.

Todavia, não obstante a defesa pela doutrina ungeriana do experimentalismo a partir da utilização de argumentos de princípios, importa-se, ainda que em título conclusivo, alertar para o fato de que se faz a defesa e estímulo desse arsenal teórico desde que o mesmo seja adotado com os devidos freios, quais sejam, as regras do jogo constitucionalmente previstas⁸⁴².

Portanto, o estímulo – como regra –, ressalvado as situações excepcionais de inércias, aos experimentalismos democráticos deve acontecer nos lugares de deliberação que a Constituição expressamente reservar para o debate de alguns temas, enquanto que, o papel do STF deve ser, não de estímulo ao novo, não de fomento a criatividade legislativa, mas sim de freio aos abusos e

841. GODOY, Arnaldo Moraes. Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2018. p. 01-09. 2017.

842. MENDES NETO, José Guimarães. Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro. Salvador: Editora JusPodvim. 2019. p. 44-47.

exageros, uma vez considerando o seu papel típico e institucional de guarda da Constituição⁸⁴³.

Por último, examinou-se todo esse acervo teórico buscando comunicar para com o campo prático.

Sendo assim, considerando o momento de pandemia provocada pela COVID-19 (coronavírus), a fraternidade serviria como argumento de princípio ao Poder Judiciário para proporcionar acelerações democráticas, impulsionando o contexto democrático nacional, no âmbito da seara penal, cumprindo, assim, com o maior desafio desta última, qual seja: o de possibilitar a adoção de uma justiça restaurativa, prevenindo da reincidência e proporcionando os laços fraternos com o sujeito autor do respectivo delito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RCD no Habeas Corpus nº 563.142 – SE (2020/0044621-5. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 2020.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.

DA FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

GODOY, Arnaldo Moraes. **Notas para uma introdução ao pensamento de Roberto Mangabeira Unger**. Disponível em: <<http://www.robertounger.com/pt/wp-content/uploads/2017/01/notas-para-introducao-unger.pdf>>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2020. p. 01-09. 2017.

LEONCY, Léo Ferreira. **“Princípio da simetria” e argumento analógico: o uso da analogia na resolução de questões federativas sem solução constitucional evidente**. 2011. 182 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo. 2011.

MENDES NETO, José Guimarães. **Experimentalismo constitucional no direito brasileiro**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. 240p.

MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.

POSNER, Richard A. **Direito, Pragmatismo e Democracia**. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

843. MENDES NETO, José Guimarães. *Experimentalismo Constitucional no Direito Brasileiro*. Salvador: Editora JusPodivm. 2019. p. 47-50.

SARMENTO, Daniel; OSORIO, Aline. **Uma mistura tóxica:** política, dinheiro e o financiamento das eleições. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/1/art20140130-01.pdf>. Acesso em 16/01/2020.

SEM, Amartya. **A ideia de justiça.** Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 360.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia.** São Paulo: Boitempo, 2004.

UNGER, Roberto Mangabeira. **A constituição do experimentalismo democrático.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257. p. 57-72, maio/ago. 2011.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Política:** os textos centrais. São Paulo: Boitempo; Santa Catarina: Editora Argos, 2001.

WALDRON, Jeremy. **Dirty little secret.** Columbia Law Review, p. 510-530. 1998.

DIREITO FUNDAMENTAL À PROTEÇÃO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

LÍVIA CRISTINA MARQUES PERES⁸⁴⁴

*Quando olhei a terra ardendo
Qual fogueira de São João
Eu perguntei a Deus do céu, ai
Por que tamanha judiação*

(Luiz Gonzaga e Humberto Teixeira)

1. INTRODUÇÃO

Ano de 2020, crise sanitária de espectro mundial que se espalha por setores vários da sociedade brasileira. Os direitos fundamentais agonizam. À dignidade da pessoa humana, urge que o princípio isonômico seja manejado no viés da igualdade fática. O Estado não consegue reagir com a rapidez exigida pelos direitos em sofrimento. Diálogo e cooperação entre instituições, imanência do princípio da fraternidade, são os pilares a uma abordagem de adequada resposta aos danosos efeitos gerados pela pandemia oriunda do novo coronavírus.

A implementação das políticas públicas voltadas aos direitos sociais, mesmo antes do contexto desenhado pela pandemia, já vinha sinalizando seu afastamento do princípio isonômico. A heterogeneidade da sociedade brasileira e a vasta extensão territorial, com localidades de difícil acesso, direcionam as ações estatais a grupos majoritários, deixando permanecer

844. Graduada em direito pela Universidade Federal do Pará. Juíza Federal do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em auxílio à Presidência do Conselho Nacional de Justiça. Ex-Juíza do Tribunal Regional Eleitoral do Amapá. Ex-Diretora do Foro da Seção Judiciária do Amapá. Ex-Coordenadora do Centro Judiciário de Conciliação e dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Amapá. Ex-Procuradora da Fazenda Nacional. Ex-Analista de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará. E-mail: marquesperes@uol.com.br

em situação de invisibilidade os mais vulneráveis do estrato social, o que prenuncia a ausência de informações sobre raça e cor de importantes bases de dados estatais, como as dos registros civis e as dos processos judiciais.

A disciplina do exercício de um direito social que não leva em conta as peculiaridades impressas pela vulnerabilidade socioeconômica viola o princípio da igualdade no postulado de que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade.

Outrossim, a assunção pelo Estado brasileiro da condição de Estado-Providência, ao tempo em que reafirmada a garantia do acesso à justiça como direito fundamental, fez com que o Judiciário pátrio experimentasse fenômeno similar ao suportado por alguns países europeus no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial: elevada judicialização e lentidão na tramitação dos processos judiciais.

Quando o exercício dos direitos sociais esbarra na realidade econômico-financeira do poder público, caminho inexorável é a instauração da via judicial para suprir a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo.

Se anteriormente ao dramático quadro estabelecido pela pandemia oriunda do novo coronavírus, o Estado-administração já vinha apresentando dificuldades para cumprir as prestações positivas a que obrigado, a crise sanitária revelou a desfuncionalidade da atuação estatal em formato tradicional, isto é, instituições estatais buscando exercer suas atribuições isoladamente sem conexão com as demais de mesma natureza pública ou instituições privadas.

Avultaram-se, como elemento conectivo em busca de efetivação, a solidariedade nas relações sociais e o princípio da fraternidade nas relações jurídicas. O dever-ser centra-se na cooperação. O vetor interpretativo dado pelo preâmbulo da Constituição Federal de 1988 ganha premência em materializar-se; clama-se que a sociedade se volte à harmonia social e comprometa-se com as soluções pacíficas de controvérsias, no que se inclui o poder público, emissor de comandos a guiar os cidadãos administrados.

Tal qual o direito fundamental à proteção judicial é o alicerce de todos os demais direitos fundamentais, a igualdade fática é o que lhe dá substrato e alinha-o às bases democráticas do Estado Democrático de Direito. Grande desafio, no entanto, é dar concretude à igualdade mediante ação estatal efetiva e perene de compensação das desigualdades de oportunidades.

2. IGUALDADE E JUSTIÇA SOCIAL

Seguindo a trilha dos que extraem do preâmbulo da Constituição valor normativo, tal qual externado pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 2.649/DF, relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁸⁴⁵, pode-se enunciar que o Estado brasileiro funda-se na democracia, destina-se a assegurar direitos sociais e individuais, cabendo-lhe conduzir a sociedade segundo os cânones da fraternidade, do pluralismo, da harmonia social e do compromisso com a solução pacífica das controvérsias.

A partir dos artigos 1º a 3º da Carta Magna, tem-se que na República Federativa do Brasil todo o poder emana do povo; há separação de Poderes; tudo está alicerçado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político; além de presentes explícitos objetivos fundamentais a serem perseguidos.

Diante da conformação estatal enunciada, calha trazer à baila a declaração de Canotilho de que o estado de direito é materialmente referenciado pela ideia de justiça social.⁸⁴⁶ Sobressai a igualdade como um princípio de justiça social a consubstanciar a igualdade de oportunidades e de condições reais de vida, as quais firmam conexão com a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais e funcionam “não apenas como fundamento antropológico-axiológico contra a ‘discriminação’, objetivas ou subjetivas, mas também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdades de oportunidades”⁸⁴⁷.

Um dos objetivos da República Federativa do Brasil, constitucionalmente comprometida com a dignidade da pessoa humana, reside na redução de desigualdades sociais e regionais. A igualdade como direito fundamental tem por contraponto o dever de o Estado dispensar a todos igual tratamento, nos termos positivados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o que não significa que todos devam ser tratados exatamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos.⁸⁴⁸

845. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia. Dje-197 de 16.10.2008.

846. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 244-5.

847. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 430.

848. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 397.

Em uma sociedade heterogênea e democrática, a situação das minorias não pode ser desprezada, assim, paralelamente às medidas de maior alcance, soluções adequadas às vicissitudes de dado grupo devem ser levadas em conta na implementação das políticas públicas. Todos que ocupam o território brasileiro são destinatários dos direitos e garantias fundamentais, sem descurar que o postulado isonômico também alcança a compensação das desigualdades de oportunidades.

Nessa quadra, digna de registro a situação inaugurada com o novel auxílio emergencial, instituído pela Lei nº 13.982/2020⁸⁴⁹ e configurado como medida de proteção social atenuante dos efeitos da crise sanitária relativa ao coronavírus.

A operacionalização do exercício do direito assistencial em foco, concebido originalmente para durar por três meses, não considerou em suas bases iniciais o delicado quadro que assola brasileiros em situação de vulnerabilidade extrema, destinatários primeiros das normas constitucionais delineadoras da assistência social, a qual, pelo texto da Carta Magna, deve ser “prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social” (Constituição Federal de 1988, art. 203, *caput*).

As regras infralegais referentes ao auxílio emergencial disciplinam duas formas de acesso: a) para os inscritos no Cadastro Único até 20/3/2020, nenhuma necessidade de provocação há; e b) para os não inclusos na base de dados do Cadastro Único, devida a formalização da demanda a partir de formulário disponibilizado em plataforma digital, nos termos Decreto nº 10.316/2020⁸⁵⁰ c/c a Portaria Ministério da Cidadania nº 351, de 7 de abril de 2020.

849. Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos: I – seja maior de 18 (dezoito) anos de idade, salvo no caso de mães adolescentes; (Redação dada pela Lei nº 13.998, de 2020); II – não tenha emprego formal ativo; III – não seja titular de benefício previdenciário ou assistencial ou beneficiário do seguro-desemprego ou de programa de transferência de renda federal, ressalvado, nos termos dos §§ 1º e 2º, o Bolsa Família; IV – cuja renda familiar mensal per capita seja de até 1/2 (meio) salário-mínimo ou a renda familiar mensal total seja de até 3 (três) salários mínimos; V – que, no ano de 2018, não tenha recebido rendimentos tributáveis acima de R\$ 28.559,70 (vinte e oito mil, quinhentos e cinquenta e nove reais e setenta centavos); e VI – que exerça atividade na condição de: a) microempreendedor individual (MEI); b) contribuinte individual do Regime Geral de Previdência Social que contribua na forma do *caput* ou do inciso I do § 2º do art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991; ou c) trabalhador informal, seja empregado, autônomo ou desempregado, de qualquer natureza, inclusive o intermitente inativo, inscrito no Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico) até 20 de março de 2020, ou que, nos termos de autodeclaração, cumpra o requisito do inciso IV.

850. Art. 5º Para ter acesso ao auxílio emergencial, o trabalhador deverá: I – estar inscrito no Cadastro Único até 20 de março de 2020; ou II – preencher o formulário disponibilizado na plataforma digital, com autodeclaração que contenha as informações necessárias. § 1º A plataforma digital poderá ser utilizada para o acompanhamento da elegibilidade ao auxílio emergencial por todos os trabalhadores. § 2º A inscrição no Cadastro Único ou preenchimento da autodeclaração não garante

A imposição de manuseio de plataforma digital, sem qualquer temperança, para acesso ao benefício dos não inscritos no Cadastro Único, consubstancia patente violação ao princípio da igualdade; simplesmente desconsiderada a realidade dos excluídos digitais, também integrantes da sociedade brasileira, essa com traços firmes de pluralidade e de desigualdade.

Para exercício do direito ao auxílio emergencial, as regras de início editadas tomaram em consideração duas premissas com ares absolutos: os necessitados da assistência social já se encontram mapeados pelo Estado mediante o Cadastro Único; os não alcançados pelo cadastramento têm acesso a meios tecnológicos, ainda que simples, como o celular.

A primeira premissa é confirmada pelo dispositivo da Lei n.13.982/2020 a enunciar que a análise dos requisitos do benefício observará informações das bases de dados dos órgãos federais (art, 2º, §11). Pela regra, vê-se que ofuscada a situação fática de que existem, no corpo social, indivíduos cujos dados não integram os repositórios oficiais de informações, não obstante, como sujeitos de direito, sejam destinatários de direitos fundamentais, entre os quais os da assistência social.

A segunda premissa potencializa a violação da isonomia perpetrada pela primeira. Na disponibilização da plataforma digital pela Caixa Econômica Federal, instituição financeira pública federal selecionada para a operacionalização do auxílio emergencial, foi estabelecida a exigência de uma linha de telefonia móvel por CPF requerente, imposição ausente dos regramentos jurídicos aplicáveis à espécie, mas estabelecida como regra negocial do sistema informatizado por questão de segurança bancária a prevenir fraudes.

Inarredável a preocupação com a boa gestão do recurso público, entretanto, a solução dada para proteção deste valor não pode aniquilar o direito fundamental à assistência social dos indivíduos cujo nível de vulnerabilidade obsta o acesso a uma linha de telefonia móvel.

A argumentação avulta-se quando se observa que proteção absoluta ao patrimônio público ocorre apenas no tocante aos titulares do direito insertos nas camadas de maior vulnerabilidade socioeconômica.

Conforme notícias divulgadas em 26/5/2020, todo o aparato protetivo à ocorrência de fraudes não evitou que o benefício chegasse às mãos de proprietários

ao trabalhador o direito ao auxílio emergencial até que sejam verificados os critérios estabelecidos na Lei nº 13.982, de 2020. § 3º Não será possível para os trabalhadores integrantes de famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família e de famílias já inscritas no Cadastro Único se inscreverem na plataforma digital para requerer o auxílio emergencial.

de embarcações, de veículos automotores cujo valor supera R\$ 60 mil, de doadores de mais de R\$ 10 mil nas últimas eleições, de sócios de empresas com empregados cadastrados, de pessoas com domicílio no exterior, tudo a provocar a devida atuação da Controladoria Geral da União.⁸⁵¹

Do exposto, vê-se que a crise pandêmica desanuviou a emergência de o Estado brasileiro enfrentar a questão da invisibilidade social de grupos e indivíduos, incluindo-os de forma efetiva em políticas públicas a fim de emitir sinal de que realmente preocupado em cumprir os compromissos internacionais assumidos em torno dos direitos humanos. A democracia deve se ocupar das regras da maioria e dos direitos da minoria e, por meio de sua prática, “ajudar a promover um maior reconhecimento das identidades plurais dos seres humanos”⁸⁵².

Canotilho preleciona que um dos sentidos da democracia econômica e social é garantir tratamento preferencial às pessoas que não conseguem exercer os direitos sociais por condições econômicas, físicas e sociais.⁸⁵³ E acrescento: o tratamento clamado, adequado às peculiaridades das desigualdades oriundas dos diversos fatores, deve incidir quer na criação, quer na aplicação do direito.

Vale o ressaltado de que existem, em nosso sistema jurídico, documentos normativos que formalizam, por exemplo, a Política Nacional para a População em Situação de Rua (Decreto n. 7.053/2009⁸⁵⁴) e a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (Decreto n. 6.040/2007), esta última dando realce, para além dos sujeitos que se enquadram na categorização, aos espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica, bem como ao desenvolvimento sustentável.

Ficando apenas nesses dois grupos, no último, insertos os indígenas, forçoso concluir que não basta política diferenciada existente apenas em forma, é fundamental que esteja vivificada em medidas concretas que garantam os

851. <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/05/26/cgu-diz-que-ja-identificou-mais-de-160-mil-fraudes-em-auxilio-emergencial.htm> Acesso em: 27 maio 2020.

852. SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 388.

853. CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 348.

854. Art. 1º Fica instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a ser implementada de acordo com os princípios, diretrizes e objetivos previstos neste Decreto. **Parágrafo único.** Para fins deste Decreto, considera-se população em situação de rua o grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

direitos fundamentais, inclusive, mediante a compensação das desigualdades de oportunidades de que alguns brasileiros se ressentem.

Indígenas e demais povos e comunidades tradicionais sediadas na Amazônia, afora toda as mazelas decorrentes da crise pandêmica, sofrem pela ausência de políticas públicas efetivas na região. Fundamental não afastar do discurso protetivo da cobertura vegetal a garantia dos direitos fundamentais das minorias étnicas ali estabelecidas.

A ausência de estrutura médico-hospitalar nos estados amazônicos, escancarada com a pandemia, está estabelecida há anos. Faltam leitos de unidades de terapia intensiva em capitais; faltam médicos para prestar a assistência em localidades de difícil acesso; faltam gestão e empenho desmedido para adaptação de uma estrutura generalista a uma realidade peculiar, na qual presentes barreiras físicas e culturais; falta conhecimento dos direitos pelos titulares dos direitos; o Estado enquanto ficção jurídica é mal compreendido por não se fazer presente naquele mundo fenomênico.

3. ACESSO À JUSTIÇA

Dados do Conselho Nacional de Justiça, relativo ao ano de 2018⁸⁵⁵, revelam um Poder Judiciário com 78,7 milhões de processos, dos quais cerca de 40% dizem respeito a execuções fiscais – processos instaurados pela Fazenda Pública para cobrança de créditos titularizados pelo ente. Por vezes, sequer a judicialização na espécie está embasada em critérios racionais que justifiquem a instauração da via judicial, há créditos em valor inferior ao custo unitário do processo, que, consoante estudo realizado em 2011, representava R\$ 4.368,00, para os feitos processados na Justiça Federal.⁸⁵⁶

Digno de pronto ressaltar que o vultoso número de processos, em trâmite no Judiciário brasileiro, não pode levar à singela conclusão de que o direito de acesso à justiça é garantido em sua completude.

Estamos inseridos em uma sociedade complexa, permeada por desigualdades de todas as ordens. A distribuição orgânica da justiça confirma a assertiva. Os cidadãos residentes ao norte do país, além dos obstáculos sociais e culturais, revelados pelo desconhecimento dos direitos que titularizam, estão fisicamente

855. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2019, ano-base 2018*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Painéis Interativos > Justiça em Números Digital. Acesso em: 02 abril 2020.

856. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal*. Brasília: IPEA e CNJ, 2011.

distantes dos polos de justiça, o que deixa fragilizada a proteção da cartela de direitos fundamentais.

As disfunções do sistema de judicialização devem ser enfrentadas com medidas de *gestão de conflitos* – detecção de sua causa base para, solucionando-a, prevenir a litigiosidade e/ou manejo do meio mais adequado à sua efetiva resolução, quer pela jurisdição, quer pelos métodos consensuais – e de *gestão de processos* – modernização dos processos de trabalho na administração judiciária, adaptando-os às inovações tecnológicas compatíveis com a natureza do litígio.

O direito fundamental de acesso à justiça, por seu turno, é cânone que deve ter sua incolumidade protegida de todo e qualquer ataque: a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXV). Tal direito é o alicerce de todos os demais direitos. Outrossim, sua essência fundamental não se contenta com a mera viabilidade de ingresso às instâncias judiciais, requer que o instrumento do acesso seja legal, justo e garantidor de tutela adequada e efetiva.

O ordenamento jurídico disciplina a forma de se buscar a tutela jurisdicional, enunciando a Carta Magna que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). Ocorre que, diante das demais balizas constitucionais, não é suficiente uma mera subsunção do procedimento a uma lei em seu aspecto formal; para um processo justo, o Estado deve implementar medidas de compensação das desigualdades que obstam o acesso de alguns indivíduos aos órgãos judiciais, sem descuidar que deve primar, na criação das regras processuais e durante a tramitação do processo, pelo resguardo da isonomia e dos demais princípios constitucionais aplicáveis à espécie, como: contraditório, ampla defesa, juiz natural, duração razoável do processo, publicidade dos julgamentos etc.

Como núcleo do direito à proteção judicial, o aparato estatal deve viabilizar meio justo e adequado à solução do litígio, ao que não basta o jogo formal do processo – reduzido a formalidades e pressupostos processuais; o processo precisa encarnar sua essencial feição instrumental à garantia efetiva do direito material.

O Estado tem o dever de resguardar acesso efetivo e adequado à justiça, pois detém o monopólio da jurisdição e o dever de manter a paz jurídica.

No ponto referente à adequação da tutela, não se pode descurar dos métodos consensuais; adequados devem ser a tutela do direito e o meio para alcançá-la, com resolução do respectivo conflito de interesse.

A política judiciária nacional de *tratamento adequado dos conflitos de interesse* abarca o manuseio de *critérios racionais* no gerenciamento dos processos pelos órgãos judiciais, bem como a *identificação da causa base do conflito* para se chegar no meio apropriado de sua solução, com o que se promoverá adequadamente a tutela do direito em discussão.

Para os conflitos complexos, por exemplo, pode-se dizer que nem sempre a solução adjudicada mediante o método heterocompositivo da jurisdição consegue extirpar do mundo fenomênico a violação ou a ameaça de lesão em tempo compatível com a própria natureza do direito lesado ou ameaçado. Ouso dizer que o princípio da separação dos poderes dá altivez aos métodos consensuais na judicialização dos conflitos coletivos estruturantes, cuja solução atrela-se à implementação de políticas públicas inerentes aos direitos sociais.

Não é demais explicitar que a tutela a ser prestada pelo Estado há de ser adequada e efetiva, o que lhe imprime a exigência de ser entregue em tempo útil.

3.1 CONSENSUALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Nosso ordenamento está hoje com a consensualidade devidamente consolidada.

A arbitragem teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil, de sua banda, trata da atividade de mediadores e conciliadores, positiva estrutura orgânica do Judiciário voltada aos métodos consensuais, estabelece a obrigação de os entes políticos criarem câmara de mediação e conciliação no âmbito administrativo, institui a audiência de conciliação e mediação como regra no processo civil.

A Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015), além das regras afetas à mediação em si, traz instrumentos dirigidos ao Estado-administração, como as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, a transação por adesão e a composição extrajudicial

Em dezembro de 2018, as *Formas Consensuais de Solução de Conflitos* foram incluídas na grade curricular do curso de graduação em direito como conteúdo obrigatório.⁸⁵⁷

857. Resolução CNE/CES nº 5, de 17/12/2018.

No órgão central de controle e de planejamento estratégico do Poder Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, a *Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse*, instituída em 2010, com a edição da Resolução CNJ nº 125/2010, segue linha evolutiva em direção ao seu robustecimento.

É de se dizer que a atual estrutura jurídico-normativa da consensualidade no Brasil exclui qualquer voluntarismo dos integrantes do sistema de justiça para obstar sua aplicação. Pelo Código de Processo Civil, juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público devem estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, §3º).

Outrossim, há o poder-dever de os Poderes da República Federativa do Brasil, em todas as esferas da federação, implementar a pacificação social, consoante o vetor interpretativo dado pelo preâmbulo da Constituição Federal, os fundamentos e os objetivos do Estado brasileiro, também expressos na Carta Maior, e as demais regras infraconstitucionais.

Enfim, poder público e sociedade civil devem externar comportamentos denotadores da efetiva busca da paz social, como bem revelam as medidas autocompositivas de solução de controvérsias.

3.2. ACESSO À JUSTIÇA, CONSENSUALIDADE E IGUALDADE MATERIAL

O acesso à justiça, cuja natureza de direito fundamental exige sua concretização por meio de processo justo a levar a uma prestação jurisdicional adequada e efetiva, está umbilicalmente ligado ao princípio isonômico em sua vertente material. A igualdade de oportunidades deve guiar do ingresso aos órgãos judiciais à entrega da tutela jurisdicional, havendo de se enxergar cada grupo de vulneráveis em sua diversidade, pois as peculiaridades inerentes às vulnerabilidades representam concretas barreiras à proteção de direitos.

No entanto, uma questão importante, ainda que se apresente em graus diferentes entre os grupos em situação de vulnerabilidade, diz com a identificação, direito vestibular ao exercício de qualquer outro direito, inclusive o de acesso à justiça.

Para as pessoas em situação de rua, a pandemia provocada pelo novo coronavírus potencializou os problemas decorrentes da falta de documentos de identificação, revelando-se paliativa medida de afastamento das exigências documentais para concessão do auxílio emergencial, pois inábil em promover a inclusão cidadã imposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Essas pessoas precisam ser identificadas, precisam ingressar nas bases de dados oficiais com os caracteres de sua condição, precisam ser destinatárias de políticas públicas, precisam ter o direito à proteção judicial, ao que a identificação é pressuposto.

A complexidade das vulnerabilidades requer assimilação por parte de todos os setores do poder público das especificidades que as circundam. Para situações diversas, tratamento diverso é inarredável, o qual deve vir embasado no reconhecimento de que compomos sociedade plural e desigual, cujos indivíduos, em sua totalidade, são sujeitos de direito.

3.2.1. JUSTIÇA ITINERANTE E IMPLEMENTAÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES

A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, a justiça itinerante passou a integrar o Texto Constitucional para os segmentos das Justiças Federal, Trabalhista e Estadual, com alcance na realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional e possibilidade de utilização de equipamentos públicos e comunitários para seu funcionamento (Constituição Federal de 1988, artigos 105, §2º, 115, §1º e 125, §7º)

Se a atuação itinerante dos órgãos judiciais é de grande importância para o fortalecimento do acesso à justiça, para indivíduos em certas situações de vulnerabilidade, é essencial à promoção de cidadania.

Nesse ponto, calha trazer à baila o funcionamento itinerante dos Juizados Especiais Federais na região amazônica, onde o principal modal de transporte é o fluvial e a Justiça Federal não goza da mesma capilaridade presente nas demais regiões da jurisdição federal.

Em regiões longínquas, por vezes, a única alternativa, para o deslocamento da equipe realizadora da itinerância, advém do estabelecimento de parceria com a Marinha do Brasil ou Força Aérea Brasileira, o que imprime ajustes nos procedimentos para compatibilizar os recursos financeiros disponíveis com a exigência de processo justo a viabilizar uma prestação jurisdicional efetiva e adequada.

Importante notar que a estrutura geográfica da região, com vastos territórios, faz com que os ribeirinhos busquem serviços públicos em cidades mais próximas ao seu local de morada, podendo aquela não ser vinculada ao seu município ou estado. Assim ocorre com os indivíduos sediados no arquipélago do Marajó, conjunto de ilhas situado na foz do Rio Amazonas e pertencente

ao Estado do Pará, mas com municípios que guardam maior proximidade com a capital do Estado do Amapá, Macapá.

Diante desse quadro, a Justiça Federal dos Estados do Pará e do Amapá realizou em 2017, na região do Marajó, a primeira itinerância dos Juizados Especiais Federais do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, fazendo-o mediante grande ação cooperada estabelecida entre Marinha do Brasil e outras instituições integrantes do sistema de justiça. Assim, formatada a Itinerância Cooperativa Fluvial da Amazônia – Marajó/2017, centrada em ações nos assuntos previdenciário e assistencial.

Por mais de quinze dias, embarcados em um navio, percorrendo várias cidades do arquipélago, pudemos sentir que todo o arcabouço normativo processual pode dar concretude à igualdade material. Outrossim, a organização extremamente trabalhosa revelou que, para determinados indivíduos, no caso, os ribeirinhos, a efetiva proteção judicial dos direitos sociais é missão quase inalcançável sem a justiça itinerante.

Ressalte-se que a atenção dada à tutela buscada pelo vulnerável, naquele instante, em nenhum momento levou à precarização dos direitos processuais titularizados pela autarquia previdenciária. Se as limitações orçamentárias não permitiam que as fases de coleta das reclamações e de audiências ocorressem em momentos distintos, a estrutura do navio possibilitava que o Instituto Nacional do Seguro Social tivesse acesso a todos os seus sistemas, o que deixava incólume a ampla defesa e o contraditório, ainda que a duração do processo não levasse em conta os prazos estabelecidos em leis processuais. A observância dos princípios referidos dava-se pelo fiel cumprimento a um fluxo construído sob medida para aquele evento e que englobava todos os atos processuais, inclusive perícia, situados entre a propositura da ação e a prolação de sentença de mérito ou homologatória de acordo.

A tramitação processual foi desenhada para ficar restrita a um único dia, quer por necessidade de organização dos serviços, quer pela situação dos ribeirinhos, aos quais faltam recursos para abastecer as pequenas embarcações que usam como transporte e que os levariam até o ponto de atendimento da justiça itinerante.

Ponto alto da atuação cooperada sobrevinha quando ao indivíduo era garantido, num mesmo *locus* e instante, o exercício de vários direitos, entre os quais o de buscar uma tutela previdenciária ou assistencial. A Marinha,

além do transporte e alojamento da equipe, participava da itinerância com ação cívico-social, mediante a qual eram prestados atendimentos médicos e odontológico. Outros segmentos de justiça embarcados também estavam em pleno exercício de suas competências, assim, eventual necessidade de regularização de representação de incapaz para efetivo exercício de direito reconhecido no âmbito da Justiça Federal era suprida mediante alargamento do fluxo originário para albergar a jurisdição da Justiça Estadual.

Diante do exposto, sem descuidar da crise orçamentário-financeira que assola o Estado brasileiro, forçoso concluir que, em se tratando de Amazônia, a justiça itinerante é fator inafastável de materialização do direito à proteção judicial dos direitos, assim, ao Tribunal Regional Federal da Primeira Região, caberia receita específica para institucionalização da justiça itinerante em sua estrutura, a qual não conta com a mesma capilaridade das demais regiões da Justiça Federal, sequer possuindo Turmas Recursais de Juizados Especiais Federais em todas as suas Seções Judiciárias.

3.2.2 JUDICIALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS – CONSENSUALIDADE E IGUALDADE MATERIAL

Pensando o Estado brasileiro em conjunto com a coletividade dos sujeitos de direito que alberga, infere-se que a judicialização dos direitos sociais, quer pela via coletiva, quer pela individual, denota questão extremamente delicada. Para incolumidade do princípio econômico e garantia da máxima efetividade aos direitos fundamentais, fazem-se mister ações sistêmicas de tutela do direito, se a violação não ficar restrita a um único indivíduo.

Ad exemplum, se um grupo de alunos está sem acesso ao ensino público regular ou a um grupo de pessoas com mesma patologia não é dispensada a terapia prevista nos protocolos clínicos do sistema único de saúde, a tutela individual é fator de desequilíbrio da base estrutural do direito social respectivo, pois o direito será garantido para o que teve melhores condições de acesso à justiça.

Nas demandas de saúde que se voltam a medicamentos e terapias não inclusos na lista padrão do sistema único de saúde, mais fragilizado fica o princípio da isonomia, quando o *discrimen* que fundamenta a quebra do tratamento equitativo reside na simples propositura da ação.

A Carta Magna positiva o direito à saúde como direito público subjetivo, no entanto, estabelece como limite ao seu exercício o acesso universal e igualitário às ações e serviços (art. 196. Tal exige abordagem do direito sob os enfoques individual e coletivo. Nessa linha, segue a Corte Suprema, como se observa na fixação da tese relativa ao fornecimento pelo Estado de medicamento não registrado na ANVISA.⁸⁵⁸

Excluir da análise dos direitos sociais sua categorização coletiva é atentar contra a isonomia e o princípio da fraternidade, promovendo, apenas para alguns, direito de espectro subjetivo alargado, o que é incompatível com a sociedade livre, justa e solidária objetivada pelo Estado brasileiro. Consoante defende Reynaldo da Fonseca, “as pessoas igualmente dignas, são consideradas com respeito, referência e consideração. Objetiva-se, portanto, a partir da dimensão fraternal da sociedade uma vida em comunhão e uma comunhão de vida.”⁸⁵⁹

Nessa toada, os métodos consensuais de solução de conflitos assumem papel de destaque na compatibilização das perspectivas individual e coletiva dos direitos sociais.

Outrossim, é a consensualidade instrumento concretizador do princípio do federalismo por cooperação, a permitir que, para efetivação de prestação positiva devida pelo Estado, amplie-se a discussão mediante a instauração de prática dialógica com o Estado-administração, garantindo-se a construção de solução que propicie a efetividade do direito reclamado de forma menos prejudicial à execução de outras políticas públicas.

Considerando que o Estado é devedor de prestações positivas de vários matizes, os métodos consensuais revelam-se de maior adequação a esses tipos de litígios, ao que aplicável o entendimento de Kazuo Watanabe infra:

858. “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 657.718/MG. Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso. Dje-232 de 24.10.2019 (Tema 500).

859. FONSECA, Reynaldo Soares da. *O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 77

[...] pode-se afirmar assim, sem exagero, que os meios consensuais de solução de conflitos fazem parte do amplo e substancial conceito de acesso à justiça, como critérios mais apropriados do que a sentença, em certas situações, pela possibilidade de adequação da solução à peculiaridade do conflito, à sua natureza diferenciada, às condições e necessidades especiais das partes envolvidas. Trata-se, enfim, de um modo de se alcançar a justiça com maior equanimidade e aderência ao caso concreto.⁸⁶⁰

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O preâmbulo da Carta Magna indica que a sociedade brasileira há de estar fundada na harmonia social, cabendo, por conseguinte, ao poder público e à sociedade civil externarem comportamentos de efetiva busca da paz social.

No Estado brasileiro, plenificam-se os primados de que todo o poder emana do povo e de que os Poderes são independentes, mas harmônicos, portanto, todos obrigadas à construção e ao aprimoramento das bases democráticas do país, para o que é pressuposto inarredável a concretização do direito fundamental à proteção judicial.

Os contornos constitucionais indicam uma República Federativa que tem por vocação à justiça social, a qual intimamente ligada à noção de igualdade, nessa embutido o dever estatal de dispensar tratamento desigual aos desiguais.

Portanto, urge que se implementem medidas compensatórias de desigualdades de oportunidades, aptas a resguardar o efetivo exercício de direitos fundamentais, entre os quais o de acesso à justiça, aos grupos de vulneráveis, todos sujeitos de direitos. Vivemos em uma sociedade desigual, premissa que não pode ser atenuada pelo legislador, pelo planejador e executor das políticas públicas e pelo julgador.

A incidência do novo coronavírus escancarou a inabilidade de o Estado brasileiro lidar com as peculiaridades da diversidade social, que exigem adaptações de regras *standard*. E tal é agravado pela falta de dados consistentes de identificação dos grupos de vulneráveis. A invisibilidade social precisa ser extirpada de forma premente para que consigamos visualizar os grupos minoritários com todos seus caracteres para, levando-os em conta, customizar democraticamente as políticas públicas às suas diferenças.

860. WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa*: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82.

A moldura das desigualdades abala a ilação, construída a partir do vultoso estoque de processos no Judiciário brasileiro (78,7 milhões, em 2018), de que o acesso à justiça é exercido em sua plenitude; a desigualdade também alcança a distribuição orgânica do Judiciário. Das cinco regiões da Justiça Federal, a menos capilarizada é a Primeira Região, cujo Tribunal tem jurisdição sobre treze estados (toda a Região Norte, três estados do Nordeste, dois estados do Centro-Oeste e um do Sudeste) e o Distrito Federal. Os únicos estados onde o sistema dos Juizados Especiais Federais não possui Turmas Recursais estão na Região Norte.

O direito fundamental de proteção judicial não contempla em seu núcleo o mero resguardo de ingresso às instâncias judiciais, abarca a garantia de justo instrumento para obtenção de tutela adequada e efetiva. A justiça itinerante na região amazônica, onde faltam polos de justiça, segue tal desiderato, sendo importante meio garantidor de cidadania aos povos e comunidades tradicionais ali estabelecidos.

Na seara da tutela dos direitos sociais, o diálogo do princípio isonômico com o direito fundamental à proteção judicial e outros preceitos constitucionais, dá altivez aos métodos consensuais para resoluções das controvérsias.

Sigamos perquirindo o grande desafio de as instituições públicas serem indutoras do processo de internalização, na sociedade brasileira, dos valores da democracia, os quais trazem em seu âmago ideias de tolerância e respeito com a diversidade, solidariedade, liberdade, justiça, dignidade da pessoa humana e harmonia social. Enfim, assumamos cada qual a responsabilidade pela construção do saudável e fraterno ambiente que nos abriga, sem descuidar que no Estado recai o dever de manter a paz jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019, ano-base 2018**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/> Painéis Interativos > Justiça em Números Digital. Acesso em: 02 abril 2020.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**. Brasília: IPEA e CNJ, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia. **Dje-197** de 16/10/2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 77

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14 ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

A FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E AS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

PABLO ZUNIGA DOURADO⁸⁶¹

1. INTRODUÇÃO

Uma decisão jurídica pode encontrar baldrame no princípio constitucional da fraternidade sem ou com déficit de argumentação jurídica racional? As teorias da argumentação jurídica podem fortalecer o enquadramento da fraternidade como princípio constitucional? Essas são perguntas que motivam o artigo que iremos apresentar. Vamos tentar estabelecer ao longo do trabalho que é necessária uma teoria crítica da argumentação jurídica para manter a coerência racional dos julgamentos, na aplicação prática do retromencionado princípio.

