

EDUCAÇÃO, DIREITO E FRATERNIDADE

Instituto Brasileiro
de Educação em Direitos
e Fraternidade



iedf

VOLUME 1
TEMAS TEÓRICO-CONCEITUAIS

EDUCAÇÃO, DIREITO E FRATERNIDADE

Temas teórico-conceituais

**Josiane Rose Petry Veronese
Rafaela Silva Brito
Reynaldo Soares da Fonseca
(Organizadores)**

Volume 1



Instituto de Estudos Avançados do Centro Universitário Tabosa de Almeida (IEA ASCES-UNITA)

Dr. Paulo Muniz Lopes

Reitor

Av. Portugal, nº 584, Bairro Universitário – Caruaru/PE

www.iea.ascses.edu.br



Editora Ascres

Prof. Dr. Fernando Gomes de Andrade

Coordenador Executivo do IEA Ascres-Unita

Editor-Chefe

CONSELHO CIENTÍFICO/EDITORIAL

Dra. Adrya Lúcia Peres Bezerra de Medeiros (ASCES UNITA)

Dra. Ana Maria de Barros (UFPE)

Dra. Ana Paula Cavalcante Luna de Andrade (ASCES UNITA)

Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado (UFS)

Dra. Catalina Lopez

Dr. Fabrício Andrade Martins Esteves (ASCES UNITA)

Dr. Fernando Gomes de Andrade (ASCES UNITA/UPE)

Dra. Josiane Rose Petry Veronese (UFSC)

Dr. Marco Luppi (IU SOPHIA)

Dr. Marco Martino (IU SOPHIA)

Dr. Marconi Aurélio e Silva (ASCES UNITA)

Dra. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira (UFPEL)

Dr. Oswaldo Barreneche (Universidad de La Plata)

Dr. Pablo Ramírez Rivas (Universidad de Chile)

Dr. Raymundo Juliano do Rego Feitosa (ASCES UNITA / UEPB)

Dr. Rodrigo Mardones (Universidad Católica de Chile)

Dr. Saulo Santos de Souza (ASCES UNITA)

Dr. Silvano José Gomes Flumignam (ASCES UNITA / UPE)



Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade (IEDF)

SHIS QI 26 conjunto 6 casa 11, bairro Lago Sul – Brasília/DF

www.portaliiedf.com.br

DIRETORIA

Presidente: Sandra Taya

Adjunto da Presidência e cofundador do IEDF: Evenin Ávila

Primeiro Vice-Presidente: Rafaela Silva Brito

Segundo Vice-Presidente: Fernando Maciel De Alencastro

Terceiro Vice-Presidente: Rafael Thomaz Favetti

Secretário Geral: Brian Alves Prado

Diretoria Financeira

Diretor: Francinaldo Kennedy Barbosa

Diretoria de Comunicação Social

Diretor: Emanuel Junio de Oliveira Santos

Adjunta: Denise Margis

Adjunta: Marina Oliveira

Diretoria Acadêmica

Diretor: Reynaldo Soares da Fonseca

Adjunto: Stefano Pedroso

Diretoria de Projetos e Ações Educacionais

Diretor: Eli Carlos Guimarães

Diretoria de Relações Públicas com a Juventude

Diretora: Severina Eugênia da Silva

Adjunto: Vitor Sampaio

Diretoria Jurídica

Diretor: Frederico Barbosa

EDUCAÇÃO, DIREITO E FRATERNIDADE

Temas teórico-conceituais

Volume 1

**Josiane Rose Petry Veronese
Rafaela Silva Brito
Reynaldo Soares da Fonseca
(Organizadores)**



Caruaru/PE – 2021

©2021 – Editora ASCES

©2021 – IEDF

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e que não seja para venda ou qualquer fim comercial.

ISBN: 978-65-88213-06-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

37:34:17

E24

Educação, direito e fraternidade: temas teórico-conceituais [recursos eletrônicos] / Josiane Rose Petry Veronese, Rafaela Silva Brito e Reynaldo Soares da Fonseca [organizadores]. – Caruaru-PE: Editora Ascres, 2021.

365 p. (Publicação do Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade; v. 1).

Edição digital

Disponível em: <<http://repositorio.ascres.edu.br/>>

ISBN: 978-65-88213-06-3

1. Educação. 2. Direito. 3. Fraternidade. I. Veronese, Josiane Rose Petry. II. Brito, Rafaela Silva. III. Fonseca, Reynaldo Soares da.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	07
Paulo Muniz Lopes	
APRESENTAÇÃO	10
Josiane Rose Petry Veronese Rafaela Silva Brito Reynaldo Soares da Fonseca	
1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ÁRBITRO DO DIÁLOGO: JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, HUMANISMO E DEMOCRACIA	13
Luiz Fux	
2. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO, CRISE SANITÁRIA E FRATERNIDADE	34
Reynaldo Soares da Fonseca Rafael Campos Soares da Fonseca	
3. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O RECONHECIMENTO DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL..	46
Ricardo Villas Bôas Cueva	
4. LIBERDADE, IGUALDADE E FRATERNIDADE – ALGUNS REFLEXOS DO LEMA DA REVOLUÇÃO FRANCESA NO PROCESSO PENAL	56
Rogerio Schietti Cruz	
5. DESENVOLVIMENTO COMO EDUCAÇÃO E APTIDÕES EM FRATERNIDADE: CONTRAPONTO EM FACE DA TECNOLOGIA.....	75
Josiane Rose Petry Veronese Geraldina Magella de Faria Rossetto	
6. CIDADANIA FRATERNA E DIREITO À EDUCAÇÃO: UM DEBATE NECESSÁRIO	94
Adelaide Elisabeth Cardoso Carvalho de França Clara Cardoso Machado Jaborandy	
7. FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA EDUCAÇÃO HUMANIZADORA.....	110
André Viana Custódio Jadir Zaro	
8. DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE: ISENÇÃO DO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF) PARA O PORTADOR DE DOENÇA GRAVE ASSINTOMÁTICO.....	127
Luís Edson Fachin Lucas Bevilacqua	
9. PANDEMIA, MODERNIDADES, CONFLITO E ESPERANÇA	138
Néfi Cordeiro	

10. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS MÉTODOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	151
Marco Aurélio Gastaldi Buzzi	
Vitória De Macedo Buzzi	
11. A FRATERNIDADE FRENTE À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA DE PETER HÄBERLE	166
Nara Suzana Stainr Pires	
12. EL PRINCIPIO DE LA FRATERNIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL	182
Rafaela Silva Brito	
13. LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO FRATERO NA PÓS-MODERNIDADE	200
Ariane Gonçalves Ribeiro Matias	
14. COSMOPOLITISMO E JUSTIÇA RELACIONAL: EDUCAÇÃO PARA UM DIÁLOGO TRANSFRONTEIRIÇO.....	221
Dávila Teresa de Galiza Fernandes Pinheiro	
Saulo Silva de Miranda	
15. EDUCAÇÃO E FRATERNIDADE: O PESO DO PRINCÍPIO ESQUECIDO.....	226
Emanuela Rodrigues dos Santos	
Elias Festa Paludo	
16. O DIREITO DE SER INFORMADO: PRESSUPOSTO AO PLENO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	241
Luiz Alberto Gurgel de Faria	
Isabela Medeiros Gurgel de Faria	
17. DESAFIOS PARA O (RE)CONHECIMENTO DE UM DIREITO PENAL MAIS FRATERO: O SISTEMA GARANTISTA COMO LEGITIMAÇÃO DO MÉTODO TÓPICO-HERMENÊUTICO	256
Marco Aurélio Florêncio Filho	
18. REVOLUÇÃO, EDUCAÇÃO PÚBLICA, REVISIBILIDADE DAS LEIS E IGUALDADE NA COMPREENSÃO DE CONDORCET	280
Tiago Anderson Brutti	
19. O MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	294
Marcelo Navarro Ribeiro Dantas	
20. EDUCAÇÃO E FRATERNIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL	309
Fabiana Dantas Soares Alves da Mota	
Michele Nóbrega Elali	
21. O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: SUA CONSTRUÇÃO HISTÓRICA A PARTIR DO LEGADO DO FRATERO JANUSK KORCZAK-	328
Joana Ribeiro	

**22. O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE E A CRISE NO ENSINO JURÍDICO:
REPENSANDO A FORMAÇÃO DOS ATORES DO DIREITO.....348**

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira

Fabiano Pires Castagna

PREFÁCIO

Paulo Muniz Lopes¹

Os organizadores desta obra, de fato, merecem efusivos aplausos.

Nesta coletânea, nascida sob o manto do Instituto Brasileiro de Educação em Direitos e Fraternidade – IEDF, os seus mentores se pautam nas suas palavras-mestras para dar corpo e alma à relação entre a Educação como canal perene do Direito para que, por meio da Fraternidade, se constituam – isolados ou trinitariamente relacionados – como instrumentos de transformação pessoal e social. Nitidamente recompensado, o esforço de elaboração teórica e conceitual destes temas encontra-se sobejamente apresentado e digno de atenta leitura.

Desde a sua gênese, portanto, a proposta de integrar pensamentos, visões e perspectivas de experimentados juristas – magistrados, advogados, docentes e pesquisadores – os quais se debruçam sobre a “espinhosa” tarefa de realizar a aproximação de temas que de maneira incomum se conjugam. A partir de estudos teóricos, todavia impregnados de confirmações práticas decorrentes do exercício profissional de tantos, vislumbramos, pouco a pouco, as reveladoras interações que a justificam. Surge, desta maneira, uma obra densa, provocante e que pode constituir-se em fonte de novas esperanças. Desta forma, ao reunir autores de tão diferentes áreas e atuações – de Ministros das mais altas cortes do país a investigadores sociais – torna ainda mais rico o resultado obtido.

Há de se destacar, porém, que, dentre os três argumentos eleitos, é o da Fraternidade aquele mais desafiador para ser posto em diálogo com os demais. Mergulhado em preconceitos, objeções, mistificações e muita superficialidade, o estudo e a aplicabilidade de seus conceitos, por muito tempo, ficou restrita a abordagens de natureza religiosa, levando ao esquecimento deliberado da sua dimensão política e jurídica. Apesar de presente no ideário de revoluções ao longo da história, parece ser incômodo suscitar a Fraternidade na academia, nos tribunais e no parlamento. Assim, é mais que oportuno e necessário fazê-lo e, de maneira explícita, colocar sobre a mesa a opção ética em favor da Fraternidade.

Afinal, o objetivo de se buscar construir uma sociedade que seja livre, igualitária e fraterna – como preconizado no mundo civilizado – é para que possamos oferecer a todas as populações a dignidade humana; e é inexorável que é por meio da política – e,

¹ Reitor do Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA, Membro do Fórum Nacional de Educação – FNE, Secretário-Geral da Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade – RUEF e Advogado.

consequentemente, também, da educação e do direito – que se atingirá essa meta. E é por meio da Fraternidade, por sua natureza transformadora da realidade social, que se evidencia a capacidade de não permitir que a Liberdade e a Igualdade se mantenham como aspirações abstratas e inconclusivas. Já não é admissível manter-se essa dicotomia, na qual se apresentam como se fossem metas postadas em extremidades e, entre elas, um pêndulo que se alterna de um lado para o outro, na dinâmica da história.

Porém, é necessário que tenhamos a clareza de que a Fraternidade não é espontânea, mas uma construção e manifestação de uma vontade e que, portanto, passa pela opção de tê-la como paradigma a ser concretizado. Todavia, faz-se imprescindível que estejamos atentos ao nosso redor, pois a história está nos oferecendo, neste momento – no *Kronos*, portanto – uma oportunidade única de redimensionarmos as relações entre as pessoas, os povos e as nações; de realizarmos, em tempo de paz, o que os conflitos, contraditoriamente, não produziram, qual seja, a fraternidade universal. O desafio, porém, igualmente, é enxergar que também possamos estar vivenciando o *Kairós*, o que pode simbolizar o melhor instante no presente, o instante em que se consegue se afastar do caos para abraçar a felicidade pessoal e coletiva.

Irmanado a essa iniciativa do IEDF está o Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES-UNITA, do qual tenho a honra e o privilégio de ser seu Reitor há mais de década. Afinal, a temática que conjuga Educação, Direito e Fraternidade aproxima-nos de maneira evidente, tamanha a identidade das escolhas de nossos percursos e missões. Primeira instituição de educação superior de todo o interior do Norte, Nordeste e Centro-Oeste do país, a ASCES-UNITA, em seus mais de sessenta anos, fez a clara opção de tornar os interesses da comunidade o palco de sua intervenção em favor dos excluídos e vulneráveis. Sem finalidade lucrativa e de natureza comunitária, os três elementos centrais desta obra sempre conduziram a sua trajetória.

É por este motivo que a concretização da Fraternidade, para além de se constituir como objeto de estudo, igualmente se apresenta como método e princípio pedagógico dos cursos da ASCES-UNITA, em especial no de Direito. Eis, portanto, a aproximação concreta de tais conceitos, com aplicabilidade traduzida nas ações, relações, projetos, cursos, intervenções, pesquisas, publicações... nas pessoas. Assim, buscamos no princípio-conceito-valor da Fraternidade os elementos que alicerçam um modelo educacional que priorize os bens relacionais, o exercício do diálogo, o compromisso com a inclusão social, a construção da paz, todos aspectos fundamentais para a convivência humana e embrionário para a construção de um mundo melhor. Afinal, conhecimento tem valor quando transforma a realidade social e impacta de modo determinante na vida de todos e de cada um, sendo, desta forma, palavra que retorna após cumprir a sua finalidade e missão.

Por fim, uma palavra de agradecimento pela coragem e determinação com que foram superados os desafios para realizar este livro. Afinal, a Fraternidade, considerada como ora é apresentada, mostra-se como meio, condição e fundamento indispensável para o momento atual. Estimula-nos, portanto, que não a deixemos para pensa-la possível em outro tempo que não o hoje.

Os organizadores desta obra, de fato, merecem efusivos aplausos.

APRESENTAÇÃO

Utopia

Seriam meras idealizações
ou algo maior:
o sonho com uma sociedade que se paute
no belo, no justo, no fraterno.
Seriam alucinações
a proposição de um mundo que saiba acolher,
que se faça ninho, amoroso e feliz?
Com certeza não se tratam de desejos efêmeros,
antes, impõem-se como grandes projetos,
que demandam tempo e ações.
Sim, a utopia nos toma e nos impulsiona.
Queremos respeito, garantias, direitos.
Que nada,
que nenhuma lágrima passe em vão.
Sim, queremos crescer em humanidade.
(Josiane Rose Petry Veronese)

Fios que não se partem – utopia?

A apresentação de uma obra não é tarefa fácil, pois se tem a possibilidade de mergulhar em textos tão profícuos e distintos como os que aqui estão reunidos, em um total de vinte e dois, construídos que foram, no que tem de fortaleza, fios que tecem a rede e não se partem, no seu melhor. No caso, a educação reveste-se de uma tessitura – sustentável fortaleza do ser - de forma a brindar referido tema em conjunto com o Direito e a Fraternidade.

Assim, em trio, referidas categorias perfazem a proposta de demonstrar a expertise do que é distinto da proposição no campo da teoria e da sua crítica: a preeminência e primazia da gramática da Educação; da proteção do Direito e da gênese da Fraternidade. Imbrincadas, propõem reconquistar a tarefa educativa e fomentar o Direito no que tem de constitutivo de sua

atualização: preenchê-lo com o dom da fraternidade. Sem dúvida, não se trata de tarefa de simples constatação, mas de reconstrução, a configurar a primazia de todas as referidas categorias, como, também de *per si*, apresentam-se de forma visível e teorizável.

No mais, no caso dessa obra, a temática em seu conjunto encontra-se tomada pela perspectiva educativa e educacional, potencializada pelos efeitos da fraternidade, a constituir de um lado e, de outro, um direito pressuposto, tomado em sua reconstrução, que se coloca plenamente do ponto de vista do humano e o agrega em mandamento fundamental: fazer da fraternidade um viés marcador da educação e do Direito.

Ora, pressupor que os textos pertencem a uma constelação da qual não podem ser isolados arbitrariamente, ao mesmo tempo, insista-se, examiná-los em separado (mas não isolados em um mundo à parte), a reconstrução permite a criação de vínculos e de formulações que passarão a pressupostos por modelos diagnósticos de seu tempo. Tal significa dizer, portanto, que os três temas prestam a real configuração de um forte fio, tecido à custa de todos entre si e por si, a formar uma legítima conexão, representativa de um forte e pleno elemento de continuidade, uma verdadeira organização sistemática de operacionalidade do conjunto.

A virada paradigmática do Direito, tomada por seu processo emancipatório, segue neste levada até o fim mediante uma reconstrução que se coloca na esfera das forças colaborativas, fio a fio, de cada um dos temas, a se colocar em plenitude com o jurídico, o fraterno e a formação educacional.

Com efeito, a obra **“Educação, Direito e Fraternidade”**, tem neste volume 1: Temas teórico-conceituais, a incumbência de sinalizar, apontar, referenciais de natureza teórica e conceitual com vistas a suscitar um interesse em temas muitas vezes não conectados entre si.

Neste cenário, a intervenção primeira sobre o Supremo Tribunal Federal como espaço de diálogo, sob o diapasão da jurisdição constitucional, do humanismo e da democracia, já nos dá um aceno do que este livro enseja e o que pretende demonstrar e desvelar.

Em tempos marcados pela pandemia da Covid 19, imperiosa se faz a constatação da enorme crise sanitária que vivemos, eis que algo precisa ser feito com urgência e qual o papel do poder público nesta questão.

Os princípios da liberdade, da igualdade, presentes em diversas obras clamam, em tempos cada vez mais complexos, a necessidade imperiosa de reconhecermos a fraternidade, também, como princípio jurídico, o que conduz a algumas reflexões presentes neste estudo: o

desenvolvimento como educação e aptidões em fraternidade, em uma sociedade marcada pela tecnologia; a percepção de uma cidadania fraterna, bem como os desafios que se impõem à educação, para que esta se situe como humanizadora.

O grande tema – educação, direito e fraternidade – também nos aponta que em meio a dor, aos conflitos, é imperioso a esperança e, portanto, o princípio da fraternidade tem intrínseca relação com os métodos de pacificação social.

A fraternidade se sobleva com tamanha luz que até mesmo temas áridos como os que envolvem o Direito Tributário, apresentam-se como elementos, garantidores de assistência, promoção, isenção dos que estão nos vastos campos das vulnerabilidades e, nesta seara, uma justiça relacional desponta como algo a ser objeto de profundas e ricas análises.

Assim, questões outras como o direito a ser informado, os desafios contínuos do Direito Penal, com vistas a torná-lo fraternos, passam a ser, de igual modo, temas de reflexão necessária.

Evidentemente é impossível pensar numa sociedade que se situe como fraterna, sem que se tenha uma preocupação prioritária com a criança, com o adolescente, decorre daí a fundamentalidade do cuidado, da atenção, da prioridade absoluta, concreta para com nossas crianças adolescentes, nossa riqueza maior.

Por fim e não menos importante, é a análise do valor-princípio da fraternidade no âmbito da academia, em especial, nos cursos de Direito. Desafio este hercúleo, pois as academias devem se constituir como espaços em que a fraternidade deve ser apresentada com grande destaque. Pois para que nasceu o Direito? Para manter o *status quo* do poder ou para dar força e voz aos desassistidos, vulneráveis, enfim, às variadas fragilidades que muitas vezes se impõem na história de muitos.

Entendemos que o Direito, sim, o Direito ao qual tanto amamos, tem um fim comum a todos os que acreditam que a utopia se constitua um sonho realizável: um mundo melhor, justo, fraterno e... feliz - um fio que não se parte, mas que se junta em redes de Educação, Fraternidade e Direito.

Josiane Rose Petry Veronese
Rafaela Silva Brito
Reynaldo Soares da Fonseca

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

Luiz Fux¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Constitucionalismo global e cortes internacionais: breves comentários; 3. O Supremo Tribunal Federal face aos incentivos da Constituição de 1988; 4. O Supremo Tribunal Federal e a sociedade: possíveis diálogos; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

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 Britto², essa democracia se encontra em constante expansão e carrega em si a noção do humanismo: a noção de que, junto ao direito de 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 valores³ 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. Consectariamente, 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 incluí-los plenamente⁴.

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. vol. 1. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ 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.

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

³ *Liberté, Égalité, Fraternité*.

⁴ 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, 2014, p. 120.

No ordenamento brasileiro, o desembarque dessa democracia multifacetada e humanista ocorreu apenas com a Carta de 1988⁵. 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 daquele⁶.

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.⁷

No cenário de uma Constituição humanista como a de 1988, é consenso que o Judiciário deve exercer a missão de garante 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 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

⁵ 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.

⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 1. ed. 2. reimp, 2012.

⁷ ROCHA, Antônio Sérgio. Genealogia da Constituinte: do autoritarismo à democracia. **Lua Nova**, São Paulo, v.88, p. 29-87, 2013, p. 73-74.

legitimidade decisória, em grande medida, como consectário 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, co-originária e produtiva⁸.

Sob o enfoque do professor Frank Michelman, a referida tensão é um paradoxo essencial para o funcionamento de qualquer democracia constitucional⁹. 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 expectativas.¹⁰

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

⁸ 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.

⁹ MICHELMAN, Frank I. **Brennan and Democracy**. Nova Jersey: Princeton University Press, 1999.

¹⁰ 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.

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 estudo empírico amplo para demonstrar como as Constituições foram se tornando mais parecidas em termos de linguagem¹¹. 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 difusos¹². 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 *per se* alterar a cultura política de uma nação. Em função disso, os estudos que enfocam essa tendência de constitucionalismo global 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.

¹¹ LAW, David; MILA, Versteeg. The Ideology and Evolution of Global Constitutionalism. **California Law Review**, v.99, n.5, 2011.

¹² 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.

Considerando essa perspectiva local, cada País assistiria à ascensão de sua Corte Constitucional, figurando como um importante agente de transformações políticas. À 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?¹³ Consequentemente, esses juízes deveriam possuir a autoridade para infirmar leis aprovadas por instituições representativas quando convencidos de que essas estariam violando direitos individuais?¹⁴

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.

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 originalistas¹⁵ e substancialistas¹⁶.

¹³ ALLAN, James. An Unashamed Majoritarian Critical Notice. **Dalhousie Law Journal**, v. 27, n. 2, 2004.

¹⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n.6, p.1346-1406, 2006, p. 1348.

¹⁵ 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.

¹⁶ Também na literatura norte-americana, destaca-se DWORKIN, Ronald. **A Matter of Principle**. Harvard University Press, 1985.

Cumpra notar, desde já, que a transposição de seus postulados tem o escopo limitado porque ele os formula face a 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 disso, a preocupação em descrever de forma mais detalhada o processo democrático visava a 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 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 constitucional.¹⁷ 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, conseqüentemente, suas decisões definiriam o significado da Constituição para todos”.¹⁸

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 político.¹⁹ Nesse ímpeto, não rejeita a ideia de 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.²⁰

Em sentido 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

¹⁷ KRAMER, Larry D. Popular Constitutionalism, circa 2004. **California Law Review**, Berkeley, v. 92, n. 4, 2004, p. 959.

¹⁸ KRAMER, Larry D. **The People Themselves**: popular constitutionalism and judicial review. Cambridge: Oxford University Press, 2005, p. 125.

¹⁹ TUSHNET, MARK. Popular Constitutionalism as a Political Law. **Chicago-Kent Law Review**, v.81, p. 991-1006, 2006, p. 991.

²⁰ TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution away from the Courts**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 186.

“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.²¹

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 FACE AOS 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 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.²²

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

²¹ POST, Robert C; SIEGEL, Reva B. Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007.

²² 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.

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 1988.²³ Ao contrário do que ocorrera em Constituições anteriores, o STF permaneceu inalterado quanto à sua forma de composição – foram mantidos “o número, a forma de indicação e as garantias dos Ministros”²⁴. Isso fez com que não só os Ministros 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 Barroso²⁵, 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

²³ SADEK, Maria Tereza Aina. Judiciário: mudanças e reformas. **Revista de Estudos Avançados**, São Paulo, v.18, n. 51, 2004, p. 82.

²⁴ 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.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, p. 4.

tornaram sindicáveis perante a jurisdições constitucional, isto é, são potenciais pretensões jurídicas.

Nesse particular, observa-se o segundo fenômeno: a influência da *constitucionalização dos princípios*²⁶, 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*.

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

²⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. Malheiros Editores. São Paulo, 2008, pp. 144-179.

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 advêm 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 recaia 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 Corte²⁷. Em meio ao nosso sistema híbrido²⁸, 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 mundo²⁹: **(i)** a função de

²⁷ 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).

²⁸ 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.

²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. São Paulo: **Revista Direito GV**, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul/dez 2008, p. 447.

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.

Dessa forma, o referido artigo “abriu inúmeras portas de entrada para demandas sociais e de minorias políticas na antes restrita agenda do STF”³⁰. 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”.³¹

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

³⁰ 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.

³¹ Ibid.

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.

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 juristas.³² 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

³² GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

da experiência do Tribunal³³. 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 justamente “na disputa e produção do sentido exigível da Constituição”³⁴. 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”³⁵, é necessário perceber, também, que não tem se distanciado do ideal de Peter Häberle de uma “*sociedade aberta dos intérpretes da constituição*”³⁶.

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 constitucional³⁷. 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 instituição 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.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ Ibidem, p. 431.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

De uma perspectiva formal, a Lei 9.868/99 foi a responsável por inserir ambas as figuras na jurisdição constitucional brasileira³⁸. 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”.³⁹ Para ilustrar essa tese, podemos tomar dois exemplos: a ADI 4650⁴⁰, sobre o financiamento de campanhas políticas, e a ADC 42⁴¹, 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.

³⁸ GODOY, Miguel G. **Devolver a Constituição ao Povo**: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 187.

³⁹ 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, p. 4.

⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 4650**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

⁴¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADC 42**. Rel. Min. Luiz Fux, PLENO, j. 28/02/2018, DJe 08/03/2018.

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 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. CONCLUSÃO

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. Ele atua 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 autocomposição⁴², 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

⁴² 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.

aquisição de maiores autonomia e independência pelo Tribunal é reforçada por dispositivos que ampliam os critérios de acesso 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 convivência 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 se lhe impõe diuturnamente, 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, através 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. A despeito 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.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. 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.

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.

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS, ORÇAMENTO PÚBLICO, CRISE SANITÁRIA E FRATERNIDADE

Reynaldo Soares da Fonseca¹

Rafael Campos Soares da Fonseca²

Sumário: 1. Considerações iniciais; 2. A fraternidade como categorias política e jurídica; 3. Orçamento mínimo social e financiamento dos direitos fundamentais; 4. O constitucionalismo fraternal e o financiamento de direitos sociais no contexto de crise sanitária; 5. Considerações finais; 6. Referências bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição como novidade social e expressão histórica não só pressupõe ideias de conflitos sociais, bem como pretende equilibrar controvérsias de distribuição de maneira autoritativa e integrativa.

Com efeito, o avanço do constitucionalismo e sua compatibilização com a democracia deliberativa representam conquistas recentes e significativas em favor da humanidade. Segundo Günther Frankenberg, as Constituições possuem dupla função: conferir autoridade a quem deverá decidir por todos de forma vinculante e integrar o corpo social a uma coletividade jurídico-político em que haja coordenação de ações com matiz identitária.³

Nesse diapasão, demandas e conflitos distributivistas foram incorporados pela gramática constitucional na medida em que se aposta na possível integração social por intermédio de uma ordem constitucional que reconhece certas controvérsias como essenciais e quais configurações de conflitos são por ela regulamentados.

Sob outra perspectiva, 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.

¹Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Federal do Maranhão. Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

²Doutorando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo e Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Analista Judiciário no Supremo Tribunal Federal.

³FRANKENBERG, Günter. Constituição como Gramática de Conflitos Sociais. Trad. Tito Lício Cruz Romão. In: **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, n. 14, p. 58-72, out./nov. 2006, p. 62-63.

No esforço de indicar possíveis caminhos de diálogo entre a fraternidade e a necessidade de preservação da atividade financeira do Estado, notadamente no financiamento de direitos fundamentais de conotação social, à luz da estruturação social no Brasil, este estudo versa sobre a inclusão das exigências normativas decorrentes da fraternidade no espaço de justificação do orçamento público. O esforço justifica-se necessário, ante a ambiência de crise sanitária relacionada à pandemia do Covid-19, sobretudo a partir da preocupação dirigida à parcela da população mais vulnerável sob as perspectivas econômica e da saúde pública.

Assim, neste espaço de reflexão acadêmica, pretende-se lançar considerações gerais acerca das implicações políticas e jurídicas de assumir-se a fraternidade como ideal constitucional. Em seguida, será abordada a instituição jurídica do Orçamento Mínimo Social depreendida da Constituição da República de 1988 e sua importância na tensão entre o ideal de liberdade no orçamento público com aptidão a gerar condições de ação aos governantes eleitos pelos ritos da democracia constitucional e a formulação pelo constitucionalismo brasileiro de garantias ao financiamento de direitos sociais por intermédio de vinculações orçamentárias em nível constitucional. Por fim, será perquirida a efetividade do princípio constitucional da fraternidade no âmbito do financiamento de direitos fundamentais de índole social, tendo em conta as dificuldades postas por situação de calamidade pública, atualmente vivenciada e decorrente de crise sanitária relacionada à pandemia do Covid-19.

2. A FRATERNIDADE COMO CATEGORIAS POLÍTICA E JURÍDICA

Este contributo acadêmico tem como ponto de partida a assertiva de que a ideia de 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 subjacente ao bem comum da humanidade. Por conseguinte, o conteúdo desse princípio expressa-se pela condição de igualdade entre cidadãos em condições irmanais que sirva de suporte ao desenvolvimento livre de cada qual na sua própria diversidade. Em síntese, a fraternidade consiste em método e teor da política na medida em que deve ser parte constitutiva do processo de tomada de decisões públicas e guia

hermenêutico das demais normas em interação dinâmica.⁴

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 dotada de normatividade de caráter 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 revela valor normativo influente sobre o conteúdo, função e finalidade desta.

De início, 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 pode 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.⁵

A propósito, 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. Afinal, tem-se que 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, tendo em conta o componente ético e moral das categorias jurídicas fundamentais.

Em síntese, a interpretação humanista decorre do acolhimento constitucional da fraternidade como categoria jurídica:

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

⁴ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 55.

⁵ Ibid., p. 74.

fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade;

b) A 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);

No ponto, em recente artigo produzido em parceria com os brilhantes Professores Carlos Augusto Alcântara Machado e Clara Cardoso Machado Jaborandy, das terras sergipanas, registramos:

As profundas transformações sociais exigiram o redimensionamento ético da vida em sociedade na qual se exige do Direito uma releitura de inúmeros institutos jurídicos, com o intuito de resgatar o bem central em torno do qual o fenômeno jurídico ganha sentido, qual seja, a valorização do ser humano e sua relação com o ambiente no qual vive e transforma. O tempo atual é o tempo de rever velhos pressupostos esquecidos e que podem auxiliar no constante e necessário processo de transformação social. Neste contexto o “velho/novo” pressuposto da fraternidade deve ser resgatado como ponto central da vida em sociedade.

A ênfase aos direitos fundamentais nos sistemas jurídicos democráticos é realidade inarredável. Vislumbra-se, com clareza, a evolução da teoria dos direitos fundamentais, apesar de persistir grande anseio da sociedade em torno da proteção e promoção de direitos formalmente positivados no texto constitucional, mas ainda carentes de efetivação. No caso específico da fraternidade, observa-se que é vista como uma obrigação moral e não uma forma de direito, embora apareça textualmente em várias Constituições modernas.

Apesar do farto estudo em torno dos direitos fundamentais, explorando teoria e prática, parece correto afirmar que ainda não houve uma ruptura com a matriz liberal em que tais direitos foram alicerçados, este fato justifica porque a fraternidade ficou esquecida ou, propositalmente, deixada de lado, pois fraternidade implica ver o “outro” como outro “eu” livre de qualquer obrigação moral ou religiosa, mas relacionada diretamente com a vida em sociedade, em que não basta ser solidário com o outro é preciso conviver e aprender com a diferença do “outro” em relação ao “eu”, por isso fraternidade reabre o “jogo” direito/dever.⁶

3. ORÇAMENTO MÍNIMO SOCIAL E FINANCIAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adotada como premissa de raciocínio a existência de uma Constituição Financeira que reconhece a substancialidade do Direito Financeiro como instrumento promotor de direitos fundamentais que, por sua vez, relaciona-se diretamente com a organização da estrutura de poder e respectivo regime jurídico, é possível concluir que as decisões financeiras da atuação do Estado têm suas raízes na realidade política e na cultura jurídica do Povo.

⁶ JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; FONSECA, Reynaldo Soares da. A (In)Completo 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, v. 13, n. 2, pp. 235-258, jul./dez. 2019, p. 236.

Nesses termos, o espaço de liberdade do Poder Legislativo na Constituição Financeira é ditado pela legalidade orçamentária, na medida em que se concebe a figura do legislador orçamentário e sua plêiade de liberdades, cuja função para a democracia sobeja em muito uma questão de organização e método orçamentário, pois permite aos representantes eleitos dispor, durante seu mandato, de recursos financeiros para implementar o programa de governo em conformidade com a ordem constitucional vigente.

Logo, as receitas públicas auferidas devem estar à disposição dos governantes periodicamente eleitos para que eles definam, por intermédio da lei orçamentária, quais são as prioridades na realização dos gastos públicos. Isso porque a busca por verbas públicas deve ocorrer às claras e com sustentabilidade na disputa legislativa travada no momento de elaboração, aprovação e fiscalização do orçamento público, de modo a impedir que recursos sejam perenizados ou capturados para além da periodicidade orçamentária.⁷

Com base nessa leitura macroestrutural, torna-se cabível ao jurista que se ocupa do Direito Financeiro refletir sobre os limites à liberdade do legislador orçamentário. O objetivo estatal de assegurar liberdade ao legislador orçamentário perpassa pelo racional de direcionar à arena política a conflituosidade inerente à deliberação periódica sobre as decisões coletivas que envolvem as questões de quem se arrecada, com quem e quanto se gasta e por qual motivo endivida-se. Almeja-se, portanto, que a persecução legítima por recursos não seja definida de forma perene por intermédio de vinculações normativas, mas através do processo orçamentário no qual a disputa legislativa centra-se na escassez de recursos, apropriação do excedente econômico e reserva do financeiramente possível atinente à atividade financeira do Estado.

Sendo assim, a situação fático-normativa do legislador orçamentário brasileiro distancia-se progressivamente do ideal de liberdade, porquanto tornam-se residuais no ciclo orçamentário as condições de possibilidade de implementação de programas de governos com inovações relevantes quanto às despesas discricionárias, tendo em conta a rigidez orçamentária.

De todo modo, com previsão no art. 167, IV, da Constituição da República de 1988, o princípio da não-afetação (ou não-consignação ou não-vinculação) de receitas advindas de impostos possui como conteúdo a vedação genérica de vinculação a órgão, fundo ou despesa, com a finalidade de resguardar justamente a liberdade do legislador orçamentário, de maneira a que haja recursos públicos suficientes para que o corpo governante eleito decida sobre as

⁷ SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do Legislador Orçamentário e Não-Afetação – captura *versus* garantia dos direitos sociais. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 150.

despesas públicas a serem realizadas no curso do mandato.

Com base no pensamento de Fernando Facury Scaff, é possível estabelecer distinções conceituais juridicamente significativas, que, por vezes, são turvadas nos discursos econômicos e políticos, no que diz respeito ao ciclo orçamentário. A vinculação traduz-se em liame normativo entre receitas e despesas públicas, ao passo que a afetação cinge-se em determinar uma finalidade pública à destinação de recursos. Em sentido diverso, quando se trata de Desvinculação das Receitas da União (DRU), o conceito central é a referibilidade das contribuições sociais vertida na arrecadação de receitas criadas e condicionadas à realização de certas despesas públicas previamente fixadas e próprias do financiamento da Seguridade Social. Por fim, a problemática de flexibilidade do orçamento público reside na conceituação do gasto obrigatório na condição de dever normativo de realizar despesas, independentemente da existência de lastro nas receitas a elas vinculados.⁸

No entanto, o próprio Poder Constituinte excepcionou a norma-regra de não vinculação em decorrência da necessidade de garantir financeiramente a persecução de fins, valores e objetivos constitucionais igualmente relevantes. Diante da pluralidade de bens a serem protegidos, são distintas as prescrições excepcionais estabelecidas originariamente ou agregadas cumulativamente ao texto constitucional.

Na própria dicção do inciso IV do art. 167 da Constituição, constata-se que gastos com manutenção e desenvolvimento do ensino e ações e serviços públicos de saúde ostentam afetação na ordem constitucional direcionada a todos os entes federativos, os denominados pisos setoriais para efetivação dos direitos sociais.

Esse dispositivo ainda garante que a repartição do produto da arrecadação via os fundos constitucionais de participação dos Estados e Municípios não se submete à regra da não afetação, sob o fundamento de preservação do federalismo fiscal.

Ademais, a solvência da dívida pública pode ser garantida por receitas advindas de impostos em operações de crédito por antecipação de receita orçamentária e empréstimos ou pagamento de débitos dos entes subnacionais ao governo federal.

Enfim, após o advento da EC 42/2003, passou-se prever no indigitado inciso uma prioridade alocativa de recursos na administração tributária, veiculando interesses do Estado Fiscal e da corporação de servidores encarregados dessa função estatal.

⁸ SCAFF, Fernando Facury. Liberdade do Legislador Orçamentário e Não-afetação captura *versus* garantia dos direitos sociais. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 156.

Na redação originária da Constituição Federal, já se previa em seu §5º do art. 218 ser facultado aos Estado e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica, o que abarca, por evidente, a arrecadação de impostos. Com base nessa experiência autorizativa e facultativa, a EC 42/2003 permitiu aos Estados e ao DF vincular 0,5% de sua receita tributária líquida a fundos públicos de fomento à cultura e a programas de apoio à inclusão e promoção social, desde que não direcionado ao serviço da dívida ou à realização de despesas correntes não vinculadas à área ou com pessoal e encargos sociais.

Em outro escopo, a função pública de combate e erradicação da pobreza fora contemplada com exceção à regra da não consignação, haja vista que por meio dos arts. 79 a 81 do ADCT criou-se fundo federal de combate à pobreza abastecido com adicional de 5% de IPI sobre produtos supérfluos e arrecadação do Imposto sobre Grande Fortunas. No âmbito dos estados, municípios e DF, determinou-se a criação de fundos de combate à pobreza com esteio no adicional de 2% de ICMS e de 0,5% de ISS incidente sobre produtos supérfluos.

Observa-se que o financiamento dos direitos fundamentais sociais são alvo de proteção constitucional por intermédio de algumas das vinculações constitucionais orçamentárias na condição de exceções da regra de não afetação. Portanto, na engenharia constitucional, essas vinculações normativas entre receitas e despesas e afetações a finalidades públicas podem ser tomadas como mecanismos de garantia financeira de padrões mínimos de fruição das promessas civilizatórias do Estado moderno, retirando da liberdade de conformação do legislador orçamentário a discricionariedade política pela promoção do conteúdo desses direitos sociais.

A relevância dessas garantias financeiras ao contínuo financiamento de direitos sociais, notadamente nas áreas da saúde e do ensino, foi também acolhida como princípio sensível da Constituição da República, nos termos de seus arts. 34, VII, “e”, e 35, III, haja vista que a aplicação do mínimo da receita resultante de impostos estaduais e municipais é hipótese de intervenções federal nos estados e estadual nos municípios, após a procedência de representação interventiva movida pelo Procurador-Geral da República.

Sendo assim, essas vinculações consistem em garantias de organização de instituições públicas ou garantias institucionais, segundo a terminologia de Carl Schmitt, cujos objetivos são a criação e manutenção de instituições imprescindíveis à sustentação do exercício dos direitos fundamentais em prol dos respectivos titulares, o que demanda grande parte do orçamento estatal.⁹

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58-59.

Na linha de institucionalização dos direitos fundamentais na organização política do Estado, Fernando Facury Scaff concebe a categoria do “orçamento mínimo social” como comando constitucional direcionado ao legislador orçamentário para que este distribua recursos em prol da população mais marginalizada e economicamente hipossuficiente, mediante o financiamento de direitos sociais a partir de fontes previamente estabelecidas em nível constitucional. Com base no conceito de afetação, essa instituição é composta pelos recursos decorrentes dos pisos setoriais de saúde (art. 198, §§2º e 3º c/c 77 do ADCT, CRFB/88) e educação (art. 212, CRFB/88) e pelos fundos de erradicação da pobreza (arts. 79 a 81, ADCT, CRFB/88) e de amparo ao trabalhador (art. 239, §§1º e 3º, CRFB/88), este último atinente a 60% do PIS/PASEP, assim como as contribuições destinadas à promoção da seguridade social (art. 195, CRFB/88 - Cofins, CSLL e contribuições previdenciárias) e ao meio ambiente (art. 177, §4º, CRFB/88 - CIDE-combustível).¹⁰

Nesse ponto, a tensão já explicitada entre a liberdade orçamentária gozada pelos governantes eleitos e a garantia financeira dos direitos fundamentais sociais torna-se objeto de preocupação institucional e acadêmica. Isso porque é possível conceber o orçamento mínimo social na qualidade de limitação material do Poder Constituinte Reformador.

Em resumo, verifica-se que essa categoria é uma cláusula pétrea ou, pelo menos, compõe o núcleo de intangibilidade da ordem constitucional, em consonância ao inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição da República. Isso significa que essa garantia ultrapassa o discurso retórico de planos estatais, pois a prática de flexibilização orçamentária encontra nela claro limite jurídico. Igualmente, o Poder Constituinte autocontém-se, ao tomar de forma potencialmente irreversível - sem ruptura constitucional - decisão política de alocação permanente de recursos a uma determinada despesa pública. De acordo com Scaff, “[e]nfatiza-se, dessa forma, o caráter de cláusula pétrea constitucional das normas que estabelecem o vínculo orçamentário para o custeio dos direitos fundamentais sociais para saúde, educação e redução da pobreza.”¹¹

Por conseguinte, o objetivo estatal referente à liberdade do legislador orçamentário decorrente da regra da não afetação das receitas oriundas dos impostos encontra relativização no âmbito das vinculações orçamentárias, notadamente aquelas voltadas a garantir financeiramente a efetividade dos direitos fundamentais de conotação social-coletiva.