O tema que pretendemos desenvolver tem relação com o discurso jurídico-prático, ou seja, à argumentação externada pelos juízes no momento da prolação da decisão jurídica. Não será objeto direto de nossa preocupação – nada obstante o reconhecimento de que é tema relevante e de influência significativa no processo decisório –, a subjetividade existente na natureza humana, logo, nas escolhas feitas pelos juízes⁸⁶². O escopo é demonstrar

861. Pablo Zuniga Dourado é atualmente Juiz Federal e Professor-Mestre. Lecionou em diversos cursos jurídicos e pós-graduação em Direito.

862. É visão de Gadamer que a compreensão implica uma pré-compreensão, que se constitui pré-figurada pela tradição determinada em que vive o intérprete, de sorte a forjar os seus pré-juízos. Nesse sentido, a interpretação é processo complexo que envolve a pré-compreensão que o intérprete tem do mundo, inerente a qualquer evento histórico. Segundo o autor: “A interpretação, tal como hoje a entendemos, se aplica não apenas aos textos e à tradição oral, mas a tudo que nos é transmitido pela história: desse modo falamos, por exemplo, da interpretação de um evento histórico ou ainda da interpretação de expressões espirituais e gestuais, da interpretação de um comportamento, etc. Em todos esses casos, o que queremos dizer é que o sentido daquilo que se oferece à nossa interpretação não se revela sem mediação, e que é necessário olhar para além do sentido imediato a fim de descobrir o “verdadeiro” sig-

que é imprescindível declinar as razões dessas escolhas, de modo coerente e racional, conforme exige o art. 93, IX e X, da Constituição Federal.

Acreditamos que é imprescindível ao julgador explicitar adequadamente suas opções valorativas, sob pena de ocorrer déficit de fundamentação na decisão, conseqüentemente, faltar transparência e impossibilitar a necessária crítica dos cidadãos, aspecto fundamental ao funcionamento da democracia.

Defenderemos ser dever do juiz, democraticamente, fundamentar; e esta fundamentação é submetida à publicidade (à crítica racional de todos) (art. 93, IX e X, CF). É imprescindível, pelo menos idealmente, que a fundamentação das decisões permita ao destinatário conhecer todas as razões utilizadas no processo decisório e permitir a sua crítica, a assegurar transparência à função precípua do Poder Judiciário (*accountability*).

A preocupação ganha relevo na medida em que os Tribunais pátrios passaram a motivar suas decisões com base no princípio da fraternidade.

A contextualização teórica, resumidamente embasada nas teorias da argumentação apresentadas, facilita a captação do porquê da importância da argumentação racional coerente no momento em que o juiz decide.

Creemos que a aplicação do princípio constitucional da fraternidade não discrepa dessa necessidade de utilização de argumentação jurídica racional, haja vista estar hospedado em norma constitucional de especial “abertura”, pois classificado como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, da Constituição Federal).

2. OBJETIVO

Nesse contexto, para a interpretação da fraternidade como princípio jurídico, enfatizaremos que é importante a adoção de uma teoria da argumentação como paradigma⁸⁶³, a fim de embasar as decisões judiciais e promover

nificado que se encontra escondido. Essa generalização da noção de interpretação remonta a Nietzsche. Segundo ele, todos os enunciados provenientes da razão são suscetíveis de interpretação, posto que o seu sentido verdadeiro ou real nos chega sempre mascarado ou deformado por ideologias” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: fundamentos de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001, p. 19).

863. Temos consciência da dificuldade de utilização deste termo, tendo em vista seu caráter polissêmico e a força que carrega por conta do pensamento de Thomas Kuhn em seu “A Estrutura das Revoluções Científicas” (KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011). Sabemos que este autor desenvolveu o conceito de paradigma focado nas ciências exatas e biológicas, de modo que é necessária a advertência de Freitas Filho: essas ciências “possuem um grau de verificabilidade certamente mais preciso e atingível do que as ciências humanas e sociais. Assim, é com reserva terminológica que usamos o conceito de paradigma” (FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo**: a exaustão de um paradigma, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 30).

a concretização dos princípios. Nossa preocupação, enfim, é com a igualdade de tratamento de todas as pessoas pelas instituições jurídicas, isto é, que haja critérios uniformes de justiça e coerência nas decisões tomadas pelos juízes.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA: A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Acreditamos que as teorias da argumentação jurídica se configuram relevantes porque compartilhamos a ideia de que a prática do Direito consiste, fundamentalmente, em argumentar⁸⁶⁴. Provavelmente, um dos fatores que geram o déficit de fundamentação nas decisões judiciais é a negligência da maioria dos juristas com os temas da teoria da argumentação jurídica⁸⁶⁵, embora o interesse tenha crescido, consoante os fatores afirmados por Atienza.⁸⁶⁶

Esclarecemos, embasados no quarto e quinto fator alinhavados por Atienza – a ascensão da democracia como forma de governo e a consolidação do Estado Democrático de Direito –, que a expressão “coerência das decisões judiciais” tem relação com a necessidade de exposição pública de argumentos racionais, pois acreditamos que a força persuasiva das razões por meio do debate estabelecido com ideias contrárias é elemento constitutivo da democracia e legitimador da função do juiz.⁸⁶⁷

A preocupação com a teoria da argumentação é importante porque suas bases possibilitam a prestação de contas (*accountability*) pelos juízes, na medida em que possibilita a demonstração pública das razões que fundamentam as decisões jurídicas. Vale dizer: a coerência das decisões por meio de argumentos racionais transparentes é exigência do Estado Democrático de Direito.⁸⁶⁸

864. ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

865. Segundo Atienza: “A teoria (ou teorias) da argumentação jurídica tem como objeto de reflexão, obviamente, as argumentações produzidas em contextos jurídicos” (*ibidem*, p. 18), o que não significa a impossibilidade de utilização da teoria da linguagem de Hare, pois, conforme já sustentamos em linhas anteriores, não há diferenças significativas entre o discurso do Direito e o da Moral.

866. *Ibidem*, p. 15-19.

867. *Ibidem*, p. 15-19.

868. Nesse sentido, McCormick afirma em trecho ilustrativo: “Assim, surgem as disputas acerca da interpretação correta dos materiais jurídicos, sobre a correta interpretação das provas, sobre a correta avaliação dos elementos de prova em conflito, sobre a caracterização adequada dos fatos provados ou confessados, ou sobre sua relevância com relação aos materiais jurídicos apresentados. Essas disputas não são um tipo de excrescência patológica em um sistema que deveria de outra forma funcionar tranquilamente. Elas são um elemento integrante de uma ordem jurídica que esteja funcionando de acordo com os ideais do Estado de Direito. Isso porque esse princípio insiste na apresentação pelo

O ideal é que haja previsibilidade nas condutas dos juízes, haja vista que o ordenamento jurídico (regras e princípios) é concebido de modo comparilhado. As decisões judiciais devem guardar sistematicidade⁸⁶⁹ na aplicação dos princípios do Direito.

Atienza, atento a esses problemas, parece acreditar que, principalmente, a teoria da argumentação jurídica cumpriria muito bem o papel de aproximar, ou mesmo chamar, os estudiosos de outras disciplinas à reflexão sobre o Direito. Tenta, ainda que de modo incompleto – como ele próprio reconhece –, expor o significado de argumentar juridicamente; apresenta sua concepção sobre a teoria da argumentação jurídica.⁸⁷⁰

Propõe, ainda, divisão da ocorrência de argumentações em três diferentes campos: o primeiro: “da *produção ou estabelecimento de normas jurídicas*”, subdividido em fase “pré-legislativa”, cujos argumentos seriam mais políticos e morais do que jurídicos; e a fase “legislativa”, onde essa equação se inverte, pois, a ênfase acontece nos argumentos técnico-jurídicos. Mas, assevera “Em todo caso, as teorias da argumentação jurídica de que dispomos não se ocupam praticamente de nenhum desses dois contextos de argumentação”⁸⁷¹. O segundo: é o “da *aplicação de normas jurídicas e soluções de casos*”, centrado nas questões relativas à interpretação do Direito e que são propostas nos órgãos superiores da administração da Justiça (os casos difíceis). O terceiro: é o da “*dogmática jurídica*”, cujas funções complexas Atienza enumera: “1) fornecer critérios para a produção do Direito nas diversas instâncias em que ele ocorre; 2) oferecer critérios para a aplicação do Direito; 3) ordenar e sistematizar um setor do ordenamento jurídico”.⁸⁷²

governo de base jurídica adequada a qualquer ação, completada pelo direito de todos os indivíduos de questionar as bases jurídicas apresentadas pelo governo para suas ações”. E conclui: “A ideia de Estado de Direito sugerida aqui insiste no direito de defesa de questionar e rebater a causa que lhe é apresentada. Não há segurança contra os governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido, e sujeito a apreciação por agentes do Estado separados e distanciados daqueles que conduzem as acusações penais” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito**. Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36-37).

869. Para Larenz, no âmbito da ciência do Direito, a única espécie de sistema ainda possível é o sistema aberto e, até um certo grau móvel em si, pois nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, a evidenciar os valores diretivos e os princípios do Direito (LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 230-241). Nesse sentido, podemos sustentar que se o sistema é aberto, a argumentação jurídica tem, ainda, a função de construção do Direito.

870. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 211-226.

871. Ibidem, p. 18.

872. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 19.

Nesse contexto, particularmente importante é a distinção entre “explicação” e “justificação”, com fundamento na distinção entre o “contexto de descoberta” e o “contexto de justificação” das teorias científicas, tendo em vista a alegação de que a diferença é aplicável tanto ao campo da argumentação em geral como ao da argumentação jurídica em particular, a corroborar a tese da identidade entre a linguagem do Direito e a linguagem da Moral⁸⁷³. Em outras palavras: “uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão, e outra coisa é o procedimento que consiste em justificar essa premissa ou conclusão”,⁸⁷⁴ de sorte que o juiz não é obrigado a externar as razões explicativas, mas as justificadoras de suas opções valorativas nas decisões judiciais.

Com a mesma ideia supracitada, parece ser relevante a distinção entre “justificação formal dos argumentos (quando um argumento é formalmente correto)” e uma “justificação material (quando se pode considerar que um argumento, num campo determinado, é aceitável)”.⁸⁷⁵

Atienza denomina “teoria padrão da argumentação jurídica” a proposta objeto de autores como Alexy e MacCormick, e o faz com a reivindicação de apresentar uma perspectiva mais evoluída, ainda que de forma incompleta. Reconhece que a “teoria padrão da argumentação jurídica” tem como objeto de reflexão o contexto da justificação dos argumentos, com pretensões, em geral, tanto descritivas quanto prescritivas:

Tais teorias partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas, e nesse sentido se opõem tanto ao determinismo metodológico (as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e/ou são o resultado de simples aplicações de normas gerais) quanto ao decisionismo metodológico (as decisões jurídicas não podem ser justificadas porque são puros atos de vontade) (cf. Neumann, 1986, págs. 2 e 3).⁸⁷⁶

Alexy e Maccormick compartilham o pensamento segundo o qual a argumentação jurídica é um ramo da argumentação prática. Para Alexy, o discurso jurídico é um “caso especial do discurso prático geral”, pois apresenta como

873. Necessária a advertência: “A distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação não coincide com aquele existente entre discurso descritivo e discurso prescritivo, a não ser pelo fato de que em relação tanto a um quanto ao outro contexto se pode adotar uma atitude descritiva ou prescritiva” (ibidem, p. 20).

874. Ibidem, p. 20.

875. Ibidem, p. 22.

876. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 22.

características a referência a questões práticas; há pretensão de correção na discussão das questões; e ocorre com as limitações do Direito vigente.⁸⁷⁷

Já MacCormick, embasado no mesmo entendimento, sustenta ser possível ao Direito utilizar a lógica e o raciocínio dedutivo na justificação das decisões jurídicas, porquanto o raciocínio dedutivo não pode ser esquecido, haja vista a função de correção das decisões; ele estabelece limites formais sob os quais o juiz tem o dever de decidir. Além disso, relevante é a concepção da ideia de *universalizabilidade* por ele reivindicada, isto é, a exigência de que um argumento seja igualmente aplicado a todos os casos idênticos, a fim de tentar assegurar o ideal de igualdade⁸⁷⁸, bem como a preocupação com a coerência das decisões judiciais e sua legitimidade:

O contexto jurídico é um contexto em que a ideia de coerência tem uma importância peculiar e óbvia. Em uma discussão jurídica ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável a priori. A solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica, e essa proposição deve mostrar coerência de alguma forma em relação a outras proposições que possamos tirar das leis estabelecidas pelo Estado. Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletera de materiais que servem para guiar e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.⁸⁷⁹

Para Atienza, a crítica destinada aos autores que se socorrem dessas ideias – determinismo metodológico e decisionismo metodológico –, é que eles incorrem

877. Segundo Alexy: “As semelhanças e conexões são tão variadas como as diferenças. O aspecto comum mais importante consiste em que, em todas as formas (ao menos em parte), argumenta-se *juridicamente*. A questão de como se distingue a argumentação jurídica da argumentação prática geral é uma das questões centrais da teoria do discurso jurídico. Aqui se pode estabelecer um ponto: a argumentação jurídica se caracteriza pela vinculação ao direito vigente. Com isso, menciona-se uma das principais diferenças entre argumentação jurídica e a argumentação prática geral. As disputas jurídicas não submetem todas as questões à discussão. Ditas disputas são feitas com algumas limitações” (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hautchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 210). A pretensão é responder à pergunta: o que é uma fundamentação racional no ordenamento jurídico vigente? Alexy explica: “O núcleo da tese do caso especial consiste por isso em sustentar que a pretensão de correção também se formula no discurso jurídico; mas esta pretensão, diferentemente do que ocorre no discurso prático geral, não se refere à racionalidade das proposições normativas em questão, mas somente a que, no ordenamento jurídico vigente, possam ser racionalmente fundamentadas” (ALEXY, Robert. *Op.cit.*, 2011, p. 217).

878. MACCORMICK, Neil. *Op.cit.*, p. 30.

879. *Ibidem*, p. 31.

em erro porquanto confundem o “contexto de descoberta” e o “contexto de justificação”. Essa confusão subverteria e simplificaria, na visão exposta no texto, o silogismo judicial, de sorte a reduzir a solução dos casos difíceis a deduções formais. Transcrevo a inquietação de Atienza com essas correntes:

É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação.⁸⁸⁰

Atienza articula o conceito de validade dedutiva por meio de fórmulas lógicas com o silogismo das premissas maior, menor e conclusão, a fim de sustentar que o argumento dedutivo é insatisfatório no campo do Direito ou da vida comum, porque a lógica dedutiva apenas fornece critérios formais de correção das decisões jurídicas, pois “não se ocupa das questões materiais ou de conteúdo que, claramente, são relevantes quando se argumenta em contextos que não sejam os das ciências formais (lógica e matemática)”.⁸⁸¹ Assim, haveria diferença entre critérios de correção formal e correção material dos argumentos.

A preocupação aparentemente é a distinção entre argumentos corretos e incorretos, e os válidos dos inválidos, pois é possível “distinguir entre argumentos manifestamente inválidos e argumentos que parecem válidos, mas não são, denominados *falácias*”,⁸⁸² de modo que o problema seria a diferenciação entre os argumentos válidos e as “falácias”.

Na visão de Atienza, a lógica formal só consegue fazer essa diferenciação necessária – entre os argumentos válidos e as *falácias* –, “pela metade”. É que existem os argumentos indutivos ou não-dedutivos, que se caracterizam por serem infensos à argumentação dedutiva, ou seja, “a passagem das premissas à conclusão não é necessariamente feita”⁸⁸³. Esse tipo de argumento é (ou pode ser) bom argumento e é utilizado com frequência na vida comum e no

880. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 23.

881. Ibidem, p. 28.

882. Ibidem, p. 28-29.

883. Ibidem, p. 29.

Direito. Além disso, no silogismo judicial o estabelecimento das premissas menor (premissa fática) e maior (premissa normativa), pode ser resultado de um raciocínio tipo não dedutivo, como por exemplo, no raciocínio por analogia e na redução ao absurdo. Em outras palavras: nos “casos simples” pode-se considerar que o trabalho argumentativo do juiz se reduza aos métodos definidos pela lógica formal, ou seja, recorra a argumentos dedutivos, embora nem sempre isso seja verdadeiro, pois os casos podem discrepar dos esquemas lógicos propostos; mas, nos “casos difíceis (de que se ocupa em especial a teoria da argumentação jurídica), a tarefa de estabelecer a premissa fática e/ou premissa normativa exige [do juiz] novas argumentações que não podem ser dedutivas”.⁸⁸⁴

O ponto que defendemos nesse artigo encontra alicerce no pensamento de Atienza, ou seja, a teoria da argumentação por ele proposta, tendo em vista que “os argumentos jurídicos podem ser estudados sob uma perspectiva que não é a da lógica”,⁸⁸⁵ reforça a ideia da fraternidade como princípio jurídico-constitucional, sobretudo pelos critérios de correção material dos argumentos. Com efeito, Atienza propõe uma “alternativa”, no afã de superar as deficiências da “teoria padrão” com a necessidade de avaliação do problema a partir de três perspectivas: o seu objeto, seu método e sua função.

Relativamente ao objeto, Atienza destaca que “a argumentação efetuada na vida jurídica é, em grande parte, uma argumentação sobre fatos, ao passo que a teoria padrão se ocupa, quase com exclusividade, de questões de tipo normativo”.⁸⁸⁶ Salienta a necessidade de o objeto alcançar, também, o âmbito de produção do Direito, ou seja, não poder se limitar à análise dos raciocínios produzidos na dogmática e na interpretação e aplicação do Direito.

Todas as instâncias do processo de produção das normas jurídicas estariam subordinadas à ética, de modo a possibilitar a verificação de enquadramento da promulgação de uma lei a um “caso especial de discurso prático racional”, de sorte que no contexto de aplicação do Direito:

A teoria padrão da argumentação jurídica só considera o processo a que se costuma denominar ‘adjudicação’, esquecendo-se, quase por completo, de que a resolução de problemas jurídicos é, com muita frequência, resultado de uma mediação ou de uma negociação, o que significa um processo que não consiste apenas em aplicar normas jurídicas, embora, naturalmente, as

884. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 39-40.

885. Ibidem, p. 40.

886. Ibidem, p. 212.

normas jurídicas continuem tendo nele um papel importante”. Por fim, nessa perspectiva, defende a impossibilidade de a teoria da argumentação jurídica ser puramente prescritiva, mas, também descritiva, a fim de alcançar os argumentos que ocorrem de fato na vida jurídica.⁸⁸⁷

No âmbito do método, Atienza sustenta a necessidade de exposição de argumentos racionais pelo juiz, a fim de possibilitar a crítica e averiguar a coerência e correção lógica das decisões judiciais, conforme expressa:

Para ser plenamente desenvolvida, uma teoria da argumentação jurídica tem que dispor – como acabei de dizer – de um método que permita representar adequadamente o processo real de argumentação – pelo menos a fundamentação de uma decisão, tal como aparece plasmada nas sentenças e em outros documentos jurídicos –, assim como de critérios, tão precisos quanto possível, para julgar a correção – ou maior ou menor correção – dessas argumentações e de seus resultados, as decisões jurídicas.⁸⁸⁸

Nesse diapasão, a aplicação do princípio da fraternidade aos casos difíceis com força normativo-constitucional, depende do anteparo das teorias da argumentação, por isso a contribuição de Atienza com a sua teoria “alternativa”. Segundo o autor, empiricamente é, de fato, impossível ao Direito fornecer a “resposta correta”, mas, o problema reside na argumentação racional, esta sim, deve ser coerente com o sistema como um todo, logo, “correta”, a fim de se enquadrar na igualdade, de modo a decidir casos iguais de forma igual, assim como sujeitar-se à análise crítica dos destinatários das decisões judiciais.

A conclusão de Atienza, sobre a proposta de uma teoria “alternativa” da argumentação jurídica, pode confirmar a posição que vimos de sustentar, e, sobretudo, a utilidade no sentido de reforçar a pretensão do presente artigo, bem como define aquilo que ele entende como função da teoria da argumentação:

Mas, na minha opinião, a teoria da argumentação jurídica teria de se comprometer como um concepção – uma ideologia política e moral – mais crítica com relação ao Direito dos Estados democráticos, o que, por outro lado, poderia supor também adotar uma perspectiva mais realista. Quem tem que resolver um determinado problema jurídico, inclusive na posição de juiz, não parte necessariamente da idéia de que o sistema jurídico oferece uma solução correta – política e moralmente correta – desse problema. Pode muito bem ocorrer

887. ATIENZA, Manuel. *Op.cit.*, p. 214.

888. ATIENZA, Manuel. *Op.cit.*, p. 215.

o caso de que o jurista – o juiz – tenha de resolver a questão e argumentar a favor de uma decisão que é a que ele julga correta, embora, ao mesmo tempo, tenha plena consciência de que essa não é a solução a que o Direito positivo leva. O Direito dos Estados democráticos não configura necessariamente o melhor dos mundos imagináveis (embora seja o melhor dos mundos jurídicos existentes).⁸⁸⁹

4. REGRAS E PRINCÍPIOS

Bastante presente na doutrina e na jurisprudência brasileiras é a distinção estabelecida por Alexy entre essas categorias jurídicas.

Adotamos a abordagem de Robert Alexy sobre problema da distinção de regras e princípios, nada obstante existam outras de facetas exploradas por autores importantes.⁸⁹⁰ Segundo Robert Alexy, os princípios são “comandos de otimização”, ou seja, “são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas”⁸⁹¹. Por sua vez as regras, segundo Alexy, são “comandos definitivos”, de modo que a diferença entre as espécies de normas não é apenas de grau, mas de qualidade.⁸⁹²

A distinção, nessa perspectiva, fica mais clara quando se comparam as soluções dadas nos conflitos entre regras e nas colisões entre princípios, embora compartilhem o aspecto de que duas normas, quando aplicadas separadamente, conduzem a incompatíveis resultados, ou seja, dois julgamentos (obrigações jurídicas) concretos ou específicos contraditórios.⁸⁹³

Segundo Alexy: “Um conflito entre duas regras só pode ser resolvido pela introdução de uma cláusula de exceção para uma das duas regras ou declarar pelo menos uma delas inválida”⁸⁹⁴, enquanto a colisão de princípios

889. ATIENZA, Manuel. Op.cit., p. 224-225.

890. Nesse sentido, o próprio Alexy afirma ser Dworkin o iniciador da discussão sobre as diferenças entre regras e princípios: “Still, it was Ronald Dworkin’s major challenge to H.L. Hart’s version of legal positivism, initially in “The Model of Rules” that marked the beginnings of a broad discussion (DWORKIN, Ronald. 1967)” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 294).

891. ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. vol. 16, nº. 2, June 2003, p.131–140.

892. *Rules therefore comprise a decision in the fields of factual and legal possibilities. They are definitive commands. This means that the difference between rules and principles is a difference in quality and not only one of degree. Every norm is either a rule or a principle* (ALEXY, Robert. 1996, 1995, p. 203)” (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 295).

893. Idem, 2000, p. 295.

894. *A conflict between two rules can only be solved by either introducing an exception clause into one of the two rules or declaring at least one of them invalid* (Ibidem, p. 295).

é resolvida por balanceamento (*The Balancing Law*), que “é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*)”⁸⁹⁵. Em outras palavras: na prática, o balanceamento é o princípio da proporcionalidade, ou um de seus aspectos essenciais.

Assim: “Comandos de otimização são os objetos do balanceamento ou ponderação. Eles podem ser chamados de ‘*the ideal ought*’ ou ideais” (Alexy 1995, 203ff.). Um ‘*ought*’ ideal é algo que deve ser otimizado e, assim, transformado em um ‘*ought*’ real (Alexy 1995, 204)⁸⁹⁶. Há, portanto, no âmbito do balanceamento, uma implicação lógica entre os princípios (comandos de otimização) e o “ideal ‘*ought*’”, ou seja, existem dois lados da mesma moeda⁸⁹⁷. Parece que os princípios são “ideais” aceitos pela comunidade que devem ser convertidos em obrigação jurídica no caso concreto, por meio dos julgamentos feitos pelos juízes e Tribunais.⁸⁹⁸

Sem perder de vista a ideia de que os pontos de partida de um sistema jurídico são os mesmos pontos de partida de outros sistemas normativos, compartilhamos a reivindicação de Alexy:

De importância central para isso é a ideia de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. O que os discursos jurídicos têm em

895. ALEXY, Robert. Op.cit., p. 131–140.

896. *Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed “the ideal ‘ought’” or “ideals”* (ALEXY, Robert. 1995, 203ff.). *An ideal “ought” is something that is to be optimized and thereby transformed into a real “ought”* (ALEXY, Robert. 1995, p. 204) (ALEXY, Robert. Op.cit., p. 300).

897. *These are two sides of the same coin* (Idem, 2000, p. 301).

898. Alexy parece ter aceitado as críticas de Sieckmann de que mandados de otimização não são aptos à ponderação, porquanto passa a diferenciar “mandados de otimização” da visão dos princípios como “normas a serem otimizadas”, ou ainda, convertidas em obrigação jurídica no caso concreto: “*This in no way says that principle theory in the guise of the optimization thesis collapses; it simply gives it a sharper focus. A distinction is to be made between commands to be optimized and commands to optimize. Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed “the ideal ‘ought’” or “ideals”* (ALEXY, Robert. 1995, 203ff.). *An ideal “ought” is something that is to be optimized and thereby transformed into a real “ought”* (ALEXY, Robert. 1995, p. 204). *As the object of optimization, it is placed on the object level. Contrariwise, the commands to optimize, that is, the optimization commands, are placed on a meta-level. On this level they prescribe what is to be done with that which is found on the object level. They impose the obligation that their subject matter, the commands to be optimized, be realized to the greatest extent possible. As optimization commands they are not to be optimized but to be fulfilled by optimization. Principles, therefore, as the subject matter of balancing are not optimization commands but rather commands to be optimized. As such they comprehend an ideal “ought” that is not yet relativized to the actual and legal possibilities. In spite of this, it is useful to talk about principles as optimization commands or obligations. It expresses in an altogether straightforward way the nature of principles. In saying what is to be done with principles, one says all that matters from the point of view of legal practice. This practical aspect is lent support by a theoretical consideration”* (Ibidem, p. 300).

comum com o discurso prático geral consiste em que, em ambas as formas de discurso, trata-se da correção de enunciados normativos. Fundamentar-se-á que tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a afirmação ou pronunciamento de um enunciado jurídico, levanta-se uma pretensão de correção. No discurso jurídico, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela Ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual.⁸⁹⁹

A argumentação racional embasada numa teria forte como postulado no item 2 passa, também, pela certeza de que os princípios são normas jurídicas no sentido destacado nas linhas acima. Vale dizer, o tratamento como princípio extraído da constituição de certa expressão, palavra ou categoria, como é o caso da fraternidade, quer significar seu enquadramento como norma-jurídica, o que conduz a sua interpretação como tal com as consequências científicas dessa postura.

É claro que o problema não está restrito a esse ponto, consoante advertimos linhas atrás, pois, nada obstante, a sofisticação e profundidade apresentada pela teoria de Alexy não perde de vista que o problema pode não ser exclusivamente da diferente natureza e critérios de aplicação entre regras e princípios. Sabemos que a própria atividade subsuntiva é extremamente complexa, de sorte que nem sempre a dificuldade se localiza na premissa maior (normativa), mas na premissa menor (fática)⁹⁰⁰, a tornar complicada a prática comumente sustentada da tomada inicial de decisão para após se buscar a fundamentação legal. Assim:

Qualquer que seja a função que possa desempenhar as fontes irracionais da descoberta do juízo ou sentença judicial, o juiz perante o seu cargo (função) e a sua consciência, tão-só poderá sentir-se justificado quando a sua decisão também possa ser fundada na lei, o que significa, ser dela deduzida. Neste ponto de vista, a descoberta e a fundamentação da decisão não são procedimentos opostos. A tarefa que o juiz tem perante si é esta: descoberta duma decisão (solução) fundamentada através da lei.⁹⁰¹

899. ALEXY, Robert. *Op.cit.*, p. 31.

900. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 2001, p. 85.

901. *Ibidem*, p. 85.

English, embasado na ideia de que a ciência do Direito é prática, aprofunda a questão da verificação dos fatos e da produção probatória, abordagens do pensamento jurídico praticamente esquecidas pelo positivismo jurídico.

A premissa menor seria constituída por uma etapa de verificação histórica dos fatos, bem como pela produção probatória operada por intermédio de conclusões dos indícios “para os factos directamente relevantes cuja verificação está em causa”.⁹⁰²

Quanto ao procedimento judicial probatório, English ainda aborda as questões das *regras de experiência*, visto que a conclusão “se trata sempre duma conclusão apenas válida com certo grau de probabilidade, maior ou menor, baseada nas *regras de experiência*”⁹⁰³. Não se pode reduzir, como faz o positivismo jurídico, as complexas conexões do Direito com a vida real aos aspectos exclusivamente normativos, tampouco é possível afastar o processo de construção da premissa menor na aplicação de regras daquela realizada com os princípios, porquanto é para isso que serve o processo judicial.

A regra (geral) ou os princípios (premissa maior) nunca são suficientes para uma decisão concreta. O Direito é uma ciência no campo da razão prática, de modo que é imprescindível estabelecer o juízo contido na premissa menor para chegar à decisão judicial, pois a própria práxis subsuntiva exige racionalidade⁹⁰⁴.

902. *Ibidem*, p. 87.

903. ENGISCH, Karl. *Op.cit.*, p. 89.

904. A explicação de Lopes é esclarecedora: “Na verdade, tanto regras quanto princípios para serem aplicados dependem de algo mais: trata-se daquilo que muito acertadamente Karl English chamava de “construção da premissa menor”. Esta premissa menor é aparentemente apenas a descrição de um fato. O raciocínio jurídico seria esquematicamente o seguinte: Premissa maior = norma (matar alguém – pena de 20 anos de reclusão); premissa menor = fato (A matou B); conclusão (subsunção) = A sofrerá a pena. English destaca com relevo que a premissa menor nunca é dada pura e simplesmente para o jurista. Ela deve ser construída e para isto serve, por exemplo, o processo judicial, para estabelecer o juízo contido na menor (A matou B). Ora, neste juízo aparentemente simples o que está em jogo verdadeiramente é um juízo (predicar que A matou B) e este juízo tem um caráter constitutivo e não meramente descritivo. Quando se diz que A matou B, em termos jurídicos, diz-se que A matou B no sentido que interessa para a lei. Assim, pode ser que de fato um ato de A tenha causado imediatamente a morte de B, mas este ato pode ter sido praticado em legítima defesa, ou B pode ser tido como incapaz, ou qualquer outra circunstância pode ter ocorrido. Nestes casos, a afirmação fática A matou B não significa que A matou B no sentido da lei penal. Logo, apesar de um ato de A ter provocado a morte de B, a conclusão final do juízo será que A não matou B no sentido legal, logo A não sofrerá pena alguma” (LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito civil e direito do consumidor**: princípios. *In*: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 26, p. 8).

Portanto, o intérprete-aplicador (o juiz) constrói um processo de determinação das circunstâncias que compõem o caso em análise, seja na aplicação de regras, seja na de princípios.

Nada obstante a complexidade do problema, o busílis é a adoção da teoria de Alexy para situar a fraternidade como norma-princípio, isto é, defender a possibilidade de aplicar essa categoria como “comando de otimização” e assim garantir uma argumentação forte para coerência na solução dos casos pelos juízes.

5. A FRATERNIDADE COMO NORMA-PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Podemos sustentar que a constituição é alicerce de uma comunidade de princípios, cujo processo decisório é embasado em valores morais ali estabelecidos. Segundo Dworkin, comunidades políticas têm uma vida comunitária que é parte do que determina se a vida de seus membros é boa ou ruim.⁹⁰⁵ Em outras palavras: “Cidadãos se identificam com sua comunidade política quando eles reconhecem que a comunidade tem uma vida comum, e que o sucesso ou o fracasso de suas próprias vidas é eticamente dependente do sucesso ou do fracasso da vida comunitária”.⁹⁰⁶

Nesse sentido, não há dúvidas de que uma das mais difíceis tarefas do operador jurídico e dos cientistas do Direito contemporâneos é a de interpretar e aplicar a constituição.

A doutrina refere-se ao fato de que nada obstante se configurarem norma jurídica, as constituições trazem dispositivos cujo conteúdo envolve não só comandos normativos, mas opções fundamentais de um Estado e de uma sociedade em determinada época histórica; bem como a declaração de direitos fundamentais⁹⁰⁷. São preenchidas por valores fundamentais e princípios essenciais a uma determinada nação⁹⁰⁸. É composta essencialmente por

905. DWORKIN, Ronald. “*Liberal Community*”. In *Liberalism and Its Critics*, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984, p. 207.

906. Tradução livre do autor: “*Citizens identify with their political community when they recognize that the community has a communal life, and that the success or failure of their own lives is ethically dependent on the success or failure of that communal life*” (ibidem, p. 217).

907. COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 89.

908. Conforme afirma Coelho: “Segundo a maioria dos doutrinadores, a diferença específica entre Lei e Constituição – da qual resultaria, por via de consequência, também a diferença entre as respectivas interpretações – residiria na peculiar *estrutura normativo-material* das cartas políticas, mais precisamente a da sua parte dogmática, onde se compendiam os chamados *direitos fundamentais*. Como,

“normas abertas”, que se distinguem das “normas fechadas” porque nestas o modo de aplicação é subsuntivo direto, enquanto aquelas exigem do aplicador um esforço interpretativo adicional: “a aproximação valorativa, ou seja, uma avaliação prévia do caso concreto cotejado à previsão normativa para que, considerada a situação fática específica, se possa determinar, na *ratio decidendi*, a regra a ser aplicada”.⁹⁰⁹

A razão desta especificidade identificada pela doutrina provavelmente vem da origem do constitucionalismo. Existem dois grandes modelos de constitucionalismo que se desenvolveram no século passado. Um baseado na supremacia do parlamento (“*Westminster*” *model*), onde não existia a possibilidade de restringir o poder das legislaturas eleitas democraticamente, de sorte que havia a cultura do princípio majoritário. E outro (“*United States*” (“*U.S.*”) *model*), cujo fundamento é a possibilidade de restrição do parlamento, no qual os poderes legislativos são limitados pelo texto da constituição, interpretados e reforçados pelas cortes judiciais.⁹¹⁰

No modelo americano, a constituição é um documento escrito, distinto de outros textos, com superior hierarquia, porém, sem enunciar declaração de direitos em seu corpo. No sistema da Filadélfia, houve, primordialmente, a preocupação com o problema da distribuição vertical (poder central federal e o poder dos estados federados) e horizontal (distribuição de poderes entre as instituições federais) de poderes. Não havia, num primeiro momento, destaque a outras matérias, como por exemplo, a proteção a direitos individuais; o núcleo das preocupações era a distribuição do poder político. Posteriormente, tendo em vista a preocupação dos antifederalistas⁹¹¹, houve a adição das pri-

toda a evidência, essa estrutura normativo-material é bem distinta da que possuem os preceitos infraconstitucionais, em geral, tal particularidade exigiria do intérprete da lei fundamental situar-se em perspectiva *metodologicamente* adequada ao *objeto* do seu trabalho hermenêutico” (Ibidem, p. 89).

909. FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p. 10.

910. TUSHNET, Mark V. *New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries*. HeinOnline n. 38, Wake Forest L. Rev., 2003, p. 812-813.

911. A forma federativa de estado surge com a Constituição dos Estados Unidos da América de 1789. Antes da promulgação da histórica constituição houve caloroso debate entre os partidários da fundação de um novo estado (federação) dotado de descentralização política e administrativa, cujos poderes seriam distribuídos entre o ente central (União) e os locais (Estados-membros), e aqueles que defendiam a manutenção da confederação, constituída de treze territórios independentes e soberanos. O debate entre federalistas e antifederalistas ensejou uma série de artigos denominados “*Os Artigos Federalistas*”, que ilustram as questões político-jurídicas centrais existentes naquela época, e possuíam o objetivo de influenciar o povo americano quanto aos benefícios da forma de governo proposta para o País, bem como esclarecer sobre a necessidade de aprovar o novo texto constitucional, resultante da Convenção da Filadélfia. As premissas estabelecidas logo na introdução da discussão eram a necessidade de um único governo e de o povo sacrificar parte de sua independência em favor

meiras dez emendas, as quais constituem declaração de direitos individuais fundamentais (*the Bill of Rights*).⁹¹²

Assim, nos Estados Unidos da América, naturalmente, o Poder Judiciário é estruturado ao lado dos outros dois poderes, sem supremacia do parlamento, tampouco do Executivo. Historicamente, o Judiciário está inserido no debate sobre as decisões políticas de governo; e nas decisões mais importantes sobre os direitos individuais e os limites deste mesmo poder político. A separação de poderes é distinta dos sistemas da Europa Continental, tendo em vista a integração do Judiciário na constituição política da federação americana.⁹¹³

É necessário destacar, ainda, que a extensão do poder político do Judiciário parece não ter relação com a adoção do sistema de controle de constitucionalidade adotado. Seja o método difuso (*judicial review* – americano) ou concentrado (europeu). Pelo menos a partir da segunda metade do século XX, há uma tendência de interferência dos juízes nas decisões políticas fundamentais.⁹¹⁴

Nesse contexto, desenvolve-se nos Estados Unidos da América o debate entre os “conservadores” e os “intelectuais liberais clássicos” sobre o papel do Judiciário na interpretação do Direito. Por um lado, os pensadores denominados “*judicial conservatism*”; e do outro, aqueles que defendem um comportamento de mais ativismo judicial, classificados como “*judicial pragmatism*”.⁹¹⁵

O ponto central da divergência entre as duas posições consiste em saber o quê o juiz deve fazer ao interpretar e aplicar as leis. Em outras palavras, qual é o limite do poder do juiz na sindicabilidade das decisões políticas majoritárias e qual é o seu poder de opor-se a elas?