¹⁰ SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito de Direito Financeiro: tributação, guerra fiscal e políticas públicas**. São Paulo: Conjur, 2016, p. 227.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2018, p. 376.

4. O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E O FINANCIAMENTO DE DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DE CRISE SANITÁRIA

Diante a emergência de uma crise sanitária de escopo pandêmico relacionado às dificuldades impostas pelo Covid-19, não é difícil constatar que a humanidade e o povo brasileiro vivem em uma quadra histórica desafiadora, que será caracterizada por incontáveis perdas individuais e coletivas. Nesse cenário crítico, tornam-se mais prementes os desafios relacionados ao desenvolvimento socioeconômico de um país com características continentais, demandas populares de modernidade tardia e escassa tradição em solver conflitos sociais em ambiência não autoritária.

A despeito disso, o complexo equacionamento desses atributos foi enfrentado em processo constituinte cuja resultante é uma Constituição promulgada por uma Assembleia Nacional Constituinte democraticamente eleita e que postula representar o Povo. Ou seja, são em momentos de crise que o pacto constitucional é mais necessário como guia dos nossos valores e fins jurídico-políticos. Nesse sentido, torna-se imperativo aos juristas pensar em formulações e arranjos sociais alternativos em prol de maior isonomia entre os cidadãos e de um bem-estar fraternalmente considerado, a partir da lógica de direitos e respectivos custos.

Diante das indagações acerca das condições de possibilidade e limites para a efetividade do princípio constitucional da fraternidade no escopo de fruição empírica de direitos fundamentais de índole social pela parcela da população mais carente de assistência estatal, as diretrizes decorrentes do imaginário fraterno fornecem saídas para se pensar a emergência.

Por se tratar de componente indispensável no método e conteúdo do campo político, a fraternidade requer a viabilização da democracia constitucional pela equalização do binômio paridade-diferença relativo ao corpo cívico. Por isso, as soluções e os sacrifícios necessários para o enfrentamento da crise sanitária e os impactos desta na economia nacional devem levar em consideração o ideal fraterno no processo de tomadas de decisões.

Sendo assim, a urgência e a complexidade dos desafios decorrentes de calamidade pública não justificam sacrifícios desproporcionais da participação política dos cidadãos na formação das escolhas públicas do Estado, a título de garantir maior eficiência ou resolutividade tendente a um paradigma tecnocrático, sob pena de não se atingir o grau de legitimidade esperado dos atos públicos em um Estado Constitucional. Em síntese, a transparência e a publicidade das situações sanitária e fiscal enfrentadas são fundamentais para levar informação ao Povo e auxiliá-lo na coautoria, aceitação e cumprimento das medidas estatais.

Além disso, a fraternidade exige que os agentes políticos, que deverão realizar uma série de escolhas trágicas relativas a recursos públicos, tenham em mente as iniquidades do sistema social brasileiro ainda não resolvidas pela atividade financeira do Estado, como a regressividade da matriz tributária focada no consumo e a transferência de renda desde os contribuintes em direção aos detentores de títulos públicos ocasionada pelo acréscimo do endividamento público. Com esteio nas desigualdades sociais e regionais historicamente presentes no país, as categorias de capacidades contributiva e receptivas dos cidadãos são imprescindíveis nesse momento de crise, principalmente nas escolhas de prioridades alocativas de programas e recursos.

Por outro lado, o princípio jurídico da fraternidade propõe um olhar prioritário à promoção da dignidade da pessoa humana em suas vertentes individual, social e ambiental, realizando-se as funções do Estado Fiscal. No afã de transformarem-se as deficiências da estrutura social pelas categorias e instituições do constitucionalismo fraternal, as normas decorrentes desse imaginário implicam em vedações e limites materiais à ação governamental e à autodeterminação coletiva.

No campo do financiamento dos direitos fundamentais de índole social, isso significa que as escolhas públicas relacionadas aos sacrifícios coletivos inerentes à crise sanitária não podem esvaziar o conteúdo garantista do orçamento mínimo social. Por essa razão, é uma das prioridades constitucionais dos governantes manter a fruição de um patamar mínimo de segurança social aos hipossuficientes do ponto de vista econômico, à luz de programas e políticas públicas de caráter social e fiscal-financeiro pensados para amenizar os efeitos de calamidade pública urgente e imprevisível. Nessa linha, compete ao Poder Judiciário e aos demais órgãos reputados essenciais para o sistema de Justiça fiscalizar de forma colaborativa as reações das autoridades à crise, sob o fundamento de zelar pela efetividade dos direitos fundamentais e de manter hígida a organização política do Estado.

Em suma, as balizas políticas e jurídicas decorrentes fraternidade devem ser observadas na problemática de manutenção e promoção dos direitos fundamentais, notadamente no que se refere a um orçamento mínimo social, em realidade sócio-política desfavorável e pandêmica atualmente vivenciada.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este contributo acadêmico versou sobre as potenciais influências do princípio da fraternidade na ambiência de crise sanitária relacionado à pandemia do Covid-19, sobretudo a partir de preocupação dirigida ao financiamento de direitos sociais, constitucionalmente

previstos, garantidos e promovidos à parcela da população mais vulnerável sob as perspectivas econômica e da saúde pública.

Por conta desse objetivo, perquiriu-se a ideia de fraternidade em suas dimensões política e jurídica, haja vista a utilidade do conceito em tempos de dificuldade generalizada a toda humanidade, tendo em conta que a origem daquele remonta a uma ligação universal entre seres igualmente dignos a qual tem por resultado um complexo sistema de solidariedade social e cuidado aos mais necessitados, à luz de uma ética pública.

Em seguida, abordou-se a tensão entre o ideal de liberdade no orçamento público apto a permitir condições de ação aos governantes eleitos pelos ritos da democracia constitucional e a formulação pelo constitucionalismo brasileiro de garantias ao financiamento de direitos sociais, por intermédio de vinculações orçamentárias em nível constitucional. Conclui-se, a propósito, pela qualidade de limitação material do Poder Constituinte Reformador representada pela instituição jurídica do Orçamento Mínimo Social.

Em resumo, com atenção ao equacionamento da liberdade orçamentária dos representantes eleitos que necessitam de recursos públicos para debelar a crise sanitária e seus consectários econômicos e das vinculações normativas que compõem o orçamento mínimo social na condição de conquista civilizatória do Estado e do Povo brasileiro, demonstrou-se nesta investigação que os caminhos apontados pela fraternidade na qualidade de categoria jurídico-política são essenciais e produtivos para o presente momento de calamidade pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

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

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; FONSECA, Reynaldo Soares da. A (In)Completeness 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, v. 13, n. 2, p. 235-258, jul./dez. 2019.

FRANKENBERG, Günter. Constituição como Gramática de Conflitos Sociais. Trad. Tito Lício Cruz Romão. In: **Revista de Direito Público**, Porto Alegre, n. 14, p. 58-72, out./nov. 2006.

SCAFF, Fernando Facury. **Crônicas de Direito de Direito Financeiro: tributação, guerra fiscal e políticas públicas**. São Paulo: Conjur, 2016.

_____. Liberdade do Legislador Orçamentário e Não-afetação captura *versus* garantia dos direitos sociais. In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao Ministro Marco Aurélio**. Curitiba: Juruá, 2016.

_____. **Orçamento Republicano e Liberdade Igual: ensaio sobre direito financeiro, república e direitos fundamentais no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2018.

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O RECONHECIMENTO DA SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL*

Ricardo Villas Bôas Cueva¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O RE nº 349.703-1/RS; 3. Supralegalidade e controle de convencionalidade; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar conjuntamente os Recursos Extraordinários nºs 349.703-1/RS e 466.343/SP e os Habeas Corpus nºs 87.585 e 92.566, reconheceu a supralegalidade dos tratados de direitos humanos.²

Até então prevalecia o entendimento de que os tratados internacionais, internalizados mediante decreto legislativo e ratificação do Presidente da República, qualquer que fosse sua natureza, equiparavam-se a lei ordinária, passíveis, portanto, de alteração por lei posterior. Dentre as poucas exceções contavam-se os tratados tributários e os tratados de extradição. Outra importante exceção: desde a Emenda Constitucional nº 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, os tratados de direitos humanos aprovados em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional, por três quintos de seus membros, tornaram-se equivalentes a emendas constitucionais.

Com as decisões proferidas nos recursos extraordinários acima mencionados, que consagraram expressiva mutação constitucional, o Brasil passou a alinhar-se a vários países que já atribuíam eficácia supralegal aos tratados internacionais de direitos humanos. Criou-se, ainda, a possibilidade de controle de convencionalidade das leis, em significativo avanço em

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**, vol. 2. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça - STJ, nomeado em 2011, até atualmente. Atuou como conselheiro do CADE, no período de 2004 a 2008, e também é ex-Procurador do Estado de São Paulo. É Bacharel em Direito pela USP, Mestre em Direito Tributário pela Harvard Law School e Doutor em Direito Tributário Ambiental pela Johann Wolfgang Goethe Universität, Alemanha.

² Julgamento concluído em 3/12/2008. Cf. acórdão do RE nº 466.343/SP, rel. Min. Cezar Peluso.

direção à internacionalização dos direitos humanos e a uma cooperação entre estados constitucionais.

No presente artigo, descrevem-se inicialmente os argumentos discutidos no RE nº 349.703/RS, sobretudo no voto-vista por ele proferido. Em seguida, apresentam-se, em linhas rápidas, as principais implicações do reconhecimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos no Brasil.

2. O RE nº 349.703-1/RS

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS, concluído em 3.12.2008, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, foi reconhecida a ilicitude da prisão civil do depositário infiel. O recurso foi interposto por instituição financeira por alegada ofensa aos artigos 5º, LXVII, e 97 da Constituição Federal contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual se entendeu que “a prisão civil, a teor do novo texto constitucional, só é admissível em hipótese de depósito para guarda de bem alheio, e não em caso de depósito em garantia, como acontece nos contratos de alienação fiduciária por ter sido retirada do legislador ordinário a possibilidade de equiparações como esta”.

O relator originário, Ministro Ilmar Galvão, delimitou a controvérsia, “em primeiro lugar, à questão de saber se, na alienação fiduciária em garantia há, ou não, embutido, um contrato de depósito, ou, em segundo plano, se o Pacto de São José da Costa Rica teve, ou não, o condão de revogar o DL nº 911/1969; podendo-se acrescentar, tão-somente, o argumento de que uma norma infraconstitucional não pode afastar a exceção da prisão civil do depositário infiel prevista na Constituição”. Revendo seu entendimento, o relator considerou inconstitucional a prisão civil do depositário infiel e não conheceu do recurso. Em sentido oposto votaram os Ministros Moreira Alves e Sydney Sanches.

Em seu voto-vista, o Ministro Gilmar Mendes, verificando que apenas o inciso LXVII do art. 5º da Constituição foi adequadamente prequestionado, conheceu parcialmente do recurso e negou-lhe provimento. Quanto ao ponto central da controvérsia, a compatibilidade da prisão civil do depositário infiel em face do disposto no art. 7º (nº7) do Pacto de São José da Costa Rica, discorreu detalhadamente a respeito das quatro correntes doutrinárias e jurisprudenciais acerca do *status* normativo dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos.

Quanto à vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e das convenções sobre direitos humanos, sustentada entre nós por Celso de Albuquerque Mello, observou a “dificuldade de adequação dessa tese à realidade de estados que, como o Brasil,

estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico. Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais”.

No tocante à tese de que os tratados de direitos humanos teriam estatura constitucional, defendida por Cançado Trindade e Flávia Piovesan, os quais sustentam que os §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição ensejariam a aplicação direta dos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, lembrou que tal discussão foi esvaziada pela EC 45/2004, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição, a qual, na prática, traduz-se em “declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados à normas constitucionais”.

A corrente que equiparava os tratados internacionais à lei ordinária, até então dominante no Supremo Tribunal Federal, foi considerada defasada à vista da “abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos humanos”. É que, na atualidade, “vivemos em ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos fundamentais”.

Ao explicitar a conveniência de uma revisão crítica do entendimento até então prevalente no Supremo, o Ministro Gilmar lembrou que a tese da legalidade ordinária é incompatível com o art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que não admite aos Estados convenientes “invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, o que, desde logo, recomendaria a adoção da quarta corrente, que confere o predicado da supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Tal tese já havia sido aventada em 2000, no julgamento do RHC nº 79.785-RJ, pelo Ministro Sepúlveda Pertence.

A supralegalidade, de resto, já era encontrada no direito comparado, a exemplo do art. 25 da Lei Fundamental alemã, do art. 55 da Constituição francesa e do art. 28 da Constituição grega.

Ademais, os tratados de direitos humanos têm caráter especial, que justifica sua internalização no ordenamento jurídico com “o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Isso conduz à conclusão de que a norma constitucional que autoriza a prisão civil do depositário infiel não foi

revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto de São José da Costa Rica, “mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”, o que também se aplica à legislação infraconstitucional posterior, como o art. 652 do Código Civil de 2002. Em suma, dado o caráter supralegal da norma internacional incorporada ao ordenamento pátrio, “não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel”, desde a adesão do país à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1992.

Outra questão trazida a lume no recurso refere-se à equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. A prisão civil do devedor-fiduciante não se justifica em face do princípio da proporcionalidade, na sua tripla dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), já que o ordenamento prevê meios menos gravosos. A equiparação do devedor-fiduciante ao depositário, além disso, criou figura atípica de depósito, desfigurando o instituto em sua conformação constitucional, o que caracteriza violação do princípio da reserva legal proporcional.

Foram essas, resumidamente, as razões que levaram o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto-vista, a negar provimento ao recurso interposto pela instituição financeira. Tais razões foram reproduzidas no julgamento do RE 466.343/SP.

3. SUPRALEGALIDADE E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No Brasil, a maior parte da doutrina adere, em matéria de conflito entre direito internacional e ordem interna, ao monismo. Este, como demonstrado por Hans Kelsen, pode ser um monismo com prevalência da ordem interna ou um monismo com prevalência da ordem internacional, do qual é partidário.³ A orientação seguida pelo Supremo Tribunal Federal é a de um monismo moderado, em que, na lição de Luis Roberto Barroso, “o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior”.⁴

³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme e Mazzuoli, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília**, Gazeta Jurídica, 2013, p. 150.

⁴BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 154

Exceções são os tratados fiscais (art. 98 do CTN) e os de extradição (Lei nº 6.815/1980), em relação aos quais prevalece a norma internacional. Do mesmo modo, os acordos firmados pela União em matéria de ordenação do transporte internacional (art. 178 da Constituição, na redação dada pela EC nº 7) e os tratados internacionais sobre arbitragem, no que diz respeito ao reconhecimento e à execução da sentença arbitral estrangeira (art. 34 da Lei nº 9.307/1996). A supremacia dos tratados internacionais sobre o direito interno, no sentido do original monismo kelseniano, nessas situações, pode ser entendida como um desvio do monismo moderado que se tem afirmado como regra geral no Brasil.⁵

No que diz respeito ao conflito entre tratado internacional e Constituição, tradicionalmente, a maior parte da doutrina, assim como o STF, entendem haver supremacia da Constituição, muito embora o Brasil seja signatário da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (de 1969, mas ratificada apenas em 2009), que só admite a declaração de inconstitucionalidade de tratado quando houver manifesta violação de norma fundamental sobre competência (art. 46), afastada a possibilidade de exame material, intrínseco, do tratado. É que, desde a Constituição de 1891, admite-se no direito brasileiro a análise intrínseca da constitucionalidade de tratado.

A Constituição de 1988, na mesma linha, prevê que a declaração de inconstitucionalidade de tratado é hipótese de cabimento de recurso extraordinário (art. 102, III, b). O princípio da supremacia da Constituição foi reiterado em várias decisões da Corte Suprema, que afastou, por exemplo, a aplicação da Convenção nº 158 da OIT, acerca de demissão sem justa causa (ADI-MC 1.480, julgada em 2001, rel. Min. Celso de Mello). Em outro julgamento significativo, ocorrido em 1997, entendeu-se que as indenizações tarifadas pelo extravio de bagagem, previstas na Convenção de Varsóvia, não podem excluir a indenização por danos morais (RE 172.720, rel. Min. Marco Aurélio).

Tal entendimento somente foi alterado vinte anos depois, quando o Plenário do Supremo, em decisão de 25/5/2017, fixou o seguinte entendimento: "Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor".⁶ Esse

⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto Op. cit., p. 155, nota de rodapé 28.

⁶ ARE 766.618/SP, rel. Min. Roberto Barroso, e RE 636.331/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes. Neste, foi apreciado o tema 210 da repercussão geral, reconhecida em 22/10/2009, no AI 762.184/RJ, rel. Min. Cezar Peluso: "limitação de indenizações por danos decorrentes de extravio de bagagem com fundamento na Convenção de Varsóvia". Por maioria, e nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, deu-se provimento ao recurso extraordinário para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao

novo paradigma reflete o olhar moderno a respeito da delicada relação entre direito interno e internacional, que se tornou possível e mais usual após as históricas decisões do Supremo Tribunal Federal em 2008.

Vale acentuar, a propósito dessa evolução jurisprudencial, que, ainda em 1998, o STF, ao examinar a questão da subsistência ou não da prisão civil do depositário infiel, especialmente na hipótese de alienação fiduciária, na qual o devedor-fiduciante é equiparado a depositário, decidiu no sentido da supremacia da Constituição sobre a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica. É que a Constituição autoriza a prisão civil tanto do devedor de alimentos como do depositário infiel (art. 5º, LXVII), ao passo que a Convenção admite apenas a prisão civil quando houver inadimplemento de obrigação alimentícia. No HC 73.044/SP, rel. Min. Maurício Correa, entendeu-se que a posição do STJ, em aberta divergência com a do STF, não poderia prevalecer, pois a Convenção deveria ser interpretada com as limitações impostas pela Constituição.

Em 2008, no entanto, como já lembrado, o STF, revendo a matéria, assentou que a prisão civil do depositário infiel, em qualquer hipótese, é ilegítima⁷, pois o art. 5º, § 2º, da Constituição atribui aos tratados de direitos humanos *status* diferenciado, prevalecendo a Convenção sobre a legislação interna que cuidava da prisão civil do depositário infiel.⁸ Em consequência, foi editada a Súmula vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.⁹

Consoante o § 2º do art. 5º da Constituição, os direitos e as garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Até então era pacífico na jurisprudência que os tratados ingressam no direito interno com força de lei ordinária. A maior dificuldade para atribuir-lhes posição superior na pirâmide normativa advinha do fato de que os tratados são incorporados ao

patamar estabelecido no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores, conforme Informativo STF nº 866, de 22 a 26 de maio de 2017.

⁷ RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso.

⁸ HC 87.585/TO, rel. Min. Marco Aurélio.

⁹ No REsp 914.253/SP, rel. Min. Luiz Fux, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, a Corte Especial do STJ, com fundamento nos precedentes fixados pelo STF, negou provimento a recurso especial de fazenda estadual que pretendia subsistente a prisão civil do depositário judicial infiel. Embora tenha acompanhado o relator, o Min. Teori Zavascki ressaltou seu ponto de vista, no sentido de que “o depositário judicial de bens penhorados é um auxiliar da justiça (CPC, arts. 139 e 148 a 150), cuja designação, portanto, não decorre nem dá origem a obrigação contratual. Ao ser investido do encargo, o depositário judicial não está contraindo “dívida” perante o órgão judiciário ao qual serve ou as partes envolvidas na demanda. Está, sim, assumindo, perante o Juízo, os deveres próprios desse encargo, que decorrem diretamente da lei. Relativamente a ele, portanto, a disposição do direito interno que prevê a prisão civil em caso de infidelidade no cumprimento do dever de restituir o bem penhorado não é incompatível com as normas dos tratados internacionais”.

ordenamento por quórum simples. Conferir aos tratados eficácia diversa equivaleria, então, a permitir, por via transversa, que a Constituição pudesse ser emendada por quórum ordinário.

Para superar tal dificuldade, a Emenda Constitucional nº 45/2004 adicionou o § 3º ao art. 5º da Constituição, que, como visto, confere aos tratados internacionais sobre direitos humanos o mesmo *status* de emenda constitucional, desde que aprovados em dois turnos pelas duas Casas do Congresso, com quórum qualificado de três quintos de seus membros. É o que ocorreu, por exemplo, com a convenção sobre direitos das pessoas com deficiência, promulgada em 2009.

Os tratados internalizados antes da EC nº 45/2004 mantêm a mesma posição na hierarquia normativa, podendo obviamente ascender ao nível das emendas constitucionais, desde que submetidos ao rito do § 3º do art. 5º da Constituição.¹⁰

A novidade, na jurisprudência, foi a acolhida, pelo STF, de posição doutrinária no sentido de que os tratados de direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, desfrutam de força supralegal, isto é, inferior às normas constitucionais, mas acima das leis. Trata-se de uma espécie de eficácia paralisante em relação às normas de direito interno que se oponham ao convencionado nos tratados internacionais de direitos humanos.

A evolução da jurisprudência, nesse ponto, reflete a abertura a ordens supranacionais consagradas em vários textos constitucionais europeus, bem como a percepção, apontada por Peter Häberle, de que o ideal de um estado constitucional cooperativo deve ser perseguido como forma de garantir máxima eficácia às normas constitucionais “que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana”.¹¹

Como dito, a tese da supralegalidade já havia sido aventada em 2000, no RHC 79.785-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence:

Na ordem interna, direitos e garantias fundamentais o são, com grande frequência, precisamente porque – alçados ao texto constitucional – se erigem em limitações positivas ou negativas ao conteúdo das leis futuras, assim, como à recepção das anteriores à Constituição (...)

Se assim é, à primeira vista, parificar às leis ordinárias os tratados a que alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, seria esvaziar de muito do sentido útil a inovação, que, malgrado, os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto, Op. Cit., p. 174.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. A supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme e Mazzuoli, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília**, Gazeta Jurídica, 2013, p. 226.

abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

A supralegalidade, de todo modo, como observado no voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, já era consagrada em outros ordenamentos. A Lei Fundamental alemã em seu art. 25 prevê que “as normas gerais de Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal. Elas prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional”. Semelhantes normas são encontradas nas constituições da França de 1958 (art. 55) e da Grécia de 1975 (art. 28). No Reino Unido, o *European Communities Act*, de 1972, assegurou ao direito comunitário hierarquia superior às leis formais aprovadas pelo Parlamento.

Cançado Trindade assinala, a propósito, que “a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direito humanos é (...) sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central”.¹²

Como lembra Gilmar Mendes, a internalização dos tratados de direitos humanos “tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”. Isso permite concluir que a norma constitucional autorizativa da prisão civil do depositário infiel não foi revogada pelo Pacto de São José da Costa Rica, “mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria”.¹³

Em resumo, “os tratados internacionais de direitos humanos aprovados em conformidade aos ditames do § 3º do art. 5º da Constituição são equivalentes às emendas constitucionais; os demais tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil constituem direito supralegal; e os tratados internacionais que não tratam de direitos humanos têm valor legal”.¹⁴ Exceções, como visto, são os tratados fiscais, de extradição, de transporte internacional e de arbitragem.

A supralegalidade constitui novo parâmetro de controle e de validação do direito ordinário. “Além da Constituição, o direito supralegal está a condicionar e a controlar a validade da lei. Isto significa que a lei está submetida a novos limites materiais, postos nos direitos humanos albergados nos tratados internacionais”.¹⁵

¹² CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003, p. 515.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira, Op. Cit., p. 232/3.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme e MAZZUOLI, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano**: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 65.

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit., p. 66.

O controle da convencionalidade varia de acordo com o modo pelo qual o tratado de direitos humanos foi internalizado. Se observado o rito do § 3º do art. 5º da Constituição, o controle pode ser concentrado, por meio de ação direta perante o STF, ou difuso. Se os tratados ou convenções tiverem o atributo da supralegalidade, cabe apenas o controle difuso, a pedido da parte ou mesmo de ofício, como sustenta Marinoni, que lembra lição de Mauro Cappelletti a respeito da invalidade absoluta da norma interna contrária ao tratado, bem como decisão da Corte Interamericana no caso *Trabajadores Cesados del Congreso v. Peru*.¹⁶

Um exemplo recente de controle difuso de convencionalidade pode ser encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. No REsp 1.640.084, rel. Min. Ribeiro Dantas, a Quinta Turma do STJ, por unanimidade reconheceu a incompatibilidade do tipo penal de desacato (art. 331 do Código Penal) com a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁷ Posteriormente, ao julgar o HC 379.269/MS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, rel. para o acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, a Terceira Seção do STJ entendeu, por maioria, não ser possível afastar do ordenamento pátrio o crime de desacato porque as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos não têm força vinculante. Além disso, sobre o tema, não há decisão específica para o Brasil da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, mesmo que houvesse, seria aplicável a teoria da margem de apreciação nacional, segundo a qual os estados signatários de direitos humanos mantêm margem de discricionariedade para a adequação de decisões proferidas internacionalmente às especificidades nacionais.¹⁸

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, pode-se afirmar que a supralegalidade constitui novo parâmetro de controle e de validação do direito ordinário.

Com o reconhecimento de que os tratados de direitos humanos, em razão do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, desfrutam de força supralegal, isto é, inferior às normas constitucionais, mas acima das leis, concebeu-se uma espécie de eficácia paralisante em relação às normas de direito interno que se oponham ao ali convencionado.

A possibilidade de controle de convencionalidade das leis no Brasil, a exemplo do que já se verifica rotineiramente em países vizinhos, é um significativo avanço em direção à internacionalização dos direitos humanos e a uma cooperação entre estados constitucionais.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, Op. cit., p. 66.

¹⁷ Julgado em 15/12/2016.

¹⁸ Julgado em 24/05/2017.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre direito internacional e direito interno. In: MARINONI, Luiz Guilherme e MAZZUOLI, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

CANÇADO TRINDADE. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2003

MARINONI, Luiz Guilherme. Controle de convencionalidade (na perspectiva do direito brasileiro. In: MARINONI, Luiz Guilherme e MAZZUOLI, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. A suprallegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e a prisão civil do depositário infiel no Brasil. In: MARINONI, Luiz Guilherme e Mazzuoli, Valerio (coords.). **Controle de convencionalidade**: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

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

Rogério Schietti Cruz¹

Sumário: 1. Introdução; 2. A liberdade, regra no processo penal; 3. A igualdade, de oportunidade e de iniciativas; 4. A fraternidade, na condução dos processos; 5. Conclusão; 6. Referências.

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 infligência 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).

* Texto em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça. Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. vol. 1. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ 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).

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 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**² 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 ser impingidos aos violadores da lei penal; e a punição deve ocorrer

² 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”.

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 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.³

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

³ 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 Politicos 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 [...].

processuais devem ser praticados, em regra, sem restrições à publicidade interna e externa; (j) as decisões judiciais devem ser suficientemente motivadas.

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 algemas⁴, salvo em caso de fundado risco à segurança de terceiros ou de fuga; não expor a imagem e o nome do preso ao público, com exposições 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

⁴ “[...] 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 Rogerio Schietti Cruz).

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 acrescentado 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 Constituição⁵, 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 Legislativo⁶. 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 respeito das diferenças pessoais e, também, a remoção ou a compensação das desigualdades sociais.⁷

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.

⁵ 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).

⁶ [...] 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.]

⁷ 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, XLI), 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).

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, hão 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 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 progenitura 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 infligência 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 **inquisição** 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.⁸

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

⁸ 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).

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 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.⁹

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,

⁹ 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.]

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).

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.¹⁰

¹⁰ 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, XLI), 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

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).

- 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).

5. CONCLUSÃO

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.”

6. 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 convivência 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.

DESENVOLVIMENTO COMO EDUCAÇÃO E APTIDÕES EM FRATERNIDADE: CONTRAPONTO EM FACE DA TECNOLOGIA

Josiane Rose Petry Veronese¹

Geralda Magella de Faria Rossetto²

Sumário: 1. Introdução: notícias que vêm; 2. A educação e sua condição substantiva de desenvolvimento; 3. A Educação, a tecnologia e o encontro com a Fraternidade: um olhar para o futuro da “aldeia da educação”; 4. Considerações finais: notícias que vão; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: notícias que vêm

De que forma a educação é impactada pela tecnologia? Ou, ainda, como a fraternidade pode auxiliar esse processo de incorporação é a razão desse estudo que, foi denominado desenvolvimento como educação, exatamente porque se espera, seja dado esse passo, sobretudo, quando pessoas, instituições, sociedade e Estado se dão as mãos a favorecer e proteger este longo processo humanitário a favor da educação de todos.

A educação, enquanto tema de estudo, é dessas categorias que, pela amplitude e variadas dimensões, necessitam de razoável limitação para que se possa proceder a sua análise e exposição. Com a fraternidade também não é diferente. Portanto, ambas as expressões dependem de uma harmonia adequada de traduções. Quando tomadas em conjunto, na dimensão deste estudo e frente a proposta inaugurada pela tecnologia, a educação exprime dados, informação, conhecimento e sabedoria, enquanto a fraternidade contempla comunhão, concórdia, coordenação e cooperação, que ganham tons quando dispostas em rede. Já a

¹ Professora Titular da Disciplina de Direito da Criança e do Adolescente da Universidade Federal de Santa Catarina/ UFSC. Mestre e Doutora em Direito pela UFSC, com pós-doutorado pela PUC Serviço Social/RS e em Direito pela UnB. Professora dos Programas de Mestrado e Doutorado do Curso de Pós-Graduação em Direito/UFSC. Coordenadora do NEJUSCA - Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente. Email: jpetryve@uol.com.br

²Doutoranda pelo Programa de Pós Graduação em Direito da UFSC. Mestre em Direito Público pela UNISINOS; Procuradora Federal da Advocacia Geral da União/UFSC (aposentada). Professora convidada de cursos de graduação e pós-graduação. Membro da Rede Universitária para Estudos sobre a Fraternidade (RUEF). Pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade – UFSC; do Núcleo de Estudos Jurídicos e Sociais da Criança e do Adolescente - NEJUSCA e do DataLab Pesquisadora do DataLab – Laboratório de Desenvolvimento e de Pesquisa em Gestão de Dados/UFSC. Email:geraldamagella@gmail.com

tecnologia compreende a dimensão do novo e da inovação e, certamente, os seus efeitos estão a marcar a educação de forma imperiosa, garantindo-lhe feições do desenvolvimento.

Contudo, há mais a ser dito na prática desses citados elementos. Por isso mesmo, em sua práxis a educação pode ser recepcionada como ensino, como direito, como serviço público, como conduta, como dado ou processo histórico, com interesse público ou privado e até político e cultural. São possibilidades. Há outras mais, às voltas com o sentido da educação como serviço, direito e bem público, pautada nas capacidades que a educação é capaz de gerar, desde um ponto de vista privilegiadamente fraternal – de um olhar que baliza as críticas fundadas na injustiça e reinterpreta os pactos, a garantir a centralidade da própria fraternidade, e até mesmo a compreensão multicultural de uma ideia de cidadania, onde pessoas e povos se conectam, em ações locais e planetárias.

Contudo, não se pode negar que a educação é um ponto a criar passagens às áreas do desenvolvimento, sejam humanos, científicos ou sociais, a reconstruir a fundo as contribuições que cada um dos temas tem a dar, rearticular e conferir sistematicidade e especificidade ao seu próprio processo.

A fraternidade, a seu modo, permeia um universo em formação. Custa-lhe reconhecimento. Mesmo assim, há de ser tomada em qualificação e qualidade, a aproximar-se de dimensões que lhe conferem o *status* político, social, principiológico, com destaque para o jurídico.

Reforçando, pensar em educação como um direito, consequentemente como garantia, e até mesmo como um serviço público, nesse caso, corre-se o risco de incorrer em diversos elementos – e até o de circunscrevê-la na acepção de livre iniciativa submetida ao interesse da justiça social e a certos princípios da Constituição Federal, garantidores do desenvolvimento nacional e da construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária. Aliás, por exemplo, no caso dos sujeitos primordiais das disposições estatutárias relativas à criança e ao adolescente, a Lei nº 8.069, de 1990, os mesmos, a tem como dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Estado – na acepção política do poder público - e, em tal decorrência, o direito à educação, dentre outros mais, também necessita de garantias tendo em vista sua consecução.

Com efeito, o presente tem como múnus, o explícito propósito de intervenção no debate educacional – feito obviamente pela dimensão do ato de escrever: é da escrita e de sua “voz”, lançada no mais recôndito e contundente manifesto das letras e de sua linguagem cifrada, servindo-se de um campo privilegiado de observação, que a tarefa educacional necessita erguer-se de seu descaso, secular e colonial, e dar espaço ao desenvolvimento pela perspectiva da educação, ou seja, pelo conjunto de variadas questões e habilidades educacionais

contemporâneas, a afastar a tendência mundial de reduzir a educação a um “processo” fechado em si, cujo sistema, formador e formativo, amplo e de qualidade, deve defender-se de si mesmo - da submissão da educação ao lucro, no que o viés tecnológico tem muito a contribuir para o seu despertar.

A metodologia a qual se recorre para desenvolver o presente estudo, refere-se ao método de abordagem dedutivo, pelo procedimento monográfico, e pela técnica de pesquisa bibliográfica, documental e, sobretudo, à análise de textos referenciais, bibliográficos e normativos, inclusive monográficos, notadamente os estudiosos da temática, seus comentadores e interventores.

2. A EDUCAÇÃO E SUA CONDIÇÃO SUBSTANTIVA DE DESENVOLVIMENTO

Em tempos de especialização extrema do conhecimento, encontrar unidade nas vozes da ciência, corresponde em dar passos firmes na esfera educacional e educativa, capaz de ensinar, um diagnóstico do tempo presente: o de reconhecer os potenciais da emancipação e de seus obstáculos no tema da educação, sempre em curso de consolidação. Vale dizer, à moda de Habermas, que “A promessa consoladora de uma ‘síntese’ *post festum* não pode restaurar o que tem se perdido hoje nos ramos da economia, sociologia, ciência política e direito: o contexto de vida social enquanto tal” (2013, p. 366), o que, certamente, pode ser dito quanto aos seus efeitos em relação à educação.

Sobre a educação enquanto processo de construção, fiel da balança do discernimento, refere Delors:

Quando o aluno se tornar cidadão, a educação será o guia permanente, num caminho difícil, em que terá de conciliar o exercício dos direitos individuais, fundados nas liberdades públicas, e a prática dos deveres e da responsabilidade em relação aos outros e às comunidades a que pertencem. (DELORS, 2004, p. 63)

Segundo uma perspectiva social, política, histórica e interpretativa, independentemente, a educação tem sempre o condão de restar garantida em seu acesso e distribuição, para todos. Para Pontes de Miranda, o desenvolvimento e a justiça social restam relacionados ao compromisso do Estado com os direitos humanos, de onde decorre que a educação deve ser entendida na qualidade de direito público subjetivo, pois só pode ser considerada direito de todos se o Estado tiver condições de oferecer educação a cada um, isto é, “[...] se há escolas em número suficiente e se ninguém é excluído delas” (1947, p. 187).

A educação é a chave que revela a hipótese justa do desenvolvimento, na medida em que, na hora adequada, compõe situações sensíveis e presença nas situações críticas da vida, a dar conta de um agir em conformidade a favor de um novo modo no ensino dos fatos, dos conceitos, das ideias e das técnicas.

De outro modo, pertinente à educação que se projeta no conhecimento acumulado em torno da ciência e da técnica, segundo Habermas, a mesma se faz em face de um paradigma que sucede o paradigma subsequente, de forma que, o poder e o saber pode ser ampliado cumulativamente em cada uma dessas dimensões. Assim, cada geração se apoia na geração precedente. Em outras palavras, nas referências do progresso técnico-científico, as teorias superadas e os procedimentos adotados em sua substituição representam o êxito a confiar na acumulação das informações científicas e meios técnicos. Exatamente essa confiança – em que se depositam esperanças – forma o progresso técnico-científico a conduzir um progresso civilizatório, moral e político (2013, p. 507). A educação não está fora desse contexto.

Em uma medida de fita métrica, a discussão em torno da educação como garantia do direito, encontra-se recepcionada, em alguns regramentos, de importância geral, tais como os de ordens convencionais, constitucionais, estatutários e legais e, também, da ordem, como ocorre com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), os quais se firmam em 17 propostas, tidas como objetivos, e, em torno dos quais, pesa a implementação por todos os países do mundo até 2030.

Corroborando, indica-se, a título ilustrativo, a Convenção sobre os Direitos da Criança, 1989; a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988; o Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, 1996 e, também, em razão da proporção e importância que o tema tomou na sociedade tecnológica, importa priorizar o debate da educação amparada pelo ensino *online*, ensino a distância, não presencial, *homescholling* e afins³.

Convém o destaque, em particular, quanto a cada um dos regramentos referidos, iniciando pelos ODS. Senão, veja-se.

Dentre os 17 objetivos delineados, há o Objetivo 4, que tem como propósito “Assegurar a educação inclusiva, equitativa e de qualidade, e, promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos”. Pertinentes a esse fundamental objetivo, têm-se o seguinte quadro: i) A matrícula na educação primária em países em desenvolvimento chegou a 91%, mas 57 milhões de crianças permanecem fora da escola; ii) Mais da metade das crianças

³ Examinado no terceiro item deste estudo.

que não se matricularam na escola vivem na África Subsaariana; iii) Estima-se que 50% das crianças fora da escola com idade escolar primária vivem em áreas afetadas por conflitos. Crianças das famílias mais pobres são quatro vezes mais propensas a estar fora da escola do que crianças de famílias mais ricas; iv) O mundo conquistou a igualdade na educação primária entre meninas e meninos, mas poucos países alcançaram essa meta em todos os níveis de educação; e v) Entre os jovens de 15 a 24 anos, a taxa de alfabetização melhorou globalmente, de 83% para 91% entre 1990 e 2015. (NAÇÕES UNIDAS, 2020).

A seu modo, a Convenção sobre os Direitos da Criança prevê em seu artigo 18, que:

1. Os Estados Partes envidarão os seus melhores esforços a fim de assegurar o reconhecimento do princípio de que ambos os pais têm obrigações comuns com relação à educação e ao desenvolvimento da criança. Caberá aos pais ou, quando for o caso, aos representantes legais, a responsabilidade primordial pela educação e pelo desenvolvimento da criança. Sua preocupação fundamental visará ao interesse maior da criança.
2. A fim de garantir e promover os direitos enunciados na presente convenção, os Estados Partes prestarão assistência adequada aos pais e aos representantes legais para o desempenho de suas funções no que tange à educação da criança e assegurarão a criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças.

Tem-se, pois, conforme assevera Veronese, a indagar quanto aos “porquês” da Convenção sobre os Direitos da Criança, uma sustentação essencial sobre a educação, eis que:

Reafirma o fato de que as crianças, tendo em vista a sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais; e enfatiza a importância da família, para que a criança desenvolva sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor, educação e compreensão. (2019, p. 13).

Na esfera da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o dispositivo pertinente, encontra-se presente no artigo 2º do Protocolo n.º 1 que estabelece: “Direito à instrução. A ninguém pode ser negado o direito à instrução. O Estado, no exercício das funções que tem de assumir no campo da educação e do ensino, respeitará o direito dos pais a assegurar aquela educação e ensino consoante as suas convicções religiosas e filosóficas”.

Baracho (2020, p. 114), a esse respeito, em comentário aos Protocolos Adicionais, corrobora: “O artigo 2 protege o direito à instrução, pelo que o Estado, no exercício de suas funções, deverá assumir as obrigações no domínio da educação e do ensino, com respeito às convicções religiosas e filosóficas”.

Em relação à educação, a Constituição Federal, de 1988, a recepciona na qualidade de direitos sociais, conforme consta do artigo 6º⁴ e, em especial, segundo consta no artigo 205, o

⁴ CRFB, de 1988: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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

qual dispõe que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (BRASIL, 2020a). É fato, somente com a Constituição Federal de 1988, a educação passou a ser concebida como direito público subjetivo, obrigatória e gratuita.

Convém registrar que a educação se vale de um princípio fundante em termos de ensino, e, com tal viés, tem-se garantida a educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; como também, educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, conforme previsto no artigo 208, da Constituição Federal, enquanto que, igualmente, será garantido o direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida, conforme dispõe o artigo 206, da Constituição Federal. (BRASIL, 2020a).

Também, a Constituição Federal confere competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de forma a proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação, conforme disposto no art. 23, inciso V, da CRFB, além de, legislar, de forma concorrential, sobre a educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação (art. 24, inciso IX, CRFB). Quanto aos Municípios, devem ser mantidas com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental (art. 30, inciso VI, CRFB, 2020a).

Por último, destacamos ainda, conforme consta da Constituição Federal, em seu artigo 227, que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, a educação (BRASIL, 2020a), no que foi seguida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em que, em seu artigo 4º, corrobora igual sentido⁵.

Já a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelece em seu art.2º: “A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo

desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) (BRASIL, 2020).

⁵ Lei nº 8.069/1990: Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2020c).

para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. (BRASIL, 2020d). Referida perspectiva dá conta de uma especial função da atuação do Estado e da família, às voltas com o que se pode chamar de cooperação, a dar conta de uma rede, que senão reconhecida formalmente, se faz concreta, por sua disposição nas relações humanas, o que se aproxima do conceito da categoria de fraternidade, na medida em que, Família e Estado, qual seja, de um lado o privado e, de outro, o público, dão as mãos em uma condição de horizontalidade para conferir garantias à educação.

De outro modo, Araújo e Cassini, a respeito dos aspectos conceituais da educação, referem que a mesma é proclamada, na esfera da prestação positiva do Estado, por meio dos conceitos de educação como serviço público, direito público e bem público, o que arremata uma discussão sobre a influência da atuação do Estado na garantia do direito à educação para todos (2017, p. 562).

Independentemente de qual (ou quais) o(s) aporte(s) trazido(s) para o mundo da educação, ao provocar a atuação do Estado para garantia dos direitos, a educação detém lugar destacado, em que pese restar evidente, há necessidade de razoáveis mecanismos que aproximem o Estado dos deveres constitucionais, de forma a garantir a todos iguais direitos, com iguais serviços. Esses serviços hão de ser prestados a todos, sem distinção.