Os “conservadores” entendem que os juízes devem “seguir a lei” e não “fazer a lei”. Esta corrente está inserida na tradição positivista que tende a identificar a lei como “um comando da soberania, na qual o soberano é ‘o

do governo (HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 17). Em outras palavras: “[...] todos concordam com o povo em pensar que a prosperidade da América depende da união: para mantê-la e eternizá-la foi que a convenção atual se convocou; para eternizá-la e mantê-la foi calculado o projeto que a convenção ofereceu” (Ibidem, p. 20).

912. FABRINI, Sergio. *Transatlantic constitutionalism: Comparing the United States and the European Union*. *European Journal of Political Research*, n. 43, 2004, p. 550.

913. PÉREZ-PERDOMO, Rogelio Pérez; MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3. ed. California: Stanford University Press, 2007.

914. ALIVIZATOS, Nicos C. *Judges as Veto Players*. Disponível em: <<http://jalsacademico.blogspot.com/2011/02/teoria-da-constituicao.html>>. Acesso em 20. Mar. 2020.

915. BARNETT, Randy E. *Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism*. HeinOnline n. 10, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 10, 1987, p. 273.

povo’ que expressa sua maioria através de seus representantes nas legislaturas estaduais e no Congresso”.⁹¹⁶

No âmbito das constituições, a questão filosófica central da declaração de direitos provavelmente é analisar se os textos enunciados nas declarações são propriamente “declarados” (“reconhecidos”); ou se, pelo contrário, são constituídos, isto é, criados originalmente. A resposta depende, segundo Guastini da “adesão uma determinada corrente filosófica do direito”:

A) Os partidários do jusnaturalismo reiteram que existem “na natureza” direitos (subjativos), antecedentes a toda a disciplina positiva e independente dela; direitos, portanto, que a Constituição se limita a reconhecer. Deste ponto de vista – se poderia dizer – o texto constitucional é um texto genuinamente prescritivo (adscrever direitos é, de fato, prescrever), senão descritivo de direitos preexistentes.

B) Pelo contrário, os partidários do positivismo jurídico reiteram que não existem direitos (subjativos) preexistentes ao direito positivo, e, portanto, os direitos em questão não são reconhecidos, senão criados e adscritos aos cidadãos originariamente pela Constituição (tradução livre do autor).⁹¹⁷

Além da corrente filosófica do Direito adotada, a questão passa por vários aspectos não exclusivamente relacionados à gênese e ao conteúdo do Direito e da constituição. O clássico debate entre o jusnaturalismo e o positivismo gira em torno das conexões e relações entre Direito e Moral, porém, essa ideia “pode ter muitas variantes e nem todas elas são relevantes para a caracterização do conceito de Direito”.⁹¹⁸

Carlos Santiago Nino expõe várias teses do jusnaturalismo contraditadas pelo positivismo para demonstrar que a polêmica não se resume ao conteúdo de que a primeira corrente argumenta haver conexão intrínseca entre o Direito e Moral, enquanto o positivismo jurídico a nega. As teses enumeradas

916. Ibidem, p. 274.

917. A) *Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen “en la naturaleza” derechos (subjativos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella; derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer. Desde este punto de vista —se podría decir— el texto constitucional es un texto no genuinamente prescriptivo (adscribir derechos es, de hecho, prescribir), sino descriptivo de derechos preexistentes.* B) *Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjativos) preexistentes AL derecho positivo, y que por tanto los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución.* (GUASTINI, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 267-268).

918. NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 17.

nem sempre são compatíveis entre si e podem guardar independência, o que aumenta a seguinte perplexidade: “Qual é, então, a tese sobre a relação entre direito e moral que o *jusnaturalismo* defende e que o positivismo ataca?”⁹¹⁹

Para responder à pergunta, o supracitado autor apresenta uma reconstrução fictícia de uma sentença judicial retirada dos processos judiciais organizados pelos aliados após a Segunda Guerra Mundial, com o fito de julgar os crimes contra a humanidade e de guerra cometidos pelos nazistas durante o regime de Hitler, em ordem a ser possível inferir de seus argumentos a pretensão de provar que a discussão está longe de ser teórica, uma vez que a escolha por uma das teses adotadas poderia apresentar significados práticos relevantes⁹²⁰. Desse modo, nem mesmo uma discussão considerada exclusivamente teórica escapa da prática jurídica e suas complexidades. A adoção por uma ou outra teoria parece influenciar os resultados práticos na solução dos casos postos ao Direito.

A realidade do Direito brasileiro não destoa das complexidades acima alinhavadas. Especificamente sobre o projeto político subjacente à centralidade da constituição e a fraternidade juridicamente considerada, Fonseca afirma:

A ênfase conferida aos direitos fundamentais no Estado de Direito contemporâneo não deixa margem a dúvidas quanto à correlação sistemática entre a promoção dessas normas e o desenvolvimento do constitucionalismo em ambiente democrático. Nesses termos, todo o arcabouço doutrinário e institucional relacionado ao Poder Público é relido ante a finalidade de concretização dos direitos fundamentais como obra máxima da persecução do interesse público. A centralidade da Carta de Direitos também desconhece óbices definitivos emanados de eventuais separações entre privado e público, haja vista que todos fatos e atos juridicamente relevantes são conformados e informados pela Constituição da República e respectivo projeto político subjacente. Nesse cenário, é possível avançar no estado da arte relativo à fraternidade juridicamente considerada, à luz da teoria dos direitos fundamentais.⁹²¹

Nesse contexto, pautados na teoria alternativa da argumentação jurídica, máxime tendo em consideração o seu viés de correção material dos argumentos, podemos extrair os fundamentos do princípio da fraternidade da Constituição Federal de 1988. O seu preâmbulo faz referência expressa à construção

919. Ibidem, p. 17-19.

920. Ibidem, p. 19-30.

921. FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p.91.

de uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. O art. 3º, I da Constituição Federal preconiza que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e para tanto, deverá o Estado brasileiro, conforme incisos II, III e IV, do mesmo dispositivo, garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais. Ademais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁹²²

Com efeito, a fraternidade é uma das normas-princípio decorrente diretamente do princípio constitucional da solidariedade, expresso textualmente na Constituição. A doutrina e a jurisprudência têm construído argumentos jurídicos racionais nesse sentido.

Conquanto reconheçamos que não é fácil a argumentação jurídica sobre a fraternidade como categoria jurídica constitucional, porque ela decorre, em regra, do agir humano espontâneo, afastada da força impositiva própria do Direito, é certo que ela pode ser a bússola para o conjunto de normas decorrentes do princípio da solidariedade, além de constituir importante critério de interpretação dessas mesmas normas, logo, com todas as características de um “comando de otimização”,⁹²³ ou ainda, constituir-se um critério material de correção da argumentação. Para esse desiderato, podemos destacar o princípio da efetividade (ou máxima eficácia normativa) da Constituição, segundo o qual o intérprete deve conferir aos dispositivos constitucionais a máxima eficácia possível. Normas constitucionais, conquanto circundadas por aspectos não jurídicos (políticos, sociológicos, axiológicos etc.), devem ter a eficiência de um comando normativo estritamente jurídico, tanto quanto possível. Segundo Barroso:

922. Ingo Sarlet adverte: “Antes de explorarmos um pouco mais esse aspecto, convém registrar que se está a partir da noção já consagrada – embora ainda não de todo assimilada pela totalidade dos doutrinadores e operadores jurídicos – de que o dispositivo (o texto) não se confunde com a norma (ou normas) nele contida, nem como posições jurídicas (direitos) por esta outorgas, já que cada direito fundamental pressupõe – na esteira do que leciona Alexy – necessariamente uma norma jusfundamental que o reconheça” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 70). Destaca-se, ainda, a teoria estruturante de Müller: “o texto da norma não contém normatividade e a sua estrutura material concreta. Ele dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito de seu quadro. Conceitos jurídicos em textos de normas não possuem ‘significado’, enunciados não possuem sentido segundo a concepção de um dado orientador acabado” (MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 41).

923. ALEXY, Robert. Op.cit., p. 295

As idéias até aqui desenvolvidas em nome do princípio da efetividade apontam para uma evidência: o direito existe para realizar-se. O direito constitucional não foge a esse desígnio. Como adverte Biscaretti di Ruffia, sendo a Constituição a própria ordenação suprema do Estado, não pode existir uma norma ulterior, de grau superior, que a proteja. Por conseguinte, ela deve encontrar em si mesma a própria tutela e garantia. Convém, neste passo, enfatizar, ainda uma vez, a idéia da força normativa da Constituição.⁹²⁴

Nesse diapasão, julgados recentes têm aplicado o princípio da fraternidade como categoria jurídica⁹²⁵ a torná-lo realidade no cotidiano dos Tribunais e reforçar a necessidade da utilização de uma tercia da argumentação, a fim de evitar decisões incoerentes e fracas juridicamente. O Superior Tribunal de Justiça tem concedido habeas corpus, em diversos julgados, para colocação de mães de filhos menores de 12 anos de idade em prisão domiciliar, alicerçado, entre outros fundamentos, no princípio da fraternidade, nos seguintes termos:

Com efeito, o regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que concerne à proteção da integridade física e emocional dos filhos do agente, e as inovações trazidas pelas recentes alterações legislativas, decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do princípio da fraternidade (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º).

Ainda sobre o tema, é preciso recordar:

- a) 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;
- b) O princípio 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);

924. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 242-243

925. De forma ainda inicial, na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 186-2/DF, ao discutir cotas nas universidades públicas, o Ministro Gilmar Mendes referiu o princípio da fraternidade, nos seguintes termos: “No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186-2 disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2020).

c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, por meio da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal.

As recentes alterações legislativas decorrem, portanto, desse resgate constitucional.⁹²⁶

A exposição de argumentação jurídica racional coerente, como no julgado em epígrafe, encontra abrigo no paradigma das teorias da argumentação jurídica. O foco deve ser manter a coerência do Direito, pois a natureza aberta do princípio em destaque apresenta costumeiramente casos difíceis (*hard cases*) aos juízes.⁹²⁷

Portanto, na medida em que o princípio da fraternidade passa a fazer parte da motivação de decisões judiciais, o nosso cuidado deve ser evitar que o Judiciário profira decisões baseadas em razões de política ou concepções pessoais, porque elas violam a igualdade de tratamento e a coerência que são a espinha dorsal do Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da fraternidade como princípio constitucional (“comando de otimização”) aos casos difíceis pode depender do anteparo das teorias da argumentação, de sorte que é relevante a contribuição de Manuel Atienza com a sua teoria “alternativa”.

O problema central reside na argumentação racional, que deve ser coerente com o sistema como um todo, a fim de se enquadrar na igualdade, de modo a decidir casos iguais de forma igual, assim como sujeitar-se à análise crítica dos destinatários das decisões judiciais.

926. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no RHC 122051. Disponível em www2.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=108672562®istro_numero=201903757568&peticao_numero=202000183338&publicacao_data=20200504&formato=PDF. Acesso em 16 de maio de 2020.

927. Segundo Dworkin mesmo “quando nenhuma regra regula o caso” (lacunas ou discricionariedade em sentido forte) o juiz tem o dever legal de decidir de uma determinada forma. É a tese da resposta certa (*no-no-right – answer*), resumida nos seguintes termos: “Em minha argumentação, afirmo que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, tem o direito de ganhar a causa. O juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não inventar novos direitos retroativamente” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127-128).

A conclusão de Atienza sobre a proposta de uma teoria “alternativa” da argumentação jurídica pode confirmar a posição que vimos de sustentar, e, sobretudo, a utilidade no sentido de reforçar a pretensão do presente artigo. A teoria retromencionada, máxime tendo em consideração o seu viés de correção material dos argumentos, aparentemente reforça a interpretação de que os fundamentos do princípio da fraternidade são construídos a partir das normas da Constituição Federal de 1988.

A preocupação ganha contornos mais importantes diante dos julgamentos, cada vez mais frequentes, cuja fundamentação é o princípio constitucional da fraternidade. Nesse sentido, o nosso cuidado deve ser evitar que o Judiciário profira decisões baseadas em razões não jurídicas, porque elas violam a igualdade de tratamento e a coerência exigidas pelo Direito.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, George. CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. **Revista de Processo**. vol. 245/2015. p. 351 – 377. Jul/2015.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. **Ratio Juris**. vol. 16, nº. 2, June 2003.

_____. **On the Structure of Legal Principles**. *Ratio Juris*. vol. 13, nº. 3, September 2000.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Trad. Zilda Hautchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALIVIZATOS, Nicos C. **Jugdes as Veto Players**. Disponível em: <<http://jalsacademico.blogspot.com/2011/02/teoria-da-constituicao.html>>. Acesso em 20. Mar. 2020.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARNETT, Randy E. **Foreword: Judicial Conservatism v. A Principled Judicial Activism**. HeinOnline n. 10, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 10, 1987

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg no RHC 122051*. Disponível em www2.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=108672562®istro_numero=201903757568&peticao_numero=202000183338&publicacao_data=20200504&formato=PDF. Acesso em 16 de maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 186-2 disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/ADPF186.pdf>. Acesso em 16 de maio de 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

DWORKIN, Ronald. **“Liberal Community”**. In *Liberalism and Its Critics*, edited by Michael J. Sandel, 205-23. New York: New York University Press, 1984.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FABRINI, Sergio. **Transatlantic constitutionalism: Comparing the United States and the European Union**. *European Journal of Political Research*, n. 43, 2004.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p.91.

FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do direito e juspositivismo: a exaustão de um paradigma**, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: fundamentos de uma hermenêutica filosófica**. 3. ed. Trad. Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2001.

GUASTINI, Ricardo. **Estudios de Teoría Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito civil e direito do consumidor: princípios.** In: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos; PASQUALOTTO, Adalberto (Coords.). Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de direito do consumidor, v. 26).

MACCORMICK, Neil. **Retórica e estado de direito.** Tradução Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NINO, Carlos Santiado. **Introdução à análise do direito.** Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio Pérez; MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition – an introduction to the legal systems of Europe and Latin America.** 3. ed. California: Stanford University Press, 2007

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007.

TUSHNET, Mark V. **New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights – And Democracy-Based Worries.** HeinOnline n. 38, Wake Forest L. Rev., 2003.

AS VIRTUDES PLATÔNICAS E ARISTOTÉLICAS E O CONSTRUCTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DOS INDIVÍDUOS

GUILHERME SALDANHA SANTANA⁹²⁸

1. INTRODUÇÃO

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana ecoou no ordenamento jurídico internacional no contexto histórico posterior à Segunda Grande Guerra Mundial, em resposta ao genocídio alemão realizado por Hitler.

Dois instrumentos jurídicos foram de fundamental importância para promoção do supramencionado princípio, primeiramente a Carta das Nações Unidas⁹²⁹ – 1945 – e, em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹³⁰ – 1948. Cumpre destacar que o projeto alemão tinha por objetivo um domínio global de poder, efetuando supressão de povos, sob a justificativa de uma purificação racial.

Os acontecimentos mencionados servem para contextualizarmos uma percepção do indivíduo no Direito Internacional como primordial ao interesse de projetos imperialistas dos Soberanos nos Estados Nacionais, despertar o protagonismo do homem nas relações entre os Estados.

De certo que a percepção da pessoa humana contemporânea é constituída anteriormente aos instrumentos já apresentados, não será objetivo do presente trabalho uma contextualização histórica detalhada da antiguidade clássica

928. Licenciado em História – Universidade Estadual do Maranhão; Bacharel em Direito – Universidade CEUMA; Pós-Graduado em Relações Internacionais – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autônoma de Lisboa; Professor da Rede Pública do Estado do Maranhão; Professor da Faculdade Estácio São Luís, Advogado, Presidente da Comissão de Tecnologia da Informação OAB-MA.

929. CARTA das Nações Unidas e 1945, 2 de junho. Assembleia Geral da Onu. (01-06-1945).

930. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral da Onu. (10-12-1948).

para identificarmos ainda no berço da Democracia Ateniense a percepção de cidadania, até mesmo porque as *Pólis* gregas diferenciavam-se quanto às suas administrações política e social.

A periodização histórica clássica utilizada por grande parte da historiográfica ocidental – Pré-História, Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Idade Contemporânea – será reorganizada nos moldes das Teorias de Ondas de Alvin Tofler⁹³¹ objetivando a percepção de coexistência das três ondas, conforme dispõe Ciro Flamarion Cardoso⁹³² e convidando à compreensão da evolução social dos Estados em escalonamento diferente.

A discussão proposta pelo tema partirá da percepção de Virtudes e Justiça de Platão, identificando o relacionamento do homem grego e o relacionamento social entre os mesmos, compondo a Sabedoria, a Coragem e a Temperança como instrumentos formadores do caráter do indivíduo.

No segundo momento, será apresentada uma percepção do Justo Natural e do Justo Convencional de Aristóteles, para discussão posterior de Justiça e *Eudaimonia* e, por fim, a contraposição das virtudes deste, sejam elas moral, intelectual, ou ao meio termo.

Uma vez apresentadas as percepções dos filosóficas antes citadas, cumpre uma análise contemporânea das doutrinas e normas jurídicas internacionais com base na identificação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, seja este compreendido como Direito Humano – no cenário global – ou mesmo como Direitos Fundamentais – nos cenários internos de cada Estado.

O princípio da Soberania dos Estados será utilizado como contraponto à orientação internacional de protagonismo dos indivíduos, ainda que seja compreendida uma alteração da percepção dos atores internacionais pela doutrina contemporânea, os originários, capazes de negociar internacionalmente, dispõem de personalidade jurídica, que pode ser derivada e atribuída à Organizações ou Blocos Econômicos.

Através de uma reanálise bibliográfica, da releitura de instrumentos normativos internacionais, tem-se por objetivo uma análise da identificação da Pessoa Humana no contexto internacional ainda na antiguidade e as devidas influências no contexto contemporâneo, assim como, uma observação dos movimentos conservadores políticos atuais, que percebem o cidadão diferente do indivíduo.

931. TOFFLER, Alvin – A Terceira Onda, 1980.

932. CARDOSO, Ciro Flamarion – No limiar do Século XXI, 1996. p. 15.

2. CAVERNA VIRTUAL

Ao homem/indivíduo seria cruel e/ou instigador conhecer o Mundo fora da Caverna? As primeiras provocações propostas perpassam pelo mito platônico da Caverna. Estaria o homem limitado ao que lhe é condicionado, a um lugar específico do todo? A sociedade seria o limite do homem, a contentação do homem estaria restrita pelas aparências que lhe são fornecidas ou apresentadas?

Os questionamentos direcionam a inquietude humana, a Caverna não delimita apenas o espaço de convívio entre os homens, mas principalmente a suas percepções do Mundo ao redor, as sombras representam tudo aquilo que possa ser conhecido no limite do próprio conhecimento. Os prisioneiros são cúmplices, peças de tabuleiro que convivem em uma harmonia programada.

Somente ao sair das amarras das correntes será possível uma análise crítica do Mundo constituído, as interpretações, as visões efetivas, o conhecimento amplo do que antes era sombra. Permitir a um indivíduo o conhecimento do exterior não garante a todos a compreensão da realidade, pode até mesmo provocar uma forma de exclusão, ou rejeição social, o novo, o desconhecido que apenas um indivíduo viu é minoria de conhecimento. Ao convívio sereno, muitas vezes bastam as meras aparências. Warburton discorre:

A alegoria dos prisioneiros da caverna ocorre a meio da obra-prima de Platão, *A República*, e proporciona uma representação notável da teoria das Ideias deste filósofo, a sua explicação da natureza da realidade. Para Platão, a maior parte da humanidade, tal como os prisioneiros, contenta-se com um mundo de meras aparências.⁹³³

Ora, o mito da caverna de Platão é um exemplo contemporâneo do estado de ignorância do indivíduo, pelo próprio desconhecimento da realidade e conseqüentemente posterior satisfação e assimilação daquilo que é apresentado. Um homem não crítico, sem qualquer reflexão, um conhecimento não puro, não elaborado, aparente principalmente no espaço virtual, usuários que utilizam a ferramenta sem qualquer desconfiança, tratando o publicado como verdade, sem seleção de informação. Kleinman destaca:

933. WARBURTON, Nigel – *Grandes Livros de Filosofia*. 2017, p. 14.

“Em essência, o conhecimento adquirido pelos sentidos e pelas percepções não é um conhecimento real, mas uma opinião. É somente pelo raciocínio filosófico que alguém pode ser capaz de adquirir conhecimento.”⁹³⁴

E ainda apresenta um exemplo recente baseado no mito da Caverna, o filme *Matrix* (1999) no qual os seres humanos eram utilizados pelas máquinas como fonte de energia e viviam em um plano fictício.⁹³⁵ Uma percepção da realidade conduzida por agentes externos, que diante da ignorância dos humanos/indivíduos, constituía-se como verdade absoluta, possibilitando um controle social.

Cumprе mencionar, que o interesse de uma análise superficial sobre o mito da Caverna, é meramente ilustrativo para identificarmos o desenrolar evolutivo da sociedade contemporânea dos Estados Nacionais. É bem verdade que o abismo de desenvolvimento entre os Estados convida à reflexão: todas as sociedades evoluem da mesma forma, tem a percepção de realidades e virtudes alinhadas no mesmo plano? E ainda: dentro de uma mesma sociedade todos os indivíduos são capazes de uma consciência crítica?

O mito da Caverna é inaugurador para chegarmos as virtudes platônicas, percebermos os indivíduos como agentes sociais e ao mesmo tempo analisar a estrutura de organização social dos Estados, que convalida a existência dos mesmos.

Em um espaço global extremamente desigual, percebemos Estados ainda no processo de sedentarização do homem, envolvidos com a Revolução Agrícola e discutindo a Primeira Dimensão dos Direitos Humanos, no que tange à liberdade dos indivíduos. E, por outro lado, sociedades extremamente críticas, com índices educacionais responsáveis, perpassando pelas mais contemporâneas dimensões de Direitos Humanos e convivendo com uma Nova Revolução Tecnológica ambientada pelas redes sociais.

Enquanto para alguns Estados é necessário discutir o alto índice de analfabetismo, segurança, infraestrutura, outros diminuem o abismo entre as classes sociais, promovendo um espaço de harmoniza social equilibrado.

Ora, surgem novas inquietudes: O espaço virtual ou uma nova Caverna nos indivíduos? A *internet* ao tempo que permite uma conexão universal, um acesso global aos indivíduos, pode ocasionar uma alienação educacional? O

934. KLEINMAN, Paul – Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. 2014, p. 20.

935. Idem, p. 19.

espaço virtual efetivamente utilizado por indivíduos de todas as partes do planeta torna reféns os que foram vítimas de um processo educacional arcaico e ultrapassado? Analfabetos culturais são os mesmos analfabetos digitais?

3. A JUSTIÇA DE PLATÃO

Para continuarmos, as provocações sobre os indivíduos perpassaram por uma breve análise da constituição do Estado, comutando a antiguidade com o Mundo contemporâneo e objetivando uma construção da pessoa humana no plano internacional e interno nos ordenamentos jurídicos, para então adentrarmos brevemente às virtudes de Platão.

Ao pensarmos o Estado de Platão devemos perceber uma Grécia sem Governo Central, constituída por inúmeras *Pólis* com autonomia administrativa, perpassando de oligarquias até mesmo as democracias – como clássica democracia ateniense – ainda assim, seu principal objetivo era responder: o que era a justiça? Conforme destaca Warburton:

A objetivo fundamental de Platão é o de responder à questão: <<o que é a justiça e será que vale a pena lutar por ela?>>. <<Justiça>> é um termo algo estranho de usar neste contexto, mas a melhor tradução da palavra grega *dikaiousune*, que significa, aproximadamente, fazer o que está certo.⁹³⁶

Observa ainda que o estudo da constituição e organização do Estado é a percepção ampla da análise do comportamento do indivíduo⁹³⁷. Conduzindo a apresentação de uma Sociedade elaborada em virtudes e orientada em tarefas determinadas, uma segmentação social de cunho estamental, que garantiria o bom funcionamento do Estado – a cada indivíduo cabe um papel na Sociedade.⁹³⁸

Ora, conforme proposto, para adentrarmos a um estudo comparado entre antiguidade e Mundo Contemporâneo, cabe a análise de uma compreensão do Estado Soberano nos termos da percepção de René-Jean Dupuy – Território, Povo e Governo Soberano – este executor das políticas sociais e detentor do poder supremo. Através das três premissas é possível o pleito pela inserção

936. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 17.

937. Ibidem.

938. ALVES, Sílvia – Justiça e Direito: textos de história do pensamento jurídico. 2016, p. 11.

no contexto internacional com as características de um Estado independente e coexistente com outros.⁹³⁹

Cabe ainda mencionar a instituição de Contrato Social, orientador das Democracias Constitucionais Ocidentais, que permite a assimilação do indivíduo como cidadão no plano dos ordenamentos jurídicos internos e a recepção das normas internacionais de Direitos Humanos Internacionais com a nomenclatura de Direitos Fundamentais.

Neste momento da História, conforme supramencionado, percebemos os Estados em escalas evolutivas diferentes de assimilação dos Direitos Humanos Internacionais e podemos perceber que até mesmo a Liberdade – presente na primeira Geração dos Direitos Humanos – ainda é infringida em lugares relativamente desenvolvidos.

Mesmo que os Estados estejam garantidos nos espaços de suas soberanias, é indispensável percebermos um Mundo globalizado tangenciado pela *internet*, pelo contato imediato dos indivíduos – independentemente de suas nacionalidades – por uma sociedade que estabelece a informação como unidade de valor.

De tal forma, que internacionalização dos Direitos Humanos cumpre um processo histórico delicado, de combate aos projetos imperialistas militares, conforme destaca a autora Flávia Piovesan:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.⁹⁴⁰

Situar o indivíduo como ator de poder derivado no plano internacional depende da percepção da Dignidade da Pessoa Humana, de uma compreensão de valores universais que podem ser despertados pelas virtudes cardeais platônicas⁹⁴¹.

De certo, que o Estado tem como função na antiguidade e no Mundo contemporâneo a promoção do Justo, atingir o indivíduo, sanar os abismos sociais,

939. DUPUY, René-Jean – O Direito Internacional. Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. p. xx.

940. PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos e o direito constitucional internacional, 2009. p.120.

941. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 17.

entretanto o Justo nem sempre é compreendido por todos sob a mesma ótica e cabe uma análise sucinta das virtudes platônicas para reflexão, tendo em vista que em uma análise atemporal estas percepções podem parecer inadequadas.

Se a Justiça for a harmonia entre todas as virtudes platônicas, devemos então visualizar a Sabedoria, a Coragem e a Temperança. Essas virtudes podem ser encontradas tanto nos indivíduos, quanto nos cidadãos.

3.1 SABEDORIA

Ao analisarmos as virtudes platônicas nos deparamos com uma sociedade estamental, conforme já apresentado, em que cada classe social detém seu espaço específico na dinâmica do Estado e justamente a satisfação, a disciplina e a aceitação que permitem um espaço justo.

A Sabedoria é condição indispensável para os Governantes serem eficientes, permite aos mesmos o poder de decisão, de instrução dos rumos do Estado em prol do comum e através da Razão o governante não colocaria os seus interesses pessoais em detrimento dos outros, a melhor forma de atingir o fim, correspondendo ao amor à verdade.⁹⁴² A Razão é, então, parte da alma:

Razão: essa é a parte da alma responsável pelo pensamento e pela compreensão de quando algo é verdadeiro ou falso, real ou não visível e que toma as decisões racionais.⁹⁴³

Os Governantes seriam os guardiões do bom funcionamento do Estado, os capazes de escolha, de direcionamento do mesmo e seus filhos seriam selecionados, nos termos de uma procriação seletiva (infanticídio). Às mulheres era garantido o direito de mesma educação, entretanto, os homens deveriam as superar em toda tarefa.⁹⁴⁴

Em uma contextualização contemporânea, ainda percebemos um debate de acesso a Direitos Humanos, para identificação dos indivíduos como iguais, sem distinção de gênero ou raça. Uma sociedade machista reflexa de concentração dos altos cargos políticos nas mãos dos homens.

Uma seleção de privilegiados, de manutenção de poder através do domínio do mesmo, processos educacionais alienantes ferramentas de exploração social conduzidas pelo poder financeiro.

942. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 17.

943. KLEINMAN, Paul – Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. 2014, p. 20.

944. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 19.

3.2 CORAGEM

Aos corajosos caberia a proteção do Estado de qualquer tipo de ameaça, seja externa ou interna. Um processo educacional advindo do próprio Estado facilitaria o sentimento de lealdade à todos os indivíduos.

Compreender o espaço o lugar determinado socialmente, proporcionaria aos guardiões auxiliares uma defesa plena, um espírito de bravura e coragem. O próprio Espírito seria a segunda parte da alma, responsável pelos desejos, pelas vontades de vitória e honra.⁹⁴⁵ Para tanto, “corresponde ao papel consignado aos Auxiliares”.⁹⁴⁶

Poderíamos em analogia considerar os exércitos e polícias dos Estados, no Mundo Contemporâneo, como mantenedores dos mesmos? Representantes da Coragem platônica, meros assimiladores de ordem, detentores de uma função operacional?

Estados poderiam ser confundidos com Governos? Governos seriam maiores que os Estados? A coragem estaria delimitada apenas à classe que representa a defesa do Estado? Defesa abrange apenas o espaço militar?

3.3 TEMPERANÇA

Dentre as virtudes essa seria a complementar de todas, a garantia da harmonia entre as classes sociais do Estado. Já mencionados os Governantes e Auxiliares que compõem os Guardiões do Estado, é indispensável apresentarmos os Artífices, a estes cabem o trabalho, seja qual for, de suprir as necessidades dos indivíduos.

A característica da alma reservada aos Artífices é o Desejo, o apetite, aquilo que pode conflitar diretamente com a Razão e promover o injusto, o inaceitável o comportamento falho. O Apetite/Desejo seria então:

Apetite: Essa é a parte da alma de onde vêm todas as ânsias e os desejos mais básicos. Por exemplo, as sensações de sede e fome são encontradas nessa parte da alma. Contudo, o apetite também tem urgências desnecessárias ou ilegítimas, como a gula e os excessos sociais.⁹⁴⁷

945. KLEINMAN, Paul – Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. 2014, p. 16.

946. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 22.

947. KLEINMAN, Paul – Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. 2014, p. 16.

O homem animal contraposto ao homem racional. Para tanto, identidade perfeita com a classe dos Artífices, aqueles que não teriam a capacidade suficiente para escolher, seriam conduzidos pelas classes de governantes capazes de decidir em prol de todos os indivíduos.

Só com a Temperança, a aceitação de uma sociedade estamental, segmentada em funções definidas, com indivíduos leais, respeitando as funções uns dos outros e compreendendo seus próprios limites seria possível atingir um espaço justo, consubstanciado na alma e na racionalidade, presentes nos indivíduos e no próprio Estado. Aqueles que agem com temperança controlam seus desejos, observam a própria Razão.⁹⁴⁸ Em uma percepção contemporânea, os Estados e seus governantes convidam, de forma imperativa, a Temperança de seus cidadãos, por meio de leis, inauguradas pelas Cartas Constitucionais, verificamos um manual de conduta, que por diversas vezes não é assimilado em totalidade. O Estado é o Governo com a função de Provedor da Justiça e garantidor dos direitos fundamentais.⁹⁴⁹

A Temperança é promovida e exigida pelo Estado. O bom cidadão, o bom cumpridor de suas obrigações, bom pagador de impostos, o indivíduo não litigioso, de boa-fé. Este seria o modelo social que o Estado exige, mas que não consegue formar.

3.4 JUSTIÇA

A perfeição do Estado nos moldes Platônicos exige a apresentação da justiça como uma virtude. Uma vez que todos os indivíduos possuem o seu próprio local na sociedade, delimitados aos seus espaços de funções específicas e são, principalmente, satisfeitos e cientes de seu papel social, seria possível um Estado justo.

As quatro virtudes platônicas são complementares e reflexas das qualidades da alma, mas é imprescindível uma breve análise sobre a Justiça diante as várias apresentações de Platão:

A preocupação platônica é, portanto, descobrir a Justiça em função do Bem, através da mediação da filosofia. Sem ser de modo algum indiferente às leis positivas, que conhece perfeitamente e saberá de resto, desenvolver de forma clarividente em *As Leis*, Platão manter-se-á basicamente de pé atrás face à lei: escrita, cai na alçada do mito de Teuth, deus egípcio que teria concedido aos

948. WARBURTON, Nigel – *Grandes Livros de Filosofia*. 2017, p. 22.

949. CANOTILHO, José Joaquim Gomes – *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 85.

homens o dom funesto da escrita, e nunca conseguiu atingir a perfeição da ciência encarnada no filósofo no poder, o deveras famoso filósofo-rei.

Justiça. O debate sobre a natureza desta entre Céfalo, Polemarco, Trasímaco e Sócrates, inaugura o tema.

Ora, as argumentações de Céfalo e Polemarco foram tomadas por crítica de Sócrates, ao primeiro questionava a justiça condicionada a sinceridade e a identificação da riqueza em caráter retributivo, observando a ação dos indivíduos podem ser corretas ou incorretas. Já a Polemarco, observa eu uma Justiça não pode ser condicionada pela amizade, nem pode permitir a feitura do mal – este homem não poderia ser justo.⁹⁵⁰

3.4.1 TRASÍMACO, GLAUCON E ADIMANTO – DO MAIS FORTE À EFETIVA VANTAGEM.

O debate supramencionado merece um destaque especial na perspectiva de Trasímaco. Este apresenta uma retórica consubstanciada na vantagem daquele que possui mais força, capacidade natural do indivíduo e, portanto, característica que provê a justiça – o direito do mais forte. Ora o professor Alex Pires faz indispensável consideração sobre a personalidade de Trasímaco:

Pois bem, identificado que Trasímaco é um sofista fanfarrão e irônico, que vocifera e impõe sua visão sobre seus interlocutores como se fosse a única verdade universal que poria termo aos debates [filosóficos], como Platão, na condução de Sócrates, concebe defesa de seu discurso sobre a justiça ser o direito do mais forte?

Sócrates percorre o caminho de Justiça de Trasímaco, conduzindo à força é a amplitude dos Governos, questionando a capacidade infalível dos governantes e, principalmente, o interesse por trás destes. O mais forte imporia de forma legitimada sua vontade ao mais fraco e a Justiça, conseqüentemente, poderia ser injusta, continua com a inversão de verdades que caracterizam a Justiça e a Injustiça.

A Injustiça atinge o espaço de virtude e sabedoria? Enquanto a Justiça nada mais seria que uma percepção do caráter do indivíduo? Sócrates refuta a afirmação e compreende esta como virtude e sabedoria e aquela como vício

950. PIRES, Alex Sander Xavier – Justiça na Perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates – Do mito hesiódico ao logos platônico, nos limites de Górgias e de A República. Rio de Janeiro: Ed. Pensar a Justiça, 2016. p. 96 e 97.

e ignorância, não podendo conceber a ideia de justo ao mais forte pela simples condição de força.⁹⁵¹

O conflito não é encerrado na desconstituição da força como alicerce da Justiça, logo Glaucon e Adimanto inquerem novamente Sócrates. Não mais é questionada a força, mas o efetivo proveito de ser Justo.

Característica que aos olhos dos dois não apenas é difícil de ser atingida, mas em muitas vezes não proporciona ao indivíduo prazeres, sucesso, riqueza, ou quais quer frutos. Seria interessante ser Justo? Que efetivas glórias proporcionaria a Justiça, se muitos injustos precisavam apenas de uma boa reputação dentro da cidade? Fazer o bem, pelo bem? Pela cidade? Pelo outro? Se as honras e riquezas eram reflexas da Justiça, aqueles que não às atingiram seria Injustos ou Injustiçados?

3.4.2 JUSTIÇA INERENTE À ALMA

A Justiça inerente à alma.⁹⁵² O Estado precisa cuidar de todos os indivíduos, buscar a felicidade dos mesmos. Para tanto, é imprescindível a segmentação social e o cumprimento de suas atividades específicas, para que a orquestra social esteja perfeitamente afinada – uma sociedade organizada.

Justiça – Virtude. Último canto de um quadrado que dá alicerce à pirâmide. E como fundamental para obtenção do sucesso a educação é colocada em destaque para o bom funcionamento deste Estado.

A educação da infância e juventude. Porque, se os nossos jovens forem convenientemente educados e se tornarem homens esclarecidos, compreenderão facilmente tudo isto e o que de momento deixamos de lado, a propriedade das mulheres, os casamentos e a procriação dos filhos, coisas que, segundo o provérbio, devem ser tão comuns quanto possível entre amigos.⁹⁵³

A educação dos indivíduos nos pilares das virtudes de Sabedoria, Coragem e Temperança, proporcionará um Estado fundamentado na Justiça, tanto no plano da Sociedade, quanto no Plano individual/singular.

Mas tratamos da antiguidade, cumpre em uma análise comparada identificar a perspectiva de Billier e Maryoli, sobre o direito do indivíduo:

951. Idem. p. 100-102.

952. Idem. p. 109.

953. PLATÃO *apud* PIREES, Alex Sander Xavier – Justiça na Perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates – Do mito hesiódico ao logos platônico, nos limites de Górgias e de A República. Rio de Janeiro: Ed. Pensar a Justiça, 2016. p. 111.

Mas o nosso espanto pressupõe a consideração anacrónica de um direito do indivíduo que só conhecerá a luz do dia muito mais tarde, na época moderna. A cidadania antiga não é a cidadania moderna, pelo que a relação com a lei é, na primeira, fundamentalmente diferente.⁹⁵⁴

E ao tempo de uma percepção diferencia até mesmo do significado de cidadania, cumpre destacar que diversas das inquietudes da antiguidade ainda afligem as sociedades contemporâneas, diante o que é Justo, Injusto, Certo e Errado. O Modelo de Estado das Democracias Ocidentais Constitucionais diverge pelas diversas sociedades que compreendem o globo, o espaço da temperança não admite, mas permite sociedades estamentais.

A Sabedoria dos Governantes nem sempre é legitimada pelos indivíduos e muitas vezes em que o é, não reproduz garantia de Estado Justo, há uma construção de valores que ao tempo que refuta a impossibilidade de ascensão social, consolida um abismo entre classes.

E a Coragem, anteriormente restrita dos Guerreiros (Militares) acaba transpondo a todos os indivíduos. As virtudes, em uma Sociedade Contemporânea, são catalisadas por um espaço virtual amplo, que reproduz informações instantaneamente, permite reflexão e questionamento, ainda que grande parte dos Estados tenham seus processos Educacionais prejudicados.

A cidadania ampla não dá termo as injustiças, mas ao mesmo tempo permite aos indivíduos o questionamento de seu papel social, das diferenças entre classes. O discurso da antiguidade e contemporaneidade assusta, ao tempo que valores que aparentemente seriam óbvios são desconsiderados por Estados e indivíduos.

A própria percepção da impunidade convida o indivíduo a acreditar que o injusto seria mais feliz, porque aproveitaria melhor os prazeres sociais. O Contrato Social é prejudicado – a perpetuação da ignorância de seus indivíduos é uma característica do mau governante.

O objetivo não é construir novamente valores perpassando pela Constituição do Cristianismo, da Revolução Francesa, Industrial ou mesmo Tecnológica, mas evidenciar a atualidade da inquietude do indivíduo. As virtudes levam à Justiça? Justiça é uma virtude?

954. BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé – História da Filosofia do Direito. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 2001. p. 72 e 73.

4. O JUSTO DE ARISTÓTELES

Para adentrarmos ao espaço do justo aristotélico é indispensável uma breve análise sobre a percepção *Eudaimonia* – Felicidade/Florescimento – dos indivíduos e a formação do caráter dos mesmos, que cumpre sua constituição pela Teoria, a Prática e Produção de suas ações, seja no espaço privado de suas vidas, ou mesmo em sociedade.

O bem viver, ou melhor viver. Os desejos ou anseios materiais, humanos ou mesmo espirituais⁹⁵⁵ são a composição do caráter dos indivíduos e permitem através da Teoria e da Prática identificar o reproduz a sensação de satisfação.

4.1 EUDAIMONIA

A primeira provocação da doutrina é justamente o significado de tal palavra, majoritariamente exprime a compreensão de felicidade ao ser atingida, entretanto Warburton destaca uma metáfora como significação mais ampla “entre florescimento das plantas e o florescimento dos seres humanos”.⁹⁵⁶

O anseio de sucesso em vida, que tudo corra bem tanto no plano individual, quanto no plano social. A composição do prazer, honra, riqueza, sucesso e até mesmo um relacionamento pessoal entre os indivíduos que condicionará a *Eudaimonia* de cada um.

Ora, Aristóteles não condiciona regras específicas e duras para atingir a mesma, mas pelo contrário, trata justamente da especificidade de cada indivíduo, as particularidades que os compõe, seus desejos inerentes ao amadurecimento – ao florescimento no espaço individual e social. Como destaca o autor supramencionado:

“Para Aristóteles, viver bem não é uma questão de aplicar regras gerais a casos específicos, mas de adaptar o comportamento às circunstâncias particulares da vida de cada um.”⁹⁵⁷

Seria a *Eudaimonia* atingível? O fim, por ele só, e não o meio de para atingir o fim?⁹⁵⁸ Eduardo Bittar, discorre sobre a racionalidade como diferencial fundamental do homem, a capacidade pensante permitiria que o caminho

955. BITTAR, Eduardo B. C. – A Justiça em Aristóteles. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999. p. 64 e 65.

956. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 33.

957. Idem p. 34.

958. Idem p. 33.

das escolhas e a formação da virtude do homem fosse ensinada o mais cedo possível para que possa ser assimilada pelos indivíduos permitindo atingir a Felicidade – *Eudaimonia*:

“A felicidade é atingível a partir do exercício constante da alma em conformidade com a virtude perfeita, o que demanda o exercício da sabedoria prática para eleição dos melhores meios que conduzam ao bem, ao τέλος”⁹⁵⁹

Em um paralelo com o Mundo Contemporâneo trazemos à baila a Logoterapia de Viktor Frankl que convida aos indivíduos à busca de um sentido em suas vidas quer através do amor, do sofrimento, ou do trabalho será consequentemente atingida a Felicidade, ou seja, esta é um subproduto do sentido que os homens devem encontrar através de suas ações, suas escolhas em seu cotidiano.⁹⁶⁰

Os dois discursos parecem complementares, mesmo com o abismo temporal de suas idealizações, visto que as particularidades de cada indivíduo são consideradas para que possa ser atingida a *Eudaimonia* aristotélica, ou mesmo a Felicidade da Logoterapia.

Não há fórmula universal e dogmática que possa reproduzir a *Eudaimonia* de Aristóteles, o ser humano se distingue dos outros animais por dispor da razão – o *ergon* humano – e também se distingue dos próprios pares, uma vez que é composto de paixões próprias, interesses singulares, desejos individuais.

Entretanto, o psiquiatra Enrique Rojas, na obra “O Homem Moderno”, aguçava o atingimento da felicidade através de uma vida coerente organizada na tetralogia: “encontrar a si próprio, viver de amor, trabalhar com sentido e ter cultura como base de apoio”⁹⁶¹, destacando que a felicidade é consequência de uma vida positiva, constituída no pressuposto do vocábulo do Direito Romano *honesta vivere, alterum non ladere et suum quique tribuere*.

Sendo assim, é indispensável a construção de um caráter virtuoso, não através de um modelo dogmático e imutável, mas sim uma orientação do bem comum e individual, que traga como característica a formação dos homens bons, dos seres humanos bons, capazes de escolhas e hábitos que conduzam o bom viver em sociedade.

959. BITTAR, Eduardo B. C. – A Justiça em Aristóteles. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999. p. 63.

960. FRANKL, Viktor – Em busca de sentido. São Paulo: Ed. Vozes, 2015.

961. ROJAS, Enrique – O Homem Moderno: a luta contra o vazio. Curitiba: Ed. Chain, 2016. p. 134.

4.2 AS VIRTUDES DO HOMEM.

De sorte que identificamos a preocupação aristotélica com o indivíduo, com a *Eudaimonia* do mesmo, cabe percebermos as virtudes que o compõe, as escolhas e hábitos que constroem o bom viver social, para que interesses ou prazeres próprios não distorçam a percepção de Felicidade – amadurecimento/florescimento.

Para tanto, Warburton destaca que a Virtude de Aristóteles não tinha o cunho moral, mas estava caracterizada pela “excelência de caráter”, o indivíduo agiria conforme seu próprio caráter, suas próprias intenções.⁹⁶²

Dessa forma a Virtude aristotélica pode ser assimilada tanto pelo intelecto, quanto pelo hábito e, portanto, é compreendida distintamente enquanto Virtude Moral, por um lado e por outro Virtude Intelectual:

Aristóteles distingue dois tipos de virtude: moral e intelectual. As virtudes morais, como a temperança, são adquiridas através do treino precoce e reforçadas para se tornarem numa questão de hábito e não numa decisão consciente; as virtudes intelectuais, como a inteligência, podem, pelo contrário, ser ensinadas. As virtudes morais são moldadas pelos elementos não racionais do indivíduo; as virtudes intelectuais são moldadas pelos elementos racionais. Aristóteles identifica uma estrutura comum a todas estas virtudes: elas situam-se entre dois extremos. Esta é a base da doutrina do Meio Termo.⁹⁶³

4.3 MEIO TERMO

O presente tópico tem por objetivo apresentar de forma sucinta a percepção de Meio Termo da ação humana pela compreensão aristotélica e, para tanto, urge observar que Meio Termo não seria uma ação moderada do indivíduo, vez que em inúmeros momentos uma ação violenta poderia ser justificável para evitar outra.⁹⁶⁴

Ora, o Meio Termo de Aristóteles indica uma escolha intermediária entre dois caminhos adversos, que possa apresentar um processo reflexivo do intelecto dos indivíduos, mas sem condizer com a exatidão de meio. Não é uma escolha matemática, as variáveis são consideradas à cada circunstância

962. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 37.

963. Idem. p. 37.

964. Idem. p. 39.

particular e permitem ações diversas dentro uma percepção virtuosa. Como compreende Kleinman:

“Uma escolha virtuosa é, então, o meio-termo entre dois extremos. Entre agir com indiferença e frieza em relação a alguém e ser exageradamente subserviente ou atencioso, a escolha virtuosa é a afabilidade.”⁹⁶⁵

A capacidade de assimilação do hábito da Virtude Moral, ou mesmo ensinamento da Virtude Intelectual, aplicadas pelo o Meio Termo adequado à cada situação em tela, não elimina a possibilidade da *akrasia* social – incontinência voluntária do homem. O indivíduo, ao não caminhar na estrada das ações virtuosas conscientemente atrapalha a busca própria pela *Eudaimonia*.⁹⁶⁶

As ações dos indivíduos seriam conduzidas por suas virtudes? Ou as virtudes seriam identificadas pelas ações dos indivíduos? Permanecendo com a inquietação por hora, cumpre destacar a observação do indivíduo como protagonista social. Aristóteles visualiza não apenas a Sociedade e a necessidade de virtudes amparadas por um Meio Termo, mas também os indivíduos nos planos mais singulares de suas vidas privadas, deixando não apenas a razão conduzir a virtude, mas também a emoção e o instinto como agente influente.

No – Novo – Mundo Contemporâneo observamos uma Sociedade da Informação conduzida por um espaço instantâneo de contato entre Estados e Indivíduos, uma readequação de Atores Internacionais, que influenciam a dinâmica Internacional. As Virtudes não podem ser englobadas sobre um parâmetro etnocêntrico, ou mesmo xenófobo, entretanto perpassam pelas assimilações de cada constituição social de um povo.

Se por um momento a Globalização despertou ao Mundo uma intenção de universalização política, cultural e mesmo social, o poder de ação dos indivíduos catalisado pelo acesso ao espaço virtual, por ora reflexivo, por ora meramente reprodutor, permite até mesmo aos menos instruídos, um posicionamento, uma defesa de seu espaço, suas paixões, suas constituições sociais.

Aqui cumpre demarcar, que se na antiguidade Aristóteles percebe o indivíduo e a convivência em sociedade, demarcada pelas diversas formas de organização das *Pólis* Gregas e a necessidade de ações virtuosas para o bem comum, atingindo por fim *Eudaimonia*, da mesma forma no Mundo Contemporâneo,

965. KLEINMAN, Paul – Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano. 2014, p. 16.

966. WARBURTON, Nigel – Grandes Livros de Filosofia. 2017, p. 41.

o homem é percebido como cidadão nos limites dos Contratos Sociais constituídos em seus Estados, mas também como indivíduo pertencente ao Todo Internacional.

Sendo assim, as virtudes dos indivíduos e Estados contemporâneos não podem simplesmente estar delimitadas sob a percepção restrita de cada Contrato Social Interno, vez que todos compõem um cenário Internacional de onde é esperada harmonia e tolerância.

O indivíduo/cidadão, a dignidade assumindo protagonismo no espaço dos Direitos Humanos.

4.4 JUSTIÇA NATURAL X JUSTIÇA CONVENCIONAL

Para seguirmos as provocações sobre o papel do indivíduo na Antiguidade e no Mundo Contemporâneo, inauguramos a discussão sobre o Justo Aristotélico e, para tanto, utilizaremos a distinção entre Justiça Natural e Justiça Convencional mencionada por Sílvia Alves, em caráter didático, para observarmos a precípua compreensão de princípios do Direito tais como a Igualdade, Legalidade e Equidade no espaço Grego.

A justiça política é de duas maneiras. Uma é natural; a outra, convencional. A justiça natural tem a mesma validade em toda a parte e ninguém está em condições de a aceitar ou rejeitar. A respeito da justiça convencional é indiferente se no princípio admite diversos modos de formulação, mas uma vez estabelecido o seu conteúdo não é indiferente, é o que acontece com o facto de o resgate de um prisioneiro custar uma mina, ou ter de sacrificar uma cabra e não duas ovelhas; e, em geral, com tudo quanto respeita à legislação de casos particulares.⁹⁶⁷

Diante do recorte supramencionado, cumpre destacar a percepção de Aristóteles da Justiça Convencional, que provoca a assimilação da virtude do bom cidadão conforme organização política de cada *Pólis*, visto que os valores que formam uma Sociedade são distintos.

A observação da Lei pelo indivíduo, pela Sociedade e Governantes é a garantia de um espaço virtuoso, harmônico e previsível, portanto a Justiça, deve atingir o espaço da Igualdade, da Legalidade, da Proporcionalidade, da Equidade e da Alteridade, permitindo um modelo – não restrito – e convivência, assim atendendo as particularidades dos indivíduos.

967. ARISTÓTELES *apud* ALVES, Sílvia – Justiça e Direito: Textos de História do Pensamento Jurídico. 2016. p.13.

Por isso, a Lei convencionada, legislada deve ser aplicada a todos indifereentemente, para que a Igualdade seja sentida na Sociedade, de tal forma que o indivíduo consiga identificar o Justo, o Injusto e principalmente respeitar o todo pleno e o todo parte.

Da mesma forma a Legalidade é indispensável a percepção de Justiça pelos indivíduos e deve ser apresentada em conformidade com as necessidades da Sociedade e do tempo que vigora:

Uma vez que o injusto é um transgressor da lei, e o justo se mantém dentro dos seus limites, é evidente que toda legalidade é de algum modo justa. Na verdade, tudo que é definido por um acto legislador é conforme à lei, por isso afirmamos que cada uma das disposições legais é justa.⁹⁶⁸

A Lei será a garantia de acesso à Justiça a todos e, portanto, o Justo deve ser universal, mas assim sendo a mesma incorre na necessidade de adequação aos casos específicos de cada indivíduo ou caso em tela, suprimindo não apenas abismos sociais, mas defeitos próprios da Lei.

Ora, já identificados princípios de Direito em toda percepção de Justiça Aristotélica, ao Direito Contemporâneo e a percepção de Justiça coaduna com assimilação do indivíduo nos cenários domésticos dos Estados. Usaremos como exemplo a própria fundamentação dos Direitos Humanos nas Cartas Constitucionais como instrumento de ampliação dos Atores Internacionais, chamando ao papel de destaque o próprio indivíduo.

A dignidade da pessoa humana sob os moldes da compreensão dos filósofos aqui arrolados, coincidiria com o sentido substancial contido na Declaração Universal dos Direitos Humanos? As Virtudes dos Homens, dos Estados e seus Governantes, respeitam os indivíduos? Todas as pessoas são humanas?

5. A PESSOA HUMANA NA COMUNIDADE INTERNACIONAL

Ora, uma vez mencionadas brevemente as percepções de Platão e Aristóteles sobre os indivíduos na antiguidade, suas virtudes, bem comum e convivência em Sociedade, cumpre à proposta inicialmente apresentada identificar a Pessoa Humana na Contemporaneidade, na Comunidade Internacional, analisando

968. ARISTÓTELES *apud* ALVES, Silvia – Justiça e Direito: Textos de História do Pensamento Jurídico. 2016. p.13.

o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, as Soberanias dos Estados Constitucionais Ocidentais e os indivíduos enquanto Atores Internacionais.

5.1 O INDIVÍDUO INTERNACIONAL E A GLOBALIZAÇÃO.

Por tanto, vamos partir do processo de Globalização, considerando, é claro, desde o momento pós Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas, Declaração Universal dos Direitos Humanos, a ascensão da *internet* e assimilação da informação como mercadoria.

Ao tratarmos da Globalização e o conseqüente processo de assimilação dos indivíduos como Atores Internacionais, devemos destacar que o ponto definitivo de mudança na postura internacional na implementação dos Direitos Humanos ocorre no pós-Segunda Guerra Mundial reflexo da tragédia do Genocídio realizado por Hitler. A autora Cristina de Queiroz discorre sobre a internacionalização dos Direitos Humanos:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeitos de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana.⁹⁶⁹

Após a vitória dos Aliados, percebemos uma configuração internacional diagnosticada na bipolaridade entre os regimes Capitalista e Socialista, dividindo o mundo em uma guerra fria que findará com o fracasso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

A reconstrução da Europa, a solidificação de um ambiente Multipolar e o surgimento de Blocos Econômicos fortes, permitiram um contato imediato entre Estados fortalecido pelo avanço das Nova Tecnologias de Informação e Comunicação e a democratização da *internet*:

A Globalização refere-se à multiplicidade de ligações e interconexões entre os Estados e as sociedades que caracterizam o presente sistema mundial. Descreve o processo pelo qual os acontecimentos, as decisões e as atividades

969. PIOVESAN, Flávia – Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. p.120.

levadas a cabo numa parte do mundo acarretam consequências significativas para os indivíduos e a comunidade em zonas distintas do globo. A Globalização compreende dois fenómenos distintos: alcance (extensão) e intensidade (profundidade). Por um lado, define um conjunto de processos que abrangem a maioria do globo e actuam mundialmente; o conceito tem, por isso, uma conotação espacial. Por outro lado, está também implícita uma intensificação dos níveis de interacção, interconjugação ou interdependência entre os Estados e sociedades que constituem a comunidade mundial.⁹⁷⁰

É justamente a democratização espaço virtual que convida o indivíduo a sentir-se ator internacional e ao mesmo tempo cidadão de seu Estado. O acesso instantâneo à informação, transforma o indivíduo em receptor, transportador e emissor de opiniões.

A Globalização recebe o movimento reverso – o ser igual em tudo, é ser diferente em nada – de tal maneira que aos indivíduos ressurgem a necessidade de valorização do Estado de origem, a identificação cultural. Para o bem comum ser atendido pelo Estado, este deve observar a diferença de seus cidadãos – suas particularidades. No plano Internacional não pode ser diferente aos indivíduos, estes possuem origens diferentes, experiências de vida diversas, virtudes orientadas conforme seus processos educacionais internos.

Ainda que esteja restrita a capacidade de contrair tratados aos Estados, Blocos Econômicos e Organizações Internacionais, o homem absorve o papel protagonista na Sociedade Internacional, como tutelado não apenas pelo Estado de nacionalidade, mas por todos aqueles que convergem com a normas internacionais de Direitos Humanos.

5.2 PESSOA HUMANA – DIGNIDADE.

Percebido o homem como indivíduo internacional detentor de direitos protegidos pelos Estados, tanto nos ambientes domésticos específicos – pela alcunha de cidadãos – quanto no cenário global, cumpre identificarmos a Dignidade da Pessoa Humana enquanto princípio orientador dos Direitos Humanos Internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos não é a inauguradora destes no Mundo, portanto, é necessário observar dois documentos considerados precursores destes direitos ainda no Século XVIII, a Declaração de Independência

970. Fernandes, José – Teoria das Relações Internacionais: da abordagem clássica ao debate pós-positivista, 2011. p. 170-173.

dos Estados Unidos de 1776⁹⁷¹ e a posterior Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁹⁷² da Assembleia Nacional francesa.

Enquanto na América o discurso invocava a Independência da Nação, os Direitos dos Indivíduos e a busca da Felicidade, à Revolução Francesa produzia um texto fruto da Assembleia Nacional, uma Declaração intrigante atribuindo soberania ao Estado rompendo a relação de subjugação ao Rei e transportando a igualdade à todos os cidadãos, uma sociedade sem privilégios de estirpe.⁹⁷³

A Declaração de Virgínia de 1776 rezava em seu art. 1º que:

Art. 1º. Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. [16]

A mesma ideia foi expressa na Declaração Francesa de 1789[17], que em seu art. 2º dispôs: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis ao homem.”⁹⁷⁴

Entretanto, é com Segunda Guerra Mundial e as intenções imperialistas militares de Hitler, que ocorre genocídio dos Judeus e desperta o Mundo à uma necessidade de normas internacionais contratadas ou mesmo orientadoras para garantia de um relacionamento entre Estados em caráter harmônico, tolerante e previsível.

Westfália propõe um *status* de equilíbrio e não-intervenção entre os Estados⁹⁷⁵ observado pelo Construtivismo da Relações Internacionais, como a solidificação da soberania e posterior assimilação dos Direitos Humanos, como destaca Michael Barnett:

The Peace of Westphalia helped to establish sovereignty and the norm of non-interference, but in recent decades various processes have worked against the principle of non-interference and suggested how state sovereignty is conditional on how states treat their populations. World orders are created and sustained not only by great power preferences but also by changing understandings of

971. DECLARAÇÃO de Independência dos Estados Unidos da América. (04-07-1776).

972. DECLARAÇÃO Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Assembleia Nacional Francesa. (27-08-1789).

973. Idem – Ibidem

974. JÚNIOR, Ademir de Oliveira Costa – A eficácia vertical e horizontal dos Direitos Fundamentais.

975. DUPUY, René-Jean – O Direito Internacional, 1993. p. 14.

what constitutes a legitimate international order. Until the Second World War the idea of a world organized around empires was hardly illegitimate; now it is. One of the today's most pressing and impressive issues concerning global change is the end of history and the apparent homogenization of world politics—that is, the tendency of states to organize their domestic and international lives in similar ways and the growing acceptance of certain international norms for defining the good life and how to get there.⁹⁷⁶

Se pela perspectiva contratual, estabelecida no *pacta sunt servanda*, podemos destacar a Carta das Nações Unidas que estabelece um Organismo Internacional para defesa, tutela dos Direitos do Indivíduo, por outro lado temos a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) como orientadora das Cartas Constitucionais, que absorve um poder vinculante, vez que as Constituições dos Estados assimilam os Direitos Humanos, recepcionando e os positivando pela nomenclatura de Direitos Fundamentais.

Paulo Portela percebe a DUDH⁹⁷⁷ como inauguradora do Sistema de Proteção Global dos Direitos Humanos⁹⁷⁸, já Jorge Miranda interpela sobre o protocolo da declaração – não sendo tratado, assume caráter de recomendação – porém, atingindo à todos os indivíduos, seriam tutelados e absorvidos pelos Estados:

[...] os princípios contidos ou refletidos nos artigos da Declaração constituem princípios gerais de Direito Internacional, quer se entenda que se reduzem a meras fontes materiais, quer se entenda que equivalem a fontes formais; e eles protegem-se não apenas sobre os Estados-membros da ONU, mas também sobre quaisquer Estados.⁹⁷⁹

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é compreendida como um documento de cunho político, por Njal Hostmaelingen, que percebe um poder vinculativo orientador outros documentos internacionais e regionais:⁹⁸⁰

Para Mazzuoli a Declaração desperta a Sociedade Internacional para defesa dos Direitos Humanos em um padrão mínimo, ainda que estabelecida em um caráter orientador:

976. BARNETT, Michael – Social Constructivism. In *The globalization of world politics: an introduction to international*, 2008. p. 168.

977. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

978. PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – *Direito Internacional Público e Privado*. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. p. 869.

979. MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Internacional*. 6. Ed. Cascais: Ed. Principia, 2016. p.335.

980. HOSTMAELINGEN, Njal – *Direitos Humanos num relance*. Lisboa: Ed. Sílabo, 2016. p. 17.

O que se deve entender é que a Declaração Universal visa estabelecer um padrão mínimo para proteção dos direitos humanos em âmbito mundial, servindo como paradigma ético e suporte axiológico desses mesmos direitos. Assim, por ter afirmado o papel dos direitos humanos, pela primeira vez e em escala mundial, a Declaração de 1948, como leciona Celso Lafer, há de ser considerada “um evento inaugural de uma nova concepção da vida internacional”.⁹⁸¹

Ao identificarmos anteriormente a perspectiva platônica e aristotélica do bem comum, do indivíduo em Sociedade, suas virtudes e compreensões de Justiça, permeamos pela análise da antiguidade grega sem qualquer intenção de uma análise comparativa valorativa, mas pelo contrário é a provocação filosófica e a identificação do indivíduo que convoca o debate da pessoa humana.

Ainda que a natureza jurídica da DUDH seja prejudicada formalmente pela ausência de um poder vinculativo – adotada apenas por Resolução da ONU⁹⁸² o instrumento é grande instrutor da Dignidade da Pessoa Humana já reconhecendo a mesma e a qualificando no primeiro parágrafo de seu preâmbulo.

Por outro lado, sua ausência de formalidade vinculativa e abertura interpretativa, permitiu assimilação de vários de Estados, ainda que em caráter regionalista, adequando aos ordenamentos jurídicos internos – a Fundamentalização dos Direitos Humanos nas Constituições Ocidentais, o poder vinculativo anômalo.

Apresentamos ao trabalho a percepção da professora Stela Barbas sobre a Dignidade da Pessoa Humana – ainda que sob um panorama civilista – apresenta com exatidão o sentimento individualista, particular, singular e universal do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana:

A afirmação de que a dignidade pessoal é algo inerente a todo ser humano fundamenta-se na unicidade e na irrepetibilidade de todo o indivíduo; em virtude da sua dignidade pessoal o ser humano é sempre um valor em si e por si e como tal deve ser tratado.⁹⁸³

A Dignidade de um é de todos. Construção do indivíduo internacional, tutela dos Estados pelos cidadãos, e também pelos cidadãos dos outros Estados.

981. MAZZUOLI, Valério – Curso de direitos humanos, 2017. p. 84.

982. MARTINS, Ana Maria Guerra – Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Ed. Almedina, 2017. p. 126.

983. BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – Direito ao Patrimônio Genético. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006 f. – Dissertação de Mestrado em Ciências – Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina. 2006 reimpressão de 1998, p 251.

Ambiente Internacional macro, ordenamentos internos observando os Direitos Humanos, a Dignidade.

Então, entre as virtudes contemporâneas podemos identificar a Justiça às pessoas humanas? Os Estados são garantidores do direito de todos os indivíduos? O Mundo conseguiu atingir o panorama Global?

Ao observamos a História da Antiguidade temos uma percepção Grega – todo o Mundo Antigo – ou seja, a história da humanidade ocidental caminha sob a perspectiva da antiguidade grega, para tanto uma análise deve ser readequada ao seu tempo, as *Pólis* gregas eram Cidades-Estados autônomas, independentes e autárquicas, com regimes políticos diferentes, que convergiam em alianças conforme fossem ameaçados os seus domínios. Os filósofos gregos supramencionados destacam a vasta quantidade de modelos de organização política, Timocracia, Oligarquia, Democracia.

Entretanto, a significação da palavra Cidadão é que nos chama atenção. O cidadão grego é autóctone, homem, maior de idade, livre e possui riquezas, um grupo restrito de pessoas. O cidadão contemporâneo é compreendido nas democracias ocidentais como qualquer indivíduo que detenha das faculdades previstas nos Ordenamentos Jurídicos Internos maiores de cada Estado – em suas Cartas Constitucionais.

5.3 SOBERANIA

Adentraremos no espaço da Soberania dos Estados Nacionais para uma breve contraposição com os Direitos Humanos Internacionais identificando um discurso político contemporâneo de resistência ao cenário globalizado, principalmente na recepção efetiva dos Instrumentos Jurídicos Internacionais sem natureza de poder vinculativo, tal como a DUDH.

Para tanto, vamos observar a percepção de René-Jean Dupuy sobre o Estado Soberano no trinômio: Território, Povo e Governo Soberano, este detentor do Poder Supremo. Cumpridos os requisitos, o Estado seria existente no cenário global, ao tempo que sua existência não é condicionada ao seu reconhecimento.

No cenário interno, um Governo Soberano organizador social e representante de seus cidadãos legitimado por um regime normativo próprio, seja qual for o regime político adotado.

Mazzuoli, identifica a Soberania como antagônica aos Direitos Humanos, vez que não permitiria a construção de um ordenamento jurídico internacional

nos termos das normas de *jus cogens* – estas balizadoras da Soberania⁹⁸⁴. De toda sorte, a recepção dos Direitos Humanos confere segurança as normas internas e permeando uma orientação jurídica de ordem global.⁹⁸⁵

Ora, através de uma percepção particularista dos Estados consubstanciados em protecionismos econômicos e militares é possível perceber uma preeminência do Governo interno, que é autônomo às políticas externas que não o interessa.⁹⁸⁶ Posicionamento favorecido pelo princípio da não-intervenção, que afasta ainda mais o sistema colaborativo de ordenamento jurídico global, perceptível pelo poder de sanção limitado dos Tribunais Internacionais.

Aos Estados, o discurso de tutela de seus cidadãos é argumento político jurídico de debate atual em resposta ao processo de globalização, convalidando através do Princípio da Soberania movimentos conservadores e protecionistas ocasionando um distanciamento dos ordenamentos jurídicos de cunho global.

Ainda que a norma internacional possa ser assimilada diante uma dinâmica dualista e convalidada por grande parte dos Estados, é latente um ressurgimento do debate da Soberania dos Estados em conflito com os Direitos Humanos Internacionais, principalmente no que tange o Princípio da Dignidade Humana, os indivíduos seriam gênero de cidadãos?

Ao fazermos um breve comparativo com a antiguidade, podemos novamente chamar a tela aos critérios de cidadania na antiguidade grega. Quem seriam os cidadãos? Os indivíduos mencionados pelos filósofos antes expostos, tem seu papel definido na sociedade ao qual fazem parte, não vamos nos debruçar pelas inúmeras formas de organização política das *Pólis* gregas, apenas destacamos, mais uma vez, que a cidadania era restrita à um pequeno grupo de indivíduos.

Poderíamos então perceber o sinal da Soberania diante as organizações autônomas, autárquicas e independentes das Cidades-Estados? Os cidadãos de cada *Pólis* são mais indivíduos, ou mais Cidadãos?

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo é embrião de uma proposta audaz. Perpassar brevemente sob Platão e Aristóteles tem como provocação um discurso alinhado com os Direitos Humanos Internacionais e a contraposição das Soberanias dos Estados Nacionais.

984. MARTINS, Ana Maria Guerra – Direito Internacional dos Direitos Humanos. Coimbra: Ed. Almedina, 2017. p. 92.

985. MAZZUOLI, Valério – Curso de direitos humanos, 2017. p. 478-484.

986. HUSEK, Carlos – Curso de direito internacional público. 2017. p. 205.

A percepção das virtudes e do caráter do indivíduo, assim como sua singularidade enquanto tal, são fundamentais para percebermos a necessidade de ordenamentos jurídicos em prol do bem comum, que possam ser ensinados para o bom funcionamento do Estado, mas que ao mesmo tempo compreenda a exclusividade de cada ser humano.

A Justiça não pode ser compreendida cartesianamente, não é fórmula matemática, depende das formações valorativas dos indivíduos e da ação do Estado que os tutela. Os ordenamentos internacionais surgem com o propósito de assegurar um espaço digno ao indivíduo e uma tolerância entre estados que permita uma previsibilidade de ações e uma disposição equilibrada.

Nem todo indivíduo percebido por Aristóteles e Platão se torna cidadão nos limites do regime político adotado na *Pólis* ao qual convive. Ou seja, a provocação proposta parte ainda da antiguidade. As condicionantes para ser cidadão grego não excluíam outros indivíduos? E, principalmente, o fundamento para exclusão dos estrangeiros – metecos, periecos – do critério de cidadania não poderia ser orientado por uma preliminar Soberania de Estado?

Se o indivíduo é percebido, na antiguidade, como ser racional, constituído por suas paixões, por seus desejos, suas experiências de vida, é também parte das relações sociais a que esteve sujeito, sendo indispensável identificá-lo como singular, próprio e garantir sua busca pela Felicidade.

No Mundo contemporâneo a Dignidade da Pessoa Humana, enquanto princípio de Direito, é a garantidora da excelência dos Direitos Humanos Internacionais. Ela não pode ser restringida pelos ordenamentos jurídicos internos, mas pelo contrário deve ser tutelada pelos Estados em cunho global. A Dignidade do indivíduo é critério de cidadania universal, assim, nada adianta a Liberdade de alguém que não seja amparado por seu Estado.

Voltamos a discussão, se na antiguidade o critério de cidadania era excludente, no Mundo contemporâneo a cidadania é abrangente, mas os cidadãos tem seus direitos constantemente desrespeitados, seja no plano global, seja dentro de seus próprios territórios. Os Estados abusam de suas Soberanias e do princípio de não-intervenção para não tutelar até mesmo seus próprios cidadãos, aqui nos afastamos da discussão sobre os problemas migratórios, vez que seria uma inquietude de tamanha proporção que a reflexão neste seria impossível.

Por fim, a percepção do indivíduo na antiguidade conduz a História Ocidental as concepções de Virtudes, bem comum, Justiça e principalmente a

busca pela Felicidade, toda análise dever ser observada na atualidade de seu próprio tempo, para que o juízo de valor não atrapalhe o referencial teórico.

Já o mundo contemporâneo perpassa sob uma nova discussão de Direitos Humanos com o embate entre Dignidade da Pessoa Humana e a Soberania dos Estados Nacionais. A fundamentalização da Dignidade nas Cartas Constitucionais não é garantidora da mesma em excelência, vez que restringe os indivíduos internacionais à cidadãos e tangencia a obrigatoriedade do Direito aos interesses dos próprios Estados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sílvia – **Justiça e Direito: textos de história do pensamento jurídico.**

Lisboa: Editora Quid Juris, 2016. ISBN 978-972-724-735-6

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves – **Direito ao Patrimônio Genético.**

Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006 f. – Dissertação de Mestrado em Ciências – Civilísticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Almedina. 2006 reimpressão de 1998. ISBN 978-972-4011-134

BARNETT, Michael – Social Constructivism. In **The globalization of world politics: an introduction to international.** 4.^a ed. New York: Editora Oxford University, 2008. ISBN 978-0-19-929777-1 p. 160-173.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé – **História da Filosofia do Direito.** Lisboa:

Ed. Instituto Piaget, 2001. ISBN 972-771-857-4/978-972-771-857-3

BITTAR, Eduardo B. C. – A Justiça em Aristóteles. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 1999. ISBN 85-218-0245-5

CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Estudos sobre Direitos Fundamentais.** São

Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. ISBN 978-85-2033297-9

CARDOSO, Ciro Flamarion – **No limiar do Século XXI.** In Revista Tempo (Federal Fluminense). Rio de Janeiro. Vol.1 nº 2, 1996. p. 7-30.

DUPUY, René-Jean – **O Direito Internacional.** Coimbra: Ed. Coimbra, 1993. ISBN 972-40-0726-X

FERNANDES, José – **Teoria das Relações Internacionais:** da abordagem clássica ao debate pós-positivista. 2.^a Ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2011. ISBN 978-972-40-3899-5

HOSTMAELINGEN, Njal – **Direitos Humanos num relance.** Lisboa: Ed. Sílabo, 2016. ISBN 978-972-618-835-3.

HUNT, Lynn – **A invenção dos direitos humanos; uma história.** São Paulo: Ed.