Porém, colocar a questão, segundo o modelo discutido por Araújo e Cassini, tal qual valorar o público em detrimento da livre iniciativa, corresponde a tratar a educação como serviço público, e, dessa forma, a coloca sob os princípios do direito público, destinados a proteger direitos coletivos, concebidos como modo de concretização dos direitos fundamentais (2017, p. 573). A par de tais considerações, trata-se de uma reconfiguração do modo de atuação do Estado, o qual, no contexto deste estudo, há de estar em cooperação para firmar um selo de desenvolvimento.

Aliás, é significativo o que apontam ambas as autoras, ora referidas, no sentido de que, as conclusões indicam a necessidade de novos debates em duplo sentido: em torno dos conceitos de educação como direito, e, em torno dos modos de atuação do Estado, que influenciam a garantia desse direito, e os riscos de se reconhecer a educação como bem público. É preciso sem situar adequadamente do ponto de vista conceitual e de contexto.

A respeito da perspectiva econômica, inclusive do capital, e de seu impacto sobre a educação, Mészáros adverte que poucos negariam o vínculo entre os processos educacionais e sociais, de forma que, a reformulação da educação deve vir acompanhada da correspondente transformação social, em que as práticas educacionais necessitam cumprir suas históricas funções de mudança. (MÉSZÁROS, 2007, p. 196).

Em síntese, independentemente de seus aspectos conceituais, a concepção da educação tem sua gênese na atuação do Estado, no que, igualmente tem particular atuação da família e, não se pode escurar, também, na própria relação da sociedade, a dar conta de um tripé formativo e garantidor do processo educacional que é levado a termo com especial destaque pela própria escola.

Há razões para tanto e não se pode desprezar o processo das três, em desprestígio de quaisquer delas. A cultura, em relação à sociedade; o objetivo do Estado em garantir o acesso à educação; como também, a escola, na qualidade de implementadora do propósito educacional, são fontes inesgotáveis a marcar a gênese, o significado e o significante do conjunto educativo, o que leva a crer que a priorização da escolarização no seio doméstico, a não ser por razões especialíssimas e excepcionais, a dar conta de casos particulares, *sui generis* e únicos, pode desvirtuar o aprendizado, conforme a seguir será examinado.

3. A EDUCAÇÃO, A TECNOLOGIA E O ENCONTRO COM A FRATERNIDADE: um olhar para o futuro da “aldeia da educação”

No presente item, trata-se de examinar a educação quando submetida ao processo tecnológico e a carga deste, sobretudo, quando tomado em consideração com a fraternidade. Assim, para que essas temáticas possam ser submetidas entre si, ao sabor do problema deste estudo, lança-se mão da tecnologia, de forma que, a educação quando banhada da luz que a cooperação disposta em rede, dão ressignificado ao desenvolvimento educacional, exatamente porque pessoas, instituições, sociedade e Estado devem estar imbuídos da proteção, promoção e defesa a favor da educação de todos e para todos, uma “aldeia da educação” conforme indica o Papa Francisco em sua mensagem em prol do Pacto Educacional (2020).

Assim, o tema da fraternidade é traduzida neste, conforme aponta Cosseddu, como “os caminhos do jurista e o espaço da fraternidade” (2012, p. 158), qual seja, ainda na lição de Cosseddu, na tentativa de observar o direito (no caso deste, o direito à educação), não somente como sistema normativo, mas através das relações jurídicas que constituem seu objeto, que tem levado a reler na dimensão da relação aquele respeito pelas regras, que, em relação à legalidade, também conformam aquele respeito pelas normas e que contribui para a composição do tecido social nas mais diversas situações da vida. Assim, paralelamente, e por etapas sucessivas, foi traçado um horizonte possível: a fraternidade (2012, p. 158), a dar conta de um sólido vínculo comunitário.

De outro modo, segue importante compreender que, o ordenamento jurídico comporta um sistema de relações jurídicas, de forma que, tudo o que é jurídico – voltado à educação, em especial – compreende uma tradução “em fato de relação” – no caso, uma relação que se abre à tecnologia – enquanto que a individualidade e suas concepções não pode mesmo abarcar o ser jurídico. Referida compreensão dá azo à dinâmica fraterna nas esferas jurídicas, em especial, no caso deste estudo, uma educação que se faz firmada potencialmente em uma dimensão jurídico-fraterna – de direitos e de acesso à direitos.

Em mensagem do Santo Padre Francisco aberta para o mundo, sobre o “Lançamento do Pacto Educacional”, assim está referido:

O mundo contemporâneo está em constante transformação e é atravessado por múltiplas crises. Vivemos uma mudança de época: uma metamorfose não só cultural, mas também antropológica, que gera novas linguagens e descarta, sem discernimento, os paradigmas que a história nos transmitiu. A educação *esbarra na* chamada *rapidación*, que aprisiona a existência no vórtice da velocidade tecnológica e digital, mudando constantemente os pontos de referência. [...]

Qualquer mudança, porém, precisa de um caminho educacional que envolva a todos. Por isso é necessário construir uma “aldeia da educação” onde, na diversidade, se compartilhe o compromisso de gerar uma rede de relações humanas e abertas. Um provérbio africano diz que “para educar uma criança é necessária uma aldeia inteira”. Mas devemos construir esta aldeia como condição para educar. O terreno deve primeiro ser limpo de qualquer discriminação através da introdução da fraternidade [...].

Em tal aldeia é mais fácil encontrar a convergência global para uma educação que sabe ser portadora de uma aliança entre todos os componentes da pessoa: entre o estudo e a vida; entre gerações; entre professores, alunos, famílias e a sociedade civil com suas expressões intelectuais, científicas, artísticas, esportivas, políticas, empreendedoras e solidárias. Uma aliança entre os habitantes da Terra e a “casa comum”, à qual devemos cuidado e respeito. Uma aliança que gera paz, justiça e hospitalidade entre todos os povos da família humana e também o diálogo entre as religiões. (PAPA FRANCISCO, 2020).

Corroborando, o Papa Francisco (2020), em sua mensagem apontou três passos a dar, firmados em objetivos globais representativos do caminho comum da “aldeia da educação”, assim indicados:

i) *a coragem de colocar a pessoa no centro*. Por isso, deve ser assinado um pacto para dar alma aos processos educativos formais e informais, que não pode ignorar que tudo no mundo está intimamente ligado e é necessário encontrar - segundo uma antropologia sã - outras formas de entender a economia, a política, crescimento e progresso. Num caminho de ecologia integral, o valor de cada criatura é colocado no centro, em relação às pessoas e à realidade que a rodeia, e é proposto um estilo de vida que rejeita a cultura do descartável.

ii) *a coragem de investir as melhores energias* com criatividade e responsabilidade. A ação pró-ativa e confiante abre a educação para um

planejamento de longo prazo, que não fica preso nas condições estáticas. Teremos assim pessoas abertas, responsáveis, dispostas a encontrar tempo para a escuta, o diálogo e a reflexão, e capazes de construir um tecido de relações com as famílias, entre as gerações e também com as várias expressões da sociedade civil. para compor um novo humanismo.

iii) a *coragem de formar pessoas dispostas a se colocarem a serviço* da comunidade. O serviço é um pilar da cultura do encontro: «É inclinar-se sobre os necessitados e estender a mão, sem cálculos, sem medo, com ternura e compreensão, como Jesus se abaixou para lavar os pés dos apóstolos. Servir significa trabalhar ao lado dos mais necessitados, estabelecer com eles antes de tudo relações humanas, de proximidade, laços de solidariedade». No serviço, experimentamos que há mais alegria em dar do que em receber (cf. *Atos dos Apóstolos* 20,35). Nesta perspectiva, todas as instituições devem deixar-se questionar sobre os fins e os métodos com que realizam a sua missão formativa. (PAPA FRANCISCO, 2020).

Com efeito, levar a chave de leitura da educação em contraponto à tecnologia e à fraternidade, tem exatamente este condão: criar uma unidade entre relação fraterna e comunitária em face da ferramenta tecnológica, a favor da educação e de seus processos formativos e formadores, conclamando todos à participação no campo da educação, tendo em mente o futuro das gerações. Um pacto educativo que se faz transgeracional, a dar formulações e sentido à história da humanidade. É importante encontrar soluções, firmar alianças, no que, certamente a tecnologia tem muito a auxiliar – uma pronta resposta – que pode responder ao apelo de uma educação humanista fraterna. Depende, muito, da vocação humana. A máquina ainda não pode gerar o click, só pode responder ao comando. Esse comando cabe a cada um e a todos.

Quanto ao tema, propriamente dito, para ingressar nele, é importante discorrer sobre a apropriação das temáticas, e, de forma breve, o curso de suas histórias, culturas e políticas. Senão, veja-se.

O tema da educação, mesmo nestes dias onde a tecnologia está na ordem das ações cotidianas de toda a humanidade, tem despertado tamanha ênfase, a ocupar um largo espaço e recorrência fundamental. A crise mundial, para além das questões sanitárias geradas pela Covid-19, parece anunciada à razão de uma educação errônea, centrada em diferentes equívocos, sobretudo aqueles que, ao invés de oportunizar o espaço de aprendizado, de forma precoce, pode, por exemplo, expor ao trabalho, ao ostracismo, a negligência educativa e a negativa de direitos, a favor de quem deveria estar nos bancos escolares e em processos educacionais, recebendo a verdadeira educação.

Há um outro aspecto relativo à educação que demanda esclarecimento. Trata-se do binômio educação e desenvolvimento, na medida em que, neste estudo, pretende-se o estudo

daquela com base nessa, a dar conta de um aprendizado que se abre a novidade e à atualização dos tempos contemporâneos.

Lemos aponta que são várias as definições para o tema do desenvolvimento, tais como, o objetivo das sociedades capitalistas; processo social inserido nas lutas de dominação; mudança nas estruturas econômicas; conjunto de alterações nas relações e proporções internas do sistema econômico (2006, p. 132). Contudo, neste, o tema do desenvolvimento tem a ver com tais “requisitos”, porém, muito mais, tem a ver com a atualização das ferramentas e o acesso às medidas disruptivas como decorre com o fenômeno tecnológico, em especial, a sua incorporação a dar qualidade e possibilidade à educação em situações como aquelas que estão sendo demandadas na atualidade.

A título ilustrativo, tem-se que o “Acesso à internet cresce no Brasil, mas 28% dos domicílios não estão conectados” e ainda que, o número de usuários de internet no Brasil em 2019 tenha chegado a 134 milhões, ou 74% da população acima de 10 anos de idade, com 71% dos domicílios com acesso à rede, segundo a pesquisa TIC Domicílios, do Comitê Gestor da Internet (CGI.br), e que traduzido, implica que “Dos 47 milhões de brasileiros que não usam a internet, a maioria está nas áreas urbanas e pertence às classes DE (quase 26 milhões de pessoas). Em áreas rurais, são perto de 12 milhões”, conforme referido por Brigatto ao longo da matéria veiculada pela imprensa, (Valor Globo, 2020). Contudo, a despeito dessas informações, tais registros, não significam que o acesso à internet se faz mesmo presente a dar garantia e significado educacional e, nem tão pouco, pode-se afirmar que há o necessário suporte e ferramenta tecnológica nos lares brasileiros, a dar conta de atender uma demanda esperada dos processos educativos. Bem, por isso, a presença da tecnologia não conclui necessariamente por igual presença digital – o que, o como e o porquê necessitam de preciosos investimentos e adequados processos formativos - e, bem por isso, o crescimento tecnológico precisa ser recepcionado com o devido cuidado e atenção.

Mais, taxar a educação de inexatidão será dificultar o seu acesso em um retrocesso evidente, o que parece restar claro, na conjuntura atual, em que muitos podem estar sem inclusão tecnológica – pela falta de dispositivos ou do necessário conhecimento - e, portanto, pode restar prejudicado o acesso à educação, qual seja, em um mundo tecnológico, no caso de muitos países e mesmo no Brasil, em que o acesso à tecnologia não chega a muitos lares⁶, além

⁶ “Acesso à internet cresce no Brasil, mas 28% dos domicílios não estão conectados”. Conforme referido pelo Jornal Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/26/acesso-a-internet-cresce-no-brasil-mas-28percent-dos-domicilios-nao-estao-conectados.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2020. Contudo, a despeito da informação, tal registro,

da presença de muitas pessoas não alfabetizadas em termos digitais e “engessadas” pela falta de suporte tecnológico em casa, mais raro ainda, pode se dar em razão do pouco tempo disponível para ser o mediador da criança, corroborando o fato de que poucos são os que conseguem permanecer em uma situação onde o aprender e a aprendizagem faz parte do cotidiano e da realidade de vida. Significativo e curioso é o descontrole dessa situação.

Se por um lado temos certeza de que bebês e crianças seguem aprendendo, mas não sabemos ou não podemos medir o que aprendem, distintamente ocorre em uma escola, onde o aprendizado é datado, medido, quantificado, qualificado e certificado. Mas esse quadro é mais complexo quando levado à esfera doméstica, como está a ocorrer no momento atual, em que a pandemia da Covid-19, passa a ditar as regras, ou se constitui o próprio fundamento dessas regras.

A verdade é que as formas de educação permanecem ao longo dos tempos, sempre a consumir a crítica de alguns e a adoção de outros. Contudo, a educação que se faz centrada na ferramenta da tecnologia e afastada da questão central do humano pode mesmo restar comprometida – não por conta do saber em si, mas em razão do mais profundo significado que são retirados e apreendidos do relacionamento humano.

Disso decorre a importância de sedimentar assuntos práticos da seara escolar, presentes no dia a dia do mundo acadêmico, como a relação educador-educando, o nexo de inteligência e a educação, as perguntas fundamentais, os valores que necessitam ser depurados e aqueles que demandam construção – que são os que nos tocam em sentimento, fraternidade e aprendizado, a autoridade, enfim, diálogos que são feitos e necessários à cidadania, e que seguem sendo relevantes: seja em cada frase, em cada palavra, em oração e no próprio texto, se investiga a situação atual e se nos resta a descobrir outra forma de educar que possa orientar a forma de viver sem medo e sem coação, sem conflito e sem o estabelecimento primeiro do sofrimento, senão o próprio ato educativo.

Saltam aos olhos, o estágio, o letramento digital, a inserção profissional, o trabalho docente, a forma discente, a didática, a formação, a própria educação e o desenvolvimento profissional. Esses pontos, despertam para outros temas, tais como, a educação em direitos humanos e a apreensão da educação como direito; as questões econômicas sobre a educação e as escolas e suas realidades educacionais; o atual cenário da educação transformada em mercadoria e produto, ao invés de um exercício de cidadania voltado ao caráter pedagógico, ou um meio para a discussão e a crítica centrada na construção ou, mesmo, de um chamado feito

não significa que o acesso à internet confirma a presente do necessário suporte e ferramenta tecnológica em casa. Bem, por isso, a informação precisa ser vista com cuidado.

presente na “aldeia da educação” (PAPA FRANCISCO, 2020), a favorecer a participação da comunidade escolar no exercício da cidadania e no desenvolvimento da própria comunidade.

Um ponto que convém a indicação, consubstanciada pela dinâmica da tríplice participação, pode ser encontrada na Constituição Federal, em que em seu artigo 227, “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito [...] à educação”, a qual também, encontra-se corroborada pelo artigo 229, “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. (BRASIL, 2020). Esses preciosos fundamentos, nem sempre corroboram a favor de uma margem comum. Não falta aqueles que deles divergem e conclamam significados destituídos de sintonia com a tríplice função.

Aliás, de real pertinência e importância à compreensão do direito à educação, tem-se a decisão do STF⁷ que reconheceu a repercussão geral do tema, voltado ao ensino, ou educação no espaço domiciliar. Adiante-se que a indicação de trechos das decisões, não detém o condão da exaustividade, e não representam ou não formam um resumo de todos os julgados decorrentes do RE 888.815, do Rio Grande do Sul; tão somente, trechos selecionados, considerados importantes neste estudo para fins de apresentação do objeto e do problema em análise.

No julgado em testilha, pais pretendiam o ensino em relação à parte interessada na exclusiva esfera doméstica. A esse respeito, buscaram possível fundamento para o *homeschooling*, que também encontra-se recepcionada em diversas outras sinonímias, tais como, educação não-formal, educação domiciliar, ensino domiciliar, ensino em casa, educação escolar em casa, educação em casa, escola em casa, ensino doméstico; e, também, ainda em linguagem pátria, temáticas que lhes são pertinentes, assim referidas: direito à educação, autonomia educacional da família, liberdade de ensino, liberdade religiosa, limites à

⁷ Conste-se que, na tramitação do feito, o STF teve o cuidado de incluir o tema da educação domiciliar em seu Boletim de Jurisprudência Internacional, onde elencou 21 casos de ordem internacional, retirados das bases internacionais de jurisprudência, as quais pela brevidade não convém elenca-las, mas não custa o destaque: “O boletim de jurisprudência sobre *homeschooling* traz 21 casos, reunindo dados do STF, do Tribunal Europeu de Direitos do Homem e de Cortes de sete países (Alemanha, Bélgica, Croácia, Espanha, Estados Unidos, Holanda e Turquia). As informações incluídas em cada resumo foram retiradas do inteiro teor dos julgados, de bases internacionais de jurisprudência ou de publicações internacionais”. (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, 2018, p. 4), de forma que, segundo consta, “além das decisões específicas sobre educação domiciliar, incluiu-se também as decisões que se relacionam ao tema por interpretar e delimitar o alcance de tal direito” (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, 2018, p. 4).

intervenção do Estado, direito dos pais de educar os filhos conforme suas próprias convicções, para citar algumas denominações.

No referido julgado (RE 888.815 RG), está ponderado que “a controvérsia envolve a definição dos contornos da relação entre Estado e família na educação das crianças e adolescentes, bem como os limites da autonomia privada contra imposições estatais”. A decisão é de particular relevância, porque representativa da condução do “direito” à educação domiciliar, incluindo a interpretação, delimitação e o alcance de tal direito.

Nesse sentido, conforme consta, “Um dos principais argumentos usados para defender a prática do *homeschooling* tem sido o direito dos pais de assegurar a educação e o ensino dos filhos em conformidade com suas convicções religiosas e filosóficas” (STF, Boletim de Jurisprudência Internacional, 2018, p. 4).

No julgamento do RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815 - RIO GRANDE DO SUL, que teve como Relator o Ministro Roberto Barroso e como Redator do Acórdão o Ministro Alexandre de Moraes, em 12 de setembro de 2018, o STF, em Plenário, negou recurso que pretendia reconhecimento de direito ao ensino domiciliar, em que, o voto do ministro Alexandre de Moraes, foi seguido pela maioria, em que, em apertada síntese, concluiu no sentido de que a Constituição Federal não proíbe essa modalidade de ensino, mas ressaltou que sua implementação resta na dependência de lei a ser editada pelo Congresso Nacional.

Pela pertinência, anota-se a Ementa do julgado (STF, 2020):

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815 RIO GRANDE DO SUL
(12/09/2018 PLENÁRIO).

Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1.A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes

e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.

3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de unschooling radical (desescolarização radical), unschooling moderado (desescolarização moderada) e homeschooling puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão, avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

Assim, a questão não pode ser dita solucionada de modo definitivo, e a qualquer momento, pode se ver ressuscitada na qualidade de uma legislação, um projeto de lei, a dar tratamento diverso do que tem sido conduzido até o presente momento. No mais, a despeito das relações tecnológicas, potencializadas pela esfera tecnológicas, muitos hão de estar perguntando se já não é tempo da matéria ser submetida à luz de legislação.

Ocorre, a tese recepcionada pelo Tema, inscrito sob o número 822, sob o fundamento de que a Constituição Federal, de 1988, não prevê o direito ao ensino domiciliar, mas também, não o proíbe, e em tal razão, é no sentido de que não há o direito do interessado ou de sua família ao ensino domiciliar, persistindo a tríade da sociedade, da escola, e do Estado, em contrapartida à família, a compor “as quatro pernas da mesa educacional”.

Com tal viés, a escola foi mesmo recepcionada como espaço de debate, a compor o grande projeto político-pedagógico como meio para discussão de formação, de valores, crenças, necessidades e ressignificado e construção do próprio contexto social, verdadeiro contraponto para a construção de uma educação representativa e promotora dos direitos humanos, a qual agregada aos valores defendidos pela fraternidade – de revelação humano fraterna, contrapõe a um modelo educacional imposto ou estatuído por pequenos grupos ou pais ansiosos por um “melhor” para seus filhos, que pode não corresponder ao verdadeiro sentido da educação.

A tecnologia, longe de competir com esse processo de assunção dos quatro componentes - sociedade, da escola, e do Estado, em contrapartida à família – e, em desacordo com o ensino domiciliar puro, está a apontar caminhos possíveis para a transformação da realidade educacional, sem desconsiderar a importância da participação social e familiar nesse processo.

Se bem lembrado, na dinâmica dos dados, em relação à Lei Geral de Proteção de Dados, recentemente, objeto de votação quanto a sua vigência, há um longo caminho a percorrer na proteção dos direitos fundamentais – a escola, certamente será palco e deverá assumir elevado encargo na proteção desses direitos – os dados dos pequenos e na reformulação de consentimentos, na medida em que depositária de um grande Big Data de toda a população brasileira, formada nos bancos escolares, desde a mais tenra infância. Nesse aspecto, é importante advertir que os dados pessoais que hoje circulam nas redes escolares são a base da nova economia educacional e o combustível para os algoritmos da Inteligência Artificial, a Internet das Coisas e outras inovações tecnológicas, tendo os estudantes como sujeitos desses dados.

É fato, na medida em que cada vez mais, as decisões são tomadas a partir de sua coleta e análise, a escola incorporou nova função, além do ensino, e, em tal razão, lhe convém dupla função. Por um lado, lhe cabe também proteger direitos fundamentais de seus alunos, entre eles a privacidade de seus dados - verdadeira representação dos estudantes na esfera virtual. Por outro, também, poderá contribuir e auxiliar a definir as regras para uma “nova economia” de dados, que necessita de urgentes demandas de cunho tecnológicos e jurídicos.

Não há dúvida de que a missão da fraternidade nesse campo, mormente a sua estreita relação com temas como cooperação, relacionalidade, reciprocidade e redes, tem absoluta procedência com o desenvolvimento da educação.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS: notícias que vão

O estudo proposto foi assim distribuído, além da *introdução*, das *considerações finais* e das *referências*. Vejamos:

i) na primeira parte, um primeiro tópico apresentou a educação e sua condição substantiva. Todo o pensamento que se volta ao tema é um pensamento de conjunto, a constituir o fio condutor e o amálgama de seu legado, seu núcleo essencial, conceitual e original - a estrela luz da educação chega, servindo-se do ensino, da sabedoria, da condição de ser ciência e tornar-se celeiro e substantividade nas relações;

ii)na segunda parte, a educação foi examinada sob a perspectiva e encontro com a fraternidade, notadamente, de que forma a educação se faz em torno de dar um passo primeiro a favor do “outro”, obrigando a si mesmo a agir em prol do próximo, a desenvolver uma resposta de fraternidade que a exprime em autenticidade. É através desse encontro que se chega ao sinal, autêntica expressão do saber, a abrir um novo cenário, sinal dos tempos novos, que, suscita a resposta “do outro”, gerando a mais autêntica fraternidade;

O presente estudo, em síntese, aborda o legado da educação, em contraponto à tecnologia, tendo em perspectiva a condição de seu “olhar” para o futuro disposto na “aldeia da educação”, gerador da fundamentalidade de sua matriz aberta aos pactos e às gerações do futuro – verdadeiro auxílio transgeracional - a dar conta da história e da vida humana, em seu processo de desenvolvimento, de aptidões, sedimentadas em políticas e em direitos – inclusive os direitos humanos - e de programas educacionais fraternos e inclusivos.

Enfim, entendemos que a tecnologia deve estar a serviço da educação, a constituir-se como instrumento importante no processo de ensino-aprendizagem, sem o propósito de se colocar no lugar do professor, da criança, do adolescente e do jovem. A chamada (alerta) que muitas vezes recebemos ao entrar em determinadas plataformas: “não sou robô” deve nos inspirar sempre. De fato, somos seres humanos, devemos crescer em humanidade. As conquistas tecnológicas devem vir sempre ao encontro dessa imperiosa condição, a da dignidade pessoa humana, a qual, em hipótese alguma, deve ser mecanizada, instrumentalizada. Portanto, a fraternidade se situa como elemento de absoluta reflexão: somos humanos e não robôs.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gilda Cardoso de; CASSINI, Simone Alves. Contribuições para a defesa da escola pública como garantia do direito à educação: aportes conceituais para a compreensão da educação como serviço, direito e bem público. In: **Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos**. Brasília, v. 98, n. 250, p. 561-579, set./dez. 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A prática jurídica no domínio da proteção internacional dos direitos do homem (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, 35 n. 137, jan./mar. 1998, p. 91-117. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/335/r137-09.pdf?sequence=4>. Acesso em: 20 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 ago. 2020a.

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**, que promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 14 ago. 2020b.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 14 ago. 2020c.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 14 ago. 2020d.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 11 ago. 2020.

COSSEDDU, Adriana. L'orizzonte del diritto "luogo" delle relazioni. In: BAGGIO, Antonio Maria (collana diretta). **Caino e i suoi fratelli**: il fondamento relazionale nella politica e nel diritto. Roma-IT: Città Nuova Editrice, 2012, p. 132-181.

DELORS, Jacques. **Educação um tesouro a descobrir**. 9. ed. São Paulo: Cortez; Brasília-DF: MEC, UNESCO, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria e Práxis**: estudos de filosofia social. Tradução e apresentação Rúrion Melo. 1. ed., São Paulo: Editora Unesp, 2013.

Jornal Valor Econômico, Globo (2020). Acesso à Internet Cresce no Brasil, mas 28% dos domicílios não estão conectados. Gustavo Brigatto, Valor — São Paulo. 26/05/2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/26/acesso-a-internet-cresce-no-brasil-mas-28percent-dos-domicilios-nao-estao-conectados.ghtml>. Acesso em: 27 ago. 2020.

LEMONS, Ronaldo. Desenvolvimento. In: **Dicionário da Globalização**. ARNAUD, André Jean; JUNQUEIRA, Eliane Botelho (organizadores), 2006, p. 132-136.

MÉSZÁROS, István. **O desafio e o fardo do tempo histórico**: o socialismo no século XXI. Tradução de Ana Cotrim, Vera Cotrim. São Paulo: Boitempo, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. **Conheça os novos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU**. Publicado em 25/09/2015 e atualizado em 25/06/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca-os-novos-17-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel-da-onu/>. Acesso em: 13 ago. 2020.

PAPA FRANCISCO. Global Compact on Education. O Convite do Papa Francisco. Mensagem do Santo Padre para o lançamento do Pacto Educacional. Vaticano, 12 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.educationglobalcompact.org/it/invito-di-papa-francesco/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1946. Vol. 4. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947.

STF. **Boletim de Jurisprudência Internacional**. Supremo Tribunal Federal. Vol. 2. Brasília-DF, Março 2018, p. 4.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 888.815 - RIO GRANDE DO SUL**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Redator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339756257&ext=.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2020.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 888.815 RIO GRANDE DO SUL** (12/09/2018 PLENÁRIO). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE888815mAM.PDF>. Acesso em: 30 ago. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os Direitos da Criança - 30 anos: sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

CIDADANIA FRATERNA E DIREITO À EDUCAÇÃO: um debate necessário

Adelaide Elisabeth Cardoso Carvalho de França¹

Clara Cardoso Machado Jaborandy²

Sumário: 1. Introdução; 2. O significado do diálogo para a fraternidade; 3. Ressignificando a cidadania a partir da fraternidade; 4. Cidadania fraterna e a correlação com o dever/direito à educação; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A gênese de toda política pública para alcançar a certificação de legitimidade tem a sacralidade do homem como medida, pela qual impede que ele não seja prisioneiro de nenhuma cultura, ao tempo que permite a constante evolução do caráter humano.

Essa busca por avançados estágios evolutivos e padrões de convivência mais adequados com a própria natureza humana tem impulsionado o direito contemporâneo a uma necessária ampliação do conceito e do exercício da cidadania, para compreendê-la como multicultural e apta não apenas a coexistência dentro de um mesmo território político mas também que privilegie a cooperação e a colaboração.

Convém, assim, apropriar-se de alguns saberes que viabilizem a capacidade de viver em comunidade em meio às semelhanças e às diferenças, balizando os interesses individuais e as necessidades coletivas, aprimorando o agir fraterno, para além das fronteiras territoriais e das identidades culturais.

Nessa perspectiva, é possível verificar uma aproximação entre a teoria de Paulo Freire na pedagogia do oprimido (1987) quando desvela a cidadania como uma prática da responsabilidade que impõe precipuamente a busca pela práxis da co-culturalidade, possível no encontro de indivíduos que não se opõem, mas que se completam, permitindo, nesse encontro,

¹Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes. Graduada na Universidade Federal de Sergipe. Advogada da União. Email: adelaide.carvalhodefranca@gmail.com.

²Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduada em Direito público pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT e de cursos de graduação e pós-graduação da UNIT. Líder do Grupo de pesquisa Direitos Fundamentais, novos Direitos e evolução social. Advogada. Email: claracardosomachado@gmail.com.

a expansão das liberdades humanas como preceitua Amartya Sen (2018), no desabrochar pessoal e na associação de homens e mulheres de origens e culturas diversas.

Trata-se de uma resignificação da cidadania, para compreendê-la a partir de parâmetros da categoria jurídica da Fraternidade, para, assim, qualificá-la como forte, ativa, e, eminentemente, participativa, com o reconhecimento das minorias, da diversidade de interesses e ideias que as caracterizam.

Estabelecidas essas premissas propõe-se estabelecer um debate entre a cidadania qualificada pela Fraternidade e o direito à educação de forma capitulada em três tópicos nos quais se identificará o meio dialógico que pode ser observado no agir fraterno, considerando os fundamentos que define a fraternidade como categoria jurídica, política e filosófica. Será também destacado como o diálogo fraterno alçará a cidadania e a sua pretensão maior de garantir o pertencimento de todos e, por fim, como a cidadania fraterna poderá contribuir para a construção de agenda propositiva de forma a garantir a fruição e a concretização do direito à educação.

Para o desenvolvimento do estudo, foi realizada pesquisa do tipo qualitativa e exploratória, sendo a coleta de dados de natureza bibliográfica.

2. O SIGNIFICADO DO DIÁLOGO PARA A FRATERNIDADE

É assente que a Fraternidade se apresenta como um símbolo da Modernidade imprimindo desde então a ambição revolucionária que permeia os passos da humanidade em busca de transformações sociais, políticas e econômicas.

Essa “forma intensa de solidariedade”³ (PIZZOLATO, 2008) pressupõe que os sujeitos tenham entre si uma relação recíproca de compromisso de igual intensidade, determinando assim a possibilidade da identificação e do reconhecimento entre ambos.

Nessa perspectiva, há uma ineludível associação da Fraternidade com os deveres (MACHADO, 2016) que lhe são decorrentes e atribuíveis aos concidadãos, cabendo ao estado o papel subsidiário de “maestro e fiador” (PIZZOLATO, 2008) das múltiplas ações privadas que necessariamente devem ser voltadas ao reconhecimento da dignidade humana.

³ Fillipo Pizzolato (A Fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: **O Princípio esquecido: A Fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. BAGGIO, Antônio Maria (org.). tradução de Durval Coradas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008) conceitua a Fraternidade com uma espécie da solidariedade, daí a distinção entre intensa e não intensa. A Fraternidade seria a solidariedade intensa e horizontal, e a solidariedade propriamente dita seria a forma vertical e menos intensa.

À essa parametrização, Josiane Rose Petry Veronese (2016, p. 28) informa que a análise da categoria da Fraternidade deve extrapolar o espaço da lei para assumir, no mundo real, sua expressão paradigmática de eficácia plena.

Portanto, mais que uma construção teórica, de feição racionalista ou religiosa, a Fraternidade é primordialmente uma práxis edificada a partir de fundamentos que passam pela revelação da essência humana por meio das ações que podem ser estabelecidas entre seres humanos espelhados um no outro, e que são capazes de lhes distinguirem dos outros seres vivos.

Como preleciona Miguel Reale (1975, p. 192) a ideia de dignidade está longe de qualificar a existência humana. Ao contrário, associa-se a própria autoconsciência do homem como é e deve ser.

Ciente de si como ser humano é possível reconhecer no seu semelhante igual adjetivo e com ele se emparelhar de forma a estabelecer uma relação fraterna permeada por ações recíprocas de reconhecimento, rechaçando assim todas as formas de desrespeito.

Apenas com a Fraternidade, todos se reconhecem livres e iguais. Em sua ausência, desfaz-se o vínculo entre os indivíduos e a essência ética do Estado de direito, uma vez que as pessoas sem consciência de si não reconhecem os demais, tornando-os seres abstratos, invisíveis.

O agir fraterno, portanto, realiza-se por meio de uma interação dialógica, que não busca a homogeneidade de percepções ou verdades, mas o necessário consenso que viabilize essa interação. Não é apenas um nexos ou mera articulação, mas um meio em que ambos indivíduos estão dispostos a transformar-se, produzindo assim um novo espaço de colaboração.

Luiz Fernando Barzotto (2018, p.44-45) pondera que a diversidade que caracteriza a sociedade determina a pluralidade de visões de mundo e a verdade sobre ela advém da prática dialógica, que pressupõe a análise e crítica de cada uma delas. E assevera que:

Se a Fraternidade consiste em agir com o outro e para o outro, o consenso pode ser definido com alcançar a verdade com o outro, e para o outro em um diálogo entre livres e iguais. O consenso expressa um acordo, isto é, exclui a imposição. De outro lado, ele possui natureza racional, isto é, as opiniões e crenças que forma seu conteúdo devem ser verdadeiras e justificadas.
[...] O consenso é assim, a manifestação da Fraternidade no âmbito da verdade: é o 'estar juntos na verdade'. A Fraternidade do consenso se manifesta no respeito à liberdade dos participantes do diálogo, na sua relação de reciprocidade e na comunidade que formam quando partilham a verdade.

A todos os envolvidos é exigido que se despojem de pretensões de autossuficiência que leva, inexoravelmente, à dominação dos mais vulneráveis, numa mera justaposição e apropriação de verdades antagonicamente inférteis. Há que ser oportunizado um encontro criativo em prol do bem comum de forma inclusiva e cooperativa. Incluso, na medida que

não deve suprimir nenhuma verdade, deve buscar a interação ampla dos indivíduos em suas assimetrias culturais, sociais, econômicas. E, cooperativo, quando impõe a todos os envolvidos o desafio de alcançar o mútuo entendimento por meio de partilha de interesses e aspirar a encontrar soluções que favoreça a todos.

O diálogo fraterno como processo de construção de verdades consensualmente consolidadas pode utilizar ferramentas próprias da pedagogia freiriana, que pressupõe o encontro de falas, gera a vida em comum e entendimento entre seres diversos. Com efeito, a dialogicidade consiste em um dos eixos fundamentais do trabalho de Paulo Freire (1987, p. 45) como prenuncia:

O diálogo é este encontro dos homens, mediatizados pelo mundo, para pronunciá-lo, não se esgotando, portanto, na relação eu-tu. Esta é a razão por que não é possível o diálogo entre os que querem a pronúncia do mundo e os que não querem; entre os que negam aos demais o direito de dizer a palavra e os que se acham negados deste direito.

Comprometida com o mundo, com o Outro e com a possibilidade transformação por meio do amor, fé, humildade, esperança e criticidade a Pedagogia do Oprimido de Paulo Freire (1987, p. 46) se opõe à relação hierarquizada entre professor e aluno que, ironicamente, atribui como sendo uma concepção bancária.

Ao fundar-se no amor, na humildade, na fé nos homens, o diálogo se faz uma relação horizontal, em que a confiança de um polo no outro é consequência óbvia. Seria uma contradição se, amoroso, humilde e cheio de fé, o diálogo não provocasse este clima de confiança entre seus sujeitos. Por isto inexistente esta confiança na antidialogicidade da concepção “bancária” da educação.

É o amor que possibilita o reconhecimento da historicidade de cada um, os processos de luta desenvolvidos. Mas também a fé nas pessoas com sua capacidade de contribuir pra a transformação do grupo e de si mesmo, a qual exige de cada um uma postura humilde, posto que sabedora da incompletude de si, cede espaço ao Outro pra que juntos possam “ser mais”.

Ademais, a confiança apresenta-se como elemento essencial para que o diálogo seja verdadeiro e libertador. Assim como o pensamento crítico que impulsiona a troca de experiência um processo de concretização de uma sociedade mais justa e igualitária. E, por fim, a esperança, como elemento propulsor para o futuro. Uma compreensão de que a mudança se apresenta como uma possibilidade viável para conglobar as diversas perspectivas e formas históricas das pessoas com objetivo de transformação social, dissipando a dicotomia até então existente que impunha a divisão entre opressores e oprimidos.

Esses elementos também espelham diálogo fraterno com aptidão a se tornar uma práxis, que Paulo Freire (1987, p. 44) denomina como sendo a “Pronúncia do Mundo”.

Quando tentamos um adentramento no diálogo, como fenômeno humano, se nos revela algo que já poderemos dizer ser ele mesmo: a palavra. Mas, ao encontrarmos a *palavra*, na análise do diálogo, como algo mais que um meio para que ele se faça, se nos impõe buscar, também, seus elementos constitutivos. [...] Não há palavra verdadeira que não seja práxis. Daí, que dizer a palavra verdadeira seja transformar o mundo.

Nesse mesmo sentido Osvaldo Barreneche (2010, p. 20) esclarece que a fraternidade deve ser verificada na prática convertendo-se em experiência vivida. Para o autor: *“Es, en este sentido, el abanico de combinaciones cromáticas que atraviesan el prisma; es la pantalla que nos permite ver el resultado de todas esas proyecciones de luz. Sin ella, todo el efecto prismático se desvanece en el infinito de la teoría y la especulación intelectual estéril”*.

Não se pode negar que a correspondência da “palavra” com a práxis é um caminho tortuoso. Os óbices ditados pelos interesses egoístas que na Modernidade moldaram o homem despolitizado e espoliado de seus meios de produção e, na pós-Modernidade, imerso num individualismo sem limites de uma sociedade pautada no consumo, são antes de tudo a razão de ser desses ideais revolucionários. Tem-se aí a antítese a ser superada.

Assim, como não é possível ignorar que a igualdade e a liberdade passam pelos mesmo percalços sem que ninguém possa racionalmente negá-los como um direito fundamental, irrenunciável, que impõe a todos o dever de respeitar e proteger, não se deve negar à Fraternidade a resiliência que é conferida aos outros ideais.

É necessário, portanto, repensar a postura dos indivíduos em comunidade para incutir a ação responsiva, dialógica e fraterna. Menelick de Carvalho Netto (2003, p.87) assinala que o paradigma do Estado Social destruiu a própria ideia de cidadania na medida em que a materialização da liberdade e da igualdade por via da tutela estatal de um povo imaturo gerou, no máximo, “clientes paternalizados e manipulados, nunca cidadãos”.

Sandra Regina Martini (2006, p. 119-134) acentua que é necessário “um modelo de direito que abandona os confins fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de cosmopolitismo, para uma nova forma de co-divisão, de compartilhamento”, deixando de lado a cultura do confronto e da violência, buscando tornar o princípio da fraternidade cada vez mais presente em todas relações humanas, especialmente para a edificação de uma cidadania legitimamente por ele qualificada, aqui denominada de cidadania fraterna.

3. RESSIGNIFICANDO A CIDADANIA A PARTIR DA FRATERNIDADE

É consabido que a discussão sobre cidadania apresenta-se complexa, especialmente porque está definida pelo momento histórico em que está inserida e longe de corresponder aos signos de liberdade e participação, uma vez que as preexistências destes não determina a inexistência de problemas sociais.

A cidadania se desenvolveu dentro do fenômeno histórico do estado-nação, remontando a data da Revolução Francesa em 1789, quando a luta por direitos se circunscrevia às fronteiras geográficas e políticas definidas (CARVALHO, 2019). A cidadania emerge assim da lealdade ao Estado e a identificação da nação até os tempos atuais diretamente relacionada às cartas constitucionais que consagram efetivamente os direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade perante a lei (direitos civis), bem como o de votar e de ser votado, e de participar (direitos políticos) associados ainda aos direitos sociais.

Em seu estudo clássico “Cidadania, Classe Social e Status” Marshall (1967, p. 63-64) divide o conceito de cidadania em três elementos: elemento civil (séc. XVIII – direitos civis), elemento político (sec. XIX – direitos políticos) e elemento social (séc. XX – direitos sociais).

O elemento civil é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual. Isto nos mostra que as instituições mais intimamente associadas com os direitos civis são os tribunais de justiça.

Por elemento político se deve entender o direito de participar no exercício do poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e conselhos do Governo local.

O elemento social se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais.

Manoel Jorge e Silva Neto pontua que, no Estado Democrático de Direito, a cidadania deve ser compreendida, no sentido estrito, como conceito jurídico tradicional de exercício do direito político ativo e, no sentido amplo, para garantir às pessoas direitos fundamentais (cidadania em sentido amplo). Nas palavras de Silva Neto (2013, p. 313-314): “consagrar-se o fundamento à cidadania em sentido amplo é vincular o Estado à obrigação de

destinar aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, mui especialmente aqueles relacionados aos direitos sociais”.

A noção de cidadania em sentido amplo e a compreensão de Cidadania a partir dos elementos civil, político e social são aqui revisitadas para incluir o elemento fraternidade. Ao tratar da temática, Clara Machado (2017, p.154) assevera que “a cidadania fraterna, além de perfilhar a garantia de direitos fundamentais, reconhece deveres dos indivíduos em comunidade para além das fronteiras geográficas, ideológicas, raciais e culturais”. Cidadania pode ser compreendida como “[...] o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres” (TORRES, 2006, p.126)

Não se pode olvidar que a internacionalização do sistema capitalista dos últimos séculos impulsionada pelos avanços tecnológicos e o surgimento de blocos econômicos transnacionais têm causado uma redução do poder dos Estados e diminuído significativamente as identidades nacionais existentes, com reflexos diretos no exercício da cidadania, em âmbito local, dando azo à amplificação de sua análise para além das fronteiras de um único Estado. Surge então a cidadania sob o aspecto cosmopolita. Eligio Resta (2004, p.135-136) destaca esse inexorável caminho quando se consagra a dignidade da pessoa humana como um valor/direito/dever jurídico a ser perseguido por todas as Nações:

Trata-se, enfim, de um modelo de direito que abandona o confinamento da cidadania e olha para a forma nova de cosmopolitismo que não são os mercados, mas a obrigatoriedade universalista de respeitar os direitos humanos vai impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais, ou dos poderes informais que, ‘a sua sombra, governam e decidem. Fala-se, então, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de esperas cognitivas e não de arrogâncias normativas.

A cidadania global ou planetária advém do reconhecimento de uma visão unificadora do planeta e da necessidade/dever de preservação da espécie humana fulcrada na ideia de que como sujeitos políticos, as ações que denotam a racionalidade humana devem se pautar pelo pertencimento e participação no presente e no futuro da humanidade. A cidadania planetária percebe a Terra como um território comum e os seres humanos como uma comunidade revelada, carente de um código normativo que impulse o desenvolvimento sem comprometer a sobrevivência do e no planeta.

Ao tratar do espaço de constituição da cidadania Ferreira (1998) destaca que muitos atores buscam o diálogo, a complementariedade e a cooperação ressaltando a necessidade de novas estratégias e novas metáforas de organização de um projeto político para a sociedade planetária.

Sem dúvida a cidadania planetária não se efetiva imediatamente, mas se realiza por meio de amplitudes regionais definidas, pela situação política e econômica, de cultura e de etnia a partir de ações concretas de pessoas, grupos e de movimentos regionais ou mesmo da união de diversos grupos que permitam a amplificação dos objetivos comuns. Mas, acima de qualquer característica, a cidadania planetária se realiza de forma coletiva com a criação e recriação de situações locais a partir de redes de mudança, tendo como metodologia fundante o diálogo.

Nessa perspectiva, resgata-se o potencial dialógico da Fraternidade para agregá-lo à cidadania na persecução do bem comum, por instituições mais justas e para que a vida, na sua acepção mais ampla, seja preservada.

Permeada de uma pretensão de universalidade a Fraternidade assume um papel de vetor nitidamente político, jurídico e relacional que enfatiza a inclusão e a convivência comunitária, a responsabilidade com o Outro e suas referências valorativas.

A partir do diálogo fraterno é possível alçar a cidadania à sua pretensão cosmopolita e multicultural com a busca do reconhecimento de minorias e a efetivação de uma convivência jurídico-social harmônica entre grupos étnicos e sociais diferentes que caracterizam as sociedades contemporâneas.

Atento a isto Kymlicka (1996, p. 153) observa que a proteção dos direitos das minorias não significa tão somente acabar com a desigualdade que as ronda e propiciar a equalização de todos. É muito mais que isso: é assegurar que os indivíduos preservem suas características identitárias sem comprometer as oportunidades de viver e trabalhar com os demais indivíduos que fazem parte do grupo majoritário. Em outras palavras, sob a ótica do multiculturalismo crítico, não se postula a promoção de guetos culturais, mas busca de pontos de contato, de capacidade de tradução entre as “identidades de fronteira” para a transformação das relações assimétricas de poder (SILVA, 1995).

É de se ver que as tensões existentes no mundo caracterizado pela diversidade tornam essa convivência pacífica apenas quando superada a experiência individualista que prima pela lógica amigo-inimigo presente em todas as situações de conflito e que impede a quem se encontre em uma situação de desvantagem, ascender a uma situação de igualdade, liberdade e satisfação de suas necessidades básicas (WARAT, 2004, p. 114)

Nesse sentir, na relação negativa construída com o Outro, que é visto como não eu, diferente de mim, destaca Fabiana Marion Spengler (2015, p. 387) que:

[...] é preciso reconhecer a importância de um Direito cosmopolita que se preocupe das questões ecológicas, questões de guerra e de paz, que busque um desenvolvimento humano universal, ou seja, que defenda questões que passam

sobre as fronteiras dos Estados e necessariamente superem a lógica meramente individualista, a lógica do interesse pessoal, de grupo, de classe ou de etnia. Essa proposta supera a lógica do “pertencimento” para proteger a lógica do “humano”, do “estar com o outro” e não “contra o outro”.

Ainda que se reconheça a importância da relação dialética entre a subjetividade e a alteridade para a construção da identidade, ela não necessita ser negativa, considerando que a condição humana é um traço comum entre o Eu e o Outro, carentes ambos das mesmas necessidades básicas.

O diálogo qualificado pela Fraternidade se traduz num instrumento de regulação dos espaços coletivos para a construção democrática promotora de uma cultura mais igualitária apta a curar as “feridas” do corpo social como enfatiza Maria Helena F. Fonseca Faller (2016) e que elege a ampla participação política do cidadão como meio terapêutico.

Maria Helena F. Fonseca Faller (2016) é assertiva quando destaca também que a recolocação da Fraternidade no espaço público determinaria a releitura da democracia constitucional a partir da imperiosidade da participação popular decorrente do compromisso com os direitos dos outros e da compreensão do que “impõe o outro a viver e lutar”, ao invés da estagnada defesa de interesses individuais.

Participar ativamente nesse viés consiste em um pressuposto da vida social democrática que é inerente a todo cidadão que se determina em contribuir para alteração do poder e da mudança das relações de domínio para que a comunidade que o compreende seja composta de outros sujeitos ativos.

Seria assim a feição forte da participação que garante a aproximação da Fraternidade, segundo Antonio Maria Baggio (2009), quando se refere ao processo de deliberação intersubjetiva por meio da qual o cidadão percebe a sua comunidade como fortemente importante para a definição de sua identidade, determinando a agir para além do que está legalmente obrigado. Pauta-se pelas virtudes éticas na consecução do compromisso com os demais e com o espaço público.

Defende-se assim que a construção de uma agenda política para envolver todos como responsáveis pelas demandas e desígnios da comunidade humana, consolidando-se o pertencimento recíproco.

É importante que se enfatize que nessa construção todos os espaços devem ser considerados como válidos para o diálogo fraterno para edificação de projeto paradigmático para a cidadania, entre os quais há que se destacar a escola com espaço público adequado para o desenvolvimento desse projeto.

A cidadania ressignificada pela fraternidade viabiliza a efetivação de inúmeros direitos ao reconstruir o sentido da participação do indivíduo no Estado Constitucional. Na percepção de Clara Machado (2017) a cidadania fraterna, ao delinear deveres de participação ativa do cidadão, desperta a consciência de pertencimento do indivíduo ao Estado.

Para o alcance e concretização dessa cidadania fraterna a educação revela-se como a melhor forma de conscientizar e de conferir autonomia para os indivíduos contribuindo para a superação das desigualdades, para o desenvolvimento da personalidade, para a compreensão mútua, para o senso de responsabilidade e para a participação política.

4. CIDADANIA FRATERNA E A CORRELAÇÃO COM O DEVER/DIREITO À EDUCAÇÃO

A educação é direito humano reconhecido no art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU, 1948) ao enunciar que “Todo ser humano tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, ao menos nos estágios elementar e fundamental. A educação elementar deve ser compulsória”. Em pesquisa⁴ às Constituições do mundo constatou-se que 194 constituições trazem o direito à educação em seus textos.

Previsto no art.6º da Constituição brasileira como direito social (BRASIL, 1988), a educação é o principal viabiliza a concretização da cidadania em todas as suas formas e concepções. A Constituição de 1988 elevou a educação à categoria de direito público e, para a criança e o adolescente, direito público subjetivo (art. 208, § 1º, CF), razão pela qual Estado e sociedade devem buscar sua efetividade na máxima medida possível de acordo com as realidades fáticas e jurídicas existentes. Thomas Humphrey Marshall (1967, p. 73) destaca a correlação entre educação e cidadania:

A educação das crianças está diretamente relacionada com a cidadania, e, quando o Estado garante que todas as crianças serão educadas, este tem em mente sem sombra de dúvida, as exigências e a natureza da cidadania. Está tentando estimular o desenvolvimento de cidadãos em formação. O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como o direito da criança frequentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. (...) A educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil.

⁴ Pesquisa realizada no site <https://www.constituteproject.org/>. Acesso em 16 jul 2020.

No Brasil esta correlação está expressa no art. 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) ao asseverar que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Da forma como exposta pelo legislador constituinte, a educação assume uma dimensão estruturante da cidadania, sendo fulcral no processo de participação política do indivíduo bem como na exigência de seus direitos e no cumprimento de seus deveres.

Com efeito, a educação é responsável pela formação da personalidade do indivíduo e influencia diretamente no modo de pensar e agir de uma sociedade, revelando-se como verdadeira prática emancipatória que viabiliza a construção de uma sociedade livre, igualitária e fraterna (MACHADO, 2017). No despertar o senso crítico dos cidadãos em relação ao contexto social e a inserção dos mesmos em sociedade⁵, possibilitando a redução das desigualdades, igualando o status dos indivíduos (MARSHAL, 1967) .

Sem o direito social à educação o indivíduo não é capaz de exigir e exercer direitos civis, políticos, econômicos e sociais, prejudicando, sobremaneira, sua inserção social. Vislumbra-se assim a interdependência entre direitos civis e políticos e direitos sociais. Na percepção de Jorge Werthein (2006, p.153) “a educação elimina a divisão entre direitos civis e políticos e apaga a divisão entre direitos econômicos, sociais e culturais”.

A formação, nesta perspectiva, é dever de todos, nos termos do art. 205 da CRFB e dos arts. 1º e 2º da lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/1996):

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de **solidariedade humana**, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu **preparo para o exercício da cidadania** e sua qualificação para o trabalho. (grifo nosso)

É possível observar que o legislador destacou que a equalização de uma sociedade por meio da educação decorre naturalmente da soma de esforços de todos em prol desse objetivo

⁵ No mesmo sentido é a percepção de Gomes (2009, p. 51): “A efetividade do direito humano à educação de qualidade e para todos é o caminho para promover o valor da dignidade da pessoa humana e garantir maior igualdade, liberdade, justiça e paz social, pois a educação permeia os campos da ética, da cultura, da filosofia, da religião, da sociologia e do direito na transmissão de valores humanos. [...] Deve ser assumida como prioridade universal, [...] de modo a habilitar o cidadão a exercer seus direitos humanos universais e usufruir melhores condições de vida digna”.

comum. Há assim um chamado ao exercício da cidadania fraterna da qual deflui a co-responsabilidade pelo destino do outro e de todos.

Para que a cidadania fraterna seja concretizada é mister que os processos educativos contribuam para a formação de uma sociedade promotora de práticas democráticas, e estejam alicerçados na realidade histórico-cultural do país em que está inserida, sem descuidar da necessidade da convivência pacífica e respeitosa com as minorias.

Distante de uma concepção reducionista da cidadania onde estaria acentuado “a preparação da criança para o convívio social harmônico”, a Fraternidade agrega criticidade à proposta educacional de modo que possa contribuir para um projeto realmente emancipatório que tome como eixos de atuação a promoção de políticas de universalização da educação básica de qualidade, a adoção de um sistema educacional plural que acolha a diversidade de ideais e que admita a participação da comunidade na construção do saber.

No primeiro eixo, a cidadania fraterna, no contexto nacional, não deve descurar da responsabilidade de buscar alternativas que rompam com a realidade atual que conta com 11 milhões de pessoas analfabetas, das quais 56% (ou 6,2 milhões) vivem no Nordeste segundo recente relatório apresentado pelo PNAD 2019 (IBGE, 2020). Trata-se de um projeto não apenas com foco em novas gerações de cidadãos, mas também na promoção do resgate de pessoas que estiveram ao longo de sua história alijadas de contribuir, pela limitação a que estão submetidas, para transformar de forma significativa a sua comunidade.

Nesse projeto de universalização de ensino é preciso também que estejam associada a busca por um funcionamento adequado das instituições de ensino públicas, espelhado em instalações acolhedoras, confortáveis e equipadas com material didático apto a atrair o interesse do aluno e incrementar o conhecimento.

Nessa perspectiva, é necessário também ampliar os “territórios educativos”, como preceitua Teresa Vasconcelos (2007, p. 115) para compreender aqueles além das escolas, mas também todos os outros onde sejam possível a partilha do conhecimento e a promoção do indivíduo, tais como espaços comunitários.

No segundo eixo de atuação, a cidadania fraterna deve ser promotora de um projeto educacional democrático verdadeiramente plural, tal como concebido pelo legislador constituinte (art. 205) assegurando a todos os participantes o exercício pleno de sua liberdade de expressão que viabilize a proteção da identidade como um valor caro para dignidade humana.

Amplia-se nesse viés a rejeição de estereótipos de gênero, raça, de cultura de forma que se possa organizar o espaço de convivência a partir de uma postura oposta, qual seja: a

valorização das diferenças como método para a compreensão da complexidade do gênero humano.

Edgar Morin (2000, p. 104) afirma que:

A compreensão é ao mesmo tempo meio e fim da comunicação humana. O planeta necessita, em todos os sentidos, de compreensões múltiplas. Dada a importância da educação para a compreensão, em todos os níveis educativos e em todas as idades, o desenvolvimento da compreensão necessita de reforma planetária das mentalidades, esta deve ser a tarefa da educação no futuro.

Também nesse sentido Henri Giroux (1999) ao discorrer sobre a “pedagogia de fronteira” lança o compromisso de inclusão da política de diferença no processo educativo, visando proporcionar a todos os envolvidos – professores e alunos – repensar as relações entre o centro e a margem do poder em que Outro por mais distante que esteja não deve aparecer como ameaça, mas como um recurso para o desenvolvimento do meio social.

E por fim o terceiro eixo de atuação deverá ter em consideração a necessidade de um projeto educacional participativo que envolva toda a comunidade que está direta ou indiretamente relacionada com a unidade de ensino, realçando em todos o sentimento de pertencimento e cooperação na busca não apenas na apropriação do conhecimento, mas também na sua capacidade de promover transformações sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de convivência em comunidade tem sido ao longo do tempo aperfeiçoado com a introdução de saberes que além de consagrar a dignidade humana como um valor irrenunciável, tem se valido do agir fraterno pautado no diálogo e na cooperação, e de um olhar multicultural que envolva a proteção ao meio ambiente, a qualidade de vida, o respeito às diferenças, e cuidado com o outro num contexto humanístico e plural.

A Fraternidade assume assim o seu papel de qualificar a cidadania, a partir de seu potencial dialógico, redefinindo o bem comum para alcançar instituições mais justas e a preservação da vida na sua acepção mais ampla. Para tanto, demonstrou-se que a concretização de cidadania fraterna pressupõe que os processos educativos contribuam para a promoção de práticas democráticas alicerçadas na realidade histórico-cultural da comunidade e na prática de uma convivência pacífica e respeitosa com as minorias.

Trata-se da humanização do processo educativo para alcançar a libertação autêntica e a formação de cidadãos “inteiros” que percebem a si mesmo como sujeitos de direito e deveres

para com a sua comunidade. Que percebe a realidade a partir de espírito crítico, que o impulsiona a transformar as situações de violência, preconceito e degradação humana.

Sob esse aspecto a pedagogia voltada para o diálogo, como preconizado por Paulo Freire (1987) a fim de incentivar o aluno no processo de reconhecimento do outro e na ação fraterna, deve ser reconhecida como um caminho a ser seguido. Desta maneira deve-se afastar da domesticação que revela a ação pedagógica alienadora que não se preocupa com a conscientização do indivíduo, para alcançar a libertação autêntica que faz parte do processo de humanização.

Nessa perspectiva, a cidadania fraterna persegue uma proposta educacional de vertente emancipatória, para formação de cidadãos ativos tomando como eixos de atuação a promoção de políticas de universalização da educação básica de qualidade, a adoção de um sistema educacional plural que acolha a diversidade de ideais e que admita a participação da comunidade na construção do saber.

6. REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria. A inteligência fraterna. A Democracia e participação na era dos fragmentos. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.) **O Princípio Esquecido/2**. Exigências, recursos e definições da Fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009

BARRENECHE, Osvaldo. (Comp) **Estudios Recientes sobre fraternidad**. *De la enunciacion como principio a la condolidación como perspectiva*. Buenos Aires: Ciudad Nuev, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. Sociedade Fraterna. In: BARZOTTO, Luis Fernando; MÜLLER, Felipe de Matos; COLPO, Luciana Dessanti e BARZOTTO, Luciane Cardoso. (orgs.) **Direito e Fraternidade**: outras questões. Porto Alegre: Sapiens, 2018.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CARVALHO NETTO, Menelick. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 88, p. 81-108, 2003.

FALLER, Maria Helena F. Fonseca Faller. A concepção de Fraternidade em Emmanuel Lévinas: a ética da alteridade com fundamento da existência política. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi de; MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira (orgs.) **O Direito no século XXI**. O que a Fraternidade tem a dizer. Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis: Insular, 2016, p. 110

FERREIRA, Leila da Costa. **A questão ambiental: sustentabilidade e políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 1998.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 17 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1987.

GIROUX, Henry A.. **Cruzando as fronteiras do discurso educativo**. Porto Alegre: Artmed, 1999.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Direito humano à educação e políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2009.

IBGE. **Conheça o Brasil – População – Educação**. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18317-educacao.html>. Acesso em: 10 ago 2020

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Uma teoria liberal de los derechos de las minorias. Barcelona: Paidós, 1996.

MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe sociale status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MARTINI, Sandra Regina. *Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita*. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez, Bauru, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069559.pdf> Acesso em: 04 ago 2020

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à Educação do futuro**. São Paulo: Ed. Cortez, 2000.

PIZZOLATO, Filippo. A Fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: **O Princípio esquecido: A Fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. BAGGIO, Antônio Maria (org.). tradução de Durval Coradas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 192.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Trad Sandra Regina Martini Vial (coord.). Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004, p.135-136.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

SILVA, T. T.da. “*Os Novos mapas Culturais e o Lugar do Currículo Numa Paisagem Pós-Moderna*”. In: **O Currículo E Os Novos Mapas Políticos E Culturais**. T. T. da Silva & A.F. Moreira (orgs). Vozes, Petrópolis, 1995.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013

SPENGLER, Fabiana Marion. A Fraternidade Como Base Política da Mediação de Conflitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 371-397, jan./abr. Itajaí, 2015. Disponível em: siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/7207/4103. Acesso em: 09 jul 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. *Cidadania*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126.

VASCONCELOS, Teresa. A importância da Educação na construção da cidadania. In: **Saber (e) Educar**. Vol. 12, 2007. Disponível em: http://repositorio.esepf.pt/bitstream/20.500.11796/714/2/SeE12A_ImportanciaTereIm.pdf. Acesso em: 08 ago. 2020.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O Direito no século XXI: o que a Fraternidade tem a dizer. In: **O Direito no século XXI**. O que a Fraternidade tem a dizer. Estudos desenvolvidos no programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Josiane Rose Petry Veronese, Olga Maria Boschi Aguiar Oliveira, Sérgio Ricardo Ferreira Mota (orgs.). Florianópolis: Insular. 2016, p. 28.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o desafio do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2004.

WERTHEIN, Jorge. O direito à educação como direito público: implicações para o livro e a leitura. *Revista Iberoamericana de Educación*, n.º 42, p. 153-157, 2006.

FRATERNIDADE E DIREITOS HUMANOS: DESAFIOS DA EDUCAÇÃO HUMANIZADORA

André Viana Custódio¹

Jadir Zaro²

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito a uma educação humanizadora; 3. Os desafios para a educação humanizadora; 4. Uma pedagogia humanizadora e fraterna; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A educação como um processo formativo tem seu espaço pré-estabelecido na gestão governamental, nas políticas públicas e até mesmo na organização de grupos sociais. Percebe-se que cada povo, no seu contexto e da sua forma, tentou utilizar métodos e técnicas apropriadas e ao seu alcance, para formar e desenvolver os seus membros.

A organização do Estado brasileiro se moldurou na mesma perspectiva, entre uma formação que se destinava a atender a população em seu local, respeitando a sua cultura ou aquela que tentava se implantar institucionalmente, oferecendo condições para que os centros urbanos e universitários, se tornassem referenciais de aprendizagem.

Ao formar o cidadão intelectual e profissionalmente, a educação também precisa humanizá-lo, conduzi-lo para a realização pessoal e coletiva, percebendo o contexto específico e geral que lhe permeia. Ao analisar o contexto social contemporâneo, percebe-se fragilidades educacionais e pedagógicas, conduzindo a diversos questionamentos, dos quais destaca-se o seguinte: acreditando e sendo a educação uma ferramenta transformadora da sociedade, que conteúdos, métodos e técnicas deveriam ser apresentados, para que ela pudesse melhor conduzir ações pedagógicas, em vista de uma sociedade mais fraterna e humanizada?

O questionamento proposto se fundamenta na percepção de que os direitos humanos e a dignidade humana perpassam todos os setores e institutos de um Estado, sendo a educação

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina com Pós-doutorado na Universidade de Sevilha/Espanha, Coordenador Adjunto e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, Coordenador do Grupo de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens, Líder do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (UNISC). andreviana.sc@gmail.com

² Doutorando em Direito (UNISC). Mestre em Direito (UNISC). Graduado: Direito (UCDB), Filosofia (UNIFRA) e Teologia (FAPAS). Diretor da Faculdade Palotina e Integrante do Grupo de Estudos “Direitos Humanos de Crianças, Adolescente e Jovens” (GRUPECA/UNISC). jadirzaro@pallottipoa.com.br

uma das essenciais para a sua efetivação. Objetiva-se, portanto, analisar os instrumentos e os conteúdos que deveriam fazer parte da educação e do processo formativo, a fim de que ela, a partir de uma pedagogia humanizadora, favorecesse a constituição de uma sociedade mais fraterna e humana.

Utilizando-se como método de abordagem dedutivo e método de procedimento monográfico, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, pretende-se estudar a educação sob a perspectiva de uma pedagogia humanizadora, a fim de possibilitar a constituição de uma sociedade mais fraterna, em que os direitos humanos estejam efetivados e a dignidade humana reconhecida local e globalmente.

Inicia-se apresentando a dignidade humana e o reconhecimento dos direitos humanos, acentuando a educação como um processo formativo do ser humano para a humanização. Em seguida, se analisa os mais diversos desafios que dificultam a implementação de uma educação humanizadora. Por fim, apresenta-se uma pedagogia humanizadora, destacando-se seus conteúdos, métodos e técnicas, favorecendo a constituição de uma sociedade humana e fraterna.

Nesta análise histórica, teórica e prática da dignidade humana e da educação, percebe-se que uma pedagogia sob os moldes do princípio da fraternidade, de conteúdos vinculados aos direitos humanos e de instrumentos, métodos e técnicas, tende-se a constituir uma sociedade em que cultura, vida social e políticas públicas favoreçam a humanização.

2. O DIREITO A UMA EDUCAÇÃO HUMANIZADORA

A relação entre educar e aprender faz parte da história da humanidade possibilitando a transmissão de informações relevantes afim de que o ser humano se organizasse, se desenvolvesse e sobrevivesse. Aliás, foi através da produção e reprodução do conhecimento que o ser humano conseguiu se organizar em sociedade, inclusive estruturando organizações sociais ampliadas com base na cooperação e solidariedade reconhecendo como valor a convivência social em contextos de fraternidade.

Fazendo uso de diferentes estruturas físicas, ambientes sociais e familiares, através de diferentes métodos e técnicas, o ensinar e o aprender sempre se apresentaram como ferramentas sociais de desenvolvimento, proteção e, inclusive, de poder. Evolução cognitiva, conquistas, guerras e descobertas, aconteceram, se projetaram e se concretizaram sob as marcas do conhecimento e da educação.

Hoje se reconhece que a educação é um instrumento relevante que possibilita estudar o passado, analisar o presente e projetar o futuro. Ela também é aquela que fortalece a

memória, proporciona planejamentos, constituindo melhores resultados, inclusive possibilitando a projeção de possíveis desafios e obstáculos.

A história não é uma simples narração de fatos, de pessoas, de grupos, de povos, mas é também uma análise. Desta análise se tiram conclusões práticas que nos podem ajudar na busca de soluções de problemas atuais que nos afligem em todos os sentidos. Diz-se que o homem comum aprende com a sua própria experiência, o gênio aprende também da experiência alheia, porém o néscio não aprende nem da própria e por isso está condenado a seguir repetindo os mesmos erros (O'NEILL, 1994, p. 03).

Dentre os reconhecimentos e valores que a história registra, os direitos humanos e a educação são destacados como aqueles que em muito contribuem para o bem-estar social e pessoal. Por pressuposto, todo grupo social que deseja criar uma estabilidade e um bem-estar na convivência social, busca efetivar a dignidade humana, através dos direitos humanos e a educação, através de conteúdos, métodos e técnicas adequadas.

Esta densificação favorecida pela educação, precisa reconhecer a natureza humana, as condições sociais e a coletividade, sem a perda da personalidade subjetiva. Necessita de direitos humanos que reconheçam a liberdade, a igualdade, a fraternidade pessoal e coletiva, utilizando-se de uma pedagogia humanizadora.

A sociedade contemporânea, marcada pela globalização, sociedade multicultural e cosmopolita, se projetou de tal forma que as conquistas e reconhecimentos da dignidade humana e do direito humano, se apresentam cada vez mais de forma universal. Contribuem para isso acordos, tratados, constituições, políticas públicas no reconhecimento de valores culturais e sociais.

Percebe-se que os direitos humanos fazem parte do cotidiano, dos meios de comunicação, do discurso das pessoas nos mais diversos meios, da fala nas escolas, hospitais, presídios e campanhas eleitorais, do ato de inauguração de um centro esportivo, aeroporto ou conjunto habitacional. Pode-se afirmar que, pela expressão manifesta, os direitos humanos conseguem unir inimigos.

Ele une a esquerda e a direita, o púlpito e o Estado, o ministro e o rebelde, os países em desenvolvimento e os liberais de Hampstead e Manhattan. Os direitos humanos se tornam o princípio de libertação da opressão e da dominação, o grito de guerra dos sem-teto e dos destituídos, o programa político dos revolucionários e dos dissidentes (DOUZINAS, 2009, p. 19).

Contudo, a motivação presente, não se projeta ao reconhecimento discursivo, mas a densificação dos direitos humanos. Pois a lei está posta e reconhecida na mesma sociedade ou Estado, que constrói condomínios habitacionais e investe montantes significativos na fabricação de armas para a guerra. Estado que tem em suas normas o acento da sua soberania,

ao mesmo tempo que também reconhece a cidadania, a dignidade da pessoa humana.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

A sociedade precisa cada vez mais constituir instrumentos, métodos e mecanismos para fazer do direito legal reconhecido, da dignidade humana, em um direito social e universal. Não projetado no mínimo disponível, mas numa dimensão em que direitos humanos se tornem indisponíveis, intransferíveis e inegociáveis, por direito e por opção.

Uma educação para a humanização tem nesta perspectiva, entre reconhecimento legal e efetivação, um potencial significativo de contribuição. Apesar de se ter ciência de que a educação não é o único instrumento para a humanização social, uma pedagogia humanizadora tem muito a contribuir para a transformação social e a formação de cidadão.

Na ordem natural, sendo os homens todos iguais, sua vocação comum é o estado de homem; e quem quer seja bem educado para esses, não pode desempenhar-se mal dos que com esse se relacionam. Que se destine meu aluno à carreira militar, à eclesiástica ou à advocacia pouco me importa. Antes da vocação dos pais, a natureza chama-o para a vida humana. Viver é o ofício que lhe quero ensinar. Saindo de minhas mãos, ele não será, concordo, nem magistrado, nem soldado, nem padre; será primeiramente um homem. Tudo o que um homem deve ser, ele o saberá, se necessário, tão bem quanto quem quer que seja; e por mais que o destino o faça mudar de situação, ele estará sempre em seu lugar (ROUSSEAU, 1973, p. 15).

A educação humanizadora tem na sua essência o reconhecimento da dignidade humana e a projeção para que ela seja a motivação inicial e final do processo. Ela possibilita a superação da ignorância individual e coletiva. O século XVIII, em âmbito internacional, foi considerado o século da educação, e tinha em seu marco, além do desejo da superação de fantasias, dogmas e alienações a emancipação do conhecimento, a escolarização não mais de setores da sociedade, mas universal (GORCZEVSKI, 2009, p. 215).

Através da emancipação do conhecimento e socialização da educação proposta, apesar dos desafios enfrentados por muitos povos e nações, direitos humanos foram reconhecidos e princípios ainda hoje considerados universais e humanitários, como a liberdade, igualdade e fraternidade; defendidos. São esses marcos de reconhecimento e conhecimento, através da socialização de uma educação humanizadora, que possibilita a maior efetivação dos direitos humanos, potencializando uma sociedade humana e humanizadora.

O que não é a educação humanizadora, se não a valorização da dignidade humana, a

partilha, a socialização, a ação fraterna do conhecimento, da vida e dos valores. Ao se projetar um Estado forte, em que o ser humano e os direitos humanos são apresentados como fundamentais, a educação é aquela que potencializa e fortalece a sua socialização.

O ambiente educacional contemporâneo, das suas mais diversas formas e proporções, é um local projetado para a partilha, a transmissão e a construção do conhecimento. Local pensado para a formação do ser humano, vinculando pessoas e instituições neste processo, lhes definindo objetivos e metas.

O Brasil, ao instituir a responsabilidade compartilhada para a proteção integral da criança e o adolescente, em que o Estado, a sociedade e a família, se responsabilizam para a sua efetivação, reconhece a importância das instituições, com suas estruturas e lhes atribui o dever da educação.

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 (BRASIL, 1988).

Ao se destacar a proteção integral, a prioridade absoluta, o direito à vida, à alimentação, ao lazer, como direitos para todas as crianças e os adolescentes, também se afirma o direito à educação, à cultura, a dignidade, ao respeito e à liberdade como essenciais para o desenvolvimento integral.

A educação, inclusive formal, é uma ferramenta indispensável para formar o ser humano, para desenvolver seus potenciais, para profissionalizá-lo, é também um meio adequado para o humanizar, educá-lo nos valores e direitos humanos. A educação para os direitos humanos, por si só, não resolve todos os problemas sociais, guerras, lutas, atitudes destruidoras da sociedade e da humanidade, mas ela atribui estabelece valor.

Obviamente seria ingenuidade imaginar-se que a educação resolverá todos os problemas atuais da humanidade. Pode, contudo, ajudar a entender suas causas e oferecer material para análise e para a tomada de atitudes e comportamentos que certamente em muito amenizariam os males contemporâneos de que todos estamos à mercê. Educar para os direitos humanos é criar uma cultura preventiva, fundamental para erradicar a violação dos mesmos. Com ela conseguiremos efetivamente dar a conhecer os direitos humanos, distingui-los, atuar a seu favor e, sobretudo, desfrutá-los (GORCZEWSKI, 2009, 221).

Descartar, manipular ou desconsiderar a educação, essa ferramenta tão relevante para o conhecimento e humanização da sociedade, é a própria desconsideração dos direitos humanos, da possibilidade de se constituir uma sociedade em que dignidade humana,

cidadania, cooperação e fraternidade, seja valores reconhecidos e presentes no cotidiano cultural, social e educacional.

O critério é fornecido pelo contributo que uma coisa, uma pessoa, uma ação podem dar à realização do projeto-homem e do valor-homem. Uma realidade ocupa um degrau tanto mais elevado na hierarquia dos valores quanto maior é o seu contributo em tal sentido, e tanto mais baixo quanto menor é o seu contributo (MONDIN, 1985, p. 39).

A educação tem um valor em si, mas também possibilita o desenvolvimento integral da pessoa humana e, conseqüentemente, o desenvolvimento social. Da mesma forma que se aprende a amar uma cultura, uma religião, um grupo social, uma profissão, também pode-se aprender a odiar religiões, culturas, hábitos e grupos sociais. Guerras também se fazem na manipulação de informações, notícias e conhecimento.

O Brasil ao reconhecer o valor da educação formal, estabelece que este se dá como um direito fundamental e social, constitucionalmente reconhecido: “São direitos sociais a educação, a saúde, 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, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988, art. 6º).

Nesta mesma perspectiva, normatiza a sua obrigatoriedade para todas as crianças e adolescentes de forma gratuita: “I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (BRASIL, 1988, 208, I).

Ao normatizar a educação como valor e obrigatoriedade faz-se vinculados aos demais princípios e valores constitucionais. Destes, pode se destacar a dignidade humana, os direitos humanos, individuais e coletivos, a formação profissional, a capacitação para o mercado de trabalho, dentre outros. Apesar da amplitude, aquilo que lhe é mais essencial, a dignidade humana pessoal e coletiva, não pode ser desconsiderado ou projetado em segundo plano. Mas para ser esta constituída, uma educação humanizadora precisa ser fortalecida.

3. DESAFIOS PARA A EDUCAÇÃO HUMANIZADORA

A educação, apesar da sua presença histórica e marcante nas civilizações, como processo formativo, passa a ter seu espaço a partir do homem moderno, quando este desenvolve um interesse maior pelas artes, à literatura e às ciências. A partir deste patamar, se projeta para o fortalecimento e organização dos estados e a construção de demais conhecimentos, como a procura de verdades ou sua comprovação e a compreensão do próprio ser humano e sua dimensão social (GORCZEVESKI; MARTÍN, 2015, p. 6).

A educação, contudo, muito mais se constituía pela sua utilidade, que pelo seu valor intrínseco. Essa instrumentalização, por diversas circunstâncias, limitava o surgimento de novas perspectivas ou novos debates teóricos, fundamentando-se unicamente na realidade concreta. A própria construção pedagógica era desenvolvida em vista da sua praticidade e utilidade, conduzindo o processo para perspectivas especificadas. Como se percebe na educação destinada às meninas da elite, no período do Império no Brasil.

A educação das meninas, padecia de ambiguidade, pois ao mesmo tempo que as circunscrevia no universo doméstico, incentivando-lhes a maternidade e estabelecendo o lar como seu domínio, as habilitava para a vida mundana, fornecendo-lhes elementos para brilhar em sociedade. Muitas vezes a mensagem era decodificada de forma inesperada, retendo somente a parte da educação que valorizava a exposição das damas nos salões do Segundo Império (MAUAD, 2018, p. 155).

Essa forma educacional utilitarista, limitadora e, inclusive, controladora não se modificou nos anos subsequentes. No final do período Imperial ainda se tinha a educação como algo específico para uma pequena margem da população. “Em verdade, o País tornou-se uma república em 1889 com, praticamente, a maioria da população analfabeta” (RANIERI, p. 19). Percebe-se que foi apenas no início do século XX, que se constituiu uma realidade diferente, ampliando-se o acesso à educação e estabelecendo o seu valor social, o que não lhe atribui uma garantia instrumento preponderante para a humanização.

Tão somente nas primeiras décadas do século XX, as constituições nacionais começam a fazer referência à educação como direito. É esse um período onde os direitos sociais começam a sensibilizar e, conseqüentemente, há uma acentuação nos compromissos do Estado a fim de assegurar a todos os cidadãos o direito à formação geral (GORCZEVSKI; MARTIN, 2015, p. 14).

O contexto da sociedade contemporânea, em que as constituições nacionais e acordos internacionais, acentuam uma postura mais humanitária, em que direitos humanos vão sendo projetados para todos os povos, se acentua a educação como direito e seu valor para a humanização.

O encantamento no pós-segunda guerra para com os direitos humanos e a importância da educação humanizadora é de dimensões internacionais, encontrando um consenso social favorável. O desafio está em definir os parâmetros, os conteúdos, os objetivos e as finalidades desta pedagogia humanizadora. Pois ao se usar o *slogan* da educação humanizadora, generalidades podem favorecer a incorporação de aspectos controversos.

O desafio de constituir e efetivar uma educação humanizadora perpassa pela própria capacidade de analisar seus fundamentos, conteúdos, métodos e procedimentos, evitando-se

generalidades e acentuando aquilo que lhe é essencial (GANDIN, 2019, p. 136).

O ponto de partida é a definição do ser humano como princípio e fim do processo. A centralidade do ser humano é o pressuposto essencial e motivador, evitando-se instrumentalizações e manipulações. A partir dessa fundamentação, pode-se instituir as demais finalidades institucionais, de mercado, sociais e políticas, com seus objetivos e perspectivas. Mesmo existindo uma escola que seja profissionalizante, na definição do seu conteúdo, acompanhados de métodos e técnicas, o ser humano e sua formação integral devem ser vistos como primordiais.

Desafio similar ao da centralidade do ser humano, tem ao se perceber os princípios genéricos em sua constituição. Destacar que a escola prioriza os valores humanos, em contrapartida ao tecnicismo ou métodos de memorização, não define sua essência, pois não necessariamente uma instituição que não valoriza a memorização ou o tecnicismo, se caracteriza como humanizadora. Ao se destacar os valores humanos, precisa-se ter presente as ferramentas que esta utiliza para a sua composição e como estas favorecem a efetivação dos direitos humanos (GANDIN, 2019, p. 136).

Entre prioridades, métodos e técnicas se destaca a pessoa do educador, em que num processo formativo humanizador é reconhecido como um ser humano educador e em constante formação. Para a sua formação, este vincula-se a demais agentes e instituições, que em suas responsabilidades, devem contribuir para a finalidade institucional e educacional.

Um programa de educação em direitos humanos deve visar em primeiro lugar, a qualificação dos próprios agentes educadores, tanto pessoas, quanto institucional – ONGs, Igrejas, governos, escolas, forças policiais e militares, partidos políticos, sindicatos, movimentos sociais [...] (BETTO, 2019, p. 11).

A educação humanizadora é por si, em vista dos direitos humanos, perpassando a cultura, o convívio social e as determinações das políticas públicas sociais, os direitos individuais e sociais. A humanização desenvolvendo-se como processo formativo educacional, não se restringe ao contexto institucionalizado da escola, ela perpassa aquilo que se chama de comunidade acadêmica, formada pelos colaboradores institucionais, agentes públicos, estudantes e familiares, e, também, comunidade local.

A comunidade local, em seu tempo e espaço, com suas particularidades tem seus próprios desafios, os quais se projetam nas instituições que nela se encontram. Na comunidade local também existem seres humanos geograficamente localizados, com suas culturas e hábitos, devendo ser respeitada na sua diversidade. Igualdade e diferença nesse espaço se constituem e precisam ser constantemente reconhecidas.

A busca pela igualdade entre as pessoas é pressuposta para que todos tenham acessos iguais aos bens educacionais na escola e na sociedade. No entanto, se apenas centramos a ação da educação na busca da igualdade, é muito possível que não cheguemos a práticas humanizadoras. Isto se dá porque ao defender a igualdade sem reconhecer a diferença existente acabamos por perpetuar injustiças. Por outro lado, se apenas enfatizamos as diferenças, também não nos aproximamos da igualdade de oportunidades (GANDIN, 2019, p. 138).

Posturas e ações constantes que possibilitam o reconhecimento das particularidades como de gênero, raça e cultura, sem que elas limitem o reconhecimento de uma igualdade de acesso, ação política, oportunidade e direitos educacionais. Na educação humanizadora, estes valores são fortalecidos pelos princípios da igualdade, liberdade e fraternidade, proporcionando o reconhecimento e respeito individual, tal qual o apelo pelo bem comum, dos quais a dignidade humana é referencial preponderante.

Essa nova concepção de direitos humanos e dignidade humana, em que educador e educando, agentes públicos e comunidade acadêmica estejam contemplados, são determinantes institucionais. Contudo, entre o reconhecimento posto e a transformação social, se constitui um espaço em que ações pedagógicas precisam agir, unir conteúdo com a visão de mundo, realidade acadêmica e social, análise social e perspectiva sócio-política.

Só pode ser humanizadora uma educação que busque simultaneamente a construção do conhecimento e o entendimento da visão de mundo que orienta a educação dos alunos. Trata, aqui, de examinar as consequências de considerar apenas uma das duas questões e da necessidade de tomar estas questões em uma intensa e estreita relação na prática educativa (GANDIN, 2019, p. 139).

As ferramentas de aprendizagem, os instrumentos que auxiliam e dinamizam a construção do conteúdo, apesar de serem considerados meios, são extremamente relevantes para o processo formativo. Percebe-se no contexto atual, o quanto se acentuou e oportunizou novos mecanismos, que na distância física dos alunos, os aproximaram na aprendizagem.

Apostilas, instrumentos avaliativos, conteúdos programáticos, métodos cognitivos e dinâmicas de integração, por vezes conduzem a aprendizagem humanizadora, mas em sua manipulação, podem acentuar a instrumentalização sistemática da aprendizagem. Futuros objetivos pessoais, necessidades do mercado de trabalho, profissionalização da educação, são algumas das finalidades impostas para a educação, que são importantes, mas que também podem lhe prejudicar a formação do elemento central do processo formativo.

Reduzimos o ato de conhecer o conhecimento existente a uma mera transferência do conhecimento existente. E o professor se torna exatamente o especialista em transferir conhecimento. Então ele perde algumas das qualidades necessárias, indispensáveis, requeridas na produção de conhecimento, assim como no conhecer o conhecimento existente. Algumas

dessas qualidades são, por exemplo, a ação, a reflexão crítica, a curiosidade, o questionamento existente, a inquietação, a incerteza – todas estas virtudes são indispensáveis ao sujeito cognoscente (FREIRE; SHOR, 1986, p. 13).

Ter por estrutura preliminar conhecimentos a serem transmitidos, métodos a serem aplicados, são necessários e relevantes para a aprendizagem. Mas por pressuposto, escola, aprendizagem, pedagogias, conteúdo e conhecimento, se caracterizam por uma dinamicidade constante. Ao se destacar os direitos humanos e dignidade humana, para uma educação humanizadora, métodos e técnicas, além do próprio conteúdo, precisam constantemente serem avaliadas.

Por conseguinte, ao se projetar o estudo dos direitos humanos, da dignidade humana e nesta, por exemplo, os direitos de crianças e adolescentes, se possibilita o conhecimento de direitos, acentuando suas garantias e particularidades estabelecidas legalmente. Estas inclusive podem estar imbuídas de preliminares históricas, que referencia o estabelecido pela norma.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, 1990).