Companhia das Letras, 2009. ISBN 978-85-359-1459-7

HUSEK, Carlos – **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Ed. LTR, 2017. ISBN 978-85-361-9084-6

KLEINMAN, Paul – **Tudo o que você precisa saber sobre a filosofia: de Platão e Sócrates até a ética e metafísica, o livro essencial sobre o pensamento humano**. São Paulo: Ed. Gente, 2014. ISBN 978-85-7312-972-4

MARTINS, Ana Maria Guerra – **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Coimbra: Ed. Almedina, 2017. ISBN 978-972-40-2768-5

MAZZUOLI, Valério – **Curso de direitos humanos**. 4. Ed. São Paulo: Ed. Método, 2017. ISBN 978-85-309-7543-2

MIRANDA, Jorge – **Curso de Direito Internacional**. 6. Ed. Cascais: Ed. Principia, 2016. ISBN 978-989-716-143-8

NETTO, Menelick de Carvalho; SCOTTI, Guilherme – **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade as tensões principiológicas e a superação do sistema de regra**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012. ISBN 978-85-7700-414-0

PIOVESAN, Flávia – **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10. Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07413-2

PIRES, Alex Sander Xavier – **Justiça na Perspectiva de Hesíodo, Platão e Sócrates – Do mito hesiódico ao logos platônico, nos limites de Górgias e de A República**. Rio de Janeiro: Ed. Pensar Justiça, 2016. ISBN 975-85-909488-3-4

PIRES, Alex Sander Xavier – **Fluxos migratórios forçados e cultura de paz: um contributo hipotético baseado na educação como pilar da democracia e na solução alternativa à crise do estado assistencialista**. In Revista Galileu (Revista de Direito e Economia). Lisboa. Ed. Ratio Legis, 2018. p. 64-85. e-ISSN 2184-1845

PIRES, Alex Sander Xavier – **Súmulas Vinculantes e Liberdades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Ed. Pensar Justiça, 2016. ISBN 975-85-909488-2-7

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves – **Direito Internacional Público e Privado**. 9. Ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017. ISBN 978-85-442-1079-6

QUEIROZ, Cristina – **Direito Constitucional Internacional**. Lisboa: Ed. Petrony, 2016. ISBN 978-972-685-230-8

QUEIROZ, Cristina – **Poder Constituinte, Democracia e Direitos Fundamentais: uma via consitutcional para a Europa?** Coimbra: Ed. Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2129-9

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes – **Direito de para todos**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-157-6

ROJAS, Enrique – **O Homem Moderno: a luta contra o vazio**. Tradução: Waldir Dupont. Curitiba: Ed. Chain, 2016. ISBN 978-85-61874-19-3

SILVA NETO, Benedito – **A Formação do Homem para a Soberania Popular como Princípio de Direito Político em Jean-Jacques Rousseau**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2016. ISBN 978-85-8440-526-8

TOFFLER, Alvin – **A Terceira Onda**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Record, 1980.

WARBURTON, Nigel – **Grandes Livros de Filosofia**. 2ª ed. Lisboa: Ed. Edições 70, 2017. ISBN 978-972-44-1741-7

DIREITOS SOCIAIS, ÉTICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

ANTÔNIO OSWALDO SCARPA⁹⁸⁷

1. INTRODUÇÃO, OBJETIVO E MÉTODO

O propósito do presente estudo é demonstrar que a fraternidade, além de valor que pertence às religiões e à moral, é importante categoria jurídica, consagrada, enquanto princípio, na Constituição Federal de 1988, e precisa – como vem acontecendo – ser resgatada para que o ideal de justiça se realize plenamente.

Como objetivo específico, pretende-se comprovar que os direitos fundamentais sociais, notadamente decisões visando a garantir esses direitos, devem ser orientadas pelo princípio constitucional da fraternidade, respeitando-se as diferenças e promovendo a tão almejada justiça social, com um olhar verdadeiro para o Outro.

O presente trabalho resulta de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Nesse aspecto, podemos afirmar, sem receio de errar, que a obra de maior relevo sobre o princípio constitucional da fraternidade, entre nós, é justamente a de autoria do nosso grande homenageado, tese com a qual obteve o grau de doutor em Direito.

Com efeito, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça Reynaldo Soares da Fonseca merece todas as homenagens, por sua destacada carreira jurídica, pelo imenso preparo técnico e comprometimento em tudo que faz, e, ao lado disso, pela sua simplicidade, amabilidade, comportamento ético, qualidades

987. Antônio Oswaldo Scarpa, juiz federal, mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), integrou o Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, tendo exercido as funções de juiz ouvidor e diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJE/BA) – e-mail: antonio.scarpa@trf1.jus.br

que o fazem tão admirado. Podemos afirmar que sua vida é pautada pelo ideal que tanto defende: a fraternidade.

O presente estudo inspira-se na obra do homenageado.

2. A FRATERNIDADE ENQUANTO VALOR RELIGIOSO E MORAL E SUA INCORPORAÇÃO PELO DIREITO

Enquanto princípio, a fraternidade tem raízes na tradição cristã, como amor ao próximo, respeito e não indiferença para com o Outro.

Como categoria política, a Revolução Francesa de 1789 consagrou o ideal da fraternidade, ao lado da liberdade e da igualdade.

Enquanto os ideais de liberdade e de igualdade ganharam papel de destaque em movimentos políticos e foram alçados à categoria de princípios fundamentais nas Constituições, a fraternidade permaneceu esquecida, seja por ausência de previsão constitucional, seja pela baixa densidade e força normativa que os aplicadores do direito a atribuíam.

Esse quadro, felizmente, tem-se modificado, de sorte que a fraternidade, enquanto princípio e categoria jurídica, vem sendo resgatada em importantes estudos e julgados.

Objeção costumeira à aplicação do princípio da fraternidade em uma sociedade laica é sua origem religiosa, ao argumento de que esse ideal não seria compartilhado por toda a comunidade.

Não se ignora, como já se anunciou, que o ideal de fraternidade advém da ética religiosa, particularmente do Cristianismo. Também se sabe que as religiões não se contentam em anunciar uma explicação da vida e do mundo, em resposta à questão fundamental da existência. Ao lado disso, as religiões estabelecem ordinariamente um código de conduta, mandamentos, o que nos remete à ética, à doutrina do agir correto, que igualmente é objeto da filosofia.

A ética da fé cristã, leciona Norbert Horn, professor titular da Universidade de Colônia – Alemanha, “influenciou decisivamente a filosofia européia e, em geral, os parâmetros éticos dominantes da cultura européia”.⁹⁸⁸

Pode-se resumir a ética cristã no mandamento do amor divino e do amor ao próximo (Mateus 22, 37-40; Lucas 10, 25). O amor ao próximo, por sua vez, é sintetizado na chamada *regra de ouro*: “Tudo quanto, pois, quereis

988. Norbert HORN. Introdução à ciência do direito e à filosofia jurídica, p. 101-102.

que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles” (Mateus 7.12; Lucas 6, 13).

O amor e respeito ao próximo representam o ideal da fraternidade.

E voltando os olhos para o plano jurídico, é importante ressaltar que concepções cristãs exerceram e exercem inegável influência no nosso Direito. Doutrinas e concepções religiosas, aliás, “influenciam, a longo prazo, as idéias fundamentais (teoria de base) de uma sociedade”⁹⁸⁹. Assim, apenas para exemplificar, podemos mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana e também os direitos sociais, que têm relação próxima com as concepções cristãs modernas.

Na realidade, como nos ensina Miguel Reale, ao atribuir a um determinado *valor* a força determinante da conduta, estamos convertendo esse valor em *fim ético*, seja de cunho moral, religioso, jurídico, econômico, estético etc.⁹⁹⁰

Entre nós, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no art. 3º, que é objetivo da República a construção de uma sociedade livre (liberdade), justa (igualdade) e solidária (fraternidade), e, no preâmbulo, proclamou os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Aí está, portanto, o ideal da fraternidade, consagrado como valor fundante do Estado Democrático que se estava então instituindo.

Sobre a força normativa do preâmbulo, Paulo de Barros Carvalho afirma que as cláusulas do preâmbulo da Constituição cumprem “papel prescritivo da mais elevada importância, impregnando, devido à sua hierarquia e pelo próprio efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional”.⁹⁹¹

Também Edvaldo Brito alinha-se pela eficácia normativa do preâmbulo, em conformidade com o pensamento de Jorge Miranda, Juan Ferrando Badia, Georges Vedel, Carlos Maximiliano e outros juristas nacionais e estrangeiros. Ressalta que o preâmbulo é, tecnicamente, parte integrante do texto da Constituição escrita, tendo não só um alcance político, mas também eficácia normativa.⁹⁹²

O Supremo Tribunal Federal igualmente já se pronunciou quanto ao caráter cogente do preâmbulo.⁹⁹³

989. Ibidem, p. 116-117.

990. Miguel REALE. Filosofia do direito, p. 389.

991. Paulo de Barros CARVALHO. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos. In: Revista Direito GV, v. 6, n.1, p. 302.

992. Edvaldo BRITO. Limites da revisão constitucional, p. 38-39.

993. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.649, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 17-10-2008.

3. AS GERAÇÕES (OU DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Norberto Bobbio observa que “o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estão na base das Constituições democráticas modernas”. O admirável jusfilósofo italiano relaciona os direitos do homem com a democracia e a paz, afirmando serem três momentos necessários do mesmo movimento histórico: “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”.⁹⁹⁴

Prossegue Bobbio, assinalando que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, que nasceram das lutas em defesa das novas liberdades contra velhos poderes, e nasceram de modo gradual.⁹⁹⁵

Paulo Bonavides, baseando-se em Karel Vasak, classifica os direitos fundamentais em progressivas gerações, conforme a sequência histórica de sua crescente institucionalização.⁹⁹⁶

Os direitos da liberdade – os direitos civis e políticos –, correspondem à fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente, integrando a primeira geração de direitos. São direitos de defesa, de resistência ou de oposição perante o Estado.

Em seguida, no século XX, advém a segunda geração de direitos, quando foram consagrados os direitos sociais, culturais e econômicos, atrelados ao princípio da igualdade, correspondendo a prestações materiais por parte do Estado.

As primeiras constituições a contemplar os direitos sociais foram a mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919.

Convém ressaltar que essa mudança recebeu decisiva influência da doutrina social da Igreja Católica, consagrada na Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, que introduziu a temática da justiça social, expondo conceitos como intervenção estatal e dirigismo econômico.⁹⁹⁷

Já a terceira geração de direitos assenta-se sobre um ideal de fraternidade e solidariedade entre os povos, e, para além dos direitos individuais e coletivos, protege o próprio gênero humano, tratando-se do direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente equilibrado, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

994. Norberto BOBBIO. A era dos direitos, p. 1.

995. Ibidem, p. 5.

996. Paulo BONAVIDES. Curso de direito constitucional, p. 516 et seq.

997. Cf. Edvaldo BRITO. Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico, p. 12.

A quarta geração de direitos alcança, segundo Bonavides, a democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Fala-se, ainda, na quinta geração, abrangendo direitos oriundos da realidade virtual.

A doutrina tem criticado a divisão dos direitos fundamentais em gerações, pois alimentaria uma visão fragmentada, atomizada, prejudicando a visão unitária desse plexo de normas.⁹⁹⁸

Propõe-se, assim, “dimensões” dos direitos fundamentais em lugar de “gerações”.

O próprio Bonavides, em que pese utilizar a consagrada classificação dos direitos fundamentais em “gerações”, salienta que “o vocábulo ‘dimensão’ substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade”.⁹⁹⁹

Essa crítica tem especial relevo para o nosso estudo, uma vez que os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, embora tenham sido consagrados nos textos constitucionais em momentos distintos, na realidade se complementam, em muitos aspectos, o que reclama um exame em conjunto dessas diferentes dimensões de direitos afins, todos eles fundamentais, estruturantes da ordem jurídica.

3.1 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO VETOR INTERPRETATIVO

Por isso é que se defende que o ideal de fraternidade, além de orientar as relações horizontais entre os povos e as pessoas – traço característico dos direitos de terceira geração ou dimensão –, também deve incidir nas relações verticais entre o Estado e os cidadãos. A liberdade e a igualdade, portanto, devem receber o contágio do ideal de fraternidade, para que se possam revelar, na sua inteireza, os seus conteúdos.

Afinal, a atuação do Estado materializa-se na ação dos seus agentes, de modo que a visão fraterna deve estar presente humanizando a relação que se estabelece entre o Estado e os particulares, e para que especialmente a promoção da igualdade material entre as pessoas se realize inspirada no ideal fraterno, de consideração e respeito ao Outro.

998. Antônio Augusto Cançado TRINDADE. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, p. 390.

999. Paulo BONAVIDES, Curso de direito constitucional, p. 525.

Nesse sentido, Reynaldo Soares da Fonseca, em relevante estudo sobre o tema, chama a atenção para o fato de que o ideal fraterno é a garantia do equilíbrio e da efetivação plena do binômio liberdade-igualdade.¹⁰⁰⁰

Para Carlos Ayres Britto, o constitucionalismo fraternal é o constitucionalismo do futuro, correspondendo à terceira e última fase, após a consagração dos ideais libertários, em um primeiro momento, e de assumir feição social ou igualitária, em um segundo passo. A etapa fraternal da sua existência, o Constitucionalismo Fraterno, incorpora às franquias liberais e sociais a dimensão da fraternidade, que contempla, segundo o eminente jurista, as ações estatais afirmativas, abrindo oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, ao lado do direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à democracia.¹⁰⁰¹

É inegável, ainda, a força simbólica que a fraternidade possui para a superação de desigualdades, promovendo, enquanto valor e direito fundamental autônomo, nas palavras de Reynaldo Soares da Fonseca, “a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica”.¹⁰⁰²

A fraternidade surge, portanto, como elemento conectivo entre a liberdade e a igualdade e como paradigma e vetor hermenêutico na construção do significado de outros enunciados, “além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo”.¹⁰⁰³

Segundo Canotilho, “o caminho, quanto a nós, não deve ser o de procurar desesperadamente uma nova teoria de *direitos absolutos puros*, mas sim o de, com base em *pactos fundadores, antropologicamente amigos*, promover uma política constitucional das liberdades *aberta e progressista* (pós-modernista, se quisermos), mas sempre intersubjectivamente fraterna”.¹⁰⁰⁴

O ideal de fraternidade, repita-se, materializa-se quando o Estado e os particulares, no seu agir cotidiano, reconhecem a existência e a dignidade do Outro.

1000. Reynaldo Soares da FONSECA. O princípio constitucional da fraternidade, p. 58.

1001. Carlos Ayres de BRITTO. Teoria da constituição, p. 216.

1002. Op, cit, p. 96.

1003. Clara Cardoso Machado JABORANDY. A fraternidade no direito constitucional brasileiro, p. 71.

1004. J.J. Gomes CANOTILHO. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais, p. 68.

3.2 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

O princípio da fraternidade já fora adotado como *ratio decidendi* em importantes decisões do Supremo Tribunal Federal.

Assim é que, ao negar Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 186, que questionava o programa de cotas raciais para ingresso na Universidade de Brasília (UnB), o Ministro Gilmar Mendes, então Presidente da Corte, destacou que a liberdade e a igualdade devem ser pensadas, ou repensadas, segundo o valor da fraternidade.¹⁰⁰⁵

Permito-me transcrever trecho dessa decisão, por sua importância e vigor da fundamentação, com destaques em negrito:

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental traz a esta Corte uma das questões constitucionais mais fascinantes de nosso tempo – acertadamente cunhado por Bobbio como o “tempo dos direitos” (BOBBIO, Norberto, *L’età dei diritti*. Einaudi editore, Torino, 1990) – e que, desde meados do século passado, tem sido o centro de infindáveis debates em muitos países e, no Brasil, atinge atualmente seu auge. Trata-se do difícil problema quanto à legitimidade constitucional dos programas de ação afirmativa que implementam mecanismos de discriminação positiva para inclusão de minorias e determinados segmentos sociais. O tema causa polêmica, tornando-se objeto de discussão, e a razão para tanto está no fato de que ele toca nas mais profundas concepções individuais e coletivas a respeito dos valores fundamentais da liberdade e da igualdade. [...] **Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir. No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. [...] Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiosincrasias. Numa sociedade marcada**

1005. ADPF 186/DF – Medida Cautelar, j. 31-07-2009.

pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

Mencione-se, também, acórdão relatado pelo Ministro Carlos Britto, cuja questão de fundo é a reserva de vaga em concurso público para candidato com deficiência visual. Assentou a Primeira Turma daquela Excelsa Corte que “a reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988”.¹⁰⁰⁶

Do Superior Tribunal de Justiça, cabe destacar acórdão determinando a reforma de cadeia pública em município do interior do Mato Grosso, ou a construção de nova unidade. Assentou o relator, naquela oportunidade, que “a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como ‘supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social’, como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana”.¹⁰⁰⁷

Também do Tribunal da Cidadania, e relatado pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, *Habeas Corpus* em que se concedeu o direito a prisão domiciliar a mãe de filho menor de doze anos, para se proteger a integridade física e emocional da criança, destacando-se do bem fundamentado voto o seguinte trecho:

Ainda sobre o tema, é preciso recordar: a) 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; b) O princípio 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); c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos

1006. RMS n. 26.071, 1ª Turma, rel. Min. Carlos Britto, Dje de 01-02-2008.

1007. REsp n. 1.389.952/MT, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, Dje de 07-11-2016.

direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei n. 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional.¹⁰⁰⁸

4. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS DIREITOS SOCIAIS

Diante desse quadro, percebe-se, claramente, que as ações do Estado na concretização dos direitos fundamentais, em particular dos direitos sociais, que visam à promoção da igualdade material, devem ser animadas pelo princípio da fraternidade. Portanto, a constatação de que tais direitos são titularizados por qualquer pessoa, pelo só fato de ser pessoa, deve ser um fator determinante na interpretação dos enunciados dessas normas.

Se assim não for, as decisões aplicando concretamente os direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, correm o risco de se orientarem por uma ótica utilitarista, uma visão puramente econômica do Direito, pensando em maximizar os resultados, sem atentar para o fato de que por trás de números há pessoas, com suas diferenças, suas necessidades e que devem ser respeitadas em sua dignidade.

4.1 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O DIREITO À SAÚDE

No tocante ao direito à saúde é que encontramos a produção doutrinária e jurisprudencial mais relevante, entre os direitos sociais. É nesse campo que os problemas de efetivação assumem feições não raro trágicas, considerando que o não-atendimento pode representar a condenação de uma pessoa à morte. Valer-se do princípio da fraternidade, como paradigma, é, como se demonstrará, extremamente importante para orientar a tomada de decisões nesse âmbito, sejam administrativas, sejam judiciais.

Isso se torna muito visível na questão relativa às doenças raras e aos medicamentos de alto custo, sendo oportuno mencionar dois artigos tratando desse tema, publicados, há alguns anos, no jornal *Folha de S. Paulo*.

No primeiro deles, intitulado “O dilema do gestor do sistema de saúde”, o médico Alberto Hideki Kanamura, então chefe de gabinete da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, sustenta que, “num país onde ainda se morre de desnutrição, por falta de água tratada ou por pura ignorância de preceitos sanitários primários, é difícil não questionar decisões que priorizam gastos em saúde para tratar o raro, quando o mesmo recurso poderia beneficiar

1008. HC n. 389.348/SP, 5ª Turma, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 31-05-2017.

milhares que vivem a doença como regra”. Para justificar sua posição, cita os filósofos utilitaristas ingleses Jeremy Bentham e J. S. Mill, para os quais “a utilidade do ato pode ser medida da moralidade. O que for mais útil para o maior número de pessoas, o que proporcionar a maior soma de felicidade e bem-estar deveria ser eleito como a ação mais justa”.¹⁰⁰⁹

No segundo artigo, intencionalmente intitulado “O dilema do portador de doença rara”, Pedro Carlos Stelian, à época presidente da Associação Paulista dos Portadores de Doença de Gaucher, responde ao médico Kanamura. Informa que as pessoas acometidas da Doença de Gaucher dependem para viver do uso permanente de medicamento (enzima sintética), injetado na corrente sanguínea, e que o atendimento dos pacientes de Gaucher e de outras doenças raras tem sido garantido, no Brasil, graças a liminares judiciais. Lamenta que, para muitos gestores, “pagar o ‘custo do caixão’ a certos pacientes sai bem mais em conta que custear o tratamento”. Acrescenta que “da ótica dos portadores de quaisquer doenças que possam tirar a vida — sejam raras ou endêmicas — o que conta é a sobrevivência, e não poderia ser de outra forma”, e, “se o custo é alto, cabe aos gestores de saúde pública não abandonar à deriva os pacientes — sejam eles maioria ou minoria —, mas buscar alternativas que reduzam custos”. Protesta que os portadores de doenças raras parecem ser um grupo incômodo para o Executivo, e indaga: “O que espera dos portadores de doenças raras o dr. Kanamura? Que abram mão do direito de viver em nome do coletivo?” Finaliza citando o art. 1º dos princípios fundamentais do código de ética médica: “A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza”.¹⁰¹⁰

O que se observa é que os tribunais têm sido muito sensíveis a situações cuja gravidade e irreversibilidade da lesão pendem sobre o bem jurídico tutelado, se se mantiver a omissão estatal, como no caso de questões envolvendo a saúde, de cujo gozo depende o exercício de quase todos os demais direitos. Nesses casos, a urgência da tutela coloca em segundo plano objeções costumemente opostas à sindicância judicial dos direitos sociais.

A urgência significa que o bem jurídico afetado está em risco. Embora os tribunais não o digam expressamente, o critério que estão adotando para decidir, para além da mera incidência da norma ao caso concreto, é, sem dúvida, o de ponderação de bens. O órgão julgador pondera o bem em risco (no caso da

1009. Edição de 10 set. 2003, p. A-3.

1010. Edição de 13 ago. 2003, p. A-3.

saúde, a própria vida humana) e não enxerga do outro lado da balança outro bem de peso ao menos aproximado.

O juiz só se verá diante de uma escolha trágica quando efetivamente estiver diante de uma situação em que o atendimento de uma necessidade grave e urgente implicar o não-atendimento de outra da mesma natureza, e isso estiver bem demonstrado pelo Estado nos autos.

4.1.1 DIREITO À SAÚDE E FRATERNIDADE NA ÓTICA DA TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS

Note-se que os dois artigos publicados na *Folha de S. Paulo* contrapõem uma concepção utilitarista de Justiça – que se preocupa em maximizar o saldo líquido de satisfação, sem se ater a situações individuais – com a ótica da fraternidade, que enxerga sempre o Outro, suas necessidades, seu drama pessoal.

Ora, o direito não pode ficar insensível a tais situações. Logo, quando tratamentos e o fornecimento de remédios realmente forem indispensáveis para a manutenção da vida – ou seja, quando não houver alternativas viáveis oferecidas pelo SUS –, em especial no caso de doenças raras, e desde que comprovada a eficácia por evidências científicas, não se pode negar o atendimento unicamente com base em análise de custo, devendo o Estado se adequar para satisfazer essas demandas, buscando, se necessário, recursos de outras fontes para não prejudicar os demais serviços de saúde oferecidos. Seria, numa visão ampla, como se todos, por meio do Estado, fôssemos responsáveis por garantir um “seguro de vida” àqueles que passam por infortúnios dessa natureza, numa ótica fraterna, solidária e altruística.

Para embasar essa posição, socorremo-nos da admirável teoria da justiça de John Rawls.¹⁰¹¹

Rawls esclarece que sua teoria deve ser entendida “como uma concepção política de justiça, e não como parte de uma doutrina moral abrangente¹⁰¹²”. Seu objeto de estudo é a estrutura básica da sociedade, vale dizer, o modo como as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.¹⁰¹³

1011. John RAWLS. Uma teoria da justiça. Alguns pontos da teoria da justiça de Rawls foram reformulados e melhor esclarecidos na obra *Justiça como equidade*.

1012. John RAWLS. *Justiça como equidade*, prefácio, p. XVII.

1013. *Ibidem*, p. 7-8.

O autor critica o chamado utilitarismo clássico.¹⁰¹⁴ Esclarece que a ideia principal do utilitarismo é de que a sociedade está ordenada de forma correta e justa quando suas instituições estão planejadas para alcançar o maior saldo líquido de satisfação obtido pela soma das participações individuais de todos os seus membros. Na visão utilitarista, portanto, não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos. A distribuição correta é aquela que permite a máxima realização. A decisão correta, na visão utilitarista, é essencialmente uma questão de administração eficiente, não levando a sério a diferença entre as pessoas. Rawls, opondo-se a essa visão, argumenta que cada membro da sociedade possui uma inviolabilidade fundada na justiça, que nem mesmo o bem-estar coletivo pode anular. O utilitarismo, afirma o autor, conflita com esse sentimento de justiça.¹⁰¹⁵

A teoria de Rawls parte da ideia principal de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são escolhidos num consenso original, obtido numa situação hipotética, em que ninguém conhece o lugar que irá ocupar na sociedade, sua classe ou *status* social, nem a sorte na distribuição de riquezas e habilidades. É o que Rawls chama de véu da ignorância. É nessa situação imaginária que devem ser escolhidos por pessoas racionais os princípios para a estrutura básica da sociedade. Segundo Rawls, quando pessoas racionais escolhem os princípios de justiça nessa situação hipotética inicial, a concepção de justiça torna-se mais razoável.¹⁰¹⁶

Voltando os olhos para o dilema do portador de doença rara, é perfeitamente admissível que, nesse contrato original sob o “véu da ignorância”, idealizado por Rawls, haja um razoável consenso quanto à ideia de que, se um de nós for acometido de alguma doença grave, e não puder custear o tratamento, que todos, por meio do Estado, dividam esse custo e contribuam para se evitar o infortúnio daquele que estiver nessa situação.

Como não enxergar, nesses casos, o ideal fraterno, o respeito à alteridade, a comunhão de vida, como antídoto ao egoísmo e à insensibilidade?

Sem dúvida, é o princípio constitucional da fraternidade orientando a solução de dilemas do gênero.

1014. Saliente-se que o utilitarismo, como esclarece Martín Diego FARREL, em *Utilitarismo, liberalismo y democracia*, p. 33-34, é uma teoria filosófica abrangente, na qual a política é apenas um dos seus componentes. O autor assinala que o utilitarismo apresenta numerosas variantes, referindo-se, expressamente, às concepções utilitaristas clássicas de Bentham e Stuart Mill.

1015. John RAWLS. Op. cit., p. 24 et seq.

1016. John RAWLS. *Justiça como equidade*, p. 13.

4.1.2 JURISPRUDÊNCIA SOBRE O DIREITO À SAÚDE E A FRATERNIDADE COMO VETOR INTERPRETATIVO IMPLÍCITO

Com efeito, questões envolvendo o direito à saúde têm desaguado com frequência no Poder Judiciário, observando Luís Roberto Barroso que “o que se extrai com certa nitidez da vasta jurisprudência que se tem produzido na matéria, inclusive nos Tribunais dos Estados e Regionais Federais, é a disposição em dar efetividade à norma, superando por via judicial as omissões do Poder Público, mesmo ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora”.¹⁰¹⁷

Ingo Wolfgang Sarlet salienta, notadamente quanto ao direito à saúde, que o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações materiais devidas pelo Estado, ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana, “constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”.¹⁰¹⁸

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado reiteradamente pelo direito de pessoas hipossuficientes exigirem do Estado o fornecimento gratuito de medicamentos,¹⁰¹⁹ sendo paradigmático, pela abrangência da fundamentação, o acórdão assim ementado, relatado pelo Ministro Celso de Mello, *verbis*:

PACIENTE COM HIV/AIDS — PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS — DIREITO À VIDA E À SAÚDE — FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS — DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) — PRECEDENTES (STF) — RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. — O direito público subjetivo à vida representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. — O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao

1017. Luís Roberto BARROSO. O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas, p. 111.

1018. Ingo Wolfgang SARLET. A eficácia dos direitos fundamentais, p. 322.

1019. Cf. os RREE 195192/RS, 236200/RS, 247900/RS, 242859/RS e 255627/RS.

problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.¹⁰²⁰

Como se vê, constam do julgado expressões que são próprias, ínsitas ao princípio da fraternidade, como não indiferença e solidariedade. O que se nota, portanto, é que tal princípio, ainda que não se tenha dito expressamente, está ali presente, orientando a solução da controvérsia.

O Superior Tribunal de Justiça, igualmente, tem reconhecido a obrigação de o Estado fornecer gratuitamente medicamentos ou tratamentos a pacientes sem condições financeiras para custear tais prestações¹⁰²¹. A jurisprudência dos Tribunais de Justiça Estaduais e Federais Regionais orienta-se no mesmo sentido.

Do STJ, convém destacar acórdão que concedeu o direito a tratamento de saúde em Cuba para pessoa portadora de retinose pigmentar, comprovada a necessidade para se evitar a cegueira completa do paciente.¹⁰²²

Verifica-se nesse *decisum*, da mesma forma, a preocupação com o Outro, em que pese o custo financeiro envolvido, a demonstrar que o princípio da fraternidade atuou, implicitamente, como vetor interpretativo na delimitação do alcance do direito fundamental à saúde.

4.2 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E O DIREITO À EDUCAÇÃO

Ao lado da saúde, nota-se igualmente um aumento do número de demandas relacionadas à educação, em especial a partir da Constituição de 1988.

Observa-se que os Tribunais, com base na Constituição e na legislação infraconstitucional,¹⁰²³ têm reconhecido a existência de direito subjetivo a

1020. RE n. 271.286/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24-11-2000, p. 101.

1021. Cf., *verbi gratia*: ROMS 11183/PR, rel. Min. José Delgado, DJU 04-09-2000, p. 121; ROMS 13452/MG, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 07-10-2002, p. 172.

1022. REsp n. 353147/DF, 2ª Turma, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 18-08-2003, p. 187.

1023. Os tribunais têm invocado, além da Constituição, o art. 54 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990

prestações de cunho educacional. Pode-se mencionar, apenas para exemplificar, os seguintes julgados: o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito subjetivo ao atendimento em creche para as crianças de zero a seis anos:¹⁰²⁴ no mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:¹⁰²⁵ há também julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendendo que o transporte escolar é direito do estudante, porquanto previsto no art. 208, VII, da CF, tratando-se de meio que visa a assegurar o acesso ao ensino fundamental.¹⁰²⁶

Luís Roberto Barroso argumenta que, na hipótese de não haver vagas suficientes no ensino público, o Estado deve ser condenado a cumprir obrigação de fazer, no sentido de construir escolas ou assegurar a matrícula, às suas expensas, em escola particular.¹⁰²⁷

O Supremo Tribunal Federal chegou a determinar, inclusive, ao Município de São Paulo, não apenas a matrícula de crianças em creches e pré-escolas, mas o atendimento em unidades de ensino infantil próximas da residência ou do local de trabalho dos responsáveis legais.¹⁰²⁸

Essa decisão do STF demonstra clara preocupação com as famílias, um olhar para o Outro ínsito ao princípio da fraternidade. Com efeito, o art. 208, IV, da Constituição Federal, enuncia a garantia de “educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade”. O STF, a seu turno, na sua missão de intérprete da Constituição, explicitou que a criança deverá ser matriculada em unidade de ensino próxima da residência ou do local de trabalho dos seus responsáveis legais. O texto normativo, como visto, disse menos do que se quis efetivamente positivar, pois é lógico e razoável compreender que tal garantia só estará plenamente satisfeita se a creche ou a pré-escola estiverem a uma distância acessível. Assim, o enunciado prescritivo, letra

(Estatuto da Criança e do Adolescente), e o art. 4º da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), que, basicamente, reproduzem o teor do art. 208 da CF/88.

1024. STJ, REsp n. 575280/SP, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado, rel. p/o acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 25-10-2004, p. 228.

1025. TJRJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 2004.001.14448, Comarca de Rio Claro, rel. Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, j. em 04-08-2004.

1026. TJRS, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 70006966782, Comarca de Getúlio Vargas, rel. Desembargadora Matilde Chabar Maia, j. em 19-02-2004; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0261.02.009268-8/001, Comarca de Formiga, rel. Desembargador José Domingues Ferreira Esteves, j. em 25-05-2004.

1027. Op. cit., p. 149.

1028. STF, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 639.337/SP, 2ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, DJe de 15-09-2011.

fria, recebeu do STF o “toque” do princípio da fraternidade, que o aqueceu, o animou, revelando-se a partir daí o sentido normativo, na sua inteireza.

4.3 O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS DEMAIS DIREITOS SOCIAIS

Esse avanço da jurisprudência demonstra a importância que as Cortes têm conferido ao direito à educação, que, ao lado do direito à saúde, tem gerado o maior número de julgados condenando o Estado à oferta de prestações positivas aos indivíduos. Isso decorre, sem dúvida, da maior densidade normativa com que esses direitos foram tratados na Constituição — artigos 196 a 200 (saúde) e 205 a 214 (educação) —, em relação a outros direitos sociais.

A partir dos exemplos acima, relacionados aos direitos à saúde e educação, já se pode ter uma medida da importância de se lançar mão do princípio da fraternidade para se extrair o verdadeiro sentido dos direitos sociais, aí compreendidos todos aqueles previstos no art. 6º da Constituição Federal – a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados –, que devem ser interpretados a partir do ideal fraterno.

Vinculando o Estado social ao dever de assistência aos necessitados, mencione-se o seguinte trecho de acórdão da Corte Constitucional alemã, referido por Robert Alexy:

Certamente, a assistência social aos necessitados de ajuda é um dos deveres óbvios do Estado social. Necessariamente, isso inclui a assistência social aos concidadãos que, em razão de doenças físicas ou mentais, estão impedidos de desenvolver-se pessoal e socialmente e não podem assumir por si mesmos sua subsistência. Em todo o caso, a comunidade estatal tem que assegurar-lhes as condições mínimas para uma existência humana digna [...].¹⁰²⁹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, podemos afirmar que o princípio da fraternidade ultrapassa o âmbito das religiões e da moral e insere-se, entre nós, como categoria jurídica¹⁰³⁰, constituindo-se importante paradigma para enfrentar a temática dos direitos sociais. Assim, as ações desenvolvidas pelos poderes Executivo e Legislativo, bem como as decisões judiciais, nesse âmbito, devem ser orientadas

1029. BVerfGE 40, 121 (133). Robert ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, p. 422.

1030. Reynaldo Soares da FONSECA. O princípio constitucional da fraternidade, p. 169.

pelo ideal fraterno, de modo a contribuir para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tal como preconizado no preâmbulo da Constituição Federal, que absorveu os três valores da Revolução de 1789: a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

O novo constitucionalismo, o constitucionalismo fraternal, vem inaugurar uma nova era – de respeito à alteridade, de não indiferença para com o Outro –, como paradigma a orientar as relações privadas e, sobretudo, a atuação do Estado na promoção do bem comum.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3. reimp. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2001.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRITO, Edvaldo. **Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico. São Paulo: Saraiva, 1982.**

_____. **Limites da Revisão Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Tomemos a sério os direitos econômicos, sociais e culturais. In: **Estudos de Direitos Fundamentais**, 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. O preâmbulo e a prescritividade constitutiva dos textos jurídicos. In: **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 295-312, jan./jun. 2010.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

HORN, Norbert. **Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica**. Trad. Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Trad. Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**, v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

OUVIDORIA E PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: A ATUAÇÃO E O ALCANCE DA OUVIDORIA REGIONAL ELEITORAL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

GUSTAVO ARAUJO VILAS BOAS¹⁰³¹

1. INTRODUÇÃO

Ouvidoria e princípio da fraternidade, este é o tema do presente artigo científico, notadamente no que se refere à atuação e o alcance da Ouvidoria Regional Eleitoral à luz do princípio constitucional da presunção da fraternidade, princípio esse tão significativa e de notável importância para todo o ordenamento jurídico, em especial atenção à hipótese de dar voz ativa aos cidadãos e, conseqüentemente, glorificar a própria ideia de democracia.

A propósito, em que consiste a atuação e qual o alcance da Ouvidoria Regional Eleitoral? Nesse passo, o presente artigo tem como escopo demonstrar a forma de atuação da Ouvidoria Regional Eleitoral, assim como a sua importância e os benefícios para os cidadãos do Estado do Maranhão, sendo considerado vetor importante para a democracia.

A importância de tal trabalho torna-se ainda mais evidente quando se percebe que a atuação e o alcance da Ouvidoria estão intimamente entrelaçados com o âmago do princípio constitucional da fraternidade, com um viés humanista sem precedentes, como forma, sobretudo, a fazer enxergar a ideia de Justiça na pós-modernidade.

Sob esse pálio, o princípio da fraternidade adquiriu sobremaneira importância no cenário constitucional, sendo considerado, pois, no foco do presente

1031. Mestrando em Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa (Porto/Portugal), especialista em Direito Constitucional Aplicado; em Ciências Penais, em Direito Eleitoral e em Criminologia. Advogado.

trabalho, uma incansável aproximação dos cidadãos com a Justiça Eleitoral e, para além disso, salvaguardar a própria dignidade da pessoa humana no seu amplo aspecto.

Demais disso, procurar-se-á demonstrar que o alcance da Ouvidoria Regional Eleitoral se encontra intimamente atrelado com o vetor do princípio constitucional da fraternidade, especificamente com relação a forma de dar efetividade ao postulado da cidadania.

Por fim, buscar-se-á evidenciar a eficiência da Ouvidoria Regional Eleitoral nos seus 10 (dez) anos de instalação, aliado a forma de como as manifestações recebidas, através dos seus variados canais de comunicação, podem garantir uma melhor qualidade dos serviços eleitorais.

2. OUVIDORIA E PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE: A ATUAÇÃO E O ALCANCE DA OUVIDORIA REGIONAL ELEITORAL À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

Fundada no princípio constitucional da eficiência, a Ouvidoria é um órgão de excelência que visa atender as necessidades dos cidadãos. No entanto, um dos principais caminhos para o estudo e compreensão do tema é identificar o alcance deste tão importante órgão, a forma como ele se apresenta no mundo social e como ele pode atingir de maneira mais direta os cidadãos.

Essa noção de eficiência, fulcrada na Constituição Federal, diz respeito a uma ação, um agir de forma a produzir o efeito desejado, favorável e concreto.

Bittencourt (2010) considera que a eficiência possui a seguinte definição:

Assim, eficiência, para fins jurídicos não é apenas o razoável ou correto aproveitamento dos recursos e meios disponíveis em função dos fins prezados, como é corrente entre os economistas. Para o jurista, a eficiência diz respeito tanto a otimização dos meios quanto a qualidade do agir, uma vez que o administrador público está obrigado a atuar tendo como parâmetro o melhor resultado.

Muito que bem.

A figura do ouvidor surgiu na Suécia, início do século XIX (1809), no âmbito do parlamento. Tratava-se de uma espécie de entidade fiscalizadora da aplicação das leis por parte dos juízes, oficiais militares e funcionários públicos. Historicamente, o ouvidor está diretamente ligado ao desenvolvimento da democracia sueca e a sua missão é representar os cidadãos perante autoridades

e combater abusos de poder, sendo, posteriormente, de vital importância para o mundo. (PUPE, 2002).

No Brasil, foi no Estado de São Paulo que a Ouvidoria teve o seu marco inicial, mais precisamente em 1999, com a promulgação da lei de defesa do usuário do serviço público, ganhando espaço no Brasil afora nos anos seguintes como importante instrumento de defesa dos cidadãos.

Nesse contexto, as Ouvidorias Públicas representam o cidadão junto à instituição em que atua. Surgiram como um canal de comunicação, informação, participação e aprendizagem de direitos, que se propõe à mediação entre Estado e sociedade. Tem como fundamento legal o artigo 37 da Constituição Federal, o qual dispõe sobre os princípios inerentes à Administração Pública, como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. (PASSONE; PEREZ; BARREIRO, 2017/2018).

Ainda nessa linha da localização topográfica das Ouvidorias no quadro constitucional, parte-se para a redação do § 1º do acima mencionado dispositivo, o qual dispõe que: “a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social...” e, no § 3º, que dispõe e garante “a participação do cidadão na Administração Pública direta e indireta”, regulando especialmente. (PASSONE; PEREZ; BARREIRO, 2017/2018).

Torna-se crucial, a partir de então, o entendimento de Ferreira (2011) acerca do tema Ouvidoria:

Para responder a indagação precisamos, antes de tudo, ter claro o conceito de ouvidoria, que é “uma instituição que representa os legítimos interesses dos cidadãos no ambiente em que tua na busca de soluções efetivas”. Em miúdos, esse conceito quer dizer que a ouvidoria representa a voz do cidadão na organização, recomendando ações de melhorias, fidelizando clientes e gerando valores que antes eram obtidos em pequenas e difusas interações com o cidadão.

A Ouvidoria é, portanto, um lugar privilegiado de aferição da imagem de determinado órgão. Necessário frisar que qualquer tipo de informação deve ser sistematizada e organizada de forma a servir como importante subsídio não só para quem aciona a Ouvidoria, mas para o próprio órgão a ela atrelado. Efetivamente, os dados colhidos junto à Ouvidoria são por demais valiosos e capazes de sensibilizar e persuadir a todos os envolvidos, em uma constante busca da satisfação de seus usuários. (IASBECK, 2006).

É exatamente essa a competência das Ouvidorias, isto é, atuar de maneira permanente, interna e externamente, em trâmites administrativos e procedimentos judiciais, na defesa do postulado maior da cidadania. Possui como foco central a solução de problemas e, via de consequência, proporcionar uma melhor qualidade dos serviços e consequente satisfação dos direitos fundamentais com qualidade e eficiência.

Iasbeck (2006) ao buscar o procedimento adotado pelas Ouvidorias, sintetiza que:

Como se trata de um canal de comunicação, ela não precisa responder por si mesma as questões que lhe chegam pelos diversos acessos que proporciona. Mas não pode deixar de providenciar, com urgência e eficácia, as respostas demandadas. É essa a função primordial dessa mídia organizacional: fazer girar o fluxo de informações.

Em tempos atuais, a figura do ouvidor possui um elevado grau de importância. Cuida-se, pois, do contexto da preocupação da prestação de serviços públicos com qualidade, segurança e eficiência. O teor de satisfação dos usuários dos serviços públicos passou a ser o ponto de perseguição, tendo a Administração Pública adotado uma política a privilegiar a participação da sociedade na consecução das políticas públicas. (BITTENCOURT, 2010).

No âmbito do Poder Judiciário, a Ouvidoria recebeu especial destaque, consoante se abstrai do artigo publicado por Pupe (2002):

Ocorre que, especificamente no âmbito do judiciário, não havia canais adequados para que os cidadãos fizessem reivindicações ou obtivessem informações sobre o funcionamento desse poder, em geral, e sobre os trâmites processuais, em particular. A principal consequência desse distanciamento (entre prestador e receptor de serviços) era a insatisfação da população.

Com efeito, a fase de consolidação das ouvidorias judiciais teve início em fevereiro de 2010, com a edição da Resolução nº 103 do Conselho Nacional de Justiça, que estruturou a ouvidoria do Conselho e determinou a criação de ouvidorias nos tribunais. A partir de então, o Conselho Nacional de Justiça tratou de cobrar os tribunais que ainda não tivessem instalado suas ouvidorias, assim como as providências necessárias à criação das referidas unidades. (ROMERO; SANT'ANNA, 2014).

A Ouvidoria Judiciária é, portanto, considerada um canal de comunicação entre a sociedade e o respectivo órgão pelo qual está vinculada, como forma de garantir ou pelo menos viabilizar de forma direta e concreta a devida e necessária participação popular. Em linguagem curta e simplória, é o direito de acesso à Justiça.

É o elo de ligação entre o Judiciário e o cidadão, isto é, a forma de levar a efeito a participação e o diálogo tão almejados pela sociedade. Em outras palavras, cuida-se da valorização do exercício da cidadania.

Tudo isso é feito de maneira pontual. A Ouvidoria, após receber determinada manifestação, pode responder diretamente o cidadão ou subsidiar as unidades competentes para fins de dar solução ao caso, sendo delas independente.

Nesse descortino, o resumo feito por Gonçalves (2005) é de singular magnitude:

Ouvir os governados, dando a devida importância aos seus quereres, revela a plenitude de uma democracia e dá a exata medida do respeito com que os cidadãos são tratados. Isso vale para todas as esferas de Poder e não seria diferente no Judiciário. A Constituição Federal, no capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos assegura a todos que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desse modo, como um direito que pertence aos cidadãos, a Justiça precisa ser acessível, fácil, compreensível. Por um longo tempo, e com toda a razão, o homem comum sentiu-se “longe” da Justiça. A linguagem utilizada no Poder Judiciário e os trâmites processuais, por si sós, difíceis de compreender, agravam a percepção de distanciamento da população com relação à Justiça e produzem a construção de uma imagem distorcida desse imprescindível serviço que, acima de tudo, necessita ser confiável. E confiança não se impõe. Conquista-se.

Demais disso, a Ouvidoria assume um papel de extrema relevância para o próprio órgão ao qual está vinculada. É a partir das demandas dos cidadãos que se verifica qual o setor que precisa melhorar, em qual campo a atuação dos servidores necessita de um ajuste ou mesmo de um aperfeiçoamento e assim por diante.

Santos (2017/2018) bem define esse alcance da participação social:

Mas a participação social na gestão pública vai além de questionamento e controle. Pressupõe a possibilidade de direcionar as ações do Estado. Bem por isso, o direito de reclamação não compreende apenas o juízo crítico quanto ao que vem sendo feito ou deixando de ser feito pelos agentes públicos, mas

também a legitimidade para propor alterações de forma, alcance e conteúdo ou mesmo inovações mais amplas, tais como a execução de novas ações específicas que permitam a consecução do interesse público. (SANTOS, 2017/2018, p. 33).

O fato é que a importância da Ouvidoria exala para todos os lados, tornando-se até mesmo um valoroso instrumento de gestão para fins de aprimoramento do serviço público.

Feita a análise genérica do papel da Ouvidoria, parte-se, de agora, para uma breve análise sobre a Ouvidoria Regional Eleitoral, órgão que teve a satisfação de estar à frente pelo curto, porém, precioso período de quatro meses. Foi um presente que me foi dado pelo então Presidente do Tribunal Regional Eleitoral, Desembargador Cleones Carvalho Cunha.

A Ouvidoria Regional Eleitoral nasceu em 27 de abril de 2020. Fez, portanto, a pouco tempo, 10 anos de instalação, período pelo qual recebeu mais de setenta mil manifestações, dentre as quais, solicitações, reclamações, denúncias, dúvidas, críticas, sugestões e elogios.

Só no período de 29 de janeiro a 29 de maio de 2020, a Ouvidoria bateu o recorde de 7.252 atendimentos em decorrência da suspensão do atendimento presencial oriundo da pandemia próxima ao fechamento do cadastro eleitoral.

São sete os canais de comunicação ativos: 1) formulário eletrônico, disponível no site do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão; 2) disque-eleitor (0800-0985000); 3) e-mail (*ouvidoria@tre-ma.jus.br*); 4) ramais telefônicos; 5) carta-resposta; 6) presencial; e, 7) *ouvizap* (98 2107-8880).

Com efeito, para toda e qualquer manifestação recebida através dos canais de comunicação acima citados é dado o adequado tratamento e, posteriormente, é levado ao conhecimento do cidadão o resultado de sua demanda.

A propósito, são dos mais variados os temas recebidos na Ouvidoria Regional Eleitoral. Os mais recorrentes são:

- **Cadastro Eleitoral:** informações da situação eleitoral e operações cadastrais (alistamento, transferência, revisão de dados, segunda via), justificativa eleitoral, certidão de quitação, pagamento de multa, rezoneamento, recadastramento biométrico, etc.;
- **Dados estatísticos eleitorais:** resultado de eleições anteriores;
- **Partidos Políticos/Candidatos:** filiação e desfiliação partidárias, propaganda partidária, prestação de contas;
- **Dados institucionais:** endereços de zonas eleitorais, estágio curricular;

- **Pedidos de informação** – com fundamento na Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação);
- **Atuação da Justiça Eleitoral:** atendimento ao público, prestação de serviços jurisdicionais e administrativos, reclamações quanto ao comportamento de servidores;
- **Processos/Procedimentos:** tramitação e morosidade processuais;
- **Concurso Público:** Data de nomeação, cargos vagos, etc.

Enfim, como dito, são esses, em síntese, alguns dos temas mais recorrentes que chegam à Ouvidoria Regional Eleitoral.

As mudanças advindas desde a instalação da Ouvidoria são frequentes. Muitas modificações continuam surgindo nas relações entre os cidadãos e o Poder Judiciário, mas como forma a conduzir uma participação consciente e efetiva dos cidadãos, sem se olvidar da função pedagógica ao fornecer esclarecimentos de dúvidas quanto ao funcionamento do Poder Judiciário Eleitoral. Essa peculiaridade, além de ser relevante para o cidadão, pode reverter positivamente para o próprio órgão, minimizando a ideia de mau funcionamento, às vezes (muitas) decorrente da desinformação sobre trâmites judiciais. (GONÇALVES, 2005).

Ao longo dos quatro meses que estive à frente da Ouvidoria Regional Eleitoral, tive o prazer de lançar o Projeto Cidadania Ativa, projeto este idealizado na gestão anterior do Juiz Júlio César Lima Praseres, mas por questão de tempo, somente lançado na minha gestão.

Tal projeto visa, sobretudo, dar visibilidade às ações da Ouvidoria Regional Eleitoral e divulgação dos já apontados canais de comunicação. E assim foi feito! O Projeto Cidadania Ativa foi uma forma eficaz de interiorizar o alcance da atuação da Ouvidoria Regional Eleitoral.

De forma clara, o referido projeto apresentou e ainda evidencia o alcance da finalidade maior da Ouvidoria, ou seja, dar voz ativa a todos os cidadãos como forma a materializar os seus anseios e necessidades por meio de ações positivas e com resultados concretos.

A importância do Projeto Cidadania Ativa torna-se ainda mais transparente quando nos deparamos com a extensão territorial do Estado do Maranhão. São 331.937 km², com 217 municípios e 105 zonas eleitorais. São Luís, por exemplo, está mais próxima, via terrestre, do Estado do Ceará do que da maioria das cidades do sul do Maranhão.

Diante desse real cenário, questiona-se: a distância entre a cidade de São Luís e a maioria dos municípios do Estado do Maranhão poderia ocasionar uma desigualdade da participação cidadã?

A resposta é precisa e direta: sim! No entanto, é exatamente essa a problemática que motivou a Ouvidoria Regional Eleitoral a lançar o Projeto Cidadania Ativa, que, diga-se, vem cumprindo à risca o seu papel de guardião da cidadania e aproximação da sociedade com a Justiça Eleitoral.

Receber um chamado e dar o devido andamento com a respectiva solução. Isso é eficiência e cidadania à luz do princípio constitucional da fraternidade. Isso é a construção de um País democrático. Isso é Ouvidoria.

E por falar em princípio da fraternidade, efetivamente, os laços com o objetivo da Ouvidoria mostram-se dos mais íntimos possíveis.

Os princípios possuem significativa relevância para o ordenamento, porquanto constituírem fundamentos da ciência jurídica e alicerces do próprio Direito, além de influírem diretamente na construção e elaboração da norma e orientarem na aplicação e interpretação da mesma. (BERNARDES, 2009, p. 67).

Daí, pois, cumpre-nos ressaltar a proteção constitucional de princípios norteadores do Direito, especialmente no que toca ao postulado da fraternidade.

Com efeito, o princípio da fraternidade constitui princípio fundamental geral essencial à proteção da ordem jurídica na configuração de um Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Sob esse pálio, os princípios em geral, mecanismos imprescindíveis ao exercício da democracia, adquiriram sobremaneira importância no cenário constitucional, notadamente pelo inegável caráter de norma jurídica.

Atualmente, visualiza-se a necessidade de se proteger um conjunto de princípios, tendo em vista suas características de fundamentais no sistema normativo. Há que se reconstruir o núcleo fundamental do sistema, dando, a um só tempo, juridicidade e eficácia plena as garantias constitucionalmente consagradas.

É preciso, pois, identificar o postulado da fraternidade como um autêntico comando constitucional, onde a interpretação dada ao mesmo, independente do contexto social a que submetido à análise, pode e deve ser levada a efeito como norma imperativa de índole constitucional, sem qualquer tipo de restrição.

Consequentemente, dado o seu caráter principiológico, tendo na maioria das vezes um conteúdo aberto, determinado apenas no caso concreto e nas relações entre si, encontramos, em diversas vezes, a real necessidade de se

aplicar o princípio da fraternidade, notadamente porque entre os direitos e garantias fundamentais.

A fraternidade é uma exigência de justiça. Trata-se de um princípio geral do direito constitucional do Brasil que se aplica a todos os outros ramos do direito.

O estudo da fraternidade enquanto princípio jurídico é uma exigência da contemporaneidade em face da constatação da necessidade de uma teoria que se encarregue das lutas por reconhecimento, da afirmação de identidades coletivas e da inclusão do “outro” no Estado Democrático de Direito. Esta busca de reconhecimento é mal compreendida, ou mesmo rejeitada, pelos que são inspirados por uma visão solipsista, intelectual e voluntarista da identidade individual, mas que encontra respaldo nas sociedades democráticas. (JABORANDY, MACHADO e FONSECA, 2019).

Tem-se, portanto, que o princípio da fraternidade, quando desrespeitado, afasta a ideia de uma finalidade da norma compatível com as bases de sustentação de um Estado Social, Constitucional, Humanista e Democrático de Direito, ou seja, o direito deve se sustentar no postulado da fraternidade, uma vez que deve garantir os direitos fundamentais do ser humano, dentre eles, o livre direito de postular e ser ouvido.

Por essa razão, torna-se imperioso que o princípio da fraternidade seja analisado à luz das normas e princípios que compõem o sistema constitucional como um todo, em homenagem à força normativa do sistema constitucional.

Demais disso, os princípios exercem funções das mais importantes do ordenamento jurídico, haja vista que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. São as diretrizes, os alicerces, as vigas mestras do sistema jurídico. (CARRAZA, 2004, p. 33; 38).

É com esse espeque que renasce o princípio constitucional da fraternidade, ou seja, como diretriz, alicerce e a própria viga-mestra do atual sistema jurídico. Ou pelo menos, tende a assim ser num futuro próximo.

Antes da fraternidade ser considerada como um princípio jurídico, inicialmente foi tida como uma categoria filosófica, a qual foi totalmente influenciada pela religião cristã.

Desde a Revolução Francesa o ideal da fraternidade deixa de ser considerado como uma intenção para se ter boa convivência e se transforma em uma forma de governo, na medida em que alguns países começaram a inseri-lo em sua normativa jurídica.

A partir de então, a fraternidade deixou de ser uma diretriz religiosa e começou a ser considerada como um princípio jurídico que deveria ser utilizado para reafirmar as funções basilares dos Estados.

Logo:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda determinação histórica do direito fechado na angustia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor também aqui, senão graças a própria humanidade. (RESTA, 2004, p. 13).

É válido salientar que a fraternidade é vista como contraponto à igualdade e os direitos de liberdade. Nesse contexto, a fraternidade pode ser analisada como o reconhecimento da liberdade e igualdade do cidadão a partir de uma prática de obediência dos deveres e respeito aos direitos fundamentais.

Neste diapasão:

Destaca-se que o princípio da fraternidade e a fraternidade em si estabelecem ligação com a dignidade entre irmãos/irmãs e o direito de serem indiferentes um dos outros, como realmente acontece em uma família. Ou seja, não se escolhe os irmãos, por isto é necessário encontrar condições capazes de garantir igualdade e diferença nesta relação, assim a fraternidade age como princípio de realidade nas teorias políticas. (VOCE, 2014, p.142).

É necessário, pois, estimularmos o resgate da solidariedade e a própria ressignificação de sua abordagem. É preciso sim lutarmos por esse resgate, mas a reconstrução da solidariedade é medida que se impõe. A Ouvidoria Regional Eleitoral, dentro de tudo o quanto já demonstrado, é mais uma medida de reconstrução desse fenômeno do bem comum chamado fraternidade.

A sincronia entre a Ouvidoria Regional Eleitoral e o princípio da fraternidade é por demais evidente. O resgate a valores humanos, dentro do contexto da cidadania e democracia, é uma realidade.

Trata-se de um processo de identidade único, identidade esta consubstanciada na aproximação do vetor do princípio da fraternidade com os objetivos centrais da Ouvidoria Regional Eleitoral.

É de vital importância proporcionar uma responsabilidade social e multidisciplinar da adoção de meios que incluam os sujeitos das comunidades locais e principalmente os sujeitos à margem da sociedade na participação social. Neste contexto, destacam-se as palavras enunciadas por Machado (2016, p.70) sobre constitucionalismo fraternal: “a participação popular, decorrente da responsabilidade coletiva e social de todos os cidadãos, em vista da busca pessoal e comunitária do bem comum, apresentou-se, como instrumento de fraternidade”.

Neste pensamento, Ropelato (2007) destaca que um olhar através da fraternidade oferece uma proposta de redefinição dos laços sociais no sentido de construção do reconhecimento das diferenças entre indivíduos e de pertencimento dos atores culturais da sociedade.

Ressalta-se que a fraternidade possui um caráter dinâmico e, por meio dela, é possível oferecer elementos inovadores, dando voz a população e buscando soluções para melhorar os serviços públicos.

Dessa forma, a égide do valor normativo da fraternidade pode ser destacada a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo foco em seu artigo primeiro descreve que “Todas as pessoas são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ONU 1948, *apud*, FACHIN, s/d, p.2).

Ou seja, a redescoberta desse princípio pode ser considerada de fundamental importância para o Direito Constitucional, vez que busca a universalidade perante a humanidade. A fraternidade busca agir em consonância com os direitos e deveres do homem e com o intuito de promover a efetivação dos direitos fundamentais (FONSECA, 2019).

No Brasil, segundo Fonseca (2019) a Constituição desde o seu preâmbulo prevê a construção de uma sociedade que seja totalmente livre, justa, solidária e que preze pela liberdade, igualdade e fraternidade, conforme pode ser visto do trecho a seguir:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Da leitura, percebe-se que o legislador buscou assegurar os direitos para que existisse uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito. Isso permitiu a análise da Constituição de 1988 como um marco na nova ordem constitucional, ante o fato de ter uma base de caráter pós-moderno.

Nesse sentido, depreende-se da leitura da obra de Fonseca (2019) que a sociedade fraterna não se limita ao plano econômico, correspondendo a uma sociedade sem preconceito e pluralista e com direcionamento para uma integração comunitária, permitindo a inclusão social.

Fonseca (2019) ainda discorre que *“precisamos de um Sistema de Justiça eficiente e célebre, que acompanhe as transformações sociais, mas que, ao mesmo tempo, garanta os direitos fundamentais, propiciando sempre a abertura para uma sociedade fraterna”*.

A esse respeito, Fonseca (2019) recorre ao escólio de Clara Cardoso Machado Jaborandy:

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

Silva Neto (2013) acredita que o preâmbulo da Constituição não pode ser considerado como uma proclamação sem nenhum tipo de validade jurídica, haja vista que os princípios ali existentes possuem eficácia semelhante à dos princípios adscritos no texto principal da Constituição.

De acordo com Bulos (2012), o preâmbulo da Constituição Federal é visto como um conjunto de princípios que exercem uma força centrípeta sobre as outras normas constitucionais.

Nesse contexto, o princípio da fraternidade é encontrado no capítulo dos Direitos Sociais, o qual assegura, por exemplo, o direito à educação, saúde, moradia, lazer, previdência social, de participação, dentre outros.

O princípio em questão busca reafirmar os fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, sendo necessária a cooperação espontânea de todos para a concretização de uma vida honrada e fraterna.

Britto (2003, p. 216) leciona que:

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

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal vem por um longo tempo defendendo a ideia de que no ordenamento jurídico brasileiro a fraternidade é o ponto de equilíbrio para vincular a igualdade e liberdade:

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida (BRITTO, 2007, p. 98).

Ou seja, fica nítido que com a Constituição de 1988 a fraternidade ganhou uma nova vertente. Nesse contexto, o constitucionalismo fraternal pode ser considerado como:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a

dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa. (BRITTO, 2003, p, 216-217).

Vale salientar que a fraternidade como um princípio jurídico começou a ter relevância com a terceira geração de direitos, em especial pela perspectiva de ser um ponto de equilíbrio. Assim:

Fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, buscando repercutir a evolução dos direitos na história européia. Em primeiro lugar teriam surgido os direitos civis, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Poder Público. Esse grupo de direitos demarcaria os limites de ação do Estado Liberal. Uma segunda geração de direitos estaria vinculada à participação política ou direitos políticos. Partindo do pressuposto de que as pessoas são dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar de igual medida do processo político. Esses são constitutivos dos regimes democráticos. Uma terceira geração de direitos, decorre da implementação dos regimes democráticos e da incorporação do povo ao processo de decisão política, seria o reconhecimento pelo Estado de responsabilidades em relação ao bem-estar das pessoas – logo, de deveres correlatos aos direitos sociais estabelecidos pela ordem legal. São esses os direitos que caracterizam as democracias sociais. Por fim, fala-se num quarto conjunto de direitos relativos ao bem-estar da comunidade como um todo, como os relativos ao meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o direito à cultura. (VIEIRA, 2006, p.39).

Do trecho acima, infere-se que é extremamente necessário que o aparelho do Estado se preocupe com os valores constantes do preâmbulo da Constituição Federal e do seu art. 3º (sociedade livre, justa e solidária).

Portanto, a fraternidade, que já tem o seu arcabouço no direito constitucional e até mesmo universal, é um resgate de valores que nós, como membros da sociedade, temos o dever de viabilizar.

Por oportuno, Fonseca (2019) destaca que a fraternidade não somente se classifica como categoria de direitos fundamentais, mas ainda como um direito humano com previsão em diversos documentos internacionais, por sua vez inseridos no catálogo da Constituição Federal do Brasil.

E a conclusão a que facilmente se chega é que o sentido humanitário e agregador é também o foco da Ouvidoria Regional Eleitoral, afinal de contas o serviço solidário e de qualidade é um direito de todos.

Nesse viés, em tempos atuais, entender a ideia da fraternidade será sempre o melhor caminho e a Ouvidoria Regional Eleitoral muito bem operacionaliza referida jornada para atingir o mais profundo dom da solidariedade e de inclusão social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término deste trabalho, é de se observar a importância dos princípios constitucionais para o ordenamento jurídico brasileiro. E isso, há tempos, pode ser inferido.

Em seguida, traçou-se um panorama das Ouvidorias e ainda de forma específica da Ouvidoria Regional Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Maranhão.

Logo após, partiu-se para a definição do princípio da fraternidade, pelo qual se extrai que se trata de uma exigência de Justiça Social. Trata-se de um princípio geral aberto que se aplica de forma incontestável a todos os ramos do Direito.

Ainda nesse diapasão, verificou-se a importância do princípio da fraternidade, assim como sua localização no texto constitucional e a discussão sobre o atual contexto social do Brasil.

Os direitos de terceira geração acabam consagrando os princípios da solidariedade e da fraternidade, pois protegem os interesses da coletividade. Logo,

o Estado e a coletividade tem a incumbência de defender e conseqüentemente preservar os benefícios das gerações atuais e vindouras.

Nesse contexto, a fraternidade é considerada como uma norma constitucional que possui uma estrutura lógica de princípio e que deve ser implementada da melhor forma possível e segundo as normativas jurídicas existentes.

Por sua vez, a Constituição Brasileira de 1988 incorpora os direitos individuais e sociais como algo que deve ser assegurado a toda comunidade. E dentro do plano jurídico, a fraternidade contribui com a promoção de valores que busquem efetivar os direitos fundamentais.

A fraternidade deve ser considerada como um instrumento que visa alcançar a Justiça de forma a desempenhar uma função social de reconhecimento da existência e dignidade dos cidadãos.

Logo, a Ouvidoria Regional Eleitoral e o princípio da fraternidade se complementam. A Ouvidoria permite que os cidadãos sejam efetivamente ouvidos e tenham seus anseios atendidos, garantindo a concretude do princípio da fraternidade à população. É o Estado e os cidadãos andando juntos no sentido de dar voz ativa a todos, indistintamente, além da incessante busca na melhoria dos serviços.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Marcelo di Rezende. Princípio do estado de inocência X presunção de culpa. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 5, n. 27, p.60-83, dez./jan. 2009

BITTENCOURT, Sérgio. **O princípio Constitucional da Eficiência e o papel das Ouvidorias Judiciárias** – Interfaces – retirado do site <https://www.tjdft.jus.br/ouvidoria/publicacoes/artigos>, 2010

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

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

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARRAZA, Antonio Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. 19 ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004. 942 p.

FACHIN, Luiz Edson. **De fraternidade falando**, 2017.

FERREIRA, Hélio José. **Afinal, o que é essa tal Ouvidoria?** Artigo retirado do site <http://www.clicnews.com.br/geral/view.html?id=122718> em 02/05/2011, às 15h45. 2011.

FONSECA, Reynaldo Soares. **O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça**. D'Plácido: Belo Horizonte/MG, 2019.

GONÇALVES, Hermenegildo. **Ouvidorias Judiciárias** (publicado no Livro Ouvidoria Brasileira – Dez Anos da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman – São Paulo – 2005)

IASBECK, Luís Carlos. **Ouvidoria, Lugar Privilegiado de Comunicação Social** – retirado do site <https://www.tjdft.jus.br/ouvidoria/publicacoes/artigos>, 2006

JABORANDY, C. C. M; MACHADO, C. A. A.; FONSECA, R. S. A (in)completeude da teoria dos direitos fundamentais sociais: a compreensão dos direitos e deveres fundamentais a partir do princípio esquecido da fraternidade. Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 13, Nº 2, jul./dez. 2019.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídica:** fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

PASSONE, Eric Ferdinando Kanai; PEREZ, José Roberto Rus; BARREIRO, Adriana Eugênia Alvim. **Estado, Cidadania e Ouvidorias Públicas no Brasil**. Artigo publicado na Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman, Ano 1, nº 1, p. 13, 2017/2018

PUPE, Ana. **Ouvidoria TJDFT – História e Importância**, retirado do site <https://www.tjdft.jus.br/ouvidoria/publicacoes/artigos>, 2002

RESTA, Eligio. **O Direito fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROMERO, Henrique; SANT'ANNA, Francisco. **O papel das ouvidorias na comunicação pública do Poder Judiciário**. Retirado do site <https://www.tjdft.jus.br/ouvidoria/publicacoes/artigos>, 2014.

ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido/1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

SANTOS, Marcel Mascarenhas dos. **Ouvidoria Pública como instrumento de participação social e função essencial à gestão pública moderna**. Artigo publicado na Revista Científica da Associação Brasileira de Ouvidores/Ombudsman, Ano 1, nº 1, p. 47, 2017/2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Curso de Direito Constitucional. 8 ed . São Paulo: Saraiva, 2013.VOCE, Maria. A visão do homem em Chiara Lubich. In: LOPES, Paulo Muniz. et al. **Fraternidade e humanismo**: uma leitura interdisciplinar do pensamento de Chiara Lubich. 1. ed. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2014.VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais** – Uma leitura da Jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006

OS DIREITOS HUMANOS E A FRATERNIDADE COMO PRÁXIS SOCIAL: BREVE ENSAIO

DILERCY ARAGÃO ADLER¹⁰³²

1. INTRODUÇÃO

*Ninguém pode ser autenticamente humano enquanto impede que
outros também o sejam.
— Paulo Freire*

Esse é um tema que, pessoalmente, consideramos muito instigante. Discorrer acerca dos Direitos Humanos e da Fraternidade no mundo humano nos remete, inicialmente, mesmo que de forma sucinta, à ideia, ao conceito e à configuração do que seja o homem em sua singularidade e no seu coletivo. Assim, este breve ensaio pauta-se na busca do entendimento dessas duas categorias propostas como objeto de estudo, que, apesar de distintas, estão imbricadas entre si. As respostas serão buscadas nas três formas culturais de conhecimento: a Ciência, a Filosofia e a Arte. Além disso, apresentamos uma proposta metodológica para o tratamento pedagógico dos valores morais, em relação aos Direitos Humanos e à Fraternidade, buscando sugerir caminhos para ascender à práxis. Afinal, a objetividade social é atualizada pela atividade sensível do homem enquanto sujeito, que, ao ser construtor de si e do seu mundo, constitui o ser social.

1032. Bacharelado e Graduação em Psicologia pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília UNICEUB (1972 e 1973 respectivamente), Licenciatura em Psicologia pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília UNICEUB (1972). Doutorado em Ciências Pedagógicas pelo Instituto Central de Ciências Pedagógicas-Cuba (2005), Revalidação do título de Doutora pela Universidade Nacional de Brasília-UnB. Mestrado em Educação pela Universidade Federal do Maranhão (1995). Especialização em Metodologia da Pesquisa em Psicologia, pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA (1981). Especialização em Sociologia pela Universidade Federal do Maranhão-UFMA (1984). dilercy@hotmail.com

Sabemos que os animais se comunicam; isso é inquestionável. Mas não foi percebida neles a possibilidade de transmitir uma experiência particular para outro animal da mesma espécie. Diferentemente, o homem tem a capacidade de transmitir as suas experiências e interpretações da realidade por uma série ordenada de símbolos, de onde podemos depreender que o *Homo Sapiens* é a única espécie animal que é capaz de transformar a sua experiência de vida em um discurso com significado e transmiti-la aos demais da sua espécie. Ao ser capaz de simbolizar, de atribuir significados às coisas, o ser humano expressa o cerne da capacidade simbólica de sua própria humanidade. O conhecimento do mundo e do outro se sustenta nessa capacidade, que, por sua vez, determina o formato peculiar da construção de cada cultura humana.

Desse modo, todas as culturas são iguais quando entendidas como resultado da capacidade criadora do homem, de valores e situações experienciadas em uma vida comum em determinado espaço e tempo, ainda não de forma imutável, mas em um *vir-a-ser* incessante dessas condições postas.

Assim, embora ao nascer o recém-chegado já encontre uma sociedade estruturada, os modelos de conduta, os valores predominantes não se firmam como absolutos, inquestionáveis e imutáveis. Essa condição que, à primeira vista, parece fragilizar o homem, contrariamente, é a sua mais perfeita e decisiva capacidade, pois, por meio da criatividade, o homem pode interferir na construção da sua própria história e na história da sua sociedade.

Nessa perspectiva, é importante ratificar que, segundo Aranha; Martins (1993), a ação humana é também uma ação coletiva, concretizada pelo trabalho, como tarefa social, e é pela palavra que toma sentido no diálogo. Mesmo o ermitão não pode ser considerado verdadeiramente solitário, pois, nele, a rejeição da presença do outro reside na própria escolha do afastamento, visto que, de algum modo, ele não se coaduna com os valores vigentes nessa sociedade.

Dessa premissa pode ser depreendido que a sociedade, concomitante e ambivalentemente, é a condição da alienação e da liberdade; nela o homem tanto pode se afligir como se realizar. Por outro lado, a condição de estranhamento vai desencadear outras formas de interpretação e ações humanas correspondentes que se manifestarão criativamente por meios e instrumentos diversificados, a exemplo de

[...] quando paramos para refletir na vida diária, quando o filósofo se admira com o que parece óbvio, quando o artista lança um olhar novo sobre a sensibilidade já embaçada pelo costume, quando um cientista descobre uma nova hipótese.

O “sair de si” é remédio para o preconceito, o dogmatismo, as convicções inabaláveis e portanto paralisantes. É a condição para que, ao retornar de sua “viagem” o homem se torne melhor. (ARANHA; MARTINS, 1993, p.7).

Convém ainda considerar que esse “sair de si”, para a desconstrução do que já está introjetado pelo costume, pela inculcação ideológica dominante na sociedade, não é tão acessível como pode parecer à primeira vista. A esse respeito diz Chauí (2006, p.7):

O discurso competente é o discurso instituído. É aquilo no qual a linguagem sofre uma restrição que poderia ser assim resumida: não é qualquer um que pode dizer a qualquer outro qualquer coisa em qualquer lugar e em qualquer circunstância. O discurso competente confunde-se, pois, com a linguagem institucionalmente permitida ou autorizada, isto é, com um discurso no qual os interlocutores já foram previamente reconhecidos como tendo o direito de falar e ouvir, no qual os lugares e as circunstâncias já foram pré-determinadas para que seja permitido falar e ouvir e, enfim, no qual o conteúdo e a forma já foram autorizados segundo os cânones da esfera da sua própria competência.

Nesse sentido, este estudo objetiva estruturar um discurso competente acerca dos Direitos Humanos e da Fraternidade, nas suas especificidades e inter-relações, com base nas contribuições dos enfoques científico-filosófico e artístico, para a elucidação das ações que deles decorrem e se voltam para a prática social. E ainda, para ir além da problematização e teorização dessas questões, que são de fundamental importância, optamos por apresentar uma proposta de ação, de modo a contribuir para a ascensão à práxis, ou seja, estabelecer a relação entre ação e reflexão, para compreender a existência do ser humano e o seu mundo, a partir da relação entre subjetividade e objetividade no plano teórico e prático em suas inter-relações. Logo, desenvolver um pensamento teórico baseado na práxis é possibilitar o viés relacional entre humanização e conhecimento.

Paulo Freire (1983), ao abordar o diálogo como fenômeno humano, afirma que a palavra é algo além de um meio para que o diálogo se faça possível, uma vez que assegura a existência de elementos constitutivos na palavra, ou seja, duas dimensões, de tal forma relacionadas que sacrificada uma delas a outra

se ressentente. São elas a ação e a reflexão, e, segundo esse educador, ao dar-se a supressão da ação, a reflexão se ressentente e se transforma em palavreria, verbalismo, blá-blá-blá, o que resulta numa palavra inautêntica, por isso mesmo, sem força transformadora. E, no tocante ao sacrifício da reflexão, a palavra se converte em ativismo, inviabilizando a práxis verdadeira. Assim, apenas quando as duas dimensões da palavra coexistem, a palavra, por sua vez, é considerada verdadeira, palavra autêntica que possibilita a práxis, de modo que qualquer dessas dicotomias gera formas inautênticas de pensar, inautênticas de existir, que resultam numa visão de mundo distorcida, alienada e alienante.