Entender a história da legislação, conhecer a sua posição na conjuntura legal, analisar cada um dos direitos princípios, inclusive compreendendo o ser humano de forma integral, em que se reconheça dignidade, a importância do desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social é se imbuir de conhecimentos relevantes. Mas toda educação humanizadora possui uma amplitude maior, em que conteúdos, conhecimentos, visões teóricas são dadas num contexto social, político e cultural, que não são desconsiderados.

Desta forma, toda a compreensão de conteúdo é acompanhada de um conhecimento inovador e transformador, exigindo um constante repensar formativo. Assim a visão de mundo, o empoderamento local e a possibilidade de fazer com que um direito reconhecido legalmente conduza à inquietação, à nova visão de mundo e ações transformadoras.

A educação humanizadora é um processo dinâmico, muito maior que a transmissão de conteúdo ou generalidades. Contudo, uma formação integral, em que o ser humano é visto como início, meio e fim do processo, ele apresenta-se como adequado, possibilitando a superação da própria instrumentalização da formação, do processo de ensino e aprendizagem. Em seu favor, deve constituir-se uma pedagogia humanizadora e fraterna.

4. UMA PEDAGOGIA HUMANIZADORA E FRATERNA

Ao projetar uma educação humanizadora, percebe-se o quanto ela está a serviço da dignidade humana e dos direitos humanos, dimensões que colocam o ser humano no início e fim do processo. A sociedade contemporânea, apesar de ter progredido no reconhecimento do ser humano e sua dignidade, proporcionando propostas educacionais humanizadoras, é desafiada a rever seus métodos e técnicas, a fim de que a pedagogia proposta seja igualmente de valores efetivados.

A educação brasileira é hoje o resultado de uma realidade cumulativa de estratos diversificados de concepções políticas, determinações legais, estruturas institucionais e contraposições de ideias, de concepções pedagógicas e de marcos regulatórios administrativos e normativos. Em sua formação histórica guarda heranças coloniais, disposições teóricas anacrônicas, práticas políticas autoritárias e fundamentações ético-pedagógicas contraditórias ou contrapostas (NUNES; ROMÃO, 2013, p. 158).

No processo de reestruturação pedagógica sob a perspectiva dos direitos humanos, o empoderamento social, reconhecido no contexto de estados democráticos e de direito, precisa assegurar a concretização de direitos fundamentais. Pois é ele que possibilita a construção do conhecimento, sua partilha e o fortalecimento da voz ativa ao cidadão, sujeito de direitos.

Direitos humanos pertencentes ao cidadão sujeito criança e adolescente, que se liberta do adultocentrismo, da submissão patriarcal e autoritária; a mulher que sobrepuja a condição de opressão, repressão, violência e exclusão; o idoso reconhecido como ser humano, não como alguém descartável e obsoleto; ao movimento negro que supera os estigmas do racismo e de todas as formas de exclusão; a população indígena que resiste contra o extermínio e o domínio das suas terras; as pessoas com deficiência que lutam pela equidade e o reconhecimento de seus potenciais diversos; e, da população LGBTQIA+ que reivindica respeito à liberdade e aos direitos de diversidade (NUNES, 2015, p. 19-22).

Nesta mesma dimensão, uma pedagogia humanizadora precisa ter constituído seu olhar para o meio-ambiente, para a biodiversidade, para os movimentos sociais, a juventude e os direitos humanos, valorizando-os e incorporando-os a uma educação emancipatória. Novos direitos sociais, exigem uma postura inovadora, em que novos marcos regulatórios e uma nova cidadania seja promovida, superando tradições pedagógicas anacrônicas e excludentes.

A coragem de reconhecer e adotar novos marcos regulatórios, emancipatórios e proclamadores de novos direitos sociais, de reconhecer igualmente a centralidade da escola na formação dos professores e de propor a superação das tradições pedagógicas anacrônicas, tecnicistas e neoliberais, sincreticamente vivas, pode ser o novo começo de toda uma militância

libertadora, solidária, promotora da autonomia e da justiça social (NUNES, 2015, p. 25).

A pedagogia humanizadora, ao perceber a comunidade acadêmica posta, professores, colaboradores, direção, familiares e alunos, reconhece as particularidades das funções e das pessoas que a compõe, na sua particularidade e totalidade. Para tal, destaca-se a relevância de se fundamentar e projetar tendo por suporte os princípios da confiança, da liberdade, da caridade e da unidade na fraternidade.

Visto que a confiança possibilita reconhecer os valores e as potencialidades do ser humano, que por si, com liberdade e responsabilidade, age na caridade, com respeito aos demais seres humanos (LÔNDERO, 2017, p. 389). Assim, a unidade no processo formativo constitui um ato entre seres humanos diferentes e iguais em sua dignidade, lhes possibilitando viver o princípio da fraternidade.

O ambiente escolar, sob esses pressupostos, se constitui e melhor se desenvolve a partir da colaboração e cooperação de vários agentes. A educação humanizadora, que perpassa por uma pedagogia humanizadora, desenvolve uma colaboração que ultrapassa um olhar de auxílio e desenvolve uma postura fraterna, em que o olhar é de seres humanos, para seres humanos.

A solidariedade – como muitas vezes foi historicamente realizada – viabiliza que se faça o bem ao outro mesmo mantendo uma posição de força, uma relação “vertical” que vai do forte ao fraco; a fraternidade, no entanto, pressupõe o relacionamento horizontal, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que sempre mais se está elaborando – na teoria e na prática – a ideia de uma “solidariedade horizontal”, que se refere à ajuda mútua entre diferentes sujeitos, sejam estes pertencentes ao âmbito social, seja no nível da paridade institucional (BAGGIO, 2008, p. 23).

A pedagogia humanizadora, alicerçado na fraternidade, como princípio essencial e motivador consegue aproximar familiares, professores, direção, colaboradores, colegas e alunos, para um propósito comum. Visto que, são seres humanos, possuidores de uma mesma dignidade, auxiliando na efetivação dos direitos humanos.

A partir do momento em que se percebe que a pedagogia humanizadora depende de uma relação com responsabilidade e fraternidade, em que o saber é construído, numa relação de confiança entre aluno, professor e colaboradores, se está mais próximo de se perceber o quanto a participação da parte constrói o todo.

O professor, descrito como educador, em sua ação compartilhada precisa estar ciente da sua importância no propor, dispor e constituir o processo de educar. De forma dinâmica e promotora, constantemente precisa desafiar o aluno, para o conhecimento e a participação ativa e transformadora pessoa e social.

A atitude pedagógica do educador diante do educando não será a do oleiro que trabalha uma massa informe, mas do obstetra que faz nascer aquilo que está dentro dele, ajudando-o a descobrir suas aptidões e desenvolvê-las. Por isso terá uma atitude de respeito e de serviço à vida, oferecendo-lhe o que é bom e necessário. Ele não é dono do educando, mas seu servidor generoso e fiel (LÔNDERO, 2017, p. 293).

O acontecer da educação humanizadora, através de uma pedagogia que a contemple, perpassa pela consciência e responsabilidade preponderante do educador para com o educando. O suporte administrativo e dos familiares, os conteúdos, os métodos e técnicas pedagógicas estão disponíveis, para que o educador se empodere da sua responsabilidade de construir uma formação integral.

O aluno ou educando, ser humano reconhecido como figura central do processo, é motivação e justificativa existencial da escola e de seus agentes. Ao se pensar os princípios norteadores de educação humanizadora, com uma pedagogia que favorece o agir com confiança, liberdade, caridade e unidade na fraternidade, se espera que estes não sejam apenas conteúdos aprendidos, mas valores assimilados pelo educando.

O educando ao ser reconhecido na sua dimensão humana particular e relacional, desenvolvendo-se nos aspectos cognitivos, biológicos, psicológicos, sociais e espirituais, é afirmado como promovedor de sua formação. Educando não é depósito do conhecimento de outros, nem acumulador de informações, mas um ser ativo, com potenciais e talentos, construindo conhecimentos.

A relação entre professor e aluno, entre educador e educando, entre seres humanos que compartilham suas vidas, perspectivas pessoais e sociais de uma forma tão próxima, é primordial. A confiança, a caridade, a liberdade e a unidade na fraternidade aqui proposta, não cartilhas a serem lidas, mas transmitidas e vivenciadas.

O aluno é reconhecido como sujeito atuante em seu processo formativo, em que a empatia entre professor e aluno são determinantes para a produção e a análise crítica do conhecimento. Numa relação paritária de professor e aluno, apenas se destaca o lugar diferenciado em que se encontram em relação à educação, de educador e educando, tendo por referencial a construção do conhecimento e as duas dignidades asseguradas.

A partir desta segurança relacional, pode se destacar o conteúdo trabalhado numa pedagogia humanizadora. Nela não se tem uma educação para os direitos humanos, com a simples transmissão de conteúdo fundamentados em acordos, normas, leis e decretos. Mas uma educação em direitos humanos.

Na educação em direitos humanos não pode haver descompasso entre o discurso do educador e suas atividades. O educador deve “viver” os direitos humanos e a transmissão do conhecimento não pode ser imposta. Em nosso entender, toda educação para os direitos humanos deve acontecer em uma educação em direitos humanos (GORCZEWSKI; MARTIN, 2015, p. 35).

Ao mesmo tempo que se ensina e aprende, se humaniza. O ser humano, independente de particularidades, não nasce pronto, até mesmo para o amar, a cooperação e a fraternidade. No momento em que a humanidade não mais quer proporcionar novas xenofobias, intolerâncias e barbáries, a semelhança do fascismo, em que muito conhecimento técnico e profissional foi aplicado, a formação em direitos humanos precisa ser respaldada.

Ao destacar os conteúdos de uma pedagogia humanizadora, por pressuposta se afirmam os referentes a cada uma das áreas de conhecimento. Mas se acentua todo aquele que favorece a valorização da dignidade humana, do valor de todos e cada um, do local e do geral, para uma cidadania universal (GIL; JOVER; REYERO, 2001, p. 39).

Os conteúdos da pedagogia humanizadora devem acentuar a importância da democracia, do estado democrático de direito, da cultura de paz, da diversidade e multiculturalismo, do gênero e sexualidade, do consumismo responsável, do valor do meio ambiente e da importância da cooperação e da fraternidade, sempre destacando questões locais e globais.

Com a educação para os direitos humanos se pretende formar uma consciência de pertencimento comum à humanidade. Assim, não pode se restringir unicamente a questões nacionais. O conteúdo ideal é o que encontra o equilíbrio entre um conteúdo puramente de direitos humanos (mais universal) e em direito de cidadania (mais local) (GORCZEWSKI; MARTIN, 2015, p. 81).

A diversidade de métodos e técnicas precisam favorecer o cognitivo, o emocional e a ação. Atividades individuais e comuns devem ser programadas, campanhas de defesa dos direitos humanos e da solidariedade aconteça, atividades interdisciplinares, estudos de casos, apresentações, publicações e ações, são formas de auxiliam a formação integral.

Os métodos e as técnicas de uma pedagogia humanizadora, a partir dos objetivos e conteúdos propostos, precisam estar nesta mesma perspectiva do universal e local, de forma humana e fraterna. Visto que mera instrução e transmissão de conhecimento, pode formar súditos, mas não cidadãos homens livres e independentes (COMPARATO, 2006, p. 241).

A pedagogia humanizadora é, assim de tudo, aquela que favorece a vivência dos direitos humanos, não apenas o seu conhecimento. Pois bem: “ninguém pode ensinar verdadeiramente se não ensina alguma coisa que seja verdadeira ou válida a seus próprios olhos” (FORQUIN, 1993, p. 9). Pensar a humanidade e a fraternidade é essencialmente ser

humano e fraterno, sendo que o ambiente educacional é um local muito propício para se constituir uma sociedade mais humana e humanizadora.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao reconhecer a importância dos direitos humanos e da dignidade humana, a partir do proposto percebe-se o quanto ainda se faz necessário proporcionar meios e estratégias para favorecer a sua densificação. O pensar de uma educação humanizadora, a partir de uma pedagogia similar, em que conteúdos, métodos e técnicas contribuam para se constituir uma sociedade humana e humanizadora, demonstra ser conveniente.

As instituições educacionais normalmente acentuam em seus objetivos, fazer uso de pedagogias favoráveis a construção do conhecimento, disponibilizando métodos e técnicas, cada vez mais avançadas. Sem desconsiderar o valor de cada um desses elementos, se percebe a importância do desenvolvimento do educando para a humanização. Profissionais competentes, agentes das mais diversas áreas, precisam ter como referencial sua dimensão humana, possibilitando uma sociedade mais fraterna.

Como é importante que potencialidades e talentos de cada ser humano seja promovido e desenvolvido. Que a escola contribua nesta formação, mas que também potencialize todas as dimensões do ser humano em desenvolvimento. Ao se partilhar e construir conhecimento, este seja acompanhado de humanização.

A comunidade escolar, em que se incluem todos os agentes envolvidos no processo formativo, precisa cada vez mais se conscientizar de que seus valores preponderantes são os próprios seres humanos transformadores, construtores e participantes. O ser humano que passa a reconhecer os demais como sujeitos e cidadãos, possibilita a socialização dos direitos humanos.

Apesar da sociedade brasileira acreditar que a escola é um dos melhores ambientes para a formação das crianças, dos adolescentes e dos jovens, ao constituir uma educação humanizadora, desafios são postos, principalmente ao se confrontar com antigos métodos pedagógicos. Parece que é difícil perceber que um professor, ao sentar-se no chão, perante o aluno caído, o faz para levantá-lo; que um psicopedagogo ao brincar com a criança, deseja fortalecer a sua humanidade, compreendendo-o e ajudando-o.

Partilhar e construir conteúdo é muito mais do que transmitir conhecimento, é possibilitar uma formação, na confiança, na liberdade, na caridade e na unidade fraterna. Máquinas possuem memórias, pessoas possuem direitos, dignidade e valores, que lhe constituem como seres humanos sociáveis, não numa soma de partes, mas de forma integral e humanitária.

6. REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BETTO, Frei. Desafios Pedagógicos aos Direitos Humanos. *In*: MIOLA, Alexandro; HAUSCHILDT, Geonice Zago Tonini; SILVA, Jolair da Costa (org.). **70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Educação Humanizadora**. Santa Maria: Biblos, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. De 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jul. de 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 30 jul. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FORQUIN, Jean-Caude. **Escola e cultura**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.

FREIRE, Paulo; SHOR, Ira. **Medo e Ousadia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

GANDIN, Luís Armando. Desafios de uma Educação Humanizadora. *In*: MIOLA, Alexandro; HAUSCHILDT, Geonice Zago Tonini; SILVA, Jolair da Costa (org.). **70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Educação Humanizadora**. Santa Maria: Biblos, 2019.

GIL, Fernando; JOVER, Gonzalo; REYERO, David. **La enseñanza de los derechos humanos**. Barcelona/Buenos-Aires/México: Paidós, 2001.

GORCZEWSKI, Clovis. **Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2009.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTÍN, Nuria Belloso. **Educar para os direitos humanos: considerações, obstáculos, propostas**. São Paulo: Salta, 2015.

LÔNDERO, Ângelo. **Por uma formação cristã e Palotina**. Santa Maria: Biblos, 2017.

MAUAD, Ana Maria. A vida das crianças de elite durante o Império. *In*: Priore, Mary Del. **História das Crianças no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2018.

MONDIN, Battista. **I Valori Fondamentali**. Roma: Dino Editore, 1985.

NUNES, César. A Educação Brasileira diante dos novos sujeitos sociais: a aprendizagem como direito subjetivo e social. *In*: COSTA, Antônio Amélio Dalla; ZARO, Jadir; SILVA, Jolair da Costa (org.). **Educação humanizadora e os desafios éticos na sociedade Pós-Moderna**. Santa Maria: Biblos, 2015.

NUNES, César; ROMÃO, Eliana. **Educação, docência e memória**. Campinas: Editora Librum, 2013.

O'NEILL, Kevin. **Apuntes históricos palotinos**. Santa Maria: Pallotti, 1994.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Educação obrigatória e gratuita no Brasil: um longo caminho, avanços e perspectivas. *In*: RANIERI, Nina Beatriz Stocco; ALVES, Angela Limongi Alvarenga (org.). **Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar**. São Paulo: UNESCO/USP, 2018.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Emílio ou da educação**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1973.

DIREITOS HUMANOS E FRATERNIDADE: isenção do Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) para o portador de doença grave assintomático*

Luís Edson Fachin¹

Lucas Bevilacqua²

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos Humanos Fundamentais, igualdade, fraternidade e tributação; 3. Evolução e involução da isenção fiscal ante a equivocada interpretação da norma tributária; 4. Isenção IRRF como medida de alívio fiscal ao portador de doença grave e o valor social do trabalho; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ato de prestar uma homenagem, por si, não é dos mais simples: demanda-nos vínculo e afinidade de ideias com o homenageado. Homenagear um Professor, que muito além do mister de ensinar, traz consigo a sina de inspirar, se revela ainda mais complexo.

Todo esse desafio, no entanto, se torna mais prazeroso quando estamos incumbidos de prestar uma fraterna homenagem ao Professor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), quem com grande estilo soube não só abstrair o princípio constitucional da fraternidade da Constituição de 1988³, mas, sobretudo, revelar sua aplicação nas diferentes relações jurídicas mediante as eficácias vertical e horizontal dos Direitos Humanos; o que já fomentou vasta produção científica.⁴

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. vol. 2. .Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR), Doutor e Mestre em Direito e Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP) e Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). gabineteedsonfachin@stf.jus.br

² Professor Permanente do Mestrado Profissional em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás (PPGDP/UFG) e Coordenador do Observatório da Macrolitigância Fiscal (IDP). Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário (USP). Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: Lucas.bevilacqua@gmail.com

³ Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da. *Princípio Constitucional da Fraternidade*. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

⁴ Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da e VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019.

Cf. FONSECA, Reynaldo Soares da & VELOSO, Roberto Carvalho. *Justiça Federal: estudos em homenagem ao Desor.Leomar Amorim*. Belo Horizonte: D'plácido, 2019.

SANCHES & POZZOLI, Clarissa e Lafayette. *Fraternidade e jurisprudência: uma análise hermenêutica- em homenagem ao Min.Reynaldo da Fonseca*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2019.

O prazer em prestar esta singela homenagem pelas décadas de magistério superior do Professor Ministro Reynaldo Soares da Fonseca junto à centenária Faculdade de Direito da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), vossa *alma mater*, contrasta com a tormentosa eficácia dos Direitos Humanos e do princípio constitucional da fraternidade nas relações entre Fisco e contribuintes estruturalmente constituídas e balizadas pelos princípios da legalidade e da capacidade contributiva, respectivamente.

Há tempos discute-se nos Tribunais Superiores a aplicação da isenção tributária prevista no art.6º, XIV, da Lei n.7.313/1988 que está a prever a dispensa legal do pagamento de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) para portadores de doença grave como medida de justiça fiscal e social.

No STJ discute-se, desde a taxatividade do rol legal⁵ de enfermidades (Tema Repetitivo 250/STJ)⁶, até a (in)exigência de contemporaneidade dos sintomas para fruição da isenção de IRRF pelo contribuinte portador de doença grave (Súmula 627)⁷.

Questão outra discutida respeita ao alcance da isenção IRRF: se limitada aos proventos de aposentadoria ou se está a contemplar, também, os vencimentos daqueles portadores de doenças graves assintomáticos que permaneçam em atividade.

Para a Secretaria da Receita Federal (SRF) a legislação federal pressupõe aposentadoria; o que contribui para o quadro de *macroligância fiscal* antes reportado dado os inúmeros mandados de segurança e ações ordinárias ajuizadas com vistas a assegurar o direito à fruição da isenção; o que alcançou entendimentos díspares nos Tribunais Regionais Federais (TRFs).

Diante da controvérsia instaurada a Procuradora Geral da República (PGR) ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o Supremo Tribunal Federal (STF)⁸ com vistas a fixar *interpretação conforme* ao dispositivo com vistas à contemplar tanto o

⁵ XIV - os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma.

⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Tema repetitivo 250/STJ: “O rol de doenças que autorizam a isenção de imposto de renda (Lei nº 7.713/88 e alterações) é taxativo (*numerus clausus*), não permitindo-se interpretação extensiva a fim de conceder isenção a situações não enumeradas, conforme inteligência do CTN, art. 111, II.”. REsp nº1.116.620/BA, rel. Min.Luiz Fux, julgado em 09 de outubro de 2010.

⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 627: “O contribuinte faz jus à concessão ou à manutenção da isenção do Imposto de Renda, não se lhe exigindo a demonstração da contemporaneidade dos sintomas da doença nem da recidiva da enfermidade”

⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.6025, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgada em 20 de abril de 2020.

contribuinte que venha a se aposentar em função da doença grave, quanto aquele que ainda que portador da doença consiga bem desempenhar suas atividades laborais.

Antes mesmo do ajuizamento da citada ADI, considerando os divergentes entendimentos dos Tribunais Regionais Federais - no sentido de que a isenção não é decorrente da percepção de proventos de aposentadoria, mas do fato do contribuinte ser portador de moléstia grave⁹- o tema foi afetado na sistemática de recurso repetitivo perante o Eg. Superior Tribunal de Justiça.¹⁰

Sem pretensão qualquer de combater o entendimento alcançado pelos Tribunais Superiores o presente artigo tem por propósito trazer luz ao Direito Tributário a partir do influxo dos Direitos Humanos, da igualdade e da fraternidade que estão a indicar a contemplação dos portadores de moléstia grave com a isenção de IRRF ainda que não aposentados como medida de justiça fiscal e social, seja pela *interpretação conforme* à Constituição, seja pela alteração legislativa ante aos resultados últimos dos julgamentos de nossos Tribunais.

2. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS, IGUALDADE, FRATERNIDADE E TRIBUTAÇÃO

Entre as várias características dos Direitos Humanos¹¹ oportuno destaque deve ser conferido a historicidade, indivisibilidade e universalidade. A própria afirmação histórica dos direitos humanos revela diferentes dimensões de direitos fundamentais que foram gradativamente sendo assimilados e assegurados ao longo das diferentes Constituições; o que os revelou indivisíveis.

A universalidade dos Direitos Humanos se revela não só pela sua oponibilidade *erga omnes* com proteção na Ordem Interna e Internacional¹², mas, também, pela sua abertura normativa; o que positivado com a Emenda Constitucional n.45/2004 que introduziu o art.5º, §3º: “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal 1ªr. Embargos Infringentes 2009.33.00.009545-1/BA, r. Desembargador Federal Luciano Tolentino do Amaral.

¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp n.1.836.091. Tema Repetitivo 1037/STJ, julgado em 20 de junho de 2020.

¹¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹²Cf.LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

Justamente com esse amparo constitucional-normativo que a República Federativa do Brasil procedeu à internalização da Convenção de Nova Iorque, mediante do Decreto n.6.949/2009, que prevê como dever estatal a proteção e promoção das pessoas com deficiência (PCD); o que não ignorado no voto do Ministro Napoleão Nunes Maia (STJ) ao apreciar Recurso Especial interposto pela União com a pretensão de cassação da isenção IRRF a portador de doença grave em atividade:

Mister consignar que o Brasil é signatário de tratados internacionais, pelos quais se exige a adoção de medidas que progressivamente assegurem a efetividade de direitos econômicos e sociais. Ademais, o Brasil incorporou ao seu ordenamento jurídico a Convenção de Nova Iorque (Decreto 6.949/2009), conferindo-lhe, assim nível constitucional, que expressamente estabelece em seu art. 18 que os Estados Partes reconhecerão os direitos das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, indo mais além em seu art. 28, item 2, ao assegurar o acesso de pessoas com deficiência à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência. Nesse caso, o portador de moléstia grave deve ser equiparado ao deficiente físico e mental, já que ambos necessitam de cuidados especiais diante da debilidade acentuada da saúde.

No princípio o Direito Tributário dialogou com a doutrina dos Direitos Humanos apenas quanto ao estabelecimento de garantias fundamentais vinculadas à *liberdade*. A partir da compreensão da liberdade como capacidade de autodeterminação dentro dos limites do direito¹³ sedimentou-se a concepção do tributo como o preço da liberdade (*status negativus*).

Em um segundo momento a relação jurídica tributária foi submetida à perspectiva da igualdade, inicialmente, adstrita à capacidade contributiva para, em seguida, ser compreendida como *baliza* para o mínimo existencial.¹⁴

A significação fundamental do princípio da igualdade somente veio com a obra de José Souto Maior Borges para quem “...o princípio da igualdade não está apenas no texto da Constituição; o princípio da igualdade é a Constituição.” Justamente em função do influxo da igualdade e seus consectários que Maior Borges chega a afirmar que “...será inconstitucional tributar o mínimo necessário a existência humana.”¹⁵

Humberto Ávila ao debruçar-se sobre as limitações ao poder de tributar discerne com propriedade que “...a própria expressão “limitação” conduz à uma descrição prioritariamente circunscrita à dimensão negativa, sem que outras normas, que instituem diretrizes positivas e

¹³ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, p.13.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. vol.III- Os Direitos Humanos e a Tributação. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.187-8.

¹⁵ BORGES, José Souto Maior. *Teoria Geral da Isenção Tributária*. 3 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2007, p.55.

possuem apenas uma eficácia mediata relativamente ao poder de tributar, sejam dignas da devida atenção (dignidade humana, proteção do trabalho etc.)”¹⁶

Tal orientação aliada à compreensão contemporânea do princípio constitucional da igualdade em sua acepção material, isto é, de garantir-se e promover-se uma igualdade não só perante a lei, mas, uma igualdade substancial e efetiva, é a indicação de novo mister do Estado fiscal.

Nesse cenário de busca por igualdade material é que a fraternidade surge como princípio constitucional fundante de “...ações afirmativas orientadas como objetivo de remediar desigualdades”¹⁷ assegurando-se, assim, dignidade à pessoa humana (art.1º, III) em sua integridade bio-psíquica em que a atividade laboral representa importante dimensão a ser preservada; a conferir o *status* constitucional conferido ao valor social do trabalho (art.1º, IV).

Portanto, diante do imperativo constitucional de promoção de justiça fiscal e, simultaneamente, justiça social, que os princípios da igualdade e fraternidade representam importante vetor interpretativo da regra que prevê isenção do IRRF aos portadores de doença grave.

3. EVOLUÇÃO E INVOLUÇÃO DA ISENÇÃO FISCAL ANTE A EQUIVOCADA INTERPRETAÇÃO DA NORMA TRIBUTÁRIA

De acordo com as lições de Juarez Freitas,¹⁸ o direito consiste em um complexo de regras e princípios que se interagem, estando compreendidos em um sistema harmônico a fazer o intérprete e aplicador da norma observar a coerência do sistema, sobretudo quando manejar institutos e fenômenos interdisciplinares.

A partir da compreensão do que consiste a atividade do intérprete é oportuno avaliar o ferramental que possui à sua disposição na interpretação das normas de isenção tributária.

Nos tempos atuais de superação da dogmática jurídica muito se discute acerca da combinação dos métodos tradicionais de interpretação (literal, histórico, teleológico e sistemático), com a finalidade de propiciar efetividade às normas, especialmente quando prescritas na Constituição.¹⁹

¹⁶ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.120.

¹⁷ FONSECA, Reynaldo Soares da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019, p.14.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 41.

¹⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Muito embora a interpretação constitucional sirva-se de alguns princípios próprios, dada a especificidade do texto constitucional, o intérprete serve-se, também, dos múltiplos métodos da interpretação geral do Direito “[...] à vista do princípio da unidade da ordem jurídica e do consequente caráter único de sua interpretação.”²⁰

A partir dessa compreensão, a interpretação do Direito Tributário também não difere dos demais ramos do Direito.²¹ O fato de haver um capítulo específico no CTN tratando do assunto, como consectário imediato do princípio constitucional da legalidade tributária, não implica no afastamento das consolidadas diretrizes da teoria geral do Direito. Ademais, “a nossa herança teórica já nos basta, para efeitos de interpretação e aplicação do direito.”²²

Questão intrincada que sempre vem à tona quando da discussão da interpretação de normas tributárias exonerativas é qual o método a ser aplicado²³: em uma resposta simplista, há quem considere que quando tratem-se de normas veiculadoras de benefício a interpretação há de ser restritiva.

Historicamente, nossos Tribunais Superiores construíram errante jurisprudência²⁴ no sentido de que as isenções devem ser interpretadas restritivamente: “art.111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: (...) II. outorga de isenção.”

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), ao analisar a aplicação da isenção tributária de IRRF aos portadores de moléstia grave, fixou entendimento no sentido de que o benefício fiscal também alcança o servidor/empregado em *atividade*, levando em conta o fim social a que se destina o art. 6º/XIV da Lei 7.713/1989.

No entanto, os demais Tribunais Regionais Federais (TRFs) adotam posicionamento no sentido de entender-se que o artigo 111 do Código Tributário Nacional impõe interpretação restritiva à norma que concede isenção, restando vedada a posição de “*legislador positivo*” ao Poder Judiciário.

A matéria quando afetada em recurso repetitivo perante o Eg. STJ teve tese fixada no sentido de que deve-se empreender interpretação literal do previsto no art.6º, XIV, da Lei n.7.713/1988 para contemplar tão somente os portadores de doença grave aposentados na

²⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 104.

²¹ ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010. p. 190.

²² BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 211, p. 106-121, 2013. p. 107.

²³ TORRES, Ricardo Lobo. Interpretação e integração da lei tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010. p. 333-355. p. 346.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário (RE) n. 566.259, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 12/08/2010, publicado em 24/09/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1.116.620-BA, representativo de controvérsia, r. Ministro Luz Fux, 1ª Seção.

medida em que a legislação se refere à “proventos”; verba paga exclusivamente no caso de aposentadoria por doença incapacitante.²⁵

Ao proceder-se a leitura dos dispositivos do CTN e da lei federal em comento à luz da Constituição da República – e não o inverso – irradia-se ao intérprete da norma as várias possibilidades hermenêuticas, a concretizarem os ditames dos Direitos Humanos e da Fraternidade em sua completude, impedindo que apenas ao ramo da interpretação do Direito Tributário limite-se a utilização dos vários métodos hermenêuticos que desvelam o sentido das normas jurídicas.

Nesse sentido as lições de Paulo Caliendo, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS):

Os princípios tributários recebem principalmente da doutrina constitucional diretrizes para a coerente interpretação do Sistema Constitucional Tributário, de tal modo a permitir uma sintonia com as demais fontes. Tal postura revela-se inequivocamente adequada, visto que impede um isolamento dogmático da interpretação tributária, que deve necessariamente dialogar com os dispositivos da Ordem Econômica e da Ordem Social previstos na CF/88. A tributação não é um fim em si mesmo, nem seus meios de financiamento são isolados de sua finalidade: o financiamento dos direitos fundamentais. Na norma tributária encontra densificada esta escolha democrática: os bens e as liberdades públicas a serem financiadas e os meios escolhidos para justa repartição dos encargos públicos.²⁶

Oportuno consignar, ainda, que de acordo com José Souto Maior Borges²⁷ o método literal representa o mais pobre entre todos os métodos, devendo ser ele apenas o ponto de partida da atividade do intérprete. Ademais, deve servir-se, também, dos outros métodos de interpretação da norma jurídica com vistas a conferir-lhe a aplicação que melhor contemple a ordem constitucional. Portanto, rejeitada, desde já, a equivocada leitura do art. 111, II, do CTN,²⁸ que não afasta a aplicação de outros métodos interpretativos.²⁹

Vale considerar ainda que deve se empreender a interpretação do previsto no art. 6º, XIV, da Lei n. 7713/1989 com as lentes da Constituição justamente com vistas a conferir concretude aos princípios da dignidade pessoa humana, fraternidade e valor social do trabalho.

²⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (REsp) nº 1.116.620-BA, representativo de controvérsia, r. Ministro Luiz Fux, 1ª Seção.

²⁶ CALIENDO, Paulo. Interpretação literal em direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Tributação: democracia e liberdade* Em homenagem à Ministra Denise Arruda Martins. São Paulo: Noeses, 2014, p. 1186-1187; 1192

²⁷ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 131-132.

²⁸ “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre: I. suspensão e exclusão do crédito tributário; II. Outorga de isenção [...]”.

²⁹ Cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. O princípio da não cumulatividade do ICM – a imunidade constitucional para a exportação de produtos industrializados. A interpretação extensiva do instituto. O direito ao extensiva do instituto. O direito ao aproveitamento dos créditos escriturais. Parecer. Disponível em: <http://www.gandramartins.com.br/parecer/detalhe/id/PA01045>.

O Professor Min. Luís Roberto Barroso, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), com a eloquência que lhe é própria na interpretação e aplicação da Constituição³⁰, chega a proclamar a ideia de uma nova interpretação constitucional liga-se ao desenvolvimento de algumas fórmulas originais de realização da vontade da Constituição.

Esclarece Luís Roberto Barroso que isso não importa em desprezo ou abandono do método clássico – o subsuntivo, fundado na aplicação de regras – nem dos elementos tradicionais da hermenêutica: gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Ao contrário, continuam eles a desempenhar um papel relevante na busca de sentido das normas e solução dos casos concretos, mas deve-se buscar-se sempre conferir efetividade a cada um dos princípios constitucionais em questão.³¹

Portanto, ao fato do CTN prescrever técnica própria para interpretação de normas tributárias exonerativas não há o afastamento dos métodos tradicionais de hermenêutica, sobretudo, quando em questão valores constitucionais ranqueados, inclusive, com princípios fundamentais como na situação em voga em que presente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

4. ISENÇÃO IRRF COMO MEDIDA DE ALÍVIO FISCAL AO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO

A questão a ser melhor discernida reside em saber se a isenção de imposto de renda prevista pelo artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/1988, decorre do fato de o contribuinte perceber proventos e ser portador de doença grave, ou do fato de ser portador de doença grave, contida no rol previsto pela lei.

O imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza, previsto pelo artigo 150, inciso III da Carta Constitucional, tem como nota distintiva possuir as características de generalidade, da universalidade e da progressividade, tal como previsto pelo §3º do mesmo artigo.

É, portanto, tributo a ser custeado por todas aquelas pessoas, físicas e jurídicas, que manifestem capacidade econômica, em patamar previamente definido pela Fazenda Pública.

Por sua vez, a isenção a ser conferida em relação ao imposto de renda, também tem relação com a capacidade contributiva da pessoa, ou seja, manifestada uma redução ou mesmo incapacidade para contribuir com as necessidades financeiras do Estado, ela deixa, legalmente,

³⁰ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2002.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003, p. 331.

de participar do financiamento das atividades estatais, aqui compreendidas em sentido larguíssimo.

Portanto, embora seja posicionamento majoritário de que não cabe ao Judiciário atuar como legislador positivo em se tratando da concessão de isenções fiscais, como exercício de extrafiscalidade pelo Poder Público, a verificação de possível arbitrariedade ao se prever referido benefício fiscal é passível de aferição, especialmente ao se antever, ainda que de forma prefacial, eventual contrariedade aos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

A busca de um almejado fim social por parte do Fisco, e a adequação do instrumento ao desiderato estatal, ao prever regra isencional tributária, não é indene de verificação pelo Poder Judiciário, portanto.

A Secretaria da Receita Federal (SRF) sustenta a impossibilidade de interpretação extensiva da regra que confere isenção a destinatário determinado, ao argumento de expressa vedação, tanto constitucional quanto legal, indicando, para tanto, o disposto no artigo 150, §6º da Constituição.³²

No entanto, não se trata de concessão de alívio fiscal sem previsão legal, vez que o art. 6º, da Lei 7.713/1988 confere a isenção de Imposto de Renda àqueles diagnosticados com enfermidades descritas em seu inciso XIV, mas sim de proceder-se à *interpretação conforme a Constituição* do dispositivo citado considerando o contexto em que inserido aliado aos avanços das ciências médicas, isto é, verificar o real significado da norma, a *ratio legis* do alívio fiscal com vistas a conciliar a (in)capacidade contributiva com a capacidade laborativa.

Portanto, a isenção do IRRF para portadores de doenças graves tem fundamento constitucional não apenas na ausência de manifestação objetiva de capacidade contributiva, mas, também, na dignidade da pessoa humana que deve ser compreendida como *limite e tarefa* do Estado.³³

Dúvida não há que a dignidade da pessoa humana está a indicar limite à intervenção do Estado mediante a garantia de direitos individuais vinculados ao valor *liberdade* ao portador de doença grave.

Infelizmente, nossos Tribunais Superiores ao procederem o julgamento da ADI 6025 e do Tema Repetitivo n.1037/STJ não tiveram a clareza de compreensão que a dignidade da

³² art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.”

³³ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 4ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.110.

pessoa humana pressupõe, também, *tarefa* do Estado como garantidor do *mínimo existencial*, mediante a preservação da integridade bio-psíquica do portador de doença grave.

Em muitos casos o exercício de atividade laborativa desempenha papel terapêutico no prognóstico da doença grave ao que *tarefa* do Estado manter aquele servidor na ativa, ainda que tenha que promover a readaptação de suas atividades funcionais considerando que a Constituição de 1988 prevê o valor social do trabalho como princípio fundamental (art.1º, IV).

Mediante uma compreensão literal do dispositivo do art.6º, XIV, da Lei n.7.713/1989, sob o pretexto de que conferir isenção de IRRF a portadores de doença grave assintomáticos corresponderia o Judiciário assumir a posição de *legislador positivo* foi obstada tal medida de alívio fiscal aos servidores em atividade; o que não veda que o Legislador venha a prever expressamente tal benefício fiscal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concessão de isenção de IRRF aos portadores de doença grave assintomáticos com capacidade laborativa encontra respaldo nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho ao que o Congresso Nacional ao analisar os Projetos de Leis (PLs) n.1227, 3148 e 1302/2019 não se encontra vinculado a equivocada interpretação empreendida pelos Tribunais Superiores que se limitaram a sentenciar a questão pelo suposto óbice do legislador positivo.

A igualdade e a fraternidade constituem importantes princípios constitucionais a conferir subsídios para alteração legislativa proposta contemplando, assim expressamente com a isenção de IRRF os *vencimentos* dos servidores portadores de doenças graves com capacidade laborativa para permanecer no exercício de suas atividades funcionais em prestígio ao princípio fundamental do valor social do trabalho.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Maria Arruda de. Interpretação e aplicação da lei tributária: da consideração econômica da norma tributária à análise econômica do Direito. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

_____, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. São Paulo: Renovar, 2003.

_____, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BORGES, José Souto Maior. Um ensaio interdisciplinar em Direito Tributário: superação da dogmática. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 211, p. 106-121, 2013.

_____, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CALIENDO, Paulo. Interpretação literal em direito tributário. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (coord.). *Tributação: democracia e liberdade* Em homenagem à Ministra Denise Arruda Martins. São Paulo: Noeses, 2014.

FONSECA, Reynaldo Soares da; VERONESE, Josiane Rose Petry. *Literatura, Direito e Fraternidade*. Florianópolis; E-mais, 2019.

_____, Reynaldo Soares da. *A Conciliação à luz do princípio constitucional da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*. 120 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2014.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. Interpretação e integração da lei tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Interpretação e aplicação da lei tributária*. São Paulo: Dialética/ICET, 2010.

_____, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário*. vol.III. Os Direitos Humanos e a Tributação. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PANDEMIA, MODERNIDADES, CONFLITO E ESPERANÇA*

Néfi Cordeiro¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Tecnologias persecutórias na modernidade; 3. O conflito em democracia de desigualdades; 4. A esperança; 5. Conclusões; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A pandemia do COVID-19 a todos surpreendeu pela gravidade da doença e pela necessária mudança de hábitos: o isolamento social muda pessoas, muda o direito.

É momento de crescente preocupação legislativa com um direito penal mais eficiente, que para isso usa de mais e mais tipos penais, controlando a sociedade pelo medo da pena, em crimes com inseguras delimitações e com provas mais invasivas.

A preocupação inicial do artigo é situar a tendência criminalizante e de eficiência, com a paralela preocupação de não se esvaziarem conteúdos garantidores historicamente fixados. Dos crimes menos claros, veio a lei a permitir sempre e mais provas de violação dos sigilos e do domicílio, e hoje passa o Estado a fazer provas mesmo sem processos instaurados de culpa – no reconhecimento facial em locais públicos, na colheita antecipada de material genético.

A modernidade perigosamente busca tão célere prisão de criminosos que se tornam menos seguras as cautelas de realmente se terem culpados, por relevantes e previamente conhecidos danos sociais.

O Brasil, nessa realidade, sofre ainda com uma grande tensão entre instituições e pessoas. Poderes do Estado se confrontam por competências e pela supremacia; pessoas se digladiam por apoiarem os diferentes polos de ideias.

A necessidade de todos contribuírem para os destinos da nação se torna ainda mais preocupante quando podem alguns optar pela segurança do isolamento, enquanto outros precisam optar pela insegurança do ganha-pão diário. Alguns são menos iguais...

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**, vol. 2. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFPR, com concentração na área criminal

Professor Universitário – graduação e pós-graduação, lato e stricto sensu
Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Presidente da 6ª Turma (matéria criminal).

Finalmente, a humanidade – não como condição biológica, mas como dever de solidariedade empática – é vista no artigo como motor condutor do restabelecimento da democracia ideal, com a mais próxima oferta de opções aos cidadãos e com o respeito às diferenças, pessoais e funcionais.

2. TECNOLOGIAS PERSECUTÓRIAS NA MODERNIDADE

A modernidade foca em um direito penal coletivo, onde os danos individualizados – mesmo gravemente violadoras à pessoa – tornam-se socialmente menos relevantes do que os danos não individualizáveis e perenes. Muda o prisma da proteção à honra, à propriedade e mesmo à vida, para a proteção de todos, do hoje e do futuro: crimes tributários e financeiros, crimes empresariais e contra a saúde pública, crimes informáticos e ambientais.

O direito penal perde em segurança individual, pela tendência a tipos penais abertos (sem plena delimitação do conteúdo normativo) e de perigo – evitando o risco de não proteger condutas socialmente gravosas, mas ainda imprecisas (como poluição ou temeridade de gestão empresarial), evitando a dificuldade probatória (como na entrega de veículo automotor a pessoa não habilitada²). Ganha a eficiência persecutória, perdem os cidadãos na garantia da legalidade – crime é conduta vaga – e da lesividade, pois no crime de perigo, especialmente quando abstrato, o agir é incriminado, independentemente de seu resultado.