Considerando o exposto, esta pesquisa bibliográfica está estruturada em quatro seções incluindo a introdução e as considerações finais. Na seção dois tratamos dos Direitos Humanos e a Fraternidade, na perspectiva científico-filosófica e artística e na seção três apresentamos uma proposta metodológica para o tratamento pedagógico dos valores morais, buscando sugerir caminhos para ascender à práxis. Tecemos algumas considerações finais, esperando, de algum modo, contribuir para a emergência da consciência, crítica e, por sua vez, um agir isento de alienação ideológica referente a essa complexa e multifacetada temática.

2. OS DIREITOS HUMANOS E A FRATERNIDADE NA PERSPECTIVA CIENTÍFICO-FILOSÓFICA E ARTÍSTICA

A desumanização, embora seja um fato histórico concreto, não é um destino dado, mas o resultado de uma ordem injusta que gera violência nos opressores, o que, por sua vez, desumaniza os oprimidos. — Paulo Freire

Nesta parte do trabalho iniciamos as argumentações com base na premissa de Lyra (1993), que considera a Ciência, a Filosofia e a Arte como três formas culturais de conhecimento. Nessa perspectiva, decidimos abordar o conhecimento científico-filosófico e o artístico de *per si*, embora compreendamos que existe íntima relação entre eles e decerto enriquecerão a linha de raciocínio eleita.

Convém ainda enfatizar que o objeto de estudo/trabalho dessas formas de conhecimento, num sentido amplo, é o homem. Isso porque toda prática

cultural implica uma reflexão que busca o desvelamento do mundo vivido e da forma de *ser-no-mundo* do homem.

Assim, em continuação, abordaremos o conhecimento na perspectiva científico-filosófica e, posteriormente, o da arte.

2.1.O CONHECIMENTO NA PERSPECTIVA CIENTÍFICO-FILOSÓFICA

A cabeça pensa a partir de onde os pés pisam. Para compreender, é essencial conhecer o lugar social de quem olha. Vale dizer: como alguém vive, com quem convive, que experiências tem, em que trabalha, que desejos alimenta, como assume os dramas da vida e da morte e que esperanças o animam. Isso faz da compreensão sempre uma interpretação.

— Leonardo Boff

Segundo Lyra (1993), a ciência, do latim *scire* (saber) se pretende construir no saber comprovado e incontestável. O cientista busca a certeza. Para isso parte do ignorado, o ainda não comprovado; admite a comprovação e rejeita a contestação, enquanto a Filosofia, do grego *philo*-amor, *sophos*-saber se apresenta diferentemente da ciência, configurando-se como um ato cognitivo que tem sua razão em si mesmo, não na comprovação de uma hipótese. Desse modo, a principal preocupação do conhecimento filosófico é questionar e encontrar respostas racionais para determinadas questões. Nesse sentido, podemos afirmar que este modelo de conhecimento é especulativo. A filosofia moderna tem como centro das atenções filosóficas as questões relativas ao conhecimento e sua elaboração e encontra o seu caminho como conhecimento do conhecimento. Nessa perspectiva teórica, a arte, do latim *ars*, apresenta-se, enquanto certeza do saber, mais modesta ainda do que a filosofia, mesmo porque a arte não se propõe como conhecimento, mas como fazer, como uma prática, uma atividade criativa, que implica certamente um determinado conhecimento sobre o objeto desse fazer. Diferentemente do filósofo e do cientista, o artista não se prende à verdade factual. Isso significa dizer que o trabalho do artista não objetiva preencher as lacunas do saber, investigando o ainda ignorado, como ocorre ao cientista, ou demonstrar teses acerca do homem no mundo e do mundo do homem, como na filosofia, mas o de explorar criativamente todas as possibilidades expressivas do seu objeto.

A ciência é uma atividade eminentemente reflexiva. Ela procura elucidar a realidade mediante estudos sistemáticos que incluem um conjunto de teorias,

que por sua vez são um conjunto de leis. Em contrapartida, existe um domínio da vida que é próprio ao indivíduo tanto no plano pessoal como no coletivo, qual seja, o seu cotidiano. É nessa esfera da vida que é sentida a realidade de forma direta e dela é depreendida uma forma de conhecimento que vai sendo acumulado, denominado de *senso comum*. Em outras palavras, o conhecimento do senso comum é aquele adquirido pelo homem a partir de suas próprias observações, experiências e vivências no mundo. Apesar da fragilidade do senso comum no tocante à sua validade, pois se baseia na aparência do fenômeno, por vezes é observado que algumas grandes descobertas científicas partiram dessa modalidade de conhecimento.

Embora a ciência seja considerada a fonte mais segura de conhecimento, o seu contrário é também verdadeiro, considerando que, segundo Guareschi (1987, p.18),

Nenhuma lei explica todos os fenômenos ou o fenômeno todo: nenhuma teoria explica todos os fatos, ou o fato todo. Todas as leis e teorias são parciais. Diz-se, então, que uma lei é tanto mais científica, ou uma teoria é tanto mais científica, quanto mais fatos, ou quanto mais do fato, ela explicar.

O conhecimento, pois, é o pensamento que resulta da relação que se estabelece entre o sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido. Assim, a apropriação intelectual do objeto supõe que haja regularidade nos acontecimentos do mundo. No entanto, existem vários conceitos de ciência. Segundo Lakatos; Marconi (1999, p. 21),

Entendemos por ciência uma sistematização de conhecimentos, um conjunto de proposições logicamente correlacionados sobre o comportamento de certos fenômenos que se deseja estudar. A ciência é todo um conjunto de atitudes e de atividades racionais dirigidas ao sistemático conhecimento com objeto limitado, capaz de ser submetido à verificação.

Lakatos; Marconi (1999) ainda consideram três níveis de Conhecimento Científico distintos entre si, mas ao mesmo tempo inter-relacionados. São eles: o Conhecimento Inorgânico, estudado pelas Ciências Físicas; o Conhecimento Orgânico, estudado pelas Ciências Biológicas e o Conhecimento Superorgânico, estudado pelas Ciências Sociais e Humanas. O nível de Conhecimento Superorgânico é observado no mundo dos seres humanos em interação e nos produtos dessa interação: linguagem, religião, filosofia, ciência, tecnologia,

ética, usos, costumes e outros aspectos culturais e da organização social. O objeto de estudo de todas as Ciências Sociais é a sociedade humana, mas, cada uma dessas Ciências possui seu objeto formal, próprio. Tais objetos são complementares e apresentam-se inter-relacionados.

Neste estudo privilegiamos os enfoques teóricos da Sociologia, considerando que, segundo Lakatos; Marconi (1999), dentre as demais Ciências Sociais, a Sociologia apresenta duas diferenças básicas em relação às demais: uma relativa ao universo sociocultural, que estuda o homem e o universo sociocultural, como um todo, analisando as inter-relações entre os diversos fenômenos sociais, e outra, relativa à natureza do homem, qual seja, o *homo socius*, que engloba todas as características singulares estudadas pelas demais Ciências Sociais: econômica, política, religiosa, ética e artística.

No tocante ao estudo da sociedade, Bressan (1986) parte de duas visões antagonistas: uma que tem como base intelectual o positivismo, de Augusto Comte, denominada por ele: Teoria Estrutural-Funcionalista, e outra, que adota como base intelectual o Materialismo Histórico, de Marx e Engels, denominada de Materialismo Histórico ou Teoria Marxista.

Nesse contexto, a produção do conhecimento científico, segundo a Teoria Estrutural-Funcionalista, coloca a necessidade da objetividade nas análises e da neutralidade do cientista na elaboração dos enunciados científicos. Nessa perspectiva não leva em consideração a qualidade da natureza das Ciências Sociais e Humanas na qual o cientista é, ao mesmo tempo, sujeito e objeto; diferentemente das Ciências da Natureza (as Ciências Físicas e as Biológicas), cujos objetos de estudo encontram-se na própria natureza. Assim, a teoria Estrutural-Funcionalista coloca as Ciências Sociais e Humanas no mesmo patamar das Ciências da Natureza no que diz respeito aos pressupostos práticos à aplicação das técnicas e dos procedimentos metodológicos, os quais devem ser iguais àqueles usados pelas Ciências da Natureza. Nessas análises não são considerados os aspectos políticos, éticos ou teológicos inerentes às Ciências Sociais e Humanas.

A segunda visão, como já foi referido, é a matriz teórica que tem como base intelectual o Materialismo Histórico, que diferentemente da teoria positivista nega a possibilidade de se produzirem conhecimentos neutros ou imparciais, no âmbito de uma sociedade estratificada. Nessa modalidade de organização social existirão tantas teorias quantos forem os estratos sociais. No caso da sociedade capitalista, que apresenta a sua estratificação social por meio de

duas classes fundamentais: a capitalista e a do proletariado (trabalhadora), o materialismo histórico define-se como uma teoria articulada aos interesses desta última. Diz ainda que somente as análises que não se contentam em descrever as aparências, aspectos visíveis da realidade, podem ser consideradas científicas. Portanto, parte da premissa de que

A essência da realidade se torna visível somente se a realidade for construída conceitualmente como totalidade pelo pensamento humano. O pensamento é a elaboração de uma imagem subjetiva do mundo objetivo; não é uma cópia do objeto porque resulta da atividade humana que reflete e elabora o objeto sob a forma de conceitos. É importante destacar que a forma de existência do objeto no pensamento depende do sujeito e da sua posição na sociedade. (BRESSAN, 1986, pp. 29-30).

No tocante a essa questão, Adler (2009, p. 128) comenta:

[...] as Ciências Humanas, através da concepção Materialista da História e da Dialética da natureza e da sociedade estabelecem um conjunto de leis que rege a forma de existência da matéria e do pensamento. A essência dessas leis muda a concepção da certeza das ciências sob a ótica positivista, ou seja, nesse contexto teórico o movimento universal possibilita a morte da certeza, pois o mundo muda, o homem muda, configurando um *devoir* incessante do homem e do seu mundo.

Considerando que o pensamento não é uma cópia do objeto, porque resulta da atividade humana e que por isso depende do sujeito e da posição que ocupa na sociedade, é que se torna necessário averiguar o que pode ter motivado a distorção ou supressão de componentes do real no enunciado, se foi ou não proposital, se existe algum interesse, via de regra para beneficiar alguém ou algum grupo dessa mesma sociedade. Essa condição implica a necessidade de incluir nesta análise a abordagem do tema ideologia, que é um termo complexo e amplo por ter significações diversas. Segundo Chauí (1980, p. 22),

O termo ideologia aparece pela primeira vez em 1801 no livro de Destutt de Tracy, *Eléments d'Idéologie* (Elementos de Ideologia). Juntamente com o médico Cabanis, com De Gérando e Volney, Destutt de Tracy pretendia elaborar uma ciência da gênese das ideias, tratando-as como fenômenos naturais que exprimem a relação do corpo humano, enquanto organismo vivo, com o meio ambiente. Elabora uma teoria sobre as faculdades sensíveis, responsáveis pela

formação de todas as nossas ideias: querer (vontade), julgar (razão), sentir (percepção) e recordar (memória).

Assim, no sentido etimológico, o termo Ideologia significa *gênese das ideias*. Qualquer ideia é uma ideologia. Mas existem outras definições, e segundo Aranha; Martins (1993), no sentido restrito, a exemplo do Materialismo Histórico que, considerando o modo de produção capitalista, distingue dois tipos de ideologias, uma para cada classe social, ou seja, as Ideologias Arbitrárias e as Ideologias Historicamente Orgânicas.

As Ideologias Arbitrárias configuram um conjunto de ideias que tem a função de justificar e legitimar a estrutura social de dominação, através de uma consciência falsa da realidade e ainda objetivam se incorporar ao senso comum para estabelecer um consenso, que por sua vez confere hegemonia a uma classe, que será a dominante. Nesse contexto, a ideologia tem uma função negativa. De um modo geral, a ideologia arbitrária, como inversão do real, busca adaptar o indivíduo à realidade, dissimular as contradições e problemas sociais. Nesse âmbito as instituições se dedicam à reprodução e perpetuação da ideologia dominante que, por sua vez, apresenta um aspecto da realidade para não ser identificada como totalmente falsa e ser melhor apreendida. Além disso, essas ideologias vão constituir um corpo sistemático de representações que ensinam a pensar e de normas que ensinam a agir.

Já as Ideologias Historicamente Orgânicas são aquelas provenientes das classes trabalhadoras e são necessárias para fazer adquirir consciência de suas posições de subordinação. Nesse contexto a ideologia tem uma função positiva. Essas ideologias resultam, de um lado, da pressão ideológica da classe dominante e, de outro, da própria experiência das classes subalternas, a partir das suas condições materiais de existência. Desse modo, as ideologias existem configurando um conflito, o qual reflete os conflitos reais existentes na sociedade.

Outra questão essencial neste estudo diz respeito à sociedade humana. No decorrer da história da humanidade, foram adotadas formas diferenciadas de organização social. Em alguns casos, a sociedade proporcionou uma vida com condições similares para todos os membros e, em outros, o controle da organização social era exercido por uma parte do grupo, geralmente minoritária numericamente, que tinha privilégios à custa da condenação da maioria a uma vida subumana. Entre as formas do passado prevaletentes estão o Comunismo primitivo, o Escravismo e o Feudalismo. Atualmente, embora subsistam

resquícios das formas anteriores, predominam dois modos de produção: o Capitalismo e o Socialismo.

Bressan (1986) explicita que o Materialismo Histórico compreende a sociedade como uma estrutura composta por partes interdependentes e contraditórias, em um constante movimento e transformação, que não é simplesmente evolutivo, mas que ocorre também por meio de rupturas. Nessa linha de raciocínio, o trabalho humano constitui a atividade básica porque é a partir dele que se articulam as relações sociais vigentes de uma determinada sociedade. As relações sociais comportam na sociedade capitalista uma diferença fundamental: os grupos que mantêm a propriedade dos meios de produção e os grupos que vendem a sua força de trabalho. Assim, os grupos humanos dispõem-se e diferenciam-se pelas posições que ocupam no processo de produção e na estrutura social. As classes sociais estabelecem relações complementares na medida que uma não existe sem a outra, mas, também, de oposição e antagonismo, por serem caracterizadas pela apropriação de uns do trabalho de outros. O processo de produção, dessa forma, constitui a base econômica da sociedade. A estrutura social comporta, ainda, um conjunto de leis, ideias e valores: a superestrutura, que reflete e, concomitantemente, reforça as relações sociais de produção. Na sociedade de classes, a superestrutura expressa os interesses da classe dominante, que são incorporados nas ideias que perpassam todas as camadas da sociedade, por meio das várias instituições.

O Estado, nessa teoria, é visto como vinculado à classe dominante já que não pode atender, ao mesmo tempo, interesses distintos e antagônicos, embora na prática ele possa expressar, de quando em vez, um compromisso com as classes trabalhadoras, como forma de escamotear o seu descompromisso.

2.2 O CONHECIMENTO NA PERSPECTIVA DA ARTE

Todas as artes contribuem para a maior de todas as artes, a arte de viver. — Bertold Brecht

No tocante à Arte, as manifestações artísticas têm na criação e inovação o caráter comum com o conhecimento científico, técnico e filosófico. Essencialmente, o ato criador estrutura e organiza o mundo, respondendo aos desafios apresentados. No entanto, segundo o Materialismo Histórico, a obra criadora materializa um processo histórico, no qual cada nova forma se apoia naquelas que a antecederam. Então, por mais que seja genial uma invenção, sempre resulta e se constitui de um produto já existente na sua época e no contexto

social e histórico, de modo que a obra partirá de níveis já alcançados antes e se sustentará em possibilidades que existem fora do seu criador.

Dois teóricos marxistas que tramitaram numa pluralidade de campos do conhecimento das Ciências Sociais e Humanas, como a psicologia, filosofia, história e literatura, apresentam contribuições substanciais da arte para a psicologia e a filosofia: Lev Semyonovich Vygotsky, Psicólogo (Orsha, Bielorrússia, 5 ou 17/11/1896-Moscou, 11/06/1934) e Mikhail Mikhailovich Bakhtin, filósofo russo (Oriol, Moscou, 17/11/1895-Moscou 7/03/1975).

Segundo Freitas (1995), Vygotsky teve uma formação humanística, voltada para a filosofia e a literatura, estudou Direito na Universidade Imperial de Moscou e cursou História e Filosofia na Universidade Popular *Shanyavsk*, que responderam diretamente aos seus interesses intelectuais. A cultura e a arte sempre estiveram presentes em sua vida, e a poesia e a literatura sempre foram a sua paixão e a elas se dedicou teórica e praticamente. Vygotsky compreendia a criatividade como toda realização humana geradora de algo novo. Para ele, a imaginação é a base de toda atividade criadora e se manifesta em todos os aspectos da vida cultural, possibilitando a criação artística, científica e técnica. Todo o mundo da cultura é, portanto, produto da imaginação e da criação humana e se materializa em um processo histórico, no qual cada nova forma tem elementos daquelas que a antecederam.

Para Vygotsky, a psicologia reduzida a processos elementares, distantes dos produtos simbólicos da cultura, não podia fornecer elementos necessários a uma teoria da arte. Propôs-se então construir uma psicologia que, sendo científica, fosse capaz de dar conta das criações da cultura. Isso lhe exigiu tanto uma dimensão histórica no núcleo da psicologia, como ciência explicativa, quanto uma abordagem da consciência baseada em uma concepção semiótica de sua natureza e estrutura, nesse sentido. Dessa maneira, numa visão de totalidade, integrou os conhecimentos de um pensamento dialético a princípios da Arte, Semiótica e Educação, construindo uma Psicologia que concebe o homem como um sujeito concreto, cuja consciência é constituída a partir de sua relação com um meio cultural mediado pela linguagem. Vygotsky, ao fazer uma epistemologia da Psicologia, sugere um novo caminho a partir da cultura, do outro e da linguagem em busca do sujeito. Nessa perspectiva, o conhecimento é construído na interação, em que a ação do sujeito sobre o objeto é mediado pelo outro, por meio da linguagem.

Por outro lado, Bakhtin, segundo Freitas (1995), graduou-se em Letras, História e Filosofia. Dedicou-se profundamente ao estudo da Filosofia, História da Cultura, Estética e Filologia, concebendo, a partir daí, suas premissas e métodos de pesquisa. Foi também um propagador da arte e da literatura entre as massas trabalhadoras. Ademais participou de círculos de intelectuais nos quais empreendia discussões acadêmicas substanciais com filósofos e artistas. A arte foi uma constante na sua vida e, de modo especial, a literatura. Quase todas as suas obras giram em torno de temas literários.

Para Bakhtin, a arte é essencialmente social, pois, como todos os produtos da atividade humana, nasce na sociedade e para ela. O meio social afeta a arte, de fora, encontrando respostas direta e intrinsecamente dentro dela. Daí considera que todo estudo só poderá ser efetivo mediante uma teoria sociológica. Diz ainda que um enunciado concreto possui duas partes: uma percebida ou realizada em palavras e outra presumida. Assim, o individual e o subjetivo têm por base o social, que é a condição objetiva, enquanto os presumidos são julgamentos de valor, portanto não são emoções individuais, mas atos sociais regulares e essenciais. Um trabalho poético é um poderoso combinador de avaliações sociais não articuladas; cada palavra está saturada delas. Essas avaliações sociais vão organizar a forma e a sua expressão direta, a exemplo do poema MÃOS ESTENDIDAS, Adler (1997, p. 51):

Mãos estendidas/ele me olha/enternecida observo/olhar tristonho/tez amarelada/barrigudinho/pés descalços/não cheira bem/e dos seus olhos grandes/quase esbugalhados/duas lágrimas começam a rolar./olho-o tristemente/e vejo quanto sofrimento/estampado em seu semblante!/seu olhar profundo/traduz tantas privações!/quantas vezes fica sem comer/quantas vezes dorme mal/sente frio ao relento/quantas vezes quer carinho/e não tem um colo sequer/para um acalanto/nenhuma canção de ninar/lembra ter ouvido um dia/nenhuma mão forte... tranquilizadora/apoiando-lhe/transmitindo segurança no futuro/só incertezas/só tristeza/só violência de toda ordem/fazem o seu cotidiano/é a violência do mais forte/que oprime/é a violência da falta de escola/é a violência da falta de um teto/é a violência/de não ter o direito/a uma família/que possa transmitir/paz... tranquilidade/é a violência muitas vezes/daquele carinho/que precisa./é a implacável violência/de não poder ser/simplesmente.../...criança!

Esse poema denuncia as desigualdades sociais que expropriam um grande contingente populacional dos bens necessários a uma existência digna, que terminam por repercutir também na dimensão afetivo-emocional, materializando,

assim, a desigualdade, incompatível com a fraternidade e com o atendimento aos Direitos Humanos da criança.

Nessa perspectiva, o poeta seleciona palavras do contexto da vida da qual as palavras foram embebidas e se impregnaram de julgamentos de valor. O poeta obtém suas palavras e as pronuncia no contato multifacetado com o seu ambiente. Na poesia, como na vida, o discurso verbal é o cenário de um evento.

Logo, para Bakhtin, a percepção artística viva e a análise sociológica concreta revelam relações entre pessoas, relações meramente refletidas e fixadas no material verbal. O discurso verbal é o esqueleto que só toma forma viva no processo da percepção criativa, conseqüentemente, só no processo da comunicação social viva. Devido a essa estrutura intrinsecamente social, a criação artística se abre à influência de outros domínios da vida, outras esferas ideológicas, como a ordem sociopolítica e a economia, entre outras.

As teorias de Vygotsky e Bakhtin se assemelham em muitos aspectos. Ambos mostraram um forte interesse pela Literatura e buscaram na linguagem a chave da compreensão para as principais questões epistemológicas que atravessam as Ciências Humanas e Sociais. Tiveram como base referencial teórica o Materialismo Histórico Dialético. Esse foi o método fundamental de suas teorias, e pelo método adotado podemos identificar a forma de pensar do pesquisador.

Então, esses dois teóricos, partindo da dialética, construíram uma visão totalizante, não fragmentada da realidade, uma perspectiva histórica e uma compreensão do homem como um conjunto de relações sociais. Desse modo, Vygotsky ampliou os pontos de encontro da psicologia com outras áreas de conhecimento, assim como Bakhtin, quando propõe o diálogo e a intertextualidade. Vygotsky, ao fazer uma epistemologia da psicologia, sugere um novo caminho a partir da cultura, do outro e da linguagem em busca do sujeito. O conhecimento, na perspectiva desses autores, é construído na interação, em que a ação do sujeito sobre o objeto é mediada pelo outro através da linguagem.

É esse entendimento, com suporte numa visão totalizante, não fragmentada da realidade, que adotamos, e ratificamos neste estudo o conhecimento. E como a arte implica “uma prática circunscrita social e historicamente”, apresentamos a seguir alguns exemplos práticos “desse fazer” das produções artísticas em algumas das suas vertentes. Considerando esse entendimento, as circunstâncias de exploração e dominação, com fortes componentes de arbitrariedade e barbárie, podem ser apreendidas com relativa facilidade.

Entre os exemplos de produção literária que dizem respeito às barbáries, retratadas no cativo africano, podemos citar as obras abolicionistas do século XIX, como o romance *Úrsula*, da escritora maranhense, primeira romancista brasileira, Maria Firmina dos Reis (1822-1917), autora também do **HINO À LIBERTAÇÃO DOS ESCRAVOS**: “Salve Pátria do Progresso!/Salve! Salve Deus a Igualdade!/Salve! Salve o Sol que raiou hoje,/Difundindo a Liberdade!/Quebrou-se enfim a cadeia/Da nefanda Escravidão!/Aqueles que antes oprimias,/Hoje terás como irmão!” (MORAIS FILHO, 1975, p.177) Também *Os Tambores de São Luís*, de Josué Montello, e ainda, *Fantina*, de Francisco Badaró; a *Rainha do Ignoto*, de Emília Freitas, entre tantos outros, ajudam-nos a entender como a Literatura foi importante nas denúncias das incivilidades da escravidão, com vistas à libertação dos escravos.

No tocante a poemas com a temática da escravidão, o poema do poeta maranhense Trajano Galvão de Carvalho (1830-1864), que segundo (MEIRELES, 1949, p. 68 *apud* SANTOS 2001, p. 1), “a ele cabe a glória de ter sido precursor da poesia social do escravo”. O poema O CALHAMBOLA é um, dentre tantos outros, do referido autor:

Nasci livre, fizeram-me escravo;/Fui escravo, mas livre me fiz./Negro, sim; mas o pulso do bravo/Não se amolda às algemas servis!/Negra a pele, mas o sangue no peito,/Como o mar em tormentas defeito,/Ferve, estua, refere em cachões!/Negro, sim; mas é forte o meu braço,/Negros pés, mas que vencem o espaço,/Assolando, quais negros tufões./(CARVALHO, 1898, pp. 17-17).

Antônio Frederico de Castro Alves (1847-1871), também chamado de “o poeta dos escravos”, mostrava-se sensível aos graves problemas sociais do seu tempo, expressou sua indignação contra as tiranias e denunciou a opressão dos escravos. A seguir um dos seus poemas com a temática da escravidão africana, A CANÇÃO DO AFRICANO, Castro Alves (1972):

Lá na úmida senzala,/Sentado na estreita sala, /Junto ao braseiro, no chão,/Entoa o escravo o seu canto,/E ao cantar correm-lhe em pranto/Saudades do seu torrão .../De um lado, uma negra escrava/Os olhos no filho crava,/Que tem no colo a embalar... E à meia voz lá responde/Ao canto, e o filhinho esconde,/Talvez pra não o escutar!/"Minha terra é lá bem longe,/Das bandas de onde o sol vem;/Esta terra é mais bonita,/Mas à outra eu quero bem!/"o sol faz lá tudo em fogo,/Faz em brasa toda a areia;/Ninguém sabe como é belo/Ver de tarde a papa-ceia!/"Aqueles terras tão grandes,/Tão compridas como o mar,/

Com suas poucas palmeiras/Dão vontade de pensar ...”Lá todos vivem felizes,
 Todos dançam no terreiro;/A gente lá não se vende/Como aqui, só por dinhei-
 ro”./O escravo calou a fala,/Porque na úmida sala/O fogo estava a apagar;/E
 a escrava acabou seu canto,/Pra não acordar com o pranto/O seu filhinho a
 sonhar!./...../O escravo então foi deitar-se,/Pois tinha de levantar-se/
 Bem antes do sol nascer,/E se tardasse, coitado,/Teria de ser surrado,/Pois
 bastava escravo ser./E a cativa desgraçada/Deita seu filho, calada,/E põe-se
 triste a beijá-lo,/Talvez temendo que o dono/Não viesse, em meio do sono,
 De seus braços arrancá-lo!

Dentre os filmes e documentários sobre a escravidão africana, ao redor do mundo, muitos cineastas se dedicaram a colocar em pauta a escravidão, suas consequências, e a forma como ela impactou a vida de inúmeras pessoas, a exemplo de: *Ganga Zumba* (1963); *Quilombo* (1984); *A Cor Púrpura* (1985); *Mississípi em Chamas* (1988); *Invictus*, é um tributo a Mandela (1995); *Amistad* (1997); *Manderlay* (2005); *Quanto Vale ou É Por Quilo?* (2005); *Diamante de Sangue* (2006); *Besouro* (2009); *Cores do Paraíso* (2011); *12 anos de escravidão* (2013); *O Mordomo da Casa Branca* (2013).

Nessas produções artísticas com os seus cenários da execrável escravidão, incrustados no quadro do Império do Brasil, percebemos claramente as relações de poder que se davam dentro do sistema escravista, as articulações em torno do controle do poder social, os mecanismos de controle sobre os escravos e os efeitos que essa política de crua rudeza causava na vida e nas relações dos escravos.

No que se refere a poemas com a temática indianista, Gonçalves Dias louvou os indígenas com poemas. A seguir um breve trecho do *I-JUCA-PIRAMA*, Dias, (1851, pp. 12-35): “Meu canto de morte, Guerreiros, ouvi;/Sou filho das selvas,/ Nas selvas cresci;/Guerreiros, descendo/Da tribo tupi./Da tribo pujante,/Que agora anda errante/Por fado inconstante,/Guerreiros, nasci;/Sou bravo, sou forte,/Sou filho do Norte;/Meu canto de morte,/Guerreiros, ouvi [...]”.

Outro exemplo vemos em Maria Firmina dos Reis, *O CANTO DO TUPI*:

Sou filho das selvas – não temo o combate,/Não temo o guerreiro-guerreiro nasci;/Sou bravo-eu invoco do bravo o valor,/Sou filho dum bravo, valente tupi/[...] Eu vivo nas selvas – nas selvas imensas,/Que vastas se estendem nas terras do norte;/Se corro à peleja, bem sei que a vitória/Pertence ao meu braço, que é grande, que é forte./[...] Eu vivo nas selvas-nas selvas do norte/Sou índio valente, valente tupi./Temido na guerra – do bravo temido,/Possante guerreiro, nas selvas nasci./[...] (Eco da Juventude 1865 *apud* MORAIS FILHO, 1975, p. 64).

O poema NA MISSÃO tem um acentuado tom de denúncia:

No aldeamento/quem mandava não era mais o chefe indígena./Quem mandava era o missionário./Era o missionário que mandava plantar a roça./Era o missionário que mandava assistir à missa./Era o missionário que mandava construir as casas./O missionário mandava na vida do índio./Na missão os índios trabalhavam para os padres./Tinham que trabalhar três dias por semana para os padres./Tinham que trabalhar com hora marcada./Não podiam mais caçar na hora que queriam./Não podiam mais pescar na hora que queriam./Não eram mais eles que dividiam a caça./Não eram mais eles que dividiam todas as coisas da roça./O aldeamento da missão quase acabou com os índios./Os índios morreram de doença./Morreram de fome./Morreram de tristeza./ (Autor desconhecido, 1975 *apud* ADLER, 2014, p.16).

No século XVI, uma conversa entre um velho índio Tupinambá e o francês Jean de Léry (1980, pp. 36-37) trata de questões que demonstram diferença basilar entre as duas civilizações:

Os nossos Tupinambá muito se admiram dos franceses e outros estrangeiros se darem ao trabalho de ir buscar o seu arabutã. Uma vez um velho perguntou-me: – Por que vinde vós outros, mãires (franceses) e perôs (portugueses) buscar lenha de tão longe para vos aquecer? Não tendes madeira em vossa terra? Respondi que tínhamos muita, mas não daquela qualidade, e que não a queimávamos, como ele o supunha, mas dela extraímos tinta para tingir, tal qual o faziam com os seus cordões de algodão e suas plumas. Retrucou o velho imediatamente: – E porventura precisais de muito? – Sim, respondi-lhe, pois no nosso país existem negociantes que possuem mais panos, tesouras, espelhos e outras mercadorias do que podeis imaginar e um só deles compra todo o pau-brasil com que muitos navios voltam carregados. – Ah! retrucou o selvagem, tu me contas maravilhas, acrescentando depois de bem compreender o que eu lhe dissera: – Mas esse homem tão rico de que me falas não morre? – Sim, disse eu, morre como os outros. Mas os selvagens são grandes discursadores e costumam ir em qualquer assunto até o fim, por isso perguntou-me de novo: – E quando morrem, para quem fica o que deixam? – Para seus filhos, se os têm, respondi, na falta destes para os irmãos ou parentes mais próximos. – Na verdade, continuou o velho que, como vereis, não era nenhum tolo, agora vejo que vós outros *mãires* sois grandes loucos, pois atravessais o mar e sofreis grandes incômodos, como dizeis quando aqui chegais, e trabalhais tanto para amontoar riquezas para vossos filhos ou para aqueles que vos sobrevivem! Não será a terra que vos nutriu suficiente para alimentá-los também? Temos pais, mães e filhos a quem amamos; mas estamos certos de

que depois de nossa morte a terra que nos nutriu também os nutrirá, por isso descansamos sem maiores cuidados..”

Do exposto ficam evidenciadas as diferenças culturais de valores morais, entre os dois povos que tiveram, por motivações distintas, os seus destinos intercruzados, num dado momento, transmutando os rumos das suas histórias, que resultou em dominação de um sobre o outro e na dizimação daquele que foi subjugado.

Dentre os filmes e documentários sobre o extermínio das nações indígenas, destacamos: À sombra de um delírio verde (1981); O Guarani (1996); Caramuru (2001); 500 Almas (2004); Serra da Desordem (2006); Presente dos Antigos (2009); Terra Vermelha (2008); Xingu (2011); Vale dos Esquecidos (2012) e Vida Kaingang (2014). Civilizações Secretas: Maias, Astecas e Incas, apresentado em 5 partes relata a história das civilizações da América pré-colombiana cujos povos que foram dizimados pela “colonização” espanhola.

Daí podemos depreender que a arte, em todas as suas vertentes, nos formatos que lhes são próprios, assim como o conhecimento científico-filosófico, expressa a realidade objetiva. Essa evidência é ratificada nos romances, poemas, filmes, cordéis, nas trovas, filmes, pinturas, esculturas, músicas, no folclore, enfim, em todas as suas vertentes. Por isso, é de suma importância que, ao apreciá-las, o observador as interprete e as assimile com uma sustentação teórico-crítica.

2.3 OS DIREITOS HUMANOS E A FRATERNIDADE, NA PERSPECTIVA CIENTÍFICO-FILOSÓFICA E ARTÍSTICA

No tocante à questão dos Direitos Humanos e da Fraternidade em relação a essas três formas de conhecimento, via de regra a fraternidade é vista mais como ligada à religiosidade, como expressão de caridade e solidariedade. No entanto, a fraternidade é um conceito filosófico profundamente ligado às ideias de Liberdade e Igualdade com as quais se formou o tripé que caracterizou grande parte do pensamento revolucionário francês: “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. Expressa, assim, a dignidade de todos os homens, que incorpora os plenos direitos sociais, incluindo os econômicos e políticos para todos os indivíduos.

Segundo Costa (1987), a igualdade, inspirada pela fraternidade, que resulta em preceitos pautados nos direitos do homem e do cidadão, é compreendida

diferentemente sob a luz de três interpretações e práticas específicas, correspondentes a tempos historicamente distintos como podemos ver a seguir.

Na Antiguidade, não havia preocupação com a ocultação da desigualdade, pelo contrário, eram disseminadas ideias que justificassem as diferenças entre os grupos sociais e os privilégios ou inexistência deles correspondentes a cada estrato social, a exemplo do sangue azul da nobreza;

Divergindo dessa concepção, na Idade Média, o Cristianismo pregava a doutrina pela qual todo homem era filho de Deus ou sua criatura. Com base nesse entendimento, a igualdade passou a ser símbolo de bondade, caridade e observância às leis divinas.

Já os filósofos da Ilustração apregoavam a igualdade civil e jurídica segundo a qual todos nasciam com direitos iguais no tocante à liberdade de crença, pensamento e opinião. O aparato jurídico que reconhecia essa igualdade não mais vinha de Deus, mas da natureza e foi instituído pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No entanto, foram as doutrinas socialistas que acrescentaram aos direitos jurídicos e civis a igualdade social, ou seja, a não existência de estratificação social, que é o processo mediante o qual os grupos humanos são hierarquizados numa escala, uns nos escalões superiores e outros em escalões inferiores.

Segundo o Materialismo Histórico, que dá sustentação à doutrina socialista, a estratificação social advém do caráter das relações entre os homens no processo de produção, ao colocar “uns frente aos outros e todos frente à produção”, estabelecendo dois tipos de relação: de colaboração/ajuda mútua, gerando igualdade, ou de exploração/dominação, que resulta em desigualdade. A estratificação social pode ainda se apresentar em escalas de agudização, a exemplo do chamado capitalismo selvagem ou, menos severa, no caso do capitalismo avançado. Mediante essa premissa, a máxima da igualdade, com a eliminação das classes sociais, base das reais diferenças entre os homens, não se tornará possível no capitalismo.

Isso posto, apesar de os homens serem formalmente considerados iguais e com o mesmo valor e direitos no capitalismo, neste sistema há, de fato, no conjunto das suas instituições sociais, uma distribuição de postos hierarquizada, que cria escalões de desigualdades evidentes em relação ao poder e a recompensas.

O atendimento aos direitos fundamentais impõe ao Estado um conjunto de obrigações que se materializam em normas constitucionais, execução de

políticas públicas, programas sociais e ações afirmativas. Cabe ao Estado, portanto, a obrigação de cumpri-las, sujeito a sanções em caso contrário.

Em 1789, após a Revolução Francesa, a Assembleia Nacional representante do povo francês firmou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que, entre outras prerrogativas, expressa que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, devem se dirigir sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. E expressa no seu Artigo 1º – “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum.”

No dia 10 de dezembro de 1948, a Organização das Nações Unidas-ONU, com a participação de 58 Estados-membros, entre eles o Brasil, instituiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seus trinta artigos, definiu os direitos básicos do ser humano para a promoção de uma vida digna para todos os habitantes do mundo, independentemente de nacionalidade, cor, sexo e orientação sexual, política e religiosa. Segundo PIOVESAN (2008, p. 55),

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o direito internacional dos direitos humanos, mediante a adoção de diversos instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a este campo do direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade, e interdependência dos direitos humanos.