Provas cada vez mais invasivas e potencialmente destrutivas são criadas em desfavor do perseguido. Passam a ser admitidas violações à privacidade no domicílio, na vida bancária e fiscal, nas conversas profissionais e íntimas, em não raros momentos sem qualquer exigência de motivação da imprescindibilidade dessa prova ou de gravidade social do crime.

A proteção ao domicílio do cidadão, último resguardo de soberania individual, é na Constituição Federal excepcionada justamente para a proteção dos moradores: desastre, socorro ou flagrante delito – salvo ordem judicial. Do ingresso no domicílio para proteger moradores contra crimes, passou-se a usar da norma protetiva para perseguir ao morador. A norma de proteção transformou-se em norma de coerção.

² Súmula 575 do STJ: *Constitui crime a conduta de permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa que não seja habilitada, ou que se encontre em qualquer das situações previstas no art. 310 do CTB, independentemente da ocorrência de lesão ou de perigo de dano concreto na condução do veículo.*

Resgata a jurisprudência atual um mínimo de proteção ao exigir uma justa causa para a invasão, nela não enquadráveis denúncias anônimas, hipóteses do raciocínio policial, presunções ou forjadas autorizações de acesso³.

O próprio flagrante se altera em favor da eficiência, ao ser permitida sua prorrogação, como é mostra a Lei do Crime Organizado⁴. Da exigência legal de prévia autorização judicial, passa a prática a autorização nenhuma, do flagrante caracterizado passam-se a situações onde sequer mais há crime em desenvolvimento – tudo pela eficiência...

A infiltração policial⁵ que apenas acompanharia ações criminais tende a provocar crimes (o Estado contentor sendo o motivador da criminalidade)⁶, a colaboração premiada é passível de direcionamento contra pessoas ou partidos políticos, pela possibilidade ilegalmente admitida⁷ de acordos premiando notícias de crimes quaisquer, contra pessoas quaisquer – então escolhidas por alguém, delator ou representante estatal da negociação. Enfim, a busca pela proteção social coletiva e por uma maior eficiência penal levam nosso direito penal a soluções aplaudidas no momento, mas preocupantes na estabilidade do direito, porque reducionistas das garantias processuais.

A prova que surge para uso restrito, por seu alto grau de invasão da intimidade, tende a proliferar. A eficiência da quebra de sigilo telefônico, prova subsidiária para crimes de reclusão⁸, levou seu uso para mais cedo e com menos provas prévias (a imprescindibilidade

³ RE 603616, Tribunal Pleno, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Publicação: 10/05/2016.

Decisão: repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso e fixou tese nos seguintes termos: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente.”

⁴ Lei nº 12.850/2013, Art. 8º *Consiste a ação controlada em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações.*

§ 1º *O retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao Ministério Público.*

⁵ Lei nº 12.850/2013, Art. 10. *A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.*

⁶ Torna-se cada vez mais difícil descobrir se o agente infiltrado revela crimes que soube ou que provocou - Súmula 145/STF: *Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação.*

⁷ Além de violar a regra da utilidade, estável em todas as leis de colaboração premiada, incide agora em proibição expressa:

Lei nº 12.850/2013, Art. 3º-B, § 3º *No acordo de colaboração premiada, o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados.*

⁸ Lei nº 9.296/96, Art. 2º *Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:*

[...] II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

apenas como justificação retórica), permitindo um aproveitamento amplo do resultado – pela serendipidade, mesmo crimes de detenção⁹ e até infrações administrativas¹⁰ usam da prova de escuta telefônica. É a criação de uma bomba atômica às garantias pela justificativa de uso restrito a gravíssimos danos sociais, que passa a ser rotineiramente usada para danos quaisquer, mesmo leves.

No combate à tecnologia dos crimes, crescentes e inovadores, surgem os correspondentes mecanismos de investigação e prova estatais. Usa sim o crime de comunicações sigilosas em sistemas de comunicação criptografados e na “deep web”, usa sim de criptomoedas, da captação coletiva de valores por mecanismos internacionais de pirâmides virtuais. Ampliam-se os danos criminais no espaço internacional.

Como reação, as provas tecnológicas são novidades que encantam e assustam: acompanhamento eletrônico e por satélite de pessoas (sem ficção ou exagero), programas de reconhecimento visual (com graves defeitos de qualidade, geradores perigosos do falso reconhecimento) e “malwares” implantados pela polícia¹¹. Interessante foi recente precedente onde o Superior Tribunal de Justiça reconheceu nulidade da colheita de conversas através do programa “WhatsApp Web”, instalado sigilosamente pela polícia no celular de investigado, mesmo judicialmente autorizado – não haveria como identificar quais as conversas emitidas

⁹ AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente através de interceptação telefônica lícitamente conduzida, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agrado Regimental desprovido. (AI 626214 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 21/09/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010)

¹⁰ Compartilhamento de Dados Sigilosos e Procedimento Administrativo Disciplinar.

O Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada, pelo Min. Carlos Britto, em inquérito instaurado contra Deputado Federal, do qual relator, deferiu, por maioria, o requerimento de remessa de cópias dos autos, com a cláusula de sigilo, ao Presidente do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados. Na espécie, o Presidente do referido Conselho solicitara o compartilhamento das informações constantes dos autos do inquérito para subsidiar procedimento administrativo disciplinar movido contra o parlamentar naquela Casa Legislativa. Na linha de precedentes da Corte, entendeu-se que os elementos informativos de uma investigação criminal, ou as provas colhidas no bojo de instrução processual penal, desde que obtidos mediante interceptação telefônica devidamente autorizada por juiz competente, como no caso, podem ser compartilhados para fins de instruir procedimento administrativo disciplinar. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, que indeferiam o pedido, ao fundamento de que os dados sigilosos obtidos só poderiam ser utilizados para fins de persecução criminal, nos termos do que disposto no art. 5º, XII, da CF. Precedentes citados: Inq 2424 QO/RJ (DJU de 24.8.2007); Inq 2424 Seg. QO/RJ (DJU de 24.8.2007); AP 470 ED /MG (acórdão pendente de publicação). Inq 2725 QO/SP, rel. Min. Carlos Britto, 25.6.2008. (Inq-2725) (Informativo STF, Brasília, 23 a 27 de junho de 2008 - Nº 512. PLENÁRIO)

¹¹ CAPRIOLI, Francesco; Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia.

file:///D:/Estaveis/1.%20Universidades/1.%20Catolica/Mestrado/3.%20Criminalidade%20e%20Seguranca/4%20Provas/malwares%20na%20italia.pdf Acesso em: 01Jun2020.

pelo proprietário do celular e quais as que poderiam em tese ter sido emitidas, em seu nome, pelo computador dos investigadores¹².

O próprio acesso aos celulares de presos é medida rotineira, não raras vezes com duvidosa autorização do suspeito. A pretexto de segurança ou de prova do crime flagrado, são os celulares devassados sem autorização judicial, revelando não somente se há crime, mas toda a vida do suspeito. A jurisprudência nacional já reconhece a invalidade dessa prova¹³, mas a prática da invasão da privacidade não desaparece.

As infiltrações policiais agora acontecem virtualmente, em mídias sociais, buscando descobrir (espera-se não fazendo surgir) pedófilos ou criminosos sexuais, traficantes de drogas e pessoas...

Há necessidade da sofisticação e modernização dos meios de prova na realidade de crimes onde tende a ser menos importante a prova oral, mas releva a prova informatizada. O risco é a acomodação a crescentes patamares de perda da privacidade. O grande irmão de Orwell¹⁴ está presente no acompanhamento da movimentação de pessoas por seus celulares, no reconhecimento facial e pelas impressões digitais em locais públicos e privados, em campos de futebol e nas alfândegas, está presente na disponibilização antecipada de material genético (Lei nº 12.037/2009, art. 5º-A), na gestão da tropa policial por mapeamento digital de ocorrências criminais... É a vida crescente e involuntariamente publicizada.

No processo, também a tecnologia revoluciona. A pandemia forçou o isolamento pessoal e a interação virtual: vivemos a realidade do “home office”, do processo integralmente

¹² Sexta Turma anula prova obtida pelo WhatsApp Web sem conhecimento do dono do celular. http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-11-30_06-59_Sexta-Turma-anula-prova-obtida-pelo-WhatsApp-Web-sem-conhecimento-do-dono-do-celular.aspx Acesso em: 01 jun. 2020.

¹³ *PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE PROCESSUAL. ACESSO AOS DADOS DO APARELHO CELULAR DO RÉU. AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.*

1. Esta Corte Superior de Justiça considera ilícita o acesso aos dados do celular extraídos do aparelho celular apreendido em flagrante, quando ausente de ordem judicial para tanto, ao entendimento de que, no acesso aos dados do aparelho, se tem a devassa de dados particulares, com violação à intimidade do agente. Precedentes.

2. É reconsiderada a decisão inicial porque não se trata de implícita autorização de quebra do sigilo de aparelho com dados cuja busca se determinou. O que se tem é mandado de busca de drogas, que não traz implícita ordem de apreensão de arquivos de dados e seu acesso.

3. Agravo regimental provido para declarar a nulidade das provas obtidas no celular sem autorização judicial, cujo produto deve ser desentranhado dos autos, cassando os atos de natureza decisória das instâncias de origem, a fim de que se realize novo julgamento.

(AgRg no HC 542.940/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 10/03/2020)

¹⁴ Mil Novecentos e Oitenta e Quatro, romance distópico do escritor britânico George Orwell.

eletrônico, de sessões “online”, sustentações orais gravadas ou à distância e atendimentos por chamadas (de voz ou com imagem). Mecaniza-se o procedimento, reduz-se o sentimento.

A partir desse momento extraordinário, onde a falta de alternativas torna quase incontroversa a necessidade do trabalho no lar, da não postergação de justiça pelos julgamentos remotos, muito se há de pensar sobre a continuidade dessas medidas. Não há como negar a crescente capacidade dos contatos virtuais desenvolverem também emoções, de permitirem a aferição e repetição de detalhes invisíveis ao contato pessoal (com aproximação e repetição de imagens...), mas não há sentimento igual ao olho no olho, à pele na pele.

A realização dos atos judiciais remotamente reduz custos e facilita a produtividade, mas perde na emoção, imprescindível a momentos marcantes do processo, como na prisão, no interrogatório e no julgamento. Não há como substituir-se o dia do acusado na Corte, frente a seu juiz, pelo dia do acusado frente à tela do computador...

Como tendência, mecanizam-se também processos e decisões: o copiar/colar acontece em petições e também em decisões judiciais, com aproveitamento de decisórios passados, de outras instâncias ou mesmo de um parecer ministerial. As decisões mais e mais se padronizam, com riscos da perda dos detalhes de provas e razões em cada diferente processo. Súmulas e enunciados repetitivos padronizam até o que não é igual, a exigir casuística distinção¹⁵, limitam recursos e podem dificultar a própria realização da justiça.

A modernização na persecução criminal é imprescindível, mas o meio eficiente não pode significar elisão das garantias.

3. O CONFLITO EM DEMOCRACIA DE DESIGUALDADES

A pandemia da COVID-19 surpreende pela gravidade da doença e, especialmente em nosso país, pela evolução dos conflitos – pessoais e institucionais.

A teoria da mediação há muito esclarece que conflito é diferença, é a reação ao diferente agir, ao diferente pensar, como chance de amadurecimento, de aprimoramento e evolução – pessoal e coletiva.

É a moderna teoria do conflito, admitindo que sendo ele inevitável a todas relações humanas, não pode ser tido como necessariamente negativo, mas através de um exame neutro

¹⁵ Exemplificativamente, logo após aprovada a Súmula 599/STJ (O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública. CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017), a 6ª Turma aplicou esse princípio a “a um crime contra a administração pública com base nas peculiaridades do caso: o réu era primário, com mais de 80 anos, e o dano causado teria um custo de cerca de R\$ 20.” <https://www.conjur.com.br/2018-set-02/stj-aplica-principio-insignificancia-crime-administracao> Acesso em 01 jun. 2020.

ser admitido como a mera constatação das diferenças entre opiniões ou interesses. Pode, assim, o conflito ser usado como algo benéfico, para a compreensão e admissão das diferenças, para o progresso: “Todo polimento é feito por atrito. Pegamos a música do violino por atrito e saímos do estado selvagem quando descobrimos o fogo por atrito” (Follett, M. P. Mary Parker Follett prophet of management. 2003: Beard Books).

Essa é reflexão necessária em momento social de confronto de poderes, de invasões de competência, de intolerância pessoal e funcional. É preciso relembrar nossos mandamentos fundamentais de vida, a tolerância e compreensão do outro, a admissão de que somos sociedade e evoluímos justamente por nossas diferenças.

Se normalmente já é tormentosa a concretização de nossa democracia participativa e republicana, fundada na liberdade e igualdade entre os cidadãos, pelas dificuldades de serem ouvidas as vozes das minorias, pelo formato de eleições dos mais visíveis (ainda que com forte apoio em custosa propaganda), pela precária prestação de contas dos mandatários do poder, em momento de pandemia a igualdade – mesmo formal – tende a desaparecer, a representatividade esmaece ainda mais.

Embora presente expressamente em nossa Carta Magna a liberdade do mercado, já nosso preâmbulo torna clara a opção pela democracia republicana de Habermas (1993), voltada à promoção dos direitos sociais, em uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social¹⁶.

A divisão de competências é repartição de trabalho, mas também é definição de limites e de necessários controles a que todos agentes se encontram vinculados. Ninguém é maior do que sistema constitucionalmente estruturado de gestão pública; nem pode ser.

Se a tendência ao abuso é natural ao ser humano¹⁷, precisamos todos de contenção.

Nossa realidade nesses tempos de pandemia é repleta de exemplos preocupantes. O Judiciário decide monocraticamente questões de soberania nacional e intervém na execução de políticas públicas, sem conhecer orçamento ou parâmetros técnicos – mesmo assistido por peritos, jamais o juiz terá o alcance de conhecimento do gestor especialista. O Legislativo demora na função condutora da sociedade, com exagerado cuidado a prejuízos eleitorais,

¹⁶ **PREÂMBULO**

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

¹⁷ O poder tem a tendência a se corromper e o absoluto poder corrompe absolutamente... Meu dogma é a geral maldade dos homens portadores de autoridade; são os que mais se corrompem. (Lord Acton, 1843-1902)

preocupando-se em excesso com controvérsias internas do poder (poder pelo poder) e relutando na plena fiscalização do Executivo. O Executivo prefere o isolamento da gestão e o confronto para demonstração de sua prevalência funcional¹⁸.

A sociedade replica essas condutas. Juízes do Brasil cautelarmente, e até sem ouvida da parte contrária, determinam a paralização de relevantes serviços públicos, determinam a concessão de medicamentos experimentais e gerem o funcionamento de atividades na pandemia. Gestores decidem medidas terapêuticas sem fundamentação científica e sem uniformização. Os homens não aceitam as diferenças.

É triste constatar que pessoas de todas origens e pensamentos se igualam na intolerância. Agridem, literalmente, o diferente, mesmo numa sociedade que se proclama constitucionalmente “fraterna”, “fundada na harmonia social”. Admitir o diferente pensar e o diferente agir é princípio de existência social – mesmo porque ninguém é igual.

Na Justiça, não somente se ataca o diferente, como se forma dele compreensão apenas pelo interesse nos resultados – e, de novo, isso não se dá apenas com pessoas que pouco compreendem o sistema constitucional de competências¹⁹...

Mesmo entre juristas, muitos defendem o ativismo judicial no casamento homoafetivo, mas o criticam na criminalização da homofobia; elogiam a rapidez da decisão democrática que

¹⁸ Tratando do Presidente Donald Trump, a análise feita por Levitsky e Ziblatt é válida para nossa realidade brasileira:

Enquanto negócios familiares e esquadrões de exércitos podem ser governados por ordens, democracias exigem negociações, compromissos e concessões. Reveses são inevitáveis, vitórias são sempre parciais. Iniciativas presidenciais podem morrer no Congresso ou ser bloqueadas por Tribunais. Todos os políticos se veem frustrados por essas restrições, mas os democráticos sabem que têm de aceitá-las. Eles são capazes de vencer a torrente constante de críticas. Para os outsiders, porém, sobretudo aqueles com inclinações demagógicas, a política democrática é com frequência considerada insuportavelmente frustrante. Para eles, freios e contrapesos são vistos como uma camisa de força. Como o presidente Fujimori, que não tinha estômago para a ideia de ter de almoçar com líderes do Senado toda vez que quisesse aprovar uma lei, os aspirantes a autoritários têm pouca paciência com o dia a dia da política da democracia. E, como Fujimori, querem se libertar.

(LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel, p. 80)

¹⁹ Ainda de Levitsky e Ziblatt:

Para melhor compreender como autocratas eleitos minam sutilmente as instituições, é útil imaginarmos uma partida de futebol. Para consolidar o poder, autoritários potenciais têm de capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes.

É sempre bom ter os árbitros do seu lado. Estados modernos possuem várias agências com autoridade para investigar e punir delitos tanto de funcionários ou mandatários públicos como de cidadãos comuns. Entre elas figuram o sistema judiciário, os órgãos de imposição da lei, os serviços de inteligência e as agências reguladoras e tributárias. Em democracias, essas instituições são destinadas a servir como árbitros neutros. Para autoritários potenciais, as instituições judiciárias e policiais representam, assim, tanto um desafio quanto uma oportunidade. Se elas permanecem independentes, tem a capacidade de denunciar e punir abusos governamentais. Este é o trabalho do árbitro, impedir fraudes. Não obstante, se controladas por sectários, essas instituições podem servir aos objetivos do aspirante a ditador, protegendo o governo de investigações e processos criminais que possam levar ao seu afastamento do poder. O presidente pode infringir a lei, ameaçar direitos civis e até violar a Constituição sem ter que se preocupar [...]

(LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. p. 81)

lhe dá a vitória processual, mas repudiam esse formato apenas na hipótese denegatória. Justiça exige segurança de procedimentos e seu resultado não é por si mostra de qualidade ou defeitos do julgador.

A crítica social e inclusive ao Judiciário é necessária. Não se alteram compreensões jurídicas por reclamos do momento, mas o repensar coletivo estável deve influenciar também a definição do Justo. Seja a crítica provinda de mandatários do poder, seja por movimentos sociais espontâneos, é sempre louvável exercício de preocupação por melhorias sociais.

Menos válida, porém, é a pessoalização ofensiva a quem cumpre o dever de julgar. Quando um dignitário diz que o Ministro é um abusador, o investigado se vê com igual direito de ofender e de não acatar a decisão judicial; se a qualidade do juiz é medida pelo resultado a mim benéfico de sua decisão, a ele admiro hoje e detesto amanhã. A validade e necessidade da crítica a todos agentes do poder, não se confunde com a realização de ofensas, prejudiciais à harmonia e ao exercício pleno das funções públicas.

Se o abuso é natural a todo poder humano, limites e controles são imprescindíveis a todos – pessoas e instituições. Os poderes Judicial, Legislativo e Executivo não possuem apenas competências formais, mas áreas específicas de atuação, sujeitas a controle interno e externo, que em nada lhes diminui – ao contrário, a todos eleva como sistema estruturado de competências da gestão do poder nacional.

Já sendo admitida como difícil a harmonia entre Poderes, entre instituições e mesmo entre pessoas da elite – intelectual e social -, ainda mais complexa é a democracia para os necessitados sociais.

A cculpabilidade proposta por Zaffaroni²⁰, como coparticipação estatal na responsabilização por crimes quando deixa de permitir iguais condições sociais entre os cidadãos, induzindo os menos favorecidos à prática de crimes, se torna especialmente preocupante em nossos dias. Na pandemia o “fique em casa” é morte por fome a quem vive do pão ganho a cada dia, que mesmo com comércios reabertos sente a redução da população

²⁰ “*Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma ‘co-culpabilidade’, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de cculpabilidade é uma ideia introduzida pelo direito penal socialista. Creemos que a cculpabilidade é herdeira do pensamento de Marat e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66.*”
Zaffaroni e Pierangelli (p. 545, 2019)

compradora, que mesmo com auxílio emergencial tem dificuldades para obtê-lo. É a proteção, sem novidades, à elite.

Ainda pior a é situação dos apenados. A acumulação de pessoas em pequeno espaço, as dificuldades de higiene e de tratamento médico, tornam o ambiente prisional local de grande risco de contaminação e de precárias condições de tratamento. Há recomendação de cautela e flexibilização do Conselho Nacional de Justiça²¹, os gestores do sistema carcerário têm procurado isolar contaminados e tratar doentes, as decisões judiciais afastam das prisões condenados admitidos como de menor risco social²², mas ainda é enorme a quantidade de presos confinados em precárias condições para o enfrentamento da COVID-19.

Nessa crise de tolerância, a mídia informa e conforma a opinião popular. De mídias interessadas – e quais (por critérios publicitários ou ideológicos) não seriam? – a maiorias inventadas (até por “robôs” nas redes sociais), as pessoas registram o diferente como inimigo, reproduzem a desinformação e proliferam o ódio.

²¹ RECOMENDAÇÃO No 62, DE 17 DE MARÇO DE 2020.

Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

²² Excepcionalmente até de modo coletivo, como no HC 575.495/MG, Rel. Min. Sebastião Reis Jr, julgado 06Jun20:

4. A revogação dos benefícios concedidos aos reeducandos elencados na petição inicial configura flagrante ilegalidade, sobretudo diante do recrudescimento da situação em que estavam na execução da pena, todos em regime semiaberto, evoluídos à condição menos rigorosa, trabalhando e já em contato com a sociedade.

5. Diversos Juízos da Execução Penal de comarcas mineiras adotaram medidas preventivas de combate à pandemia da Covid-19 extremamente restritivas, as quais não levaram em conta os princípios norteadores da execução penal (legalidade, individualização da pena e dignidade da pessoa humana), bem como a finalidade da sanção penal de reinserção dos condenados ao convívio social.

6. A suspensão do exercício do trabalho externo aos reeducandos do regime semiaberto trouxe uma degradação à situação vivida por esses custodiados, que diariamente saíam do estabelecimento prisional para trabalhar, mas, agora, foram obrigados a nele permanecer em tempo integral, o que manifestamente representa uma alteração na situação carcerária de cada um dos atingidos pela medida de extrema restrição.

7. O recrudescimento da situação prisional somente é admitido em nosso ordenamento jurídico como forma de penalidade, em razão de cometimento de falta disciplinar, cuja imposição definitiva exige prévio procedimento disciplinar, com observância dos princípios constitucionais, sobretudo da ampla defesa e do contraditório.

8. É preciso dar imediato cumprimento à citada recomendação do Conselho Nacional de Justiça, como medida de contenção da pandemia mundialmente causada pelo referido coronavírus (Covid-19), notadamente o disposto no inc. III do art. 5º da citada Resolução n. 62/CNJ, que dispõe sobre a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da execução.

9. Ordem concedida para impor o regime domiciliar, especificamente aos reeducandos do sistema prisional do Estado de Minas Gerais que cumprem pena em regime semiaberto e aberto, que tiveram suspenso o exercício do trabalho externo, como medida preventiva de combate à pandemia, desde que não ostentem procedimento de apuração de falta grave. A ordem deve ser implementada pelos Juízos de Execuções de cada comarca de Minas Gerais, que deverão fixar as condições do regime domiciliar, considerando a ressalva aqui definida, bem como a situação daqueles que têm contrato de trabalho vigente, de modo a permitir-lhes a sua continuidade. Ficam ratificadas as medidas liminares deferidas nos autos. Deferido o pedido de extensão constante da Petição de n. 268.094/2020, apresentado pela Defensoria Pública do Distrito Federal, em virtude da comprovação da similitude fático-jurídica com o caso do sistema prisional ora julgado, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. Parecer ministerial acolhido.

Se não é simples às instituições do poder admitir limites e aceitar controles, se as pessoas odeiam o diferente pensar, se as mídias sociais acabam por replicar e fazer crescer o isolamento – e não pela pandemia – há de existir saída, há de existir esperança.

4. A ESPERANÇA

A fé no futuro é a motivação da humanidade.

Desde as ações do homem isolado aos movimentos coletivos em sociedade, a esperança nos une em ideais. Se o otimismo é a convicção do resultado positivo, a esperança é admiti-lo mesmo quando improvável. Não é racional, não é tampouco idealismo sonhador, é a felicidade por simples perspectiva.

Em tempos de pandemia e conflito, é preciso renovar esperanças na força e harmonia das instituições, na tolerância entre as pessoas. Esperança em que se cumpram os mandamentos constitucionais de limites e controles institucionais, esperança na sociedade fraterna e harmoniosa. Esperança no homem.

Em interessante motivação, Peter Susemihl, relata uma história vinda da América do Norte:

Uma noite, o velho índio Cherokee contava ao seu neto sobre a luta que acontece dentro das pessoas.

“A luta é entre dois lobos dentro de nós”.

“Um é mau: raiva, inveja, arrependimento, ganância, arrogância, autocomiseração, culpa, ressentimento, inferioridade, mentira, falso orgulho, superioridade e ego”.

“O outro é bom: alegria, paz, amor, esperança, serenidade, humildade, bondade, benevolência, empatia, generosidade, verdade, compaixão e fé”.

O neto pensou por um minuto, e então perguntou: “Que lobo ganha”?

O velho índio simplesmente respondeu: “Aquele que você alimentar”.

Entre tantos princípios constitucionais a serem neste momento lembrados para a melhoria da sociedade, talvez um único, uniformizador, baste: humanismo. É o homem perceber-se e aos demais como iguais em dignidade e opções de vida, é o juiz admitir seu erro, passível de reforma recursal, é o legislador cumprindo em plenitude o mandado cívico recebido, é o executivo instrumentalizando impessoalizadamente a concreção do bem comum.

Sonho? Esperança.

5. CONCLUSÕES

A pandemia serviu como momento de um repensar universal humano. Nos afastamos do vizinho, mas nos aproximamos do mundo na tecnologia; nos distanciamos pelo trabalho e entretenimento “online”, mas talvez nunca tenhamos nos aproximado tanto daqueles com que coabitamos. Nos preocupamos em sobreviver, mas sentimos a dor de outros que sequer possuem opção de isolamento....

O direito penal atende a reclamos sociais de justiça urgente, numa sociedade imediatista que prefere o culpado já a um processo garantidor da demonstração de culpa, dentro de um movimento legislativo crescente de tipos penais incertos.

Ante crimes cada vez mais complexos, a especialização persecutória também se desenvolve e meios probatórios crescentemente mais invasivos e danosos proliferam: os limites iniciais são afastados, a obrigação investigatória e o ônus probatório estatal arrefecem, as vidas das pessoas são publicizadas.

A democracia participativa republicana sofre ainda mais em representação na falta de oportunidades sociais, alguns menos iguais do que outros, alguns mais podendo interferir nos caminhos da gestão política e criminal.

Vivemos momento de grande confronto entre as instituições de poder e de incomparável inadmissão social das diferenças de opinião.

Se o abuso é natural a todo poder humano, limites e controles são imprescindíveis a todos – pessoas e instituições. Os poderes Judicial, Legislativo e Executivo não possuem apenas competências formais, mas áreas específicas de atuação, sujeitas a controle interno e externo, que em nada lhes diminui – ao contrário, a todos eleva como sistema estruturado de competências da gestão do poder nacional.

A responsabilidade cívica é imprescindível como dever de agir da função: todos agentes públicos limitados na lei, mas cumprindo-a à inteireza, tendo o bem público como permanente propósito.

É momento de esperança baseada na humanidade, concretizando a sociedade constitucionalmente idealizada como fraterna e harmônica. As diferenças de pensar e agir apenas nos identificam, não nos afastam.

Em tempos de pandemia, seja o isolamento social o único admitido, não o isolamento de compreensões, de tolerância e da boa vontade.

6. REFERÊNCIAS

ZAFFARONI, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, parte geral**. 13. ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEVITSKY, Steven. ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradutor: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar editora.

FOLLETT, M. P. Mary Parker Follett prophet of management. 2003: Beard Books.

HABERMAS, Jürgen. "Três modelos de democracia. Sobre el concepto de una política deliberativa". **El ojo del Huracan** 4, 1993.

SUSEMIHL, Peter J. **Mediação de Conflitos: buscando a diferença entre ter razão e ser feliz**. <http://ecosocial.com.br/desenvolvimento-de-grupos/noticia/mediacao-de-conflitos-buscando-a-diferenca-entre-ter-razao-e-ser-feliz> Acesso em: 04 jun. 2020.

O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E OS MÉTODOS DE PACIFICAÇÃO SOCIAL*

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi¹

Vitória De Macedo Buzzi²

Sumário: 1. Introdução; 2. Fraternidade e pacificação social; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

“[...] É muito mais fácil mudar as leis de um país do que modernizar seus costumes e transformar as mentalidades”.³ (Fábio Konder Comparato)

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

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. vol. 1. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ Professor, Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI, Especialista em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra, Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

² Advogada, mestranda em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

³ COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

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 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 Unidas⁴, o que se categoriza como Direitos Humanos⁵ 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.

⁴ 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.

⁵ 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.

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 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 cidadãos⁶, 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 humanas⁷.

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 públicos⁸.

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

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ 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.

implementação de políticas públicas voltadas ao acesso à saúde, educação, habitação, ao trabalho, ao lazer, etc. São os direitos econômicos, 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 Vasak⁹ 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”¹⁰, 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 atinentes¹¹.

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 referência as teorias críticas de Direitos Humanos que, rompendo com os

⁹ 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.

¹⁰ MACHADO, op. cit., p. 129.

¹¹ 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.

fundamentos da teoria tradicional, reivindicam a necessidade, em um contexto de pluralismo, de se reconhecerem as múltiplas formulações de direitos em seus respectivos contextos¹².

As críticas, inclusive, tornam-se bastante unânimes quando apontam que, observandose 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 conteúdo¹³.

Não obstante, é relevante não olvidar, segundo Alexandre de Moraes¹⁴, 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 direitos¹⁵.

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*¹⁶.

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

¹² 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.

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

¹⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 60.

¹⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2015.

preponderantemente principiológica, esteja ela sendo resguarda 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 direitos¹⁷, 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 sonegados.

Como segunda onda renovatória do processo identificou-se a tutela de interesses coletivos, atualmente já incorporada aos nossos sistemas jurídicos, com moldura até mesmo

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Palestra proferida no **CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE ESTUDOS CONSTITUCIONAIS**, 2, 2008, Fortaleza, de 03 a 05 de abril.

mais sofisticada do que aquela proposta originariamente, pois está garantida a proteção e, pois, tutela judicial aos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹⁸.

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/2010¹⁹.

E, reitere-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 Canotilho²⁰, mormente quando aborda o indiscutível valor das declarações que reconheceram os mais relevantes direitos a bem da humanidade, jamais deixando de aduzir, todavia, que, em que pese a relevância da sempre gloriosa época das declarações de direitos, presentemente, com grande premência, esta mesma humanidade necessita e deseja ver aqueles declarados direitos efetivamente prestados.

¹⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁹ 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/wpcontent/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

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.

2. FRATERNIDADE E PACIFICAÇÃO SOCIAL

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 direto 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 promoveuse 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 Grinover²¹, 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 125CNJ/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 [...]”²². 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 categórica²³, 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”²⁴.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. v. 3, n. 5, p. 22-27, maio, 2008.

²² 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.

²³ 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/wpcontent/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.

²⁴ SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. In: **Âmbito Jurídico**, 1 abr. 2013.

²³ MACHADO, op. cit., p. 130.

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 Machado²³ 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 índios²⁵).

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.

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 Britto²⁶, estão plenos e formam um verdadeiro sistema altruístico.

²⁵ Sugeriríamos a substituição por “bem-estar dos povos originários”.

²⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

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 Fonseca²⁷, 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 Britto²⁸, 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.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

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.

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

²⁷ 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.

²⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Teoria da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 218.

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.

4. 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/wpcontent/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/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Ministro-Reynaldo-falado-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%A0cria%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-dafraternidade-e-sua-efetivacao-atraves-da-decisao-monocratica-do-relator-combate-dasdesigualdadessociais/#:~: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.

A FRATERNIDADE FRENTE À TEORIA DA CONSTITUIÇÃO ABERTA DE PETER HÄBERLE

Nara Suzana Stainr Pires¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Noção de Constituição e interpretação aberta diante da análise de Peter Häberle; 3. A fraternidade e o possível diálogo com a teoria de Peter Häberle; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Apresenta-se neste estudo importante ponto estudado dentro do contexto de jurisdição constitucional, qual seja a questão da Constituição e interpretação aberta diante de uma sociedade complexa e plural, neste sentido acolhem-se neste material algumas das importantes opiniões sobre a questão, bem como se ressalta a importância que existe sobre a teoria de Peter Häberle a respeito da participação social como forma de integração e interpretação da Constituição como garantia de cidadania. Desta forma, o objetivo é associar ou dialogar com a teoria com a questão da Fraternidade.

Peter Häberle propõe uma interpretação constitucional a uma sociedade plural e aberta, uma vez que o autor entende o texto constitucional e sua interpretação, sendo que defende a interpretação como o complexo normativo que deve ter a participação de cidadãos, grupos de interesse, opinião pública, todos aqueles que estejam submetidos ao alcance do texto. O pensamento de Peter Häberle não está vinculado exatamente à questão da jurisdição constitucional, entretanto possui importância no que dispõe a respeito da discussão do tema da sociedade aberta e pluralista e sua relação com a interpretação do texto constitucional.

A fim de colocar em prática a idéia plural de Interpretação, remete-se ao conceito de interpretação aberta, que inclua a opinião pública e plural, que permite a todos acessar o processo de Interpretação Constitucional. Assim dependendo da forma, a interpretação se dilui com um grande número de intérpretes, não devendo o texto magno ficar atrelado a uma única interpretação.

¹ Advogada, Pós-Doutorado pela Universidade de Passo Fundo – UPF, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: narapires@piresadv.com.br

Assim para o autor Peter Häberle a Constituição é tida como um produto de natureza ou resultado cultural sendo identificada como um sistema aberto e que interage com o meio social em que está inserido, dependendo a realização da interpretação de cada caso e de seu conteúdo, é nesse sentido que será realizado o diálogo com a Fraternidade.

A metodologia empregada no desenvolvimento do estudo será sistêmica, numa perspectiva analítica e crítica. Por consecutivo, a proposta desta pesquisa é teórica e utilizará uma abordagem qualitativa. Para definir o *corpus* de análise, será utilizada a técnica de documentação indireta, com consultas em bibliografias de fontes primárias e secundárias.

Utilizar-se-ão referenciais teóricos clássicos acerca da Constituição e contemporâneos ao abordar a Fraternidade, traçando-se uma análise superficial da experiência histórica para atribuir a resposta necessária às projeções expostas.

Para tal, divide-se o estudo em dois capítulos, primeiramente apresentando a noção de Constituição aberta e sua interpretação diante da análise de Peter Häberle, para no segundo momento cotejar o Princípio da Fraternidade.

Mesmo sabendo-se que o tema requer complexidade, ressalta-se que o estudo, não adentra no mérito da discussão dos demais instrumentos legais e meios organizacionais, mas realizar um diálogo da Fraternidade com a teoria de Peter Häberle, e de tal modo, dada a extensão dos dados históricos pertinentes ao objetivo proposto em tela, este estudo se limitará a períodos pontuais. Assim, parte-se da análise da noção de Constituição aberta e sua interpretação diante da análise de Peter Häberle, por ele lançada.

2. NOÇÃO DE CONSTITUIÇÃO ABERTA E SUA INTERPRETAÇÃO DIANTE DA ANÁLISE DE PETER HÄBERLE

Por ocasião da II Guerra Mundial, principalmente no que diz respeito ao nazismo e o fascismo ocorreu um movimento no sentido de resgate da força da democracia e da própria noção dos direitos humanos, o que acaba se refletindo no texto das constituições através da busca pela concretização da dignidade da pessoa humana.

Conforme Mônia Clarissa Hennig Leal (2007, p.52) tais direitos são vistos como de forma universal e demonstram que a Constituição possui superioridade, garantindo proteção a todos como aqueles que permanecem no seio social e aqueles que ainda irão necessitar destes mesmos direitos. No que tange tais princípios universais se percebe a amplitude da Constituição que simplesmente ultrapassa critérios de maioria, protegendo estas de certa forma, como ocorre quando dentro do texto constitucional há a preocupação com a proteção

das gerações futuras em relação aos seus direitos fundamentais, tendo este caráter de domínio sobre o direito, tendo em vista ainda ser a Constituição a base da ordem jurídica.

A Constituição representa estabilidade principalmente quando se observa as oscilações da maioria, sendo que se pode notar que há um desenvolvimento significativo de países mais afetados por conflitos principalmente em relação aos direitos humanos.

Quando ocorre a qualificação dos direitos fundamentais, está se demonstrando o domínio do direito, sendo esta razão pela qual a Constituição se transforma em ordem jurídica fundamental, desta forma através dos princípios constitucionais a ordem jurídica é abarcada pela Constituição, desta forma:

A jurisdição constitucional é, apenas, uma parte integrante do processo interpretativo da Constituição. A legitimidade da jurisdição é vista através da amplitude que inclui conceitos centrais como a noção de Constituição e a noção de sociedade, pois é onde ocorre também a atividade hermenêutica. A Constituição é analisada sob o prisma cultural, sendo que ela tanto condiciona e influencia a realidade, como também por ela é influenciada. Significa dizer que qualquer alteração na realidade cultural de uma nação influenciará a interpretação constitucional, o que justifica as diversas interpretações possíveis, de um mesmo texto legal, em diferentes tempo e espaço (LEALL, 2008, p.400).

Assim, se atribui a natureza aberta da constituição, que busca maior concretização tendo em vista principalmente a realidade, o que faz exigir-se dos Tribunais maior observação e experimentação do modo de aplicação das normas, observando tal importância para os direitos fundamentais.

A Constituição é inclusa como uma invenção moderna e tem como objetivo primordial vincular o poder ao Direito, sendo este um pensamento advindo das conquistas alcançadas pela revolução francesa, da mesma forma a Constituição é tida como uma norma jurídica de cunho superior sendo que ao Estado de Direito e ao judiciário cabem também aplicarem as normas jurídicas, primando sempre pela sua aplicação e prevalência em face às normas inferiores situadas no ordenamento jurídico.

Com o Estado Democrático de Direito a Constituição assume papel fundamental principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e a preocupação que envolve a dignidade da pessoa humana, tal Carta Constitucional assume texto aberto. A constituição de tal modo, passa não a ser vista como mero instrumento de garantia de poder ou contra este, poder advindo do Estado, mas deve ser vista como a carta máxima dos valores de uma comunidade, caracterizando o Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o ser humano passa a ser considerado como *uti socius*, utilizando-se à noção de sociedade solidária, que sucede das relações sociais, tendo em vista a busca pela ampliação do coletivo.

A Constituição nasceu no intuito de impor limites dentro do ideal de uma realidade social, mas, em muitos momentos ainda se revela como um instrumento de manutenção de ordem estabelecida da burguesia de se defender do Estado no intuito de conseguir manter as suas conquistas, do que ser pensada como um instrumento de transformação social (Leal, 2007, p.55).

Evidente que a Constituição é dada como uma ordem jurídica fundamental pautada na coletividade, e seus princípios que orientam o ordenamento apresentam valores políticos culturais, sociais, e neste contorno passa a ser interpretada por todos da coletividade. E nesta perspectiva, a ampla participação da coletividade é tida como uma noção de Constituição aberta incluindo formas democráticas de participação, desbancando a noção de um sistema constitucional fechado, tal entendimento é abarcado pela Nova Hermenêutica (Leal, 2007, p.57).

Para Hesse² a Constituição é dada como um elemento que constitui a sociedade o que se comporta como uma forma de unidade política em face do pluralismo. Já, para Peter Häberle (1997, p.24) a Constituição é um produto cultural, que é capaz de interagir no meio do grupo onde está inserido, ressalta ainda que a Constituição não esteja concluída tendo em vista esta permanecer sujeita a alterações.

A sociedade e não somente os órgãos sociais têm o dever de manter a Constituição viva, devendo ser potencialmente interpretado e aplicado por todos. A Constituição pode ser considerada como um conjunto de fórmulas abertas, que deixa clara a carência de concretização, sendo que sua interpretação é primordial para a aplicação da Carta.

Tal interpretação³ deve estar condicionada a realidade, sendo que a natureza da Constituição deve ser de transformação social proveniente do próprio texto da Carta Magna

² Nesse sentido, observa-se: “[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alterabilidade caracteriza, em medida especial as condições de vida reguladas pela Constituição. Por isso, o Direito Constitucional, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então seu conteúdo deve ficar necessariamente “aberto para dentro do tempo”. Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 34.

³ Nota-se que : “O pluralismo pertence essencialmente à democracia. Na sociedade humana moderna há uma multiplicidade de pontos de vista e sistemas normativos diferentes com igual direito à validade, e há uma multidão de métodos, que são adequados ao correspondente objeto da investigação. Nisto se distingue o pluralismo tanto

uma vez que no momento em que todos participam da construção da interpretação constitucional esta se torna permanentemente aberta (KAUFMANN, 1999, p.134)

Assim sendo, para o autor Peter Häberle a Constituição é apresentada como um produto de natureza ou resultado cultural sendo identificada como um sistema aberto e que interage com o meio social em que está inserido, dependendo a realização da interpretação de cada caso e de seu conteúdo.

O positivismo tradicional se mostra ultrapassado, com dificuldades para abranger as novas formas de conflitos sociais que se apresentam tendo em vista as várias complexidades sociais que evidenciam desafios para o direito, como organizar suas próprias estruturas para a abertura e a superação de dogmas e de conceitos fechados. Neste contexto, o dever é voltado a chamar e abrir-se à realidade e à participação social, com a finalidade de realizar os preceitos constitucionais e de concretizar os direitos fundamentais no contexto da ordem democrática.

Cabe salientar que diante de tantos desafios cabe ao direito e a jurisdição constitucional proporcionar abertura para o exercício da cidadania, uma vez que:

A ampliação do papel a cidadania, a legitimidade das instituições investidas do direito de propor os remédios constitucionais, a própria participação de técnicos para melhor compreensão de questões específicas, o instituto ainda recente do *amicus curie* e, essencialmente, o debate público que ocorre em face das polêmicas que giram em torno da questão da atuação do Judiciário na efetividade de direitos demonstram a necessidade de uma democratização da jurisdição, devendo, ela, estar aberta na busca da melhor solução condizente à democracia. A grande dificuldade reside no fato de que esses mecanismos e possibilidades ainda não são, devidamente, explorados e, efetivamente, incorporados à prática cotidiana da jurisdição e da própria cidadania (LEAL, 2008, p.386).