A Declaração é um marco normativo que serve de pressuposto para as condutas de estatais e dos cidadãos. Os seus princípios contemplam a função de fomentar e balizar o comportamento dos indivíduos. Expressa o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade ofereçam meio de ensino e de educação, promovendo o respeito a esses direitos e liberdades e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, assegure ainda o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-membros quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Como podemos observar no plano das intenções e regulamentações, contempla de fato o direito internacional dos direitos humanos, mas, na prática social, isso não se concretiza de forma plena.

No tocante ao Brasil, a Constituição da República Federativa, que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, em seu Preâmbulo (p. 11) explicita:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

No que concerne **aos** Direitos e Garantias Fundamentais, que é o *Título II da Constituição*, o Art. 5º, do *Capítulo I-Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, assim expressa (p. 15): “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”

No mesmo Título II – no Capítulo II – Dos Direitos Sociais, o Art. 6º (p. 20), assegura: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

No *Título VII-Da Ordem Econômica e Financeira*, *Capítulo I-Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica* (p. 121), o Art. 170 declara: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

No *Título VIII Da Ordem Social*, no *Capítulo VI, Do Meio Ambiente*, (p. 141), no Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ainda no *Título VIII Da Ordem Social*, no *Capítulo VIII, Dos Índios*, (p. 146), no Art. 231: “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Observando-se as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e a sua efetividade, principalmente aquelas experienciadas pelos cidadãos das camadas populares, constatamos que tais direitos tornam-se objetos de descumprimento da Lei, pois, ao *observarmos na realidade objetiva a aplicação dos direitos sociais no que diz respeito à educação, à saúde, ao trabalho,*

à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, à assistência aos desamparados, não são confirmados esse atendimento, de forma eficaz, para as classes subalternas. Nesse contexto, a dignidade humana, que é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, é negada para essas classes, ficando esse contingente populacional à margem do usufruto dessas prerrogativas, que exprimem também a inexistência de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade a esses cidadãos.

O princípio da dignidade é o mais importante do homem social, tendo em vista que mediante esse princípio é constituída a unidade dos direitos e garantias fundamentais a todas as pessoas de uma sociedade. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e nação, em detrimento da liberdade individual.

A dignidade é, também, um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável do sujeito e que traz consigo a necessidade do respeito por parte dos demais, constituindo-se um direito invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, como reconhecimento da própria essência da condição humana.

Embora o direito contemple três ordens nos escopos da jurisdição e do sistema processual no Estado contemporâneo: sociais, jurídico e políticos, não é confirmada a aplicabilidade no meio social por estar sujeita muitas vezes a exercícios permeados de parcialidade, dominação ou manipulação.

Portanto é necessário que busquemos estratégias que trabalhem as ideias vigentes (superestrutura) de forma mais acurada, com um respaldo teórico crítico, de modo a alcançar a superação das injustiças originadas e existentes na sociedade, a partir das relações de produção de dominação e a exploração (infraestrutura econômica). Nessa perspectiva, o jurídico tem papel fundamental, por encarnar a missão da prescrição das normas, das leis, lembrando que o Princípio da Fraternidade é um dos pilares do Estado Democrático e Social de Direito. Desse modo, garantias constitucionais jurisdicionais devem estar expressas juntamente com o ideal filosófico, religioso e pedagógico no âmbito da sociedade humana.

Por outro lado, devemos ter a clareza de que o tecido social é o conjunto das instituições e todas devem estar imbuídas da importância do seu papel na reprodução das ideias que devem predominar em todas as camadas sociais.

Dentre elas, a escola, por sua própria finalidade de transmissão de conhecimentos e valores, deve voltar-se na direção da emergência da consciência crítica.

A finalidade da educação, portanto, não se restringe à comunicação de saberes, mas, além do saber formal, científico, técnico, artístico e outros, deve existir a intencionalidade da mudança da condição humana do indivíduo que adquire esse saber. A educação, por sua natureza contraditória, é capaz de prescrever à educação numa sociedade estratificada, como a capitalista, não apenas o seu papel de reprodução no projeto ideológico da dominação existente, mas também seu papel possível de negação e resistência a essa mesma dominação.

Na Pedagogia, a práxis é entendida como uma atividade teórico-prática em que ambas se transformam e, por sua vez, criam novas teorias e práticas novas, de modo que nem a teoria se cristaliza como um dogma nem a prática se cristaliza numa alienação. De igual modo, podemos dizer que o conceito de práxis revolucionária, pautado nas premissas marxistas, é aquele que promove relação entre teoria e prática que resultem em saberes que levem a práticas igualitárias e à construção de uma sociedade sem estratificação e exploração,

Considerando esse entendimento, optamos por apresentar neste estudo uma dimensão prática por meio de uma proposta de ação dirigida ao tratamento pedagógico de valores morais que pode ser aplicada nas escolas dos vários graus de ensino, com a devida contextualização do ambiente escolar e grau de ensino. Assim, a seguir abordaremos uma Estratégia Metodológica para o tratamento pedagógico dos valores morais, de modo a suscitar uma prática consciente, sustentada por uma compreensão teórica do cotidiano.

3. A PRÁXIS: DA TEORIA À AÇÃO – UMA PROPOSTA METODOLÓGICA PARA O TRATAMENTO PEDAGÓGICO DOS VALORES MORAIS

Inicialmente convém esclarecer que a concretização da proposta de ação, ora apresentada, constituiu o objetivo da minha Tese de Doutorado, defendida no Instituto Central de Ciências Pedagógicas – ICCP/Havana/Cuba e revalidada no Brasil pela Universidade de Brasília-UnB/DF, intitulada: “Estratégia Metodológica para o fortalecimento dos valores morais honestidade e solidariedade nos estudantes universitários do Curso de Pedagogia do Centro Universitário do Maranhão-UNICEUMA”, que deu origem ao livro, publicado

em 2005: “TRATAMIENTO PEDAGÓGICO DE LOS VALORES MORALES: de la comprensión teórica a la práctica consciente”.

Partindo da premissa de que toda tese de doutorado deva ter um caráter de ineditismo e apresentar consistentes contribuições teórico-práticas para con-substanciar novas perspectivas na realidade objetiva, é que traçamos o Projeto de estudo da tese em pauta com objeto de estudo, campo de investigação e objetivo voltados para a elaboração de um modelo de tratamento pedagógico no campo axiológico. Essa ferramenta vem ao encontro de uma necessidade premente na ação educativa escolarizada, quando materializa uma ação preventiva ao centrar-se no fortalecimento dos valores morais, no momento da formação universitária do professor, ou seja, quando ainda aluno do Curso de Pedagogia. O caráter de ineditismo da tese reside no fato de não ter sido encontrada, em nenhuma fonte pesquisada pela autora, qualquer ferramenta pedagógica formal para atuar nesse campo.

Com esse estudo, esperamos contribuir para a construção de uma escola mais cidadã e mais democrática e, por extensão, favorecer o estabelecimento de uma sociedade que apresente uma ordem econômica, política e social verdadeiramente voltada para o bem-estar geral de todos os seus membros.

Para a sustentação da investigação, algumas questões teóricas introdutórias foram consideradas, a saber:

La moral cumple una función social, por constituir una forma específica del comportamiento humano, por ser sus agentes individuos concretos. Éstos, a su vez, se encuentran insertados en un colectivo social (ya que el hombre no tiene cómo sobrevivir separado) y en él se manifiesta ese tipo de comportamiento. (ADLER, 2005, p. 25).

Nesse sentido,

La ética, con toda una experiencia histórico-social, en el terreno de la moral, o sea, con una serie de prácticas morales ya en vigor y, partiendo de ellas, busca determinar la esencia de la moral, su origen, las condiciones objetivas y subjetivas del acto moral, las fuentes de la evaluación moral, la naturaleza y la función de los juicios morales, los criterios de justificación de estos juicios y el principio que rige el cambio y la sucesión de diferentes sistemas morales. (SÁNCHEZ, 1998, p. 12 apud ADLER, 2005, p. 25).

Deve ser levado em conta ainda que a moral é um fato histórico, e a Ética, como ciência da moral, não pode ser concebida em termos universais,

absolutos, mas, sim, como própria da realidade (humana) objetiva, em sua condição dialética, em seu constante devir. O caráter histórico da **moral reside precisamente na tradução do comportamento do homem, que por natureza é histórico, tanto no plano de sua existência material, prática, como no de sua vida espiritual, nesta incluída a moral.**

Diante disso, para melhor compreensão do tema proposto, convém esclarecer que todo ato moral carrega em si um valor, ou seja, tem o seu conteúdo axiológico, o que leva todo comportamento a ser avaliado e julgado em termos axiológicos. Por outro lado, um mesmo ato humano pode ser avaliado sob vários ângulos e, por isso, encarnar valores diferentes. Dessa forma, na busca da natureza do valor existem duas posições unilaterais que não conseguem exaurir a análise: de um lado, o subjetivismo axiológico, que reduz o valor de uma coisa a um estado psíquico do sujeito, isto é, o valor do objeto depende de como este afeta o sujeito; de outro, o objetivismo axiológico, que compreende o valor como entidade absoluta e independente, encarnada nas coisas: sua existência independe da relação com o sujeito, é valor em si e não para o homem. **Uma terceira posição, que supera essas visões dicotomizadas, é aquela que explicita que o valor existe para um sujeito, não como mero indivíduo, mas como ser social.**

Isso posto, pode ser depreendido que o homem como ser histórico-social e com a sua atividade prática cria os valores e os bens nos quais se encarna. Trata-se de uma objetividade que transcende o limite de um indivíduo ou de um grupo social determinado, mas que não vai além do âmbito do homem, ser histórico-social. Partindo-se desta visão, o valor não é reduzido às vivências do sujeito que avalia, tampouco é compreendido como determinado exclusivamente pelas suas propriedades, mas estão presentes, sim, unicamente, em um mundo social existente e engendrado pelo homem e para o homem.

Daí considerarmos que a realização da moral não se restringe à esfera individual; para sua compreensão torna-se necessária uma análise das instâncias sociais, visto que, ao mesmo tempo que o homem está inserido num contexto de relações sociais, não pode deixar de manifestar, no seu comportamento individual, traços dessas condições objetivas.

Do mesmo modo, paralelamente, os organismos e instituições sociais trabalham no sentido de contribuir para que prevaleçam certos princípios, normas, que são internalizados, sob a forma de valores, o que, em outras palavras, significa a padronização dos comportamentos, através de condicionamentos

que substituam aqueles espontâneos, próprios aos indivíduos desse mesmo coletivo, por outros comportamentos que sejam convenientes à estrutura social vigente. Logo, as ideias que predominam numa dada sociedade (a partir da sua base material) passam a ser veiculadas através das instituições sociais existentes e, em especial, a escolar, por constituir-se um espaço privilegiado da educação do homem. Na escola, as crianças e adolescentes passam grande parte do seu tempo em fases determinantes do seu desenvolvimento. **Por outro lado, entende-se por educação, em linhas gerais, o processo histórico de criação do homem para a sociedade e, concomitantemente, de modificação da sociedade para o benefício do homem.**

Sabemos que o homem é, por essência, um ser inacabado, por constituir-se a si mesmo somente ao longo de sua existência social. A sociedade configura todas as experiências individuais do homem, transmite-lhe de uma forma ou de outra os conhecimentos da história da humanidade e recebe, em contrapartida, as contribuições que o poder criador de cada indivíduo engendra e repassa para o seu coletivo. Nesse sentido, a sociedade cria o homem para si. Mas, concomitantemente, ao ser educado pela sociedade, modifica esta mesma sociedade como resultado da própria educação recebida. Aí consiste o progresso social, ou seja, no processo de autogeração do saber e da cultura que se interpenetra na própria história da humanidade.

A sociedade se torna, dessa maneira, a mediadora entre os homens no processo de criação e transmissão da cultura, no qual consiste a educação. Essa mediação (dialética) da sociedade não se dá mecanicamente, portanto o saber não se comunica inalterado de um indivíduo para outro. Ao contrário, essa passagem do saber dá-se com o acréscimo indispensável e característico do transmissor, que, nesse momento, doa a sua contribuição singular a partir da sua criação intelectual. Portanto, as instituições pedagógicas são organizações constituídas com vista à difusão das concepções de mundo, dos valores de uma dada sociedade, o que se torna possível através das ideias e posturas pedagógicas.

Numa sociedade de classes, como a capitalista, as ideias pedagógicas propagadas são aquelas próprias da classe que detém o poder econômico (dominante). Esta procurará reforçar a hegemonia existente, escamotear as contradições, buscando, desse modo, assegurar as relações de dominação pela condução das consciências. Nesse contexto a escola se constitui instrumento de persuasão com caráter dissimulador. O capital termina por instituir a escola

como mercadoria, cujo valor é determinado pelas necessidades da classe capitalista e busca articular as necessidades próprias da classe trabalhadora em torno das necessidades capitalistas.

No entanto, as classes subalternas possuem também suas próprias organizações culturais que, opositoramente, veiculam as suas próprias concepções de mundo, seus próprios valores, estabelecendo, assim, um confronto ideológico. Este é dado no momento em que a classe dominada é possuidora da sua própria concepção de mundo e isso se torna viável a partir da sua própria prática social.

Apesar de no confronto de forças estabelecido entre as diferentes ideologias, a da classe subalterna ficar subordinada à da dominante, este fato não elimina a possibilidade de alguns ganhos, a exemplo do que vem acontecendo, em graus e decursos distintos, na história do capitalismo, possibilitando, desse modo, a médio e longo prazo, mudanças mais substanciais e até rupturas.

O grande desafio da escola capitalista é exatamente este: como trabalhar ideias e ideais verdadeiramente democráticos dentro de uma sociedade antidemocrática, individualista, competitiva, na qual a hipocrisia e a desonestidade (a exemplo do “jeitinho brasileiro” e do “jogo de cintura”) persistem calcadas num modo de produção marcado pela desigualdade?

Faz-se, então, necessário desenvolver uma nova ética social, comprometida com o estabelecimento do valor do “bem comum”, que só a solidariedade e o companheirismo permitem, na qual o diálogo verdadeiro torne viável a honestidade, mas com sustentação numa democratização econômica e política que resulte em justiça social, salário digno, melhores condições de habitação, saúde, educação, transporte e segurança para todos.

Desse modo, a escola pode constituir-se em espaço privilegiado para o estabelecimento do desvelamento da real contradição instaurada na vida material e social e buscar estratégias objetivando fortalecer e/ou formar, segundo o caso, valores mais compatíveis com o ideal de homem e sociedade mais justa, na qual a condição humana de todos, indistintamente, seja considerada.

Como já foi demonstrado, todo e qualquer Sistema de Ensino realiza e exprime, de modo determinado, a sociedade de que é e faz parte. Assim, institui-se não como realidade autônoma, mas, sim, como uma expressão de um todo social mais amplo ao qual serve de instrumento de reprodução das condições de sua existência.

Com base nessa premissa, o Sistema de Ensino brasileiro, na atualidade,, demonstra absorver e exprimir ideias, ideais e práticas neoliberais, conservando fortes traços da sociedade colonial escravista e marcada pelo predomínio do espaço privado sobre o público, principalmente no ensino universitário. As relações sociais nele estabelecidas apresentam diferenças assimétricas que resultam em desigualdades, as quais assumem formas de opressão. Esta, por sua vez, configura relações pautadas no binômio: mando-obeidiência, a exemplo das demais relações das diferentes instâncias sociais. Além disso, essas desigualdades passam por um processo de naturalização, banalizando e justificando a violência (tanto material como simbólica) e, ainda, fortalecendo um fascínio pelos signos de prestígios advindos do modelo dominante.

Torna-se então evidente a percepção de uma prática pedagógica, nos vários graus do sistema de ensino, marcada por fortes traços de autoritarismo (com a hierarquia que lhe é peculiar), preconceitos e, também, por substancial dicotomia do trabalho intelectual versus trabalho manual (ranço da mentalidade escravocrata). Fica claro, igualmente, que o atual modelo de educação do Brasil tem suas raízes nos antecedentes históricos da sua construção e administração, ao longo dos pouco mais de quinhentos anos da sua existência..

Portanto, torna-se mister lembrar que a função política e social tem seu *locus* também na escola, e o professor, nesse contexto, deve na sua prática ter uma compreensão real da sociedade, para que possa agir, transformando e participando de mudanças da sociedade na qual vive. Sem essa compreensão, sem participação, que é a própria práxis, fica impossibilitado qualquer projeto dessa natureza. Rodrigues (1985, p.117) diz a esse respeito que

[...] a formação dos quadros superiores da educação, bem como a produção científica e técnica devem ter, como ponto de partida, a realidade da escola fundamental e, por meta, a **elevação crítica** do trabalho que aí se desenvolve e a criação de competências técnica e política dos educadores que atuam nas escolas brasileiras (grifo nosso).

No caso brasileiro, todos os graus de ensino, e entre eles o universitário, seguem os princípios e fins norteadores da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional LDBEN, Nº 9. 394, sancionada em 20 de dezembro de 1996.

É conveniente observar que, nessa Lei, a ética está contemplada no bojo dos conteúdos dos temas transversais (com suas estratégias e ações metodológicas

correspondentes), os quais favorecem os aspectos educacionais constantes nos Parâmetros Curriculares do Ensino Fundamental e Médio. Na época do estudo (1999), desconhecia-se a extensão deles para o Ensino Universitário. E, além disso, todo o texto da Lei é pautado num discurso ético e democrático sem, no entanto, apresentar muita ressonância na realidade educacional vigente.

No caso da Instituição de Ensino Superior-IES estudada, também faz-se pertinente destacar que o Projeto Pedagógico do Curso de Pedagogia, do ano de 1999 (ano do estudo), declara, nos propósitos da Instituição, a formação de um profissional da educação imbuído de autodeterminação, solidariedade, sujeito e agente capaz de observar, perguntar e questionar o mundo, nas próprias palavras do texto, “formar um novo tipo de homem”. No entanto, não há indícios de que esses propósitos se concretizem no desenvolvimento das metodologias e ações pedagógicas. Estas parecem estar mais associadas a práticas pouco reflexivas, com débil protagonismo e compromisso por parte dos alunos, o que certamente limita o fortalecimento de valores morais em geral e, em particular, da solidariedade e da honestidade.

Por outro lado, temos a clareza de que essa impossibilidade posta não é resultante de simples inabilidade por parte daqueles que desenvolvem e vivem os programas e ações pedagógicas, mas também das condições sociais específicas que fomentam relações individualistas e competitivas em detrimento de outras possibilidades mais solidárias e mais honestas, que configuram, no entendimento deste estudo, pilares morais para uma sociedade mais humana e equânime.

Assim é que se torna necessária a busca de mecanismos mediadores mais eficazes, tanto para os processos educativos e formativos voltados para os alunos como para a existência de coerência entre o discurso oficial da Lei, dos projetos pedagógicos e a prática social e educacional da universidade brasileira.

Nesse sentido, a construção de um modelo para o desenvolvimento do trabalho pedagógico, voltado para o fortalecimento dos valores morais honestidade e solidariedade, implicam, a nosso juízo, um tratamento metodológico que aglutine um conjunto de procedimentos inseridos em duas linhas de ação principais, explicitadas a seguir.

A linha de estudos teóricos em sala de aula busca resgatar a importância da relação teoria e prática, demonstrando que ao mesmo tempo que a prática é pressuposto básico da teoria, esta não pode ser entendida separadamente

da prática. Não há como o homem criar a ação cultural a partir do nada ou de uma postura nãohumana, não-social, a-histórica. A ação humana está inserida num contexto social determinado.

De fato, a separação entre teoria e prática não existe em termos absolutos. Assim, essa separação é uma questão formal que pode levar a duas situações distintas: a de colocar a prioridade na teoria, divorciando-a da prática, o que leva a uma falácia, discurso esvaziado da ação, ou de privilegiar a prática em detrimento de uma reflexão teórica, que resulta num praticismo, visão pragmática e utilitária da ação.

Convém reforçar que a teoria não significa um ato puramente intelectual, mas ação do homem envolvido no mundo e na relação com os outros homens. Segundo Pereira (1983, p.13), “O homem não teoriza só porque pensa, mas porque sente e age. O seu ato teórico tem a ver com o seu desejo, a sua paixão, a sua ação, além da sua racionalidade.” Teorizar bem, ascender à práxis tem a ver com a capacidade do homem de abrir-se ao mundo, aceitando-o e/ou negando-o para transformá-lo. Ou seja, é a capacidade de contemplar a realidade sem amarras aos modelos dominantes que tendem à cristalização. Os estudos teóricos em sala de aula são de fundamental importância, na medida em que permitem a análise, a reflexão e a compreensão do mundo vivido. Sem embasamento teórico não é possível compreender cientificamente a realidade circundante e, sem esse entendimento, fica impossibilitada qualquer transformação eficaz, porque não se pode mudar, transformar o que não se conhece.

Por outro lado, convém lembrar que é notória, em geral, na prática escolar desenvolvida, uma espécie de “fobia teórica”, isto é, uma forte rejeição aos estudos teóricos. No entanto, a escola deve ser o espaço, por excelência, para o exercício da teoria (com a prática) no ensino, na pesquisa e, no caso da universidade, também na extensão. Essa condição, aponta Adler (1988), se deve ao fato de que, após o Golpe Militar de 1964, as disciplinas das Ciências Sociais foram afetadas, de forma significativa, tanto no que se refere ao conteúdo como à abordagem crítica, inerentes a essas disciplinas, o que resultou no empobrecimento, na fragmentação e consequente desvalorização das mesmas.

Na construção da linha de estudos teóricos em sala de aula, as metodologias e os procedimentos adotados objetivam a superação de todas essas

barreiras existentes, ou seja, a desconstrução das ideologias de efetivação das desigualdades vigentes no contexto social.

A linha de ações extraclasse foi planejada com o objetivo de reforçar o tratamento pedagógico dos valores morais honestidade e solidariedade, de modo a fortalecê-los. Nesse sentido, propusemos atividades que extrapolem os conteúdos programáticos das disciplinas teóricas trabalhados na sala de aula. Incluí atividades variadas, de natureza aberta, mas sempre dirigidas ao conteúdo dos valores morais honestidade e solidariedade. Considerando o objeto de estudo, foram incluídas como forma organizativa, atividades diversificadas, tais como: palestras; mesas redondas; seminários; painéis; projeção e discussões de filmes; dramatizações, *performances* poéticas e teatrais; círculos de leitura poética e literária; análises de letras de músicas; dinâmicas de grupo e ainda outras sugeridas ao longo do desenvolvimento das atividades, de modo a possibilitar a reflexão e vivência com o respaldo teórico-crítico proveniente dos estudos em sala de aula (a outra linha).

Embora não possamos garantir que todos os procedimentos constantes na Estratégia Metodológica para o fortalecimento dos valores morais honestidade e solidariedade resultem em mudanças substanciais no comportamento daqueles envolvidos no trabalho, consideramos que não podemos deixar de reconhecer a importância de sua efetivação no sentido de abrir canais e espaços de reflexão e análise acerca dos modelos sociais existentes, tanto cientificamente, no âmbito da sala de aula, quanto cultural e ludicamente, em outros contextos.

É conveniente também lembrar que a distinção do científico, cultural e lúdico nos contextos da sala de aula e fora destes referem-se apenas à ênfase, isto é, o científico têm seu componente cultural e lúdico e o cultural e lúdico tem o seu componente científico.

Um dado indicativo da validade desta estratégia é que em todas as modalidades de ação fica clara a demonstração da capacidade de identificação das inadequações da sociedade vigente pelos alunos e os posicionamentos lúcidos emitidos por eles no sentido da indicação de superação dessas mesmas inadequações.

O próprio procedimento leva o aluno a desenvolver posturas críticas e reflexivas, bem como a se apropriar de formas metodológicas para o tratamento pedagógico dos valores morais honestidade e solidariedade adequadas às idades das crianças e dos jovens com os quais vão trabalhar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aprendemos a voar como os pássaros, nadar como os peixes; mas ainda não aprendemos a conviver como irmãos. — Martin Luther King

Como culminância do desenvolvimento deste trabalho bibliográfico levado a termo, apresentamos a seguir algumas argumentações conclusivas, de modo a possibilitar maior compreensão dos questionamentos levantados inicialmente e respostas obtidas ao longo do estudo:

Como primeira evidência reafirmamos que, apesar de atual, a preocupação com os Direitos Humanos, a Fraternidade e, ainda, os valores morais que estão inseridos nesta temática, não é recente. Todavia, ainda é indispensável a atenção a essas questões, tanto para aqueles que as estudam como para todos os cidadãos, por terem vivências em mais de uma instituição social, entre as quais: família, escola, igreja, mercado de trabalho, esfera governamental, e nelas experienciam práticas que podem ser alienantes ou não. Esse cuidado deve ser mais acurado nos países do bloco capitalista, por serem estes caracterizados por constantes violações aos direitos humanos, nas suas mais variadas formas e intensidades.

É comprovada também a grande contribuição de todas as formas culturais de conhecimento na interpretação da realidade objetiva, nela imbricada a realidade subjetiva, mesmo aquela com resultados distorcidos, pois, no mínimo, servem como parâmetro para a refutação.

Outro importante dado é que, em diferentes autores, é demonstrada a sujeição do indivíduo, até certo ponto, aos princípios jurídicos, políticos e valores morais vigentes na sociedade, e ainda que, no caso da sociedade capitalista, a moral instaurada subordina o valor humano ao valor do capital; atitudes individualistas, competitivas e desonestas também são frequentes como forma de ascensão ao poder, comprometendo conseqüentemente a possibilidade da existência dos Direitos Humanos e de Fraternidade. Nesse contexto social, é também perceptível que as organizações constituídas terminam por se firmarem como instrumento de persuasão com caráter dissimulador, o que agrava mais ainda esse multideterminado quadro. Afinal, todas as instituições que constituem o tecido social apresentam a função de reprodução das condições de produção vigentes na sociedade em que se encontram. No entanto, as instituições podem concomitante e ambivalentemente apresentar, por meio da

contradição dialética, o papel possível de negação, de emersão da consciência crítica e, por extensão, de resistência à dominação.

Do exposto, pode ser depreendido que a Estratégia Metodológica proposta para o tratamento pedagógico dos valores morais, por meio das duas linhas de ação, que se interpenetram e se retroalimentam ao longo dos seus desenvolvimentos, configura instrumento pertinente para a agilização de mudanças substanciais nas relações inter e intrapessoais no âmbito da escola e das outras esferas relacionais da sociedade. Pode assim coadjuvar o tratamento dos valores morais numa perspectiva verdadeiramente democrática tão necessária à sociedade atual.

Desse modo, ascendendo a práxis, a concretização do ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, pode ser concretizado, e então o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo prevalecerá de modo a podermos aprender a conviver como irmãos.

REFERÊNCIAS

ADLER, Dilercy Aragão. A propósito da contradição no seio da escola. **CEUMA Perspectivas**. São Luís: FICEUMA. V. 1 N° 2, julho 1997, pp. 27-34.

ADLER, Dilercy Aragão. **Poematizando o Cotidiano ou Pegadas do Imaginário**. Rio de Janeiro: Blocos, 1997.

ADLER, Dilercy Aragão. **TRATAMIENTO PEDAGÓGICO DE LOS VALORES MORALES**: de la comprensión teórica a la práctica consciente. São Luís: Estação Produções, 2005.

ADLER, Dilercy Aragão. BRASIL-PORTUGAL, NAÇÕES-IRMÃS: ORIGENS, INTERCRUZAMENTO E SEPARAÇÃO. **REVISTA IHGM**. São Luís: IHGM N. 28, 119-145, 2008.

ADLER, Dilercy Aragão. A ARTE E A POESIA ENQUANTO CAMPO DE CONHECIMENTO: À Guisa De Reflexões. **REVISTA IHGM** N. 31, novembro 2009 ed. Eletrônica 128-137.

ADLER, Dilercy Aragão. **ELOGIO À PATRONA MARIA FIRMINA DOS REIS**: ontem, uma maranhense; hoje uma missão de amor. São Luís: Academia Ludovicense de Letras, 2014.

ADLER Dilercy Aragão (org.). Enfoques Teóricos em Sociologia da Educação. **Caderno de Educação**. São Luís: FICEUMA. V. 1 N° 1, 1998.

ALVES, Antônio Frederico de Castro. **OS ESCRAVOS**. São Paulo: Martins Editora, 1972.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: Introdução à filosofia**. São Paulo: Moderna, 1993.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94**. Brasília:Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRESSAN, Suimar (Org) **Introdução ao estudo da sociedade**. Ijuí: Livraria Unijui, 1986.

CARVALHO, Trajano Galvão de. Sertanejas. Com Prefácio de Raymundo Corrêa. Rio de Janeiro: Edição da imprensa Americana Fabio Reis & C. 1898.

CHAUÍ, Marilena de Souza. O que é Ideologia. 9ª edição. São Paulo: Editora Brasiliense, 1980.

CHAUÍ, Marilena. **CULTURA E DEMOCRACIA**-o discurso competente e outras falas. 11ª edição. São Paulo: Cortez, 2006.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **REVISTA CIMI**, Port Alberi/ Canadá,1975.

COSTA, Maria Cristina Castilho. Sociologia: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1987.

DIAS, A. Gonçalves. **ÚLTIMOS CANTOS**, Rio de Janeiro, Typographia de F. de Paula Brito, 1851.

FANON, Frantz. **OS CONDENADOS DA TERRA**. Lisboa: Livraria Letra Livre, 2015.

FREIRE, PAULO. **PEDAGOGIA DO OPRIMIDO**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1983.

FREITAS, Maria Teresa de Assunção. Vygotsky e Bakhtin Psicologia e Educação: um intertexto 2ª edição. São Paulo: Editora Ática S.A.,1995.

FORACCHI, Marialice M. e MARTINS, José de S. **Sociologia e sociedade**. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1978.

GUARESCHI, Pedrinho. **Sociologia crítica**: alternativas de mudanças. 18ª ed. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1987.

KONDER, Leandro. O que é dialética. São Paulo: Ed. Brasiliense,1981.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Sociologia geral**. 7ª ed. rev.e ampl..São Paulo: Atlas, 1999.

LÉRY, Jean de. **Viagem à terra do Brasil**. Belo Horizonte: Itatiaia, São Paulo: Edusp, 1980.

LYRA, Pedro. **Literatura e Ideologia** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

PEREIRA, Otaviano. **O que é teoria**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1983.

PIOVESAN, Flávia. Desenvolvimento histórico dos direitos humanos e a Constituição Brasileira de 1988. **MÚLTIPLOS OLHARES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS**.

ANDRADE, Jair; **REDIN**, Giuliana. (Orgs). Passo Fundo: Ed. IMED, 2008.

RODRIGUES, Neidson. **Por uma nova escola**: o transitório e o permanente na Educação. São Paulo: Cortez, 1985.

RIOS, Terezinha Azerêdo. Ética e competência. São Paulo: Cortez, 1999.

SÁNCHEZ VASQUEZ, Adolfo. Ética. Trad. João Dell'Anna. Rio de Janeiro: 1998

SÁNCHEZ VASQUEZ, **FILOSOFIA DA PRÁXIS**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968.

SANTOS, Maria Rita. TRAJANO GALVÃO E A NEGRITUDE. **Revista do GELNE** Rio Grande do Norte: UFRN. Vol. 3, No. 1, 2001..

Realizado o Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei n. 10.994, de 14 de dezembro de 2004.

<i>Título</i>	Direitos Humanos e Fraternidade: Estudos em Homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca - Volume 1
<i>Organizadores</i>	José de Ribamar Proz Sobrinho Roberto Carvalho Veloso Marcelo de Carvalho Lima Márcio Aleandro Correia Teixeira Ariston Chagas Apoliano Junior
<i>Revisão</i>	Ailla Rakel Viegas Gonçalves
<i>Projeto gráfico e capa</i>	Eduardo César Machado de Jesus
<i>Foto da capa</i>	Ribamar Pinheiro
<i>Formato</i>	e-book
<i>Páginas</i>	706
<i>Tipografia</i>	Freight Text 11/14 pt TEXTO Nuvo Pro 14/18, 11/14 pt TÍTULOS
<i>Edição</i>	1ª edição - março 2021
<i>Publicação</i>	Escola Superior da Magistratura do Estado do Maranhão - ESMAM Editora da Universidade Federal do Maranhão - EDUFMA

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) – Lisboa /Portugal, (desde 2017). Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, em Brasília-DF (2014). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, na Universidade Ceuma - UNICEUMA, São Luís (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA (1990). Promotor de Justiça (1992-2009). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com atuação na Terceira Câmara Criminal, desde junho de 2009; Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, no biênio 2013-2015; Diretor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM (2019-2020); Coordenador Geral da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Estado do Maranhão, desde setembro 2009.

ORGANIZADORES**José de Ribamar Froz Sobrinho**

Mestre em Direito Constitucional no Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, em Brasília-DF (2014). Doutorando em Ciências Jurídicas – Universidade Autónoma de Lisboa (UAL) – Lisboa /Portugal, (desde 2017). Especialista em Direito Civil e Processo Civil, na Universidade Ceuma - UNICEUMA, São Luís (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA (1990). Promotor de Justiça (1992-2009). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, com atuação na Terceira Câmara Criminal, desde junho de 2009; Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Maranhão, no biênio 2013-2015; Coordenador Geral da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário no Estado do Maranhão (2019-2020); Diretor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão – ESMAM (2019-2021).

Roberto Carvalho Veloso

Juiz Federal. Ex-Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe. Membro do Conselho Superior da Escola Nacional de Formação de Magistrados — Enfam. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (2018-2022). Mestre em Direito pela UFPE (1993) e Doutor em Direito UFPE (2008). Pós-doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Associado da Universidade Federal do Maranhão. Professor Doutor da UniCEUMA. Membro da Comissão de Juristas do Senado encarregada de elaborar o novo Código Eleitoral. Integrou os Tribunais Regionais Eleitorais do Maranhão e do Piauí. Coordenador do Núcleo de Gestão de Precedentes - Nugep - do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Marcelo de Carvalho Lima

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (2001), Mestre em Direito (área de concentração: teoria do Direito) pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Professor Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Professor da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA), Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento junto ao Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Sócio-Fundador do Instituto Maranhense de Estudos Tributários (IMAET) e Membro da Comissão de Educação Jurídica da Ordem dos Advogados Brasil (Seccional-MA).

Márcio Aleandro Correia Teixeira

Advogado (OAB-MA), Pós-doutorado em Direito PPGDIR/UFMA, Doutor em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (2016), Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2007), Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Maranhão (2001) e em Direito pela Universidade Ceuma (2016), especialização em Direito Administrativo pela PUC/MG (2020). Atualmente é professor da Universidade Ceuma e Pesquisador do Núcleo de Estudos Municipalidade e Direito - NEMUD/Ceuma (DGP/CNPq). Avaliador Nacional e Internacional do Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Ariston Chagas Apoliano Junior

Doutorando em Direito - Programa Estado de Direito e Governança Global da Universidade de Salamanca – USAL, Salamanca, Espanha. Mestre Criminologia pela Universidade Fernando Pessoa - UFP (2018), Porto, Portugal. Especialista em Direitos Humanos e Gestão da Segurança Pública pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito e Engenharia Mecânica. Coordenador Executivo da Unidade de Monitoramento, Acompanhamento, Aperfeiçoamento e Fiscalização do Sistema Carcerário do Tribunal de Justiça do Maranhão (2013-2020) e Coordenador de Orientação e Aprimoramento das Medidas Cautelares Penais e Execução Criminal da Corregedoria Geral de Justiça do Maranhão.

AUTORES CONVIDADOS:

Reynaldo Soares da Fonseca
Rafael Campos Soares da Fonseca

Luiz Fux

José Antonio Dias Toffoli

Joel Ilan Paciornik
José Laurindo de Souza Netto
Anderson Ricardo Fogaça

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi
Vitória De Macedo Buzzi

Rogério Schietti Cruz

Tarcisio Vieira de Carvalho Neto

José de Ribamar Fróz Sobrinho

Paulo Sérgio Velten Pereira

Ney de Barros Bello Filho
Anna Graziella Santana Neiva Costa

Ricardo Tadeu Bugarin Duailibe
Bruno Carvalho Pires Leal

Fernando Tourinho Neto

Daldice Maria Santana de Almeida
Herbert Cornelio Pieter de Bruyn Júnior

Roberto Carvalho Veloso
Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho

José Cláudio Pavão Santana

Nicolao Dino

James Magno Araújo Farias

Paulo G. Gonet Branco

Claudio Alberto Gabriel Guimarães
Themis Maria Pacheco de Carvalho
Bruna Danyelle Pinheiro das Chagas Santos

Lucylea Gonçalves França
Pedro Nilson Moreira Viana
Aline D' Paula Silva Feitosa

José Eulálio Figueiredo de Almeida

Marco Aurélio Florêncio Filho

Henrique Garbellini Carnio

Guilherme Peres de Oliveira
Henrique de Almeida Ávila

Ariston Chagas Apoliano Júnior
Carlos Helder Furtado Mendes
José Guimarães Mendes Neto

Lívia Cristina Marques Peres

Pablo Zuniga Dourado

Guilherme Saldanha Santana

Antônio Oswaldo Scarpa

Gustavo Araujo Vilas Boas

Dilercy Aragão Adler