Em um breve parêntese compete comentar a respeito do *amicus curiae* sendo este dado como um instituto que tem, cada vez mais, tido espaço em nossa legislação e, conseqüentemente recebido uma crescente atenção por parte da doutrina pátria por constituir um instrumento privilegiado de abertura de pluralização e de democratização da jurisdição,

do monismo como do dualismo. Muitos consideram o pluralismo como um defeito, algo que seria melhor que não existisse. Vê-se nele uma carga, certamente necessária, mas de todas as maneiras uma carga. Sem dúvida o é, e em verdade no mesmo sentido em que para um violinista é uma carga ver-se com todos os músicos que atuam em uma orquestra. E assim, como o violinista não é nenhum impedimento para a sinfonia, o pluralismo não é obstáculo para o esclarecimento da verdade, senão pelo contrário *uma condição da possibilidade de verdade*. O pluralismo se infere não somente do relativismo, senão também do modo de conhecimento da verdade. É um serviço imprescindível o prestado pela teoria do discurso, ao haver deixado em claro que o conhecimento científico não se obtém em solitário, senão que exige um esforço cooperativo. A teoria do consenso e a teoria de convergência da verdade, que a complementa pressupõe, necessariamente, uma multiplicidade de sujeitos cognoscentes”.

principalmente no que tange a jurisdição constitucional. Nesta linha Mônia Clarissa Hennig Leal(2009, p.28) assevera:

A principio deve-se ter presente que o *amicus curiae* ao intervir nas ações de controle de constitucionalidade, traz a sociedade ao debate constitucional, propiciando assim, a abertura e conseqüente, democratização da jurisdição constitucional. Constitui-se, dessa forma, como mais um intérprete da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, nos moldes sugeridos pelo constitucionalista Peter Häberle.

Desta forma a busca de maior efetividade dos direitos demonstra e requer a busca de maior abertura da jurisdição o que se dá através da prática cotidiana desta e da própria cidadania. Peter Häberle adere a temática principalmente no que tange a sociedade democrática, o Direito e os verdadeiros anseios da sociedade aberta e pluralista, sendo que a Constituição deve também ser plural e aberta para com a realidade social.

Peter Häberle busca em suas obras confirmar que a Constituição deve conceber a realidade social sendo que ainda deve ser vivida por todos, e entende que aquele que vive a Constituição também é seu interprete constitucional, sendo que isso se dá principalmente devido a sociedade pluralista que além de complexa muda constantemente. Este pluralismo é tido como uma das características do Estado Democrático de Direito sendo que a sociedade brasileira é tida como um projeto pluralista (GALUPPO, 2001, p.53).

A interpretação constitucional deve buscar a maior adequação possível com a realidade social, assim para Häberle (1997, p.10) uma democratização da interpretação constitucional ou para a hermenêutica constitucional da sociedade aberta. E, Mônia Clarissa Hennig Leal, complementa:

Segundo Häberle, a teoria da interpretação de uma sociedade que se apresenta fechada reduz o espaço para a interpretação, pois fica restrita, apenas, ao âmbito técnico e dogmático do Poder Judiciário, caracterizado por procedimentos formalizados. Assim, o autor busca construir uma teoria hermenêutica que inclua e considere a Constituição, bem como a realidade constitucional; para tanto, contudo, faz-se necessária uma abertura e incorporação das ciências sociais e das teorias jurídico-funcionais, bem como de métodos hermenêuticos que despertem o interesse e sejam voltados, precisamente, ao entendimento dos cidadãos, na realização do bem-estar de todos (2008, p.390).

Toca-se em um dos pontos fundamentais do distanciamento dos cidadãos e da sociedade em si para com a Constituição e sua interpretação, sendo que a acessibilidade d compreensão e clareza são fundamentais, sendo que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for á sociedade” (HABERLE, 1997, p.13).

Importante ainda mencionar que o autor alemão possui duas formas de interpretação uma em sentido lato e outra em sentido estrito, sendo sua diferenciação alcançada pelo fato da interpretação ficar restrita apenas à fins tradicionais enrijecendo a Constituição, devendo para haver uma interpretação justa o equilíbrio entre ambas as interpretações, sendo que unidas as duas interpretações, podem então os direitos fundamentais e a democracia pluralista, tanto na prática como na teoria, ser levada efetivamente a sério (BONAVIDES, 2007, p.510).”

Falando da interpretação constitucional também esta se mantém ligada ao tipo de Estado constitucional que está ligada sendo que segundo Häberle apenas após as mudanças da Revolução Francesa é que ocorreram mudanças de pensamento e a história cultural por parte da humanidade (HABERLE, 1998, p.68).

Essa mudança se apresenta importante uma vez que muitos dos direitos fundamentais estão ligados ao Estado Constitucional, tais como a soberania popular, entre outros. De tal modo tem-se que os direitos inseridos no texto constitucional comprovam a relação existente com a realidade social, a pluralidade cultural, distinguindo, portanto, uma sociedade aberta e que na medida em que esta sociedade vive a Constituição são trazidos para uma sociedade aberta de interpretes e de criadores da Constituição dando forma aos direitos.

Da mesma forma toca salientar que a concretização e interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais não deve ficar somente a cargo dos órgãos estatais, sendo que os cidadãos exercem um papel importante na realidade da Constituição e na medida em que a realidade cultural e social vivenciada terá alcance e influencia. Neste sentido, admite-se assim, que um mesmo texto legal contenha diferentes interpretações e aplicações modificando constantemente:

A Constituição se converte, então, em ordem jurídica fundamental de um processo livre e aberto, sendo que, enquanto tal, ela mesma se transmuta em um processo (permanente), o que faz com que o Direito Constitucional passe a se configurar, como um direito público, aberto, por excelência. Mais do que isso: na compreensão de Häberle, uma constituição em sentido amplo, que não é só do estado em sentido estrito, senão que engloba a estrutura a sociedade como um todo, como é o caso da Constituição democrática, não pode fazê-lo tão somente em sentido passivo, isto é, ela não pode incorporar estes elementos exclusivamente como objetos, ela precisa incorporá-los, também, de forma ativa, enquanto sujeitos (LEAL, 2007, p.115).

Peter Häberle (1997, p.82) com a sua teoria proporciona a necessidade de um reconhecimento do pluralismo social também de âmbito cultural onde todos vivem e cumprem normas e assim, todos passam a serem seus intérpretes não mais podendo a jurisdição constitucional ser avaliada de forma fechada, e aponta para uma sociedade aberta

de constituições, sendo contrário ao juízo de que somente as instituições são aptas a interpretar o texto constitucional, devendo ser ato daqueles que vivem a Constituição.

A interpretação constitucional obtém um papel destacado tendo em vista que a interpretação tem respeitável função de garantir vida nova à Constituição exercendo seu papel para com a comunidade. Desta forma destaca-se o papel desempenhado pela jurisdição constitucional, mas não só por ela, um dos pontos que mais marcam a interpretação é ressaltada pelo Tribunal Constitucional alemão no que tange os direitos fundamentais (LEAL, 2007, p.62). A interpretação desta forma possa a ser uma decorrência da abertura de sua análise garantindo comunicação entre os seus sujeitos.

O princípio da proporcionalidade é tido como uma das importantes inovações em relação à aplicação dos direitos fundamentais, e da ampliação dos modos de interpretação, o que primeiramente foi trabalhado no chamado *Lüth Urteil*.⁴

Os direitos fundamentais decorrem e incorporam aquela que se funda por valores objetivos fundamentais advindos das exigências da comunidade, tais direitos também são restringíveis e limitados. A expansão do conteúdo dos direitos fundamentais corresponde a um processo de constitucionalização material, o que atinge todos os poderes do Estado. As mais variadas construções hermenêuticas são operadas pelos Tribunais na busca pela defesa da Constituição tendo em vista a competência do controle de constitucionalidade.

Os Tribunais se valem de suas prerrogativas para estabelecer aqueles conteúdos que são admitidos e que vai ao encontro da Constituição, tudo para que a norma avaliada não seja dada como inconstitucional, analisando-se assim o conteúdo e extensão desta Carta Magna. O que chama a atenção também é a questão de como ser possível que os juízes, mesmo não sendo eleitos e assim não serem representantes do povo possam controlar e até mesmo anular leis que foram criadas por um poder eleito para este fim.

Existem ainda muitas críticas no que tange o modelo de jurisdição aberto⁵, tendo em vista também que tal jurisdição constitucional aparece alçada de função garantidora de normatividade, dando legitimidade ao sistema, e segundo Mônia Clarissa Hennig Leal (2008,

⁴ Decisão histórica da Corte alemã em janeiro de 1958.

⁵ “(...) até hoje a teoria da interpretação constitucional sempre se centrou muito na “sociedade fechada” de intérpretes, fixando o seu foco no aspecto jurídico e formal, em que a interpretação é uma atividade de cunho predominantemente estatal e institucional. Se o tema quiser ser levado a sério no entanto, é preciso que se considerem, igualmente, a formação e a realidade constitucionais, o que implica, necessária e conseqüentemente, a formação de um amplo e pluralista círculo de intérpretes, onde cada um que vivencia a norma – cidadãos, grupos, órgãos estatais – é também, o seu intérprete legítimo, direta e indiretamente. Esta viragem, que rompe com a noção puramente institucional e insere tal atividade numa esfera aberta, formada por pessoas concretas, é, por seu turno, cunhada por Häberle, como “personalização” (Personalisierung) da jurisdição e da interpretação constitucionais.”.

p. 117) os Tribunais constitucionais na visão adentram e caracterizam-se como um substituto do poder constituinte soberano, por meio de seu controle de constitucionalidade, até mesmo se igualando ao poder acima mencionado.

Menciona-se e chama-se a atenção para o fato de que tanto nos Tribunais Alemão, espanhol quanto brasileiro em termos de interpretação a Corte Constitucional representa e detém um monopólio do verdadeiro significado e poder da Constituição. Do mesmo modo se deve atentar para o caráter vinculativo das decisões da Corte Constitucional, uma vez que pode atingir não apenas as partes do processo, mas ainda os demais órgãos constitucionais federais e estaduais ligadas a questão em análise. Nesta medida muitas vezes pensa-se na Corte Constitucional como uma super instância na medida em que não se vincula nos seus julgados em caráter definitivo, principalmente no que tange a extensão de sua competência bem como em suas intervenções.

Vale aludir ainda ideia interessante a respeito de um possível direito judicial em contraposição a um direito legal. Uma vez que os novos textos constitucionais incorporam os princípios do Estado Democrático de Direito assegurando espaços interpretativos construtivos junto à jurisdição constitucional.

Tal perspectiva lançada acima faz menção a mudança de um estado Democrático para um Estado Jurisdicional, sendo oposta a figura do Direito, o que caracteriza uma verdadeira incerteza, transformando os membros dos Tribunais em verdadeiros preenchedores de lacunas nos espaços abertos deixados pela legislação.

O fato é que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem ter uma justiça constitucional, muito menos sem seus conteúdos principiológicos da Constituição, sendo que o principal ponto é dado pela construção de um texto constitucional a partir de uma perspectiva de exercícios democráticos.

Existem, ainda, duas correntes que relevam a questão em estudo, uma substancialista e a outra procedimentalista, sendo que a primeira entende ser o Poder Judiciário o encarregado da competência de interpretar a Constituição. Já a segunda corrente transfere esta questão para o Legislativo, como ente de participação pública, no entanto, a posição judicial é sempre tida como ativa, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade.

O Tribunal ressalta a sua compreensão interpretativa para aplicar aos casos, principalmente aqueles ligados aos direitos fundamentais, sendo que tal interpretação pode tornar concretos estes direitos ampliando os limites jurisdicionais.

Da teoria desenvolvida por Peter Häberle, este propõe uma interpretação constitucional a uma sociedade plural e aberta, uma vez que entende que o texto

constitucional e sua interpretação não são a única, defendendo a interpretação como o complexo normativo que deve ter a participação de cidadãos, grupos de interesse, opinião pública, todos aqueles que estejam submetidos ao alcance do texto.

A Teoria da Interpretação constitucional aponta, ainda, duas funções: tarefa e objetivo bem como os métodos e o processo de interpretação. E, historicamente, o processo de interpretação se mostrou difuso e vinculado a uma "sociedade fechada" (intérpretes vinculados às corporações). De tal modo, as ciências sociais e as teorias jurídico-funcionais alertam para a necessidade de que a interpretação seja feita por uma sociedade consciente de que deve ser observado o texto constitucional de forma plural, aberto, que terá critério tão mais aberto quanto mais plural for à sociedade.

3. A FRATERNIDADE E O POSSÍVEL DIÁLOGO COM A TEORIA DE PETER HÄBERLE

Versando sobre a abordagem conceitual e histórica, onde a fraternidade surge como princípio na Revolução Francesa, junto à liberdade e a igualdade, todavia, tornou-se um princípio não utilizado, caracterizando como o princípio esquecido, durante um bom tempo não se discutia o pensamento democrático diante da fraternidade, permanecendo estático até próximo a Revolução (BAGGIO, 2009, p 9).

A fraternidade, como conceito filosófico, está ligada à liberdade e à igualdade, pois no período da Revolução Francesa, entre maio de 1789 e novembro de 1799, o famoso lema "*liberté, égalité, fraternité*" foi difundido em busca de um novo Direito influenciado pelos ideais iluministas da Independência Americana ocorrida em 1776.

A Revolução Francesa conseguiu consagrar na prática as ideias de liberdade e igualdade, que permitiram a derrubada da estrutura social na época, o "que representou não só a realização dos ideais iluministas, como também sua elaboração teórica, evidenciando os impasses e a necessidade de ultrapassar aquele marco filosófico" (GRESPLAN, 2008, p. 10).

A fraternidade, assim, deriva do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada pelo Brasil, e do preâmbulo constitucional. A Carta Magna de 1988 reconhece no art. 5º, §§ 2º e 3º o estatuto constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, com aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), bem como determina, no art. 4º, II, a prevalência dos direitos humanos. A fraternidade possui uma conceituação extensa, tendo significados diante da maneira que os seres humanos atuam e interpretam. Provavelmente surgiu desde que existe a humanidade, sendo utilizada como uma palavra de Ordem por

mulheres e homens em vários momentos da Revolução Francesa. Os atos e posturas que pressupõem uma convivência entre todos, para um bem estar na sociedade, deve ser interpretado para benefício social.

Desse modo, é importante preocupar-se em combater as desigualdades sociais, proteger os direitos fundamentais das pessoas humanas para que tenham condições de obter o bem-estar social e por isso, a fraternidade deve ser vista como uma necessidade para um melhor convívio em sociedade, tornando-se um paradigma para uma nova concepção do Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos teve como objetivo apresentar uma ordem pública mundial constituída no respeito à dignidade humana, ao aplicar valores básicos. Nesse sentido, Flávia Piovesan (2008, p. 137) afirma “a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis, (...) a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos”. A universalidade dos direitos traduz a ruptura com a cultura anterior, que se baseava na titularidade da raça e cor, e a dignidade em respeito a condição humana para com seus direitos, como se pode verificar em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;(...)” (BRASIL, 2018).

Já em seu artigo 1º, a Declaração dispõe: “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” (BRASIL, 2018).

Para Toledo (2004, p.240), a fraternidade deve ser vista como uma necessidade para uma melhor convivência em sociedade. Ainda, ressalta o autor que: Na medida em que vivemos em um mundo globalizado, não só econômico, mas culturalmente, o valor da tolerância e do respeito à alteridade se faz cada vez mais necessário, devendo o Estado, na qualidade de árbitro dos valores sociais, desfazer-se de qualquer liame religioso que impeça o correto exercício de sua função em prol do verdadeiro interesse público (2004, p. 240).

Nesse aspecto, Baggio (2008, p.131), refere que, no contexto do artigo da Declaração dos Direitos Humanos, o significado da palavra fraternidade não diz respeito a religião, mas caracteriza uma maneira de expressar a razão e a consciência da pessoa.

Os valores sobre a fraternidade destacado no preâmbulo da Constituição, segundo posiciona-se Bulos (2012, p. 40), tem o objetivo de propiciar um formato diferente de relacionar os indivíduos, mostrar-lhe um novo jeito de pensar, de criticar e de analisar as

situações, declarando que a fraternidade se constitui quando há uma sociedade politicamente solidária, com sujeitos iguais e livres.

Antônio Baggio (2008, p. 138-139) assevera que a fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo uns em relação aos outros, o que implica também na dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos.

No ordenamento jurídico brasileiro o princípio da fraternidade ganha destaque e nessa linha pode ser ativo para recomposição da harmonia entre as partes, bem como a tranquila convivência entre as mesmas, de forma que os conflitos sejam reduzidos e rapidamente resolvidos, tornando-se cada indivíduo responsável pelo outro e consequentemente pelo bem da comunidade, querendo a busca de soluções. O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca argumenta com propriedade:

A redescoberta do princípio da fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância. Isso porque a experiência e metodologia concernentes à fraternidade são caracterizadas pelos seguintes elementos: (i) compreensão da fraternidade como experiência possível, (ii) o estudo e a interpretação da história, à luz da fraternidade, (iii) a colaboração entre teoria e prática da fraternidade na esfera pública, (iv) a interdisciplinaridade dos estudos e (v) o diálogo entre culturas. Sendo assim, a fraternidade abre-se a possibilidades atuais e futuras, ganhando universalidade perante a humanidade e a própria condição humana (2019).

A Constituição não apresenta explicitamente que é preciso ter uma sociedade fraterna no seu texto constitucional, todavia, providencia uma linha de raciocínio de forma a seguir e buscar uma sociedade na qual se fortaleça na questão da fraternidade como um elemento de ética e valoração ao Estado de Direito (VERONESE, OLIVEIRA, 2013, p. 124).

Nesta perspectiva que se traz à tona a possibilidade de pensar o diálogo da Fraternidade, pois a Constituição⁶ tida como moderna é aberta por excelência, formada por

⁶ A Constituição se entende na atualidade como a ordem jurídica fundamental do Estado e da sociedade. A Constituição é a resultante de um processo de confluência entre as diferentes forças políticas do Estado, que se constituem, que formam uma ordem constitutiva, alcançando um consenso acerca das questões básicas que afetam a convivência social, forma de estado, sistema político, divisão do poder e proteção dos Direitos Fundamentais. Este acordo, textualizado, se protege mediante mecanismos e instituições que garantem sua supremacia. E assim, a Constituição fica estabelecida na sociedade como uma ordem criada para coexistência em comunidade, de diferentes opções políticas que conseguiram encontrar normas de convivência em tolerância mútua. Vale dizer, a Constituição estrutura o Estado, organizando suas funções, suas atribuições, suas metas, bem como definindo seus limites. Dispõe, também, sobre a organização da sociedade, através da definição dos direitos e garantias fundamentais, dos meios de participação popular.

termos abertos, genéricos e indeterminados como já visto anteriormente. As disposições constitucionais não são, portanto, decisões prévias, simples e acabadas. Para que sejam concretizadas, necessitam da interpretação, cuja atividade deverá ser realizada por todos aqueles que vivem a realidade da norma.

Assim para que a Constituição se torne eficaz e real, é necessário que a mesma se mantenha viva no seio social. Isto será possível mediante a incorporação da realidade ao processo hermenêutico, uma vez que as Constituições são letra viva, entendendo por letra viva aquelas cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, são em seu fundo e em sua forma, e podem incorporar o princípio da Fraternidade em seu bojo, expressão e instrumento mediador da cultura, marco reprodutivo e de recepções culturais, e depósito de futuras configurações culturais, experiências e vivência e saberes

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No sentido jurídico se buscam novas formas, princípios, pensamentos e ideologias para resolução de conflitos. Deste modo, o princípio da fraternidade pode ser utilizado na esfera jurídica, uma vez que melhora a relação entre os conflitantes, permitindo que as pessoas tomem atitudes pensando mais na coletividade, no bem-estar de todos.

Ante a constituição aberta e a atividade dos tribunais diante do pensamento de jurisdição constitucional e do pensamento de Peter Häberle, as ações nos apontam para a questão de que uma única interpretação do texto constitucional, não é mais possível, e ainda mais diante de um cenário ultra moderno no qual a sociedade se depara atualmente.

A constituição assim passa não a ser vista como mero instrumento de garantia de poder ou contra este, poder advindo do Estado, mas deve ser vista como a carta máxima dos valores de uma comunidade, caracterizando o Estado Democrático de Direito. A Constituição representa estabilidade principalmente quando se observa as oscilações da maioria, sendo que se pode notar que há um desenvolvimento significativo de países mais afetados por conflitos principalmente em relação aos direitos humanos.

Assim, se atribui a natureza aberta da constituição, que busca maior concretização tendo em vista principalmente a realidade, o que faz exigir-se dos Tribunais maior observação e experimentação do modo de aplicação das normas, observando tal importância para os direitos fundamentais.

A Constituição é apresentada, ainda, como uma invenção moderna e tem como objetivo primordial vincular o poder ao Direito, sendo este um pensamento este advindo das

conquistas alcançadas pela revolução francesa, da mesma forma a Constituição é apresentada como uma norma jurídica de cunho superior sendo que ao Estado de Direito e ao judiciário cabem também aplicarem as normas jurídicas, primando sempre pela sua aplicação e prevalência em face as normas inferiores situadas no ordenamento jurídico.

Para Peter Häberle a Constituição é como um produto de natureza ou resultado cultural sendo identificada como um sistema aberto e que interage com o meio social em que está inserido, dependendo a realização da interpretação de cada caso e de seu conteúdo, ou seja, significa dizer que as suas regulações não são perfeitas e que tampouco ela é uma unidade já concluída, devendo ficar incompleta e imperfeita porque comanda a vida conseqüentemente, o seu conteúdo.

No mesmo sentido tem-se que o Estado Democrático de Direito não pode funcionar sem ter uma justiça constitucional, nem sem seus conteúdos principiológicos da Constituição, sendo que o principal ponto é dado pela construção de um texto constitucional a partir de uma perspectiva de exercícios democráticos, onde todos aqueles que são atingidos pelo seu âmbito podem sentir-se também parte desta Carta.

A proposta, portanto, é de uma interpretação constitucional a uma sociedade plural e aberta, uma vez que o autor entende, que o texto constitucional e sua interpretação é fundamental sendo que defende a interpretação como o complexo normativo que deve ter a participação de cidadãos, grupos de interesse, opinião pública, todos aqueles que estejam submetidos ao alcance do texto. E neste interim a Fraternidade, como princípio constitucional permeia e condiciona muito bem esta interpretação.

5. REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria. *A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”*. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido/1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. [traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida] Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

_____. *Fraternidade e Reflexão Politológica Contemporânea* In BAGGIO, A. M. *O Princípio Esquecido/2 – Exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

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

GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. IN: *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional - estudos em homenagem ao professor José Alfredo de Oliveira Baracho*. Coordenação: José Adércio Leite Sampaio, Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad*. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid: Minima Trotta, 1998.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia del derecho*. Tradução de Luis Villar Borda e Ana María Montoya. 2. ed.. Bogota: Universidad Externado Colombia, 1999.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro*. In: *Direitos Sociais e Políticas Públicas desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

_____. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Jurisdição Constitucional aberta reflexões sobre a legitimidade e os limites da Jurisdição constitucional na ordem democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; BITENCOURT, Caroline Müller. *Jurisdição constitucional aberta: democratização a interpretação constitucional para a sociedade pluralista com a proposta hermenêutica de Peter Häberle*. IN: GOREZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos. *Direitos Fundamentais sociais como paradigmas de uma sociedade fraterna*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2008.

TOLEDO, Carlos José Teixeira de. *Nós somos um Estado laico? Um estudo histórico-constitucional*, v.3. São Paulo: Uninove, 2004.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de. *Direito e Fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

EL PRINCIPIO DE LA FRATERNIDAD Y EL DERECHO INTERNACIONAL

Rafaela Silva Brito¹

Email:rafaelasilvabrito@gmail.com

Sumario: 1. Introducción; 2. Derecho Internacional Público; 2.1. Concepto; 2.2. Carácter jurídico del Derecho Internacional Público; 2.3. Fundamento de la Validez de la Norma Jurídica Internacional; 3. Derecho Internacional Público y Derecho Interno; 4. Principio de la Fraternidad como Vector de la Aplicabilidad del Derecho Internacional; 5. Consideraciones Finales; 6. Referencias.

1. INTRODUCCIÓN²

El derecho internacional busca reducir la anarquía en la sociedad internacional y delimitar las competencias de sus miembros, regular la cooperación internacional, y conferir tutela adicional a bienes jurídicos a los que la sociedad internacional ha decidido atribuir importancia y satisfacer intereses comunes de los Estados (PORTELA, 2012, p. 52). En el ámbito internacional, la solidaridad se funda en el reconocimiento de la diversidad cultural, en la conciencia de la unidad del género humano y en el desarrollo de los intercambios que forman parte de los factores de injerencia de la sociedad internacional.

La consagración del antropocentrismo en declaraciones, doctrinas y acuerdos internacionales no puede ser entendida solamente como base pura del derecho internacional, sino que debe comprenderse los principios de fraternidad y de solidaridad como alternativa de amor fraterno y humanístico al uso del antropocentrismo en el derecho internacional.

La solidaridad vertical se expresa en las formas tradicionales de intervención y acción del Estado social, es decir, alude a la acción directa de los poderes públicos con la intención de reducir

¹Magíster en Estudios Ambientales (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales- UCES- en Buenos Aires). Especialista en Relaciones Internacionales (“Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC”). Especialista en Derecho Internacional (“Universidade de Fortaleza” – UNIFOR). Abogada y vicepresidente del IEDF (Instituto Brasileño de Educación en Derechos y Fraternidad).

² A Autora informa que a tradução para o espanhol foi feita por ela mesma. La autora informa que la traducción al español la realizó ella misma.

las desigualdades sociales y permitir el pleno desarrollo de la persona humana. La solidaridad horizontal, a su vez, se refiere a un principio que puede deducirse de un necesario "socorro mutuo" entre los propios ciudadanos (BAGGIO, 2008, p.114).

Este trabajo buscará analizar el principio de la fraternidad como vector de la aplicabilidad del Derecho Internacional, a partir de la evolución de la comunidad internacional, de las guerras más relevantes, de la conceptualización de los términos, de las doctrinas y de las jurisprudencias, es decir, derecho que resguarda a todos un ambiente equilibrado, pero también hará referencia al tópico del deber general, de la fraternidad y solidaridad, para hacer valer la aplicación del Derecho Internacional.

2. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

2.1. Concepto

Es el sistema jurídico autónomo, que ordena las relaciones entre Estados soberanos por medio del consentimiento, también conocido como derecho de las gentes - en el sentido de derecho de las naciones (REZEK, 2010, p.3). Es la rama del Derecho Público que estudia los principios, normas o reglas que rigen las relaciones (derechos y deberes) de los sujetos (agentes o actores) de la sociedad internacional (MATTOS, 1980, p.3). Para la profesora Elizabeth de Almeida Meireles, es el conjunto de normas jurídicas materiales cuyo ámbito de validez sobrepasa el territorio de un Estado.

De acuerdo con el profesor BUIS (2015, p.1):

[...]no es posible comprender cabalmente el fenómeno del derecho sin dedicar tiempo a reflexionar sobre la lógica inherente del derecho internacional público. Es más, ya no es posible incluso concebir la posibilidad de un ejercicio de la profesión de abogado sin conocimientos consistentes de normas y principios sustanciales del derecho internacional, tal como ocurre con el derecho de los tratados o los mecanismos universales y regionales de protección de los derechos humanos.

La gran nota característica del Derecho Internacional Público, en la actualidad, es su enorme expansión, tanto en lo referente a la extensión de asuntos bajo su imperio (la mencionada globalización horizontal), como en su vigor hacia la mayor eficacia (una de las consecuencias de la citada globalización vertical) (SOARES, 2002, p. 34).

Es importante recordar, sin embargo, el entendimiento de BUONOMO (2009, p.151) que:

¿Es posible percibir la existencia de un modelo de fraternidad en las relaciones internacionales o apuntar la fraternidad como uno de los instrumentos de que disponen esas relaciones, más precisamente en su dimensión jurídico-institucional? Es evidente que, observando la dimensión global o, más "técnicamente", interdependiente que caracteriza a la comunidad internacional contemporánea y, por lo tanto, el momento actual de la vida de la familia humana, percibimos fácilmente la pluralidad de participantes implicada en ese universo: los Estados (con sus propias diferentes estructuras y modelos) y las formas de integración entre Estados (organizaciones y uniones intergubernamentales), además de los llamados actores no estatales, constituidos, en líneas generales, por los individuos, por las diversas expresiones y formas de asociación y organización de la sociedad civil, por las grandes religiones, por el mundo empresarial y por el mundo de las finanzas. Una imagen, que no se limita a la tradicional disposición estatal del derecho internacional, sino mucho más orientada a afirmar que la comunidad internacional es hoy una realidad que, desde una perspectiva ascendente -o sea, que va de la persona a los acuerdos supranacionales-, interesa "todos".

2.2. Carácter jurídico del Derecho Internacional Público

El ordenamiento jurídico de la comunidad internacional presenta características diversas de los sistemas jurídicos internos. Una de las principales diferencias consiste en que, en el ordenamiento internacional, la gran mayoría de las normas apunta a regular el comportamiento de los Estados, no el de los individuos.

Por eso, se defiende, aún, el pensamiento de BUONOMO (2009, p.162) de que

[...]la fraternidad en la dinámica del ordenamiento internacional, por lo tanto, es la maduración de principios o reglas básicas que puede modificar la dinámica de la relación en la comunidad internacional. Este aspecto pertenece a la dimensión jurídico-institucional, siendo dotado de continuidad y al mismo tiempo complejidad, y hay que reconocer tanto su afirmación cotidiana como su capacidad en el "gobierno" de la comunidad internacional, de sus miembros y de sus instituciones. La cuestión es, sustancialmente, el respeto concreto a las reglas por parte de sus destinatarios, aunque, en la dinámica propia de todo ordenamiento jurídico, no se esté inmune a los fenómenos de la divergencia en el modo de aplicación, del conflicto de interpretación o de la insuficiencia en relación con la evolución de las situaciones.

2.3. Fundamento de la Validez de la Norma Jurídica Internacional

El estudio del fundamento del derecho internacional busca explicar su obligatoriedad (BRIERLY, 1928, p.463). Se trata del problema más complejo de la materia, pues la formulación de las reglas de derecho internacional podrá variar según la posición apriorística adoptada. La

indicación, no exhaustiva, sobre los fundamentos son Estados soberanos, autodeterminación, búsqueda de organización de la sociedad internacional, consentimiento - creativo y perceptivo - y *pacta sunt servanda* (ACCIOLY, 2009, p.108). Los fundamentos del derecho internacional son las razones que llevan a los Estados a respetar y someterse al derecho internacional, pero carecen de elementos para un constreñimiento efectivo para exigir su cumplimiento.

Tales circunstancias, es comprensible que los Estados no se subordinen sino al derecho que libremente reconocieron o construyeron. El consentimiento, en efecto, no es necesariamente creativo (como cuando se trata de establecer una norma sobre la exacta extensión del mar territorial, o de especificar el aspecto fiscal de los privilegios diplomáticos). Puede ser sólo perceptivo, los Estados consienten en las normas que fluyen inevitablemente de la pura razón humana, o que se apoyan, en mayor o menor medida, en un imperativo ético, pareciendo inmunes a la prerrogativa estatal de manipulación (REZEK, 2010, p.3).

BUONOMO añade que el estudio de la realidad internacional, en especial del aspecto vinculado a las reglas, exige la adquisición de un método, paradigmas y nociones que permitan comprender realmente el avance o la regresión de un camino constituido, primordialmente, por un orden jurídico, el camino que la comunidad internacional viene recorriendo, con dificultad, pero que viene recorriendo. Y es justamente en esa "grieta", o contraposición, que es posible insertar la idea de fraternidad, como propuesta de un criterio de método y de un principio válido tanto para la lectura de los hechos internacionales cuanto para una atenta evaluación de las experiencias de la comunidad internacional y de su ordenamiento jurídico. En definitiva, Fraternidad como regla básica.

Sin embargo, se debe considerar el hecho de que falte en el Derecho Internacional un elemento explícito (un estatuto, un principio, una norma) que defina lo que es fraternidad, aunque la idea -con sus contenidos- pueda pinzarse de las manifestaciones concretas de la ordenación de la comunidad internacional.

Así, continúa BUONOMO (2009, p.163)

[...]el vocablo fraternidad no parece ser objeto de una mención directa; sin embargo, es en nombre de la fraternidad que se crean forma de alianza e integración entre los Estados, como podemos ver específicamente en los tratados que instituyeron la Liga de los Estados Árabes (en los que se habla de fraternidad en torno a la "causa árabe") o el disuelto Pacto de Varsovia, cuyas reglas básicas hacían referencia a la "fraternidad socialista".

Además, la fraternidad se considera como un impulso ideal de fenómenos de integración entre Estados, ligada a la llamada "visión pan", como panamericanismo, el pan-arabismo o el pan-africanismo, así como también es considerado uno de los objetivos que los Estados participantes desearían alcanzar, al anhelar "construir una atmósfera fraternal" - ese es el caso de la Declaración de El Cairo, de 1964, que daba consistencia formal e institucional al Movimiento de los no Aliados. En la Encyclopedia of United Nations, la expresión Fraternization, así definida: "término internacional usado para definir los contactos amistosos entre militares de un ejército victorioso y la población civil del país derrotado" (Osmanczyk, 1985, p.748). Esta referencia, por lo tanto, se aplica a la fase de "ruptura" del orden internacional, la guerra, que constituye lo opuesto de la idea de fraternidad, por más que se considere el uso de la fuerza un "remedio" o un "instrumento" del cual los sujetos de la comunidad internacional disponen y que el ordenamiento internacional regula y disciplina.

Las preguntas que se hacen son: ¿Qué valor, entonces, se debe atribuir a esa idea? ¿Y cómo llevarla a formar parte de los principios fundamentales del orden internacional?

Es importante considerar la evolución por la que pasaron algunos de los principios o reglas básicas del ordenamiento internacional. Se sabe, por ejemplo, que las "relaciones pacíficas" entre los Estados se transformaron en "relaciones amigables", como indica, de manera muy clara, el recorrido que llevó de la Carta de las Naciones Unidas (1945) a la Declaración sobre las relaciones amistosas entre los Estados (1970). Lo mismo se dice del concepto de paz -que se mantiene intencionalmente "polivalente", para el Derecho Internacional.

3. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNO

Existen dos doctrinas diferentes- monista y dualista- que buscan explicar la semejanza y la diferencia entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno. La doctrina monista no parte del principio de la voluntad de los Estados, sino de la norma superior, pues el derecho es uno solo, tanto si se presenta en las relaciones de un Estado, bien en las relaciones internacionales, aceptando la tesis de que el derecho es uno solo. La dualista subraya que el derecho internacional y el derecho interno serían dos sistemas distintos, independientes y separados que no se confunden (ACCIOLY, 2009, p.211)

Los autores monistas se dividieron a su vez en dos corrientes: una sostiene la unicidad del orden jurídico bajo el primado del derecho internacional, a la que se ajustan todas las órdenes internas, teniendo como mayor exponente Hans Kelsen. La otra defiende el primado del derecho nacional de cada estado soberano, bajo cuya óptica la adopción de los preceptos del derecho internacional aparece como una facultad discrecional (REZEK, 2010, p.4). Así, en relación con los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, la doctrina de la incorporación inmediata de los tratados internacionales al Derecho nacional, tan pronto como sean ratificados, refleja la concepción monista del derecho, por la cual el derecho internacional y el derecho interno componen un mismo orden legal.

Para los autores dualistas, como Carl Heinrich Triepel y Dionisio Anzilotti, el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado son sistemas rigurosamente independientes y distintos, de modo que la validez jurídica de una norma interna no se condiciona a su sintonía con el orden internacional (REZEK, 2010, p. 4).

En Brasil, las dos teorías arriba descritas no fueron aplicadas en su forma pura, ganando interpretaciones que les descaracterizaron el sentido original, acuñando aún nuevas expresiones para designar sus modalidades, a saber: dualismo extremado y moderado versus monismo radical y moderado (ACCIOLY, 2009, p.212). Por lo tanto, la jurisprudencia desempeñó un papel fundamental en el posicionamiento adoptado en el país, en lo que se refiere al entendimiento de ambas corrientes monismo y dualismo. El Supremo Tribunal Federal - STF, al decidir el juzgado RE 80.004-SE, se inclinó por la doctrina en monismo moderado, o sea, la ley interna superveniente podrá afectar tratado en vigor, con excepción de aquellos referentes a la materia tributaria. En el transcurso del tratado a integrar la legislación interna, después de su incorporación, se encuentra éste en igualdad de condiciones con las demás leyes y todas las incoherencias que presenta serán analizadas de la misma forma que aquellas surgidas en relación con las demás (ACCIOLY, 2009, p. 214)

Para el Ministro del STF, Gilmar Mendes, en el juzgado RE 466.343-1-SP, sin embargo, "el cambio constitucional al menos para la insuficiencia de la tesis de la legalidad ordinaria de los tratados y convenciones, ya ratificados por Brasil, la cual ha sido preconizada por la jurisprudencia del STF, desde el remoto juicio del RE 80.004-SE. Es necesario considerar, sin embargo, si, en el contexto actual, en que se observa la apertura cada vez mayor del Estado constitucional a órdenes jurídicos supranacionales de protección de derechos humanos, esa jurisprudencia no habría

quedado completamente desfasada ". En la medida en que permite al Estado brasileño, al fin y al cabo, el incumplimiento unilateral de un acuerdo internacional, va en contra de los principios internacionales fijados por la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, que, en su art. 27, establece que ningún Estado pactante "puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado". (ACCIOLY, 2009, p.214)

A la luz de la Constitución brasileña en vigor y de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos serán aprobados en cada Cámara del Congreso Nacional, en dos turnos, por tres quintos de los votos. Estos actos son equivalentes a las enmiendas constitucionales, conforme establece el art. 5º, §3º, de la Constitución brasileña de 1988.

BUONOMO (2009, p.167) traza las directrices de un aspecto específico de la fraternidad y de los derechos humanos, es decir, "un ámbito en el que la acción de la fraternidad parece evidente es el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, que se ha vuelto central en la vida internacional, a tal punto de configurarse como un componente que condiciona de manera directa a los pueblos, a los Estados ya la comunidad internacional en su conjunto, incluso a las actividades que se desarrollan en su interior.

Completa aún el pensamiento al afirmar que el régimen normativo e institucional de defensa de los Derechos Humanos se ha estructurado en torno a tres momentos distintos, que se pueden configurar en igual número de formas de actuación del ordenamiento internacional en lo que se refiere a la indicación de obligaciones específicas para los Estados. En cuanto a los derechos fundamentales, los Estados son llamados, por lo tanto, a:

- respetarlos, absteniéndose de gestos y prácticas que puedan limitarlos o incluso negarlos;
- protegerlos, adoptando medidas concretas para evitar que, en el goce o en la defensa de los derechos de cada persona, surjan interferencias de terceros;
- realizarlos, trabajando activamente y de modo coherente con las normas establecidas, para dar plena efectividad a esos derechos, sin ninguna forma de discriminación.

El valor de la fraternidad se presenta como respuesta a la crisis de la universalidad, relativa al alcance y al significado de los Derechos Humanos. Realmente, sólo cuando se tiene en

cuenta el hecho de que toda persona pertenece a la familia humana es que aparece una primera respuesta a esa crisis: ¿los derechos son universales o universal es la persona humana? La dignidad humana no cambia de acuerdo con las coordenadas geográficas o los acontecimientos históricos, pero mantiene su unicidad de naturaleza y de valor, como elemento constitutivo de los derechos fundamentales. Relacionada a esta cuestión está aún la complicada definición de los propios derechos, sobre todo cuando, dejando de lado la lógica jurídica estricta - tal vez para asumir otras categorías analíticas o epistemológicas que, por más que sean válidas, deben ser coherentemente juzgadas -, se dejan de lado algunos pasos esenciales.

Se señala, después de la explicación anterior, que la defensa de la paz es considerada principio constitucional, inserto en el art.4, inciso VI y VII, de la Constitución Republicana Brasileña de 1988, como se verifica abajo:

Art. 4º La República Federativa del Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios:
 VI - defensa de la paz;
 VII - solución pacífica de los conflictos;
 [...]

Como BONAVIDES (2006), se cree que los principios anteriores son vistos de cierta manera como modalidad de derecho fundamental, por lo que tienen la misma fuerza, la misma virtud y la misma expresión normativa de los derechos fundamentales. El inciso VI, arriba citado, es tenido como motor para que el Estado brasileño no opte por la guerra, respete la soberanía de otro Estado, y busque la defensa de la fraternidad y de la paz. El inciso VII, que preconiza el principio de la solución pacífica de los conflictos, rige al Estado brasileño para optar, en el ámbito de las relaciones internacionales, por los medios no militares, sin uso de la violencia, y utilizando los medios pacíficos de solución de controversia.

Se cree, entonces, que el Derecho Internacional pasó a ser un tema transversal, porque, en su estructuración, está la búsqueda constante de elementos en todas las ramas del Derecho, no cerrándose en sí mismo, es decir, los principios de fraternidad y de solidaridad son constitutivos del propio Derecho Internacional.

En este aspecto, coloca con precisión MORAES (1998, p.37)

[...]se protege, constitucionalmente, con derechos de tercera los llamados derechos de solidaridad o fraternidad, que engloban el derecho a un medio ambiente equilibrado, una saludable calidad de vida, el progreso, la paz, la autodeterminación de los pueblos y otros derechos difusos, que son, en el sentido de José Marcelo Vigelar, los intereses de grupos menos determinados de personas, entre las que no hay vínculo jurídico o fáctico muy preciso.

GOMES CANOTILHO (2002, p.1034-1035) afirma que,

[...]los principios son normas jurídicas impositivas de una optimización, compatibles con varios grados de concreción, según las limitaciones fácticas y jurídicas. Permiten el equilibrio de valores e intereses (no obedecen, como las reglas, a la lógica de todo o nada), dependiendo de su peso y ponderación de otros principios eventualmente conflictivos.

Ante el enfoque doctrinario y conceptual realizado anteriormente, se resalta que los principios de la fraternidad y de la solidaridad permiten el equilibrio de los valores e intereses antropocéntricos característicos del Derecho Internacional. Va más allá de proteger y regular la interacción entre los seres y el propio ambiente internacional.

4. PRINCIPIO DE LA FRATERNIDAD COMO VECTOR DE LA APLICABILIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL

La pregunta inicial que se hace es "¿por qué, entonces, ocuparse tanto con los acontecimientos de 1789, si la aparición de la trilogía (libertad, igualdad y fraternidad) en aquella época fue tan pasajera?". La respuesta dice que "el hecho es que la Revolución de 1789 constituye un punto de referencia histórico de gran relevancia, porque durante su andamiento, por primera vez en la Edad Moderna, la idea de fraternidad fue interpretada y practicada políticamente". (BAGGIO, 2009, p.7).

Lo que es nuevo en la trilogía de 1789 es la fraternidad adquirir una dimensión política, por su acercamiento y su interacción con los otros dos principios que caracterizan a las democracias actuales: la libertad y la igualdad. Porque, de hecho, hasta antes de 1789, se habla de fraternidad sin la libertad y las igualdades civiles, políticas y sociales; o se habla de fraternidad en su lugar. La trilogía revolucionaria arranca la fraternidad del ámbito de las interpretaciones -aunque bien matizadas- de la tradición y la inserta en un contexto totalmente nuevo, al lado de la libertad y de la igualdad, componiendo así tres principios e ideales constitutivos de una perspectiva política inédita (BAGGIO, 2009 p.8).

En un seminario realizado en 1988-1989, el filósofo francés Jacques Derrida colocó en el centro del análisis justamente la relación entre fraternidad y democracia-dentro del juego semántico que envuelve los términos "hermano" y "amigo" - y la "problematicidad" y la "oscuridad" - con la simultánea inevitabilidad - del "lenguaje de la fraternidad":

Es importante reflexionar sobre lo que se quiere decir cuando se llama a alguien de "hermano", pues, para el concepto que envuelve la fraternidad, resume o se subsume la humanidad del hombre de modo idéntico a la alteridad del otro. Se sigue, así, el posicionamiento de Giuseppe Panella, que hace la fundación relacional de la fraternidad, conforme abajo:

[...] A diferencia de los conceptos de *liberté y égalité*, la importancia de la "fraternidad" no es ni jurídica ni institucional y, consecuentemente, más que los otros dos, a los sacudones de la política práctica. De ahí la necesidad de su consideración y, probablemente, de una reevaluación de naturaleza no más politológica, sino de base antropológica. (Panella, 1989, p.160).

Roberto Mancini observa que

Es la relación al valor y a la exigencia de la fraternidad que se puede verificar la pretensión de universalidad de la libertad y de la igualdad. Readmitir la fraternidad en la razón política significa citar en juicio la pretensión de universalidad de cualquier ideología o proyecto histórico. (Mancini, 1996, p.160).

También Ana María de Barros destaca la necesidad de esa "readmisión" de la fraternidad. En cuanto a lo que el ambiente académico rechaza está adquiriendo peso siempre mayor en los circuitos alternativos a las universidades, en los cuales los nuevos fenómenos sociales se expresan más directamente (cf. Barros, 2006, p.54), debido a que, desde el punto de vista de la reflexión de las ciencias políticas, sólo la "trilogía" en su conjunto, con la relación dinámica entre los tres principios, confiere un fundamento adecuado a las políticas de los derechos humanos (cf. Ibidem, p.58).

FERRARA (2009, p.157), cuando habla de "fraternidad", no se refiere obviamente a la idea vaga de "fraternidad de los pueblos", que evoca la tradición filosófica iluminista o idealista (que, sin embargo, ejerció un papel primordial en la maduración de la conciencia "conectiva" entre "partes de la humanidad") o la retórica romántica del *Risorgimento* de "naciones hermanas". En este sentido, parecen incluso más actuales, además de algunas intuiciones de los autores de las tragedias griegas (las dos "hermanas", aunque enemigas -la Persia y la Hélade- de que habla Ésquilo en "Los Persas") o el perfil de la "Cosmópolis" estoica y helenista, la reflexión sobre la tensión entre universalidad y localidad del pensamiento medieval, la tradición aristotélico-tomista, el universalismo ético-igualitario de Bartolomé de Las Casas, o las intuiciones proto-modernas de Altusius. En vez de eso, pretende investigar la "pensabilidad" de un efectivo orden político-institucional y socioeconómico que asuma como presupuesto y finalidad la centralidad de algunos factores esenciales de la condición humana (personal y comunitaria) en un espacio político global.

La configuración del sistema internacional o régimen internacional (que no siempre expresó la tendencia claramente dominante) fue, paulatinamente, influenciada por el entrelazamiento de esas diferentes perspectivas. Un régimen internacional puede definirse como un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de decisión política en los que convergen las expectativas de los actores políticos en un área específica de las relaciones internacionales. Los principios representan el contexto general de un régimen, mientras que las normas funcionan como guía para el comportamiento de los actores. Las reglas, a su vez, son prescripciones concretas o prohibiciones para los actores, mientras que los procedimientos sirven para canalizar las opiniones y alcanzar un acuerdo sobre un determinado tema (FERRARA, 2009, p.166).

La difícil gobernabilidad de los problemas mundiales no está directamente relacionada al bajo nivel de institucionalización o de centralización del poder, sino a la falta de avances en relación con los valores y en la búsqueda de convergencias posibles. Un orden internacional basado en valores no significa, obviamente, un "acuerdo" sobre valores totalmente completos y finales, sino la "fijación" de algunos puntos de referencia comunes capaces de justificar la lealtad al esquema de cooperación internacional, no por razones de conveniencias momentáneas pero sí sobre la base de convicciones morales duraderas.

Esta transformación no sólo haría al sistema internacional más confiable, sino también más eficaz para la solución acordada de problemas globales. Pogge afirma que un elemento esencial de esa evolución debería ser constituido por la común adhesión de los actores a la idea del "pluralismo internacional" (FERRARA, 2009, p.169). Por ejemplo, el lema no usual "amar a la patria ajena como la propia" (sugerido por una tenaz abogada de la unidad de los pueblos, Chiara Lubich) constituye un desafío teórico y práctico (cf. Lubich, 1997).

En primer lugar, se remite a la sustitución del paradigma del poder, del interés o de la identidad en la interpretación o en la concepción normativa de las relaciones internacionales, por el paradigma del "ágape", el cual representa un cambio radical de registro analítico. En segundo lugar, se evoca implícitamente el valor de las muchas "patrias ajenas", es decir, se reconocen, en un nivel de paridad, múltiples identidades. Además, se asume como premisa una experiencia de fuerte radicación y de pertenencia de las personas a la propia patria, es decir, al propio horizonte de referencia en la comunidad política.

En fin, la fórmula resalta la continuidad entre las dimensiones relacionales, estableciendo esencialmente una importancia estructural de los comportamientos éticos personales también por la eticidad de las relaciones entre las comunidades. Además, la expresión "amar a la patria ajena como la propia" se sitúa a medio camino entre la experiencia "privada" y la dimensión política, o sea, en un espacio "público" que conecta las dos esferas sin dejarse absorber ni identificar completamente con ellas. Se trata, en realidad, de la superación de contradicciones fundamentales vehiculadas por un concepto erróneo de lealtad nacional, sin que ésta se diluya en un horizonte cosmopolita indistinto.

Afirma Chiara Lubich que

[...]la más alta dignidad para la humanidad sería, en realidad, que no se sintiera un conjunto de pueblos a menudo en conflicto entre sí, sino que, por el amor recíproco, un solo pueblo, enriquecido por la diversidad de cada uno y, por eso, guardián de la unidad entre las diferentes identidades (Lubich, 2004)

Se puede, quizá, intentar investigar los elementos esenciales de una teoría normativa "internacional" de la fraternidad en los siguientes puntos: dignidad de la persona, pertenencia comunitaria, respeto por las identidades, universalidad, reparto, reciprocidad, gratuidad, empatía (FERRARA, 2009, p. 184).

En el universalismo "fenomenológico", relacionadas con el valor de la criticidad en la existencia humana como clave para fundar una justicia social internacional, las investigaciones manifiestan la centralidad de la idea de perdón, reconciliación y enfoque ético del "enemigo". El perdón, en un contexto político, es un acto humano multidimensional, casi siempre ligado a la presencia de una diversidad violada o negada, que implica un acto que une verdad moral, indulgencia, empatía y esfuerzo para restablecer una relación rota (cf. Bole ET alii, 2004). Este recorrido es particularmente difícil en situaciones de conflictos étnicos o guerras civiles, en las que la inconmensurabilidad del mal deriva de la proximidad total de sus agentes (FERRARA, 2009, p.185).

Sin principios apropiados abstractos y generales, tanto referentes a la justicia, como a la "virtud", las esferas de interacción comunitaria (como las teorizadas por Walzer) están destinadas a permanecer separadas. Además, las instituciones fundadas sobre los principios de justicia no logran mantenerse por mucho tiempo en operabilidad, por ejemplo, en una "cultura" de corrupción difusa. Las "virtudes" de la justicia, como equidad, respeto recíproco, sinceridad, rectitud y fidelidad, son esenciales para la propia estabilidad institucional (FERRARA, 2009, p.188)

En el contexto introductorio presentado arriba, la fraternidad significa "amor al prójimo; fraternización y unión o convivencia como de hermanos; armonía, paz, concordia, fraternización" (FERREIRA, 2008, p. 18).

Hay que notar que uno de los grandes desafíos de los Derechos Humanos puede traer consigo el sentido de la palabra fraternidad para todos, sin estar vinculado solo a cuestiones eminentemente religiosas.

Son obligaciones que los Estados asumen y cumplen en virtud de una subsidiaridad, que parte de las exigencias de las personas para combinarlas con la acción de las legislaciones internas, las cuales son llamadas a acoger la normativa internacional, teniendo como punto de referencia. Así, esa subsidiaridad se ve realizada en las disposiciones del Derecho Internacional, fruto de la sinergia entre Estados, instituciones intergubernamentales y organizaciones de la sociedad civil (BUONOMO, 2009, p.167).

La dimensión internacional, normativa e institucional pasa, por lo tanto, a ser prioritaria en el sistema de garantía de los Derechos Humanos. Al cuestionamiento urgente acerca de los fundamentos éticos de las reglas en esta materia, de la competencia y de la actividad a ser ejercida por los actores internacionales, se responde que la ética, en la esfera internacional, "coincide con los Derechos Humanos", en particular con los instrumentos jurídicos internacionales ya existentes (BUONOMO, 2009, p.167).

Se sostiene junto con argumentos doctrinarios brasileños y extranjeros que la fraternidad es un concepto más amplio, abarca la universalidad, no es sólo mero respeto al derecho, ni asume la investidura de otro derecho, pero es quizás el secreto central y la solución de los problemas relacionados con la dimensión planetaria. En el marco del derecho ambiental, el principio de la fraternidad actúa como un medio, no como un fin. El constitucionalista Canotilho es uno de los defensores de que el derecho tiene una caja de herramientas, que puede orientar la acción hacia la obtención de ese resultado, o sea, es la construcción de la justicia en la sociedad para la realización de la fraternidad.

Es la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que establece en su artículo I que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Son dotadas de razón y conciencia y deben actuar en relación unas a otras con espíritu de fraternidad".

Preconiza, así, que las personas deben actuar con espíritu de fraternidad, o sea, es una condición para que actúen unas con otras. Con eso, el concepto de fraternidad abarca el de equidad

y solidaridad. BERNHARD, citada por Caso (2006, p.52-53), remite a pensar que el concepto de fraternidad trae un punto de referencia común, una comunidad existente, orientada hacia el futuro y territorialmente universal, a la humanidad en su totalidad. Completa, además, afirmando que los elementos esenciales del concepto de fraternidad pueden ser reconocidos como construcción teórica del principio de la sustentabilidad.

Una vez más, se corrobora la tesis de que el principio de la fraternidad es el vector, la guía a seguir para la aplicación del Derecho Internacional. Es el amor mutuo, el socorro entre los propios individuos de la sociedad que proporcionará la aplicabilidad de un ambiente internacional equilibrado y armónico. De acuerdo con los pensamientos del profesor PORTELA (2012, p. 789), el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el actual escenario internacional tiene por objeto proteger y promover la dignidad humana en todo el mundo, consagrando una serie de derechos dirigidos a todos los individuos sin distinción de cualquier tipo, incluso de nacionalidad o del Estado donde la persona se encuentre.

Se ve que la conciencia de las comunidades y los nuevos cambios de gobernanza buscan otra dimensión de los derechos fundamentales hasta entonces desconocida. Se trata de la que se asienta sobre la fraternidad, como señala Karel Vasak, y provista de una latitud de sentido que no parece comprender únicamente la protección específica de derechos individuales y colectivos.

CASO, presidente emérito de la Corte de Casación de Italia, dice que las leyes públicas tienen por objeto salvaguardar el bien común. Los intereses privados de los individuos y grupos no deben prevalecer sobre el bien común, que no deben ser perseguidos, restando recursos a la comunidad, en detrimento de la misma. El bien común es el conjunto de las condiciones de vida del cuerpo social, lo que garantiza el bien de la comunidad y permite el bien de los individuos (por ejemplo, la calidad de vida, el ambiente natural y el acceso al trabajo, la cultura, el acceso a la participación política).

Se trata de derechos de fraternidad o solidaridad (FERREIRA FILHO, 1981, p.81). La fraternidad, así, parece una forma de solidaridad que interpela directamente el comportamiento individual y lo responsabiliza por la suerte del hermano (s) (PIZZOLATO, 2008, p.113). Se cree que la opinión arriba mencionada es coherente con la tesis de que la fraternidad es un derecho y, por lo tanto, una guía a ser ampliamente realizada.

Un ejemplo de ello es el aludido al medio ambiente. Al referirse al sujeto "humanidad", abarca a todos, luego, el ambiente sano es obligatorio a todos, sin distinción. No se puede dejar de

lado uno de los factores fundamentales para que el desarrollo sostenible sea positivo y duradero, sea la aplicación efectiva del principio de la fraternidad de manera holística. Así, los conjuntos integrados (con la participación de la sociedad civil, de las ONG, de los Estados, de las Organizaciones Internacionales) no pueden ser reducidos a la simple suma de sus partes. Se integran por la universalidad, por ser agentes de comunidad de las comunidades, responsables de la humanidad, cuando hay toma de decisiones, por medio de tratados y / o principios que serán lanzados para que todos los cumplan, contribuyendo al aumento de las llamadas políticas socioambientales y de la comunicación en la conciencia individual y colectiva de la población mundial.

Se sigue la línea de razonamiento BUONOMO (2009, p.170) sobre su posición de que, en la dimensión del Derecho Internacional, el valor de la fraternidad tiene como fundamento sustancial la conciencia común de la humanidad, establecida como motivo inspirador y orientador de las normas internacionales elaboradas de conformidad con la Declaración Universal, expresión de esa conciencia. La Declaración hizo predominar los intereses generales -es decir, propios de la familia humana- sobre los intereses particulares, estableciendo específicos. Son estos:

- obligaciones de conducta para la actividad de los Estados y el funcionamiento de su ordenamiento jurídico, aunque los contenidos y el valor de cada acto sean distintos. En general, las obligaciones se expresan por declaraciones de principio, por lo que se consideran actos directivos;
- obligaciones de resultado, elaboradas específicamente por convenciones, y luego efectivas y eficaces por mecanismos de control para jurisdiccionales apropiados, que de hecho limitan la conducta de los Estados.

En esta perspectiva, se encuentra una indicación concreta - ciertamente no exhaustiva - de los efectos de la fraternidad recorriendo, justamente, la Declaración Universal, en particular el artículo 29, cuyas disposiciones aproximan, de la dimensión individual del goce y del efectivo ejercicio de los Derechos Humanos, una dimensión comunitaria: "todo ser humano tiene deberes para con la comunidad, en la que, únicamente, el libre y pleno desarrollo de su personalidad es posible". Una relación jurídica se construye entre derechos, deberes y comunidades, haciendo sobresalir a la comunidad como tal, capaz de expresar, conservar y transmitir valores: sólo en ella, efectivamente, "es posible el libre y pleno desarrollo" de la personalidad de cada hombre, como

afirma la Declaración y se devuelve a continuación para toda la normativa internacional en vigor (BUONOMO, 2009, p.171).

La fraternidad, además, puede inspirar una atención específica a los deberes, considerados y concretamente realizados ante la comunidad a la que pertenece y - de modo directo o indirecto - ante las otras. Tales deberes no son, pues, una limitación a los propios derechos, sino que son una cantidad idéntica de garantías al goce. Compartir esa orientación, a partir de la Declaración Universal, lejos de ser el resultado de una orientación ideológica o de una perspectiva política específica, permite que todo el sistema de relaciones internacionales dé un paso positivo (BUONOMO, 2009, p.172).

En efecto, contribuye a que se refuerce un progreso que -aunque apenas inicial- ya está en marcha en el ordenamiento internacional, mediante la maduración, en su interior, de principios universalmente reconocidos o que expresan un nivel general de autoconciencia de los protagonistas de la vida internacional, llegando incluso a construir verdaderas obligaciones *erga omnes*. Son principios de diferente alcance y expresión, no en cuanto a su aspecto jurídico, sino a su efectividad que, diversificada, llega hasta la categoría de las normas imperativas, dichas de *jus cogens*. Lo que define la naturaleza de tales normas es, explícita y exclusivamente, el hecho de que no pueden ser revocadas por cualquier otra norma del mismo ordenamiento, incluso las que se producen mediante procedimientos pactos, manifestando la voluntad de los Estados, a menudo considerada una extensión de su soberanía (BUONOMO, 2009, p.173).

Entre esas normas "vinculantes" o "imperativas", que crean obligaciones *erga omnes*, que ciertamente se inscriben también las normas que fundamentan todo el sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el que encuentra expresión el valor de la fraternidad. La fraternidad surge del socorro mutuo entre las personas. Ejercitar el principio de la fraternidad, en todos los ámbitos, y, principalmente en el medio ambiente, es construir y reconstruir la sociedad. Es proveer el derecho de todos al medio ambiente ecológicamente equilibrado y sostener el principio de la solidaridad que también provee la sostenibilidad para todos, a nivel internacional.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La relevancia de este ensayo consiste en el enfoque conceptual nuevo y osado de traer a los operadores del derecho un nuevo paradigma, que sea el de la aplicación del principio de la

fraternidad en el Derecho Internacional, utilizando conceptos sociológicos, jurídicos, filosóficos y, estudios nacionales e internacionales.

Con eso, las normas internacionales tienen directrices de comportamiento más que de obligaciones estrictas de resultado, configurando de ese modo lo que algunos llamaron *Soft Law*. Se considera también como definición el conjunto de principios y normas jurídicas que buscan regular los efectos directos e indirectos de la acción humana en el medio, con el fin de garantizar a todos el derecho fundamental.

Por lo tanto, el principio de la fraternidad entre los pueblos, como componente esencial de los derechos de tercera generación e indispensable para la realización de la persona humana en todas sus dimensiones, es el responsable de la reglamentación y la atención de aspiraciones comunitarias a nivel internacional, protegiendo el ambiente para todas las generaciones, pues nacen de ayuda a individuos desconocidos, sin vínculo, de socorro a todos, sin distinción de género, de nacionalidad.

6. REFERENCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo E. Do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e direitos humanos**. In. Antônio Maria Baggio (org.). O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

_____. **O princípio esquecido 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição federal**. Brasília: Senado Federal, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUIS, Emiliano Jerónimo. **El Derecho Internacional Público: concepto, características y evolución histórica. Capítulo 1**. 2015.

BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional. *In*: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 151-173.

CASSESE, Antonio. **Diritto Internazionale**. Bologna: Il mulino, 2003.

CASO, Giovanni (org). **Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fratennità?** Roma: Città nuova, 2006.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: < http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm >. Acesso em: 16 fevereiro 2020.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio eletrônico: século XXI**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Lexicon Informática, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

FERRARA, P. **A Fraternidade na Teoria Política Internacional**. In: Baggio, A.M. (org.). O princípio esquecido: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim apud SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito: lições de direito ambiental**. Coimbra: Almedina, 2002.

MANCINI, R. **Esistenza e gratuità: Antropologia della condivisione**. Assisi: Cittadella, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1998.

PANELLA, Giuseppe. **Fraternité. Semantica di un concetto**. Teoria Política, n 2-3. 1989.

PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano**. In: BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Bahia: Editora Juspodium, 2012.

REZEK, Francisco. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO FRATERO NA PÓS-MODERNIDADE

Ariane Gonçalves Ribeiro Matias¹

Sumário: 1. Introdução: A pós modernidade; 2. O Princípio da Fraternidade na Elaboração Legislativa; 3. Limites e Possibilidades do Direito Fraterno; 4. Considerações Finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A PÓS MODERNIDADE

O termo modernidade ganhou destaque durante o século XVIII, quando os iluministas se esforçaram em constituir um projeto de modernidade, a partir de uma ciência objetiva baseada no domínio científico da natureza e na liberdade criativa de trabalho, em busca da libertação e emancipação humana.

A modernidade e o uso irracional do conhecimento chegaram ao seu extremo com a explosão de duas grandes guerras mundiais, e que vitimaram milhares de pessoas.

Zigmunt Bauman referencia que a busca pela razão universal, do progresso baseado na racionalidade humana, da modernidade na busca de um processo linear e estável, cedeu lugar ao fugaz, ao fragmentário, ao incerto e à contradição imprevista da própria natureza humana contra a razão instrumental, o homem tornou-se refém de sua própria criatividade.²

Salienta David Harvez que a razão iluminista do projeto de modernidade eterno e universal foi perdendo espaço para a capacidade criativa ou como refere-se David Harvez, a destruição criativa, que se tornou condição essencial da modernidade. Com isso, a concepção de sociedade pós-moderna é adotada como sendo uma sociedade dita como moderna, que finalizou seu ciclo ou declinou quando não teve mais condições de efetivar suas promessas e revelou-se incapaz de enfrentar seus problemas.³

A pós-modernidade, portanto, não significa uma continuação da modernidade, mas sim uma ruptura ou virada contra suas premissas no sentido de valores, ideais e promessas, inclusive quanto ao sentido do termo, que talvez só haja concordância em afirmar que o pós-

¹ Advogada, especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho, pós-graduanda em Direito Médico e da Saúde pela UERJ. ariane@arianematias.com.br

² BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001. p. 28.

³ HARVEZ, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola, 2006. p. 26.

modernismo representa alguma espécie de reação ao modernismo, ou afastamento dele ou mesmo duplamente, reação e afastamento.⁴

Conforme Orides Mezzaroba, percebe-se uma crise de princípios de uma sociedade que não se dedicou à nova cultura ética, embora anseie operar na instalação de nova hierarquia de valores, recepcionando a indignação a limites razoáveis. Neste contexto, começou a ruir a velha burocracia. O pós-moderno caracteriza-se pela incredulidade e por isso as atividades humanas se desenrolarão pelo cibernético-informático e informal. Percebe-se um esforço em direção da inteligência artificial e preocupação no sentido de conhecer melhor o ser humano, suas estruturas cerebrais, bem como os mecanismos da vida.⁵

O reconhecimento da diferença e da pluralidade é o fundamento da pós-modernidade, sendo possível considerar que se coaduna o mundo pós-moderno com as ideias de Eligio Resta quando questiona a sobrevivência da modernidade:

O anacronismo que a fraternidade sugere tem, de fato, o inesperado valor de sugerir continuidades descontínuas naquela história da modernidade da qual ouvimos decretar o superamento. Desviando o olhar do código amigo/inimigo e libertando-se daquela singular obsessão da política como ideia da neutralização da hostilidade, abrem-se outros horizontes. [...] Insistir sobre essas outras visões dos códigos fraternos [...] é somente uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes.⁶

O mundo contemporâneo transformou-se em relação ao passado não pelo processo de hoje, mas pela ação do próprio homem, a pós-modernidade, seus riscos, suas incertezas e suas relativizações, é fruto daquilo que o homem exacerbou sem projetar na modernidade.⁷

Aponta Boaventura de Sousa Santos que quando se fala em modernidade, seu declínio configurou-se no momento em que a espera era desprovida de esperança, contra um processo de globalização hegemônico, baseado estritamente no caráter econômico do processo, entenda-se mercadológico, o qual compreende dentro de si, todas as outras dimensões sociais, espaciais e culturais do processo.⁸

Um dos grandes desafios da pós-modernidade é assegurar um caminho seguro para a recorrente procura por condições mais estáveis ou sólidas de convivência, antes corrompidas pela modernidade. Um exemplo é o resgate do interesse por instituições gregárias como família,

⁴ HARVEZ, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. p. 19.

⁵ MEZZAROB, Orides. *Direito, Estado e Pós-Modernidade*. Joaçaba: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996. p. 25-26.

⁶ Apud VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 14.

⁷ FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*. 2008. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008. p. 19.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 36.

ou mesmo as ideias de comunidade e cosmopolitismo, lá do Iluminismo, as quais demonstram que a sociedade contemporânea está a procura novamente de segurança e padrões morais e solidários que possam resistir à mutação constante da sociedade.⁹

A falsa ideia de autonomia e liberdade, proporcionada pela evolução tecno-científica e social, torna o ser humano cada vez mais dependente das supostas facilidades da vida contemporânea. E, a importância do indivíduo neste cenário está na própria história da evolução, ao homem como ente gregário por natureza, pois a constituição familiar como forma de perpetuação da espécie e de cultivação dos padrões morais e a relação cooperativa como forma de evolução, representam os valores ético-filosóficos positivos que justificam e viabilizam a verdadeira autonomia e liberdade.¹⁰

No entendimento de Orides Mezzaroba, na pós-modernidade retoma-se o discurso ético garantidor e cumpridor dos direitos. Face à velocidade da transformação, cresce a importância do direito como mediador das complexidades econômico-sociais, das mudanças tecnológicas, políticas e ecológicas. Para tanto, as ciências jurídicas carecem rever seu arcabouço epistemológico.¹¹ Aponta Antonio Carlos Wolkmer que ao repensar os pressupostos teórico-práticos que fundamentam a discussão sobre o outro paradigma de juricidade, torna-se imperioso, como condição primeira, repensar suas bases de sustentação éticas.¹²

Referencia Rafael Fonseca Ferreira que a globalização contribui filosoficamente à abertura intelectual/cultural independente de origem, contra o autoritarismo excludente do conhecimento que segrega a ciência. A nova teoria do direito busca horizontes que possam romper contra o dogmatismo e o autoritarismo, na construção de um pensamento crítico contra as verdades absolutas e psitacistas, as quais sequestram o conhecimento.¹³

2. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA ELABORAÇÃO LEGISLATIVA

Observa-se uma relação entre a fraternidade e o Direito. O Direito Fraternal evita indicar o que deve ser e afirma que é movido por uma verdade.

⁹ HARVEZ, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. p. 257.

¹⁰ FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita*. p. 37.

¹¹ MEZZAROBIA, Orides. *Direito, Estado e Pós-Modernidade*. p. 27.

¹² MEZZAROBIA, Orides. *Direito, Estado e Pós-Modernidade*. p. 27.

¹³ FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita*. p. 99.

Egídio Resta¹⁴ destaca que os principais pressupostos do Direito Fraternal é que ele é não-violento; ultrapassa os limites do Estado-nação; é cosmopolita; não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais; é um direito que inclui e que não aceita a possibilidade da exclusão. O Direito Fraternal propõe que a pactuação seja aceita conjuntamente e não imposta (não-violenta); por isso, a importância do estudo dos bens comuns da humanidade por meio dos seus pressupostos.

Quando se trata de bens comuns da humanidade, deve-se observar as políticas sociais, tendo-se presente a forma como estas atuam em uma sociedade, não mais definida geograficamente, mas em uma sociedade de mundo. Nela, é preciso pesquisar o impacto das políticas sociais. As políticas públicas devem ter como objetivo a justiça social de fato, a fim de se ter uma sociedade que inclui todos.¹⁵

No entendimento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, os principais direitos de solidariedade e fraternidade são:

- o direito à paz: o direito à paz é deduzido do art. 20 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 16 dezembro de 1966;
- o direito ao desenvolvimento: a existência de um direito ao desenvolvimento, de forma teórica, já foi sustentada desde 1972;
- o direito ao patrimônio comum da humanidade: o direito ao patrimônio comum da humanidade insinua-se na Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, adotada pela ONU, em 1974, em relação ao fundo do mar e seu subsolo;
- o direito à comunicação: o direito à comunicação é objeto de várias manifestações da UNESCO a partir dos anos 80, sobretudo. Observa-se na Constituição brasileira, cujo art. 220 o consagra, tratando-se de uma evolução da liberdade de expressão do pensamento, da qual já se separara a liberdade de imprensa, e que agora apresenta outra face: o direito à informação;
- o direito à auto-determinação dos povos: o direito dos povos a dispor deles próprios, ou direito à auto-determinação dos povos, é projeção do princípio das nacionalidades que surgiu à época da Revolução Francesa e ganhou grande destaque no século XIX;
- o direito ao meio ambiente: o grande marco a seu respeito está na Declaração de Estocolmo, de 1972, que enuncia como primeiro princípio: 'O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna e gozar do bem-estar, e tem a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras'.¹⁶

¹⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraternal na sociedade cosmopolita*. p. 130.

¹⁵ VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraternal na sociedade cosmopolita*. p. 135.

¹⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p.58-63.

A elaboração da Carta Magna de 1988 possui entre os seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem comum. Dentre seus princípios, destaca-se a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, solução pacífica dos conflitos e a cooperação dos povos para o progresso da humanidade. Assim, a Filosofia do Direito defende o Direito Fraternal como sendo de suma importância para a transformação do mundo social e jurídico.

Aponta Ildete Regina Vale da Silva que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Preâmbulo elenca os valores supremos, ou seja, de construir uma sociedade fraterna:

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.¹⁷

Assim, destaca-se a relação entre a fraternidade e o Direito. O Direito Fraternal evita indicar o que deve ser e afirma que é movido por uma verdade.

Toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, podendo-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana (art. 1º, inciso III) como essencial, que lhe dá unidade de sentido.¹⁸

O texto da Constituição de 1988 inaugurou no Brasil, como destaca o Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, um certo sentido em sintonia com o que prega o Movimento Comunhão e Direito, o Constitucionalismo Fraternal ou, como afirmam outros, o Constitucionalismo Altruístico. Define ainda o constitucionalismo fraternal como a terceira e possivelmente a última fase, o clímax do constitucionalismo. Aponta o jurista que depois que ele assumiu uma feição liberal ou libertária, uma função social ou igualitária, agora chega à terceira fase, que é a fraternidade, para ombrear todas as pessoas em termos de respeito, referência e consideração.¹⁹

Destaca Vicente de Paulo Barreto que neste cenário, retoma-se a importância enquanto direito universal a Declaração Universal dos Direitos do Homem como direitos que independem

¹⁷ SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 430.

¹⁸ RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira. *A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna: limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraternal*. 2008. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=12985>>. Acesso em: 22 jul. 2020.

¹⁹ Apud MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. p. 15.

do reconhecimento do Estado, mas como inerentes à pessoa humana e como ferramenta importante para análise crítica do direito na contemporaneidade.²⁰

Os direitos humanos são defendidos por diversos autores como o fundamento de uma sociedade global.

Com isso, o Direito Fraterno encontra nos direitos humanos a possibilidade do resgate do caráter de auto-determinação da responsabilidade do homem, isto é, do seu caráter de humanitário, destacando-se o pensamento de Eligio Resta sobre a diferença entre ser homem e ter humanidade.

Na Constituição Brasileira de 1988, o disposto no art. 5º, §§ 1º e 2º²¹, além de dar aplicação imediata aos direitos e garantias nela consagrados, também se destaca com veemência os Direitos Humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana é o que faz dos Direitos Humanos o lugar comum, o ponto convergente para a constituição de um direito universal e a concepção moral do ser humano enquanto um fim em si mesmo, isto é, um sujeito de direito pela sua própria existência.²²

Felipe Boeira Ressurreição observa na noção de dignidade uma verdadeira cláusula geral, capaz de condicionar e conformar todo o tecido normativo, definindo uma nova ordem pública com a funcionalização da atividade do Estado, em cumprimento dos valores existenciais e sociais definidos na Constituição.⁴⁷ Nesse sentido, haverá uma vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito. Trata-se de uma relação de conteúdo consciente e fraterno, uma vez que o indivíduo apenas receberá condições adequadas para o seu desenvolvimento em um ambiente comprometido com modificações sociais, em que se verifique uma aproximação entre o Estado e a sociedade, a fim de que o direito se ajuste aos interesses coletivos e individuais.²³

²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no Século XXI. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 247.

²¹ Art. 5º. 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, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos seguintes termos: [...]

§ 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º. 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.

²² FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*. p. 109.

²³ TEPEDINO, Gustavo *apud* RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira. *A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna: limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno*.

No entendimento de Carlos Augusto Alcântara Machado²⁴, na Constituição Brasileira de 1988, de igual forma, o legislador constituinte pátrio, ao se comprometer com a construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, apresentou os seus valores supremos, logo no Preâmbulo: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade e justiça. Em seguida, após traçar toda uma base principiológica, estabeleceu como objetivo fundamental da República Federativa a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I – CF).

Para tanto, o Estado brasileiro terá que garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, II a IV).

Uma sociedade fraterna é uma sociedade sem preconceitos e pluralista. E esses valores estão presentes na Constituição de 1988. Averbese-se que a integração comunitária é mais do que inclusão social. Não se reduz a ações distributivistas, de inclusão social que se situam somente no plano de gastos públicos.²⁵

O conceito de fraternidade é rico de implicações que ele não pode acontecer unicamente com meios limitados do Direito. Na perspectiva atual, o primeiro passo a ser dado é procurar princípios adequados que consintam criar, juridicamente, as condições para se realizar a fraternidade.²⁶

O sentimento constitucional fraterno, mais do que uma inspiração decorrente das revoluções passadas, mostra-se como um importante instrumento de materialização do Texto Constitucional, especialmente naquilo que demanda um comportamento positivo do Estado.

3. LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO FRATERO

O Direito Fraterno é uma metateoria que materializa o questionar-se e o desenvolvimento intelectual concatenado com os diversos saberes científicos, em uma espécie de um direito impuro, isto é, permeado pela sociologia, pela filosofia, pela economia, fatidicamente colaborando para um direito mais humano e holístico.

Explica Manoel Gonçalves Ferreira Filho que o reconhecimento dos direitos sociais dá consciência em especial à qualidade de vida e à solidariedade entre os seres humanos de

²⁴ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. p. 07.

²⁵ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. p. 16.

²⁶ RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira. *A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna: limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno*.

todas as raças ou nações, o que veio a resultar no surgimento de uma nova geração, conhecida como a dos direitos fundamentais. Estes direitos são conhecidos como direitos de solidariedade ou fraternidade.²⁷

A vivência da fraternidade, no contexto das relações humanas, gera novos compromissos, capazes de promover a solução para as necessidades que resultam no bem estar dos outros e que, direta ou indiretamente, preservam o próprio bem, em um movimento circular, propiciando o surgimento de uma mentalidade fraterna.²⁸

De acordo com Ildete Regina Vale Silva, busca-se um modelo comum de relações éticas que não se reduzam a tendências pessoais individualistas e interesseiras ou que dependam da ação do Estado para solução das misérias humanas, construindo uma ideia que:

[...] passa pelo reconhecimento e pela valorização institucional de um tecido social rico e solidário (as comunidades), de um sistema de relações estruturado em formações sociais, no qual seja continuamente recriada a interdependência entre os sujeitos, a base mais duradoura da solidariedade. A promoção desse tecido social interdependente e solidário permite ao Estado buscar o desenvolvimento da pessoa humana sem substituir as formações sociais intermediárias, mas ao contrário, responsabilizando-as, promovendo sua lógica participativa e inserindo-se nelas.²⁹

A interdependência e a fraternidade que responsabilizam socialmente cada indivíduo que, como membro de uma comunidade, deve ter entre suas opções de vida não apenas seu próprio bem, mas sim, visar o bem comum.

A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação dos Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam todas da ação da autoridade pública, constituindo-se assim em um valor jurídico fundamental.³⁰

Fundamenta Marco Aquini que a Fraternidade no Direito compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação dos Direitos Fundamentais de forma que não, necessariamente, dependam todas da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional.³¹

Por ter a fraternidade a característica de apagar toda a relação de dominação e dependência política ou civil de homens livres sobre homens livres, ela implica histórico-

²⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. p. 57.

²⁸ SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 419-20.

²⁹ SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 420.

³⁰ SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 421.

³¹ AQUINI, Marco *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *A fraternidade como um valor que o direito pode e deve (re)construir: uma abordagem à luz dos direitos humanos e dos direitos fundamentais*. p. 112.

concretamente o seguinte: que se pode atribuir a alguém uma carga em atenção ao bem de outro, ou seja, que à tarefa de constituir uma verdadeira independência e autonomia em uma nova ordem resultante (o tornar ‘irmão de’ todos os indivíduos que poderiam chegar a ser objeto da mesma situação) pode resultar na admissão de um perigo para o bem de outros e não necessariamente sobre toda a sociedade. Que, enfim, o histórico e concreto rompimento ou abrandamento de antigas e degradantes barreiras de classe, republicanamente falando, está condicionada ao fato de que todos tenham acesso a uma igualdade (ainda que aproximada) de oportunidades, elevando-os a níveis de liberdade, de autonomia e de virtude entendidos como auto-realização.³²

Em defesa de um direito cosmopolita baseado nos direitos humanos para o mundo globalizado, no qual o direito fraterno de utopia passa a ser a possibilidade de transformação do direito para um ambiente interconectado, em que os códigos tradicionais já não respondem satisfatoriamente às demandas da sociedade completa.³³

Corroborando com estas afirmações Giovanni Caso *et al.* quando afirma que a fraternidade surge como responsabilidade pelo respeito dos deveres para com a comunidade e para com os outros,³⁴ no art. 1º da Declaração Universal: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direito. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Destaca Otfried Höffe que, enquanto as exigências suprapositivas e direitos pré-estatais, servirão os direitos humanos como estabilizador dos sistemas jurídicos e políticos tensionados pelo sistema econômico do mundo globalizado. Entretanto, tal ajuste depende de uma reforma política do Estado e do sistema jurídico para dar suporte justo às várias dimensões da globalização, de forma a equacionar pressão exercida pelos novos fatores sociais como tecnologia, meio ambiente, multinacionais, mercados financeiros, organizações internacionais.³⁵

O dilema acaba sendo ajustar o equilíbrio destes elementos, sem aumentar a desigualdade/diferença, que dependerá do equacionamento entre democracia, direito e globalização. O Estado, a democracia e os direitos humanos adquirem dimensão preponderante

³² FERNANDEZ, Atahualpa. *Fraternidade: a terceira virtude ilustrada*. Universo Jurídico. Disponível em: <http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5657/Fraternidade_A_Terceira_Virtude_Ilustrada>. Acesso em: 22 jul. 2020.

³³ FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*. p.14.

³⁴ CASO, Giovanni *et al.* *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito. p. 423.

³⁵ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. p. 65-66.

para justificação de direito fraterno no cenário global, superando a velha dicotomia do nacional e do internacional, os problemas da identidade e do território, para o estabelecimento de uma comunidade global e a superação do positivismo dos sistemas jurídicos contemporâneos.³⁶

Esta equação deve ser resolvida a partir do Direito Fraterno, como o caminho na busca de uma comunidade global que centralize o caráter universal dos direitos humanos, legitimado com base na democracia.

A busca pela justiça social através do Direito deve ter como essência a alteridade, ou seja, aquela relação que nos coloca diante do outro. Quando nos colocamos diante do outro e nos reconhecemos nele, nasce o amor ao próximo. Esse amor possibilita o diálogo e pelo diálogo é possível fazer justiça social.³⁷

Aponta Fábio Konder Comparato que o amor, como fundamento do direito autêntico; a existência de uma sociedade de todos os homens, unida pelo princípio da fraternidade universal, sendo essa visão ética formulada antes do nascimento de Jesus Cristo.³⁸

Deve-se atentar que a Fraternidade, ao ser relacionada com o Direito, assumindo um caráter trilateral em que não subsiste só a parte A para com B e de B para com A, mas simultaneamente, subsiste da parte dos dois em relação ao grupo. Ademais, os irmãos podem definir-se como tais por fazerem parte de uma família, e é somente no âmbito desta e com o alicerce dela que suas relações se podem dizer fraternas.³⁹

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através dos pressupostos do Direito Fraterno, é possível debater com profundidade termos como a lei da amizade; a inimizade, a humanidade e as guerras; a possibilidade de uma Constituição sem inimigos, uma Constituição sem povo; o papel do decidir, do mediar, e do conciliar; um olhar próximo aos inimigos criminosos, por exemplo. Temas atuais e complexos, mas que devem ser enfrentados por operadores do direito dispostos a operar um novo direito, resgatando velhos e desenvolvendo novos pressupostos.⁴⁰

Todos os direitos fundamentais, (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais etc.), devem ser analisados em todas as dimensões: na dimensão individual-liberal

³⁶ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. p. 65-66.

³⁷ COSSEDU, Adriana et al. *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *A fraternidade como um valor que o direito pode e deve (re)construir: uma abordagem à luz dos direitos humanos e dos direitos fundamentais*. p. 118.

³⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. p. 114.

³⁹ GORIA, Fauto *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 430.

⁴⁰ VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. p. 136.

(primeira dimensão), na dimensão social (segunda dimensão), na dimensão de solidariedade e fraternidade (terceira dimensão) e na dimensão democrática. Deve-se tratar os direitos fundamentais como um conjunto, pois a liberdade sem igualdade não tem muito valor, ou vice-versa, a busca pela efetivação é por todos os direitos.

5. REFERÊNCIAS

AQUINI, Marco *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *A fraternidade como um valor que o direito pode e deve (re)construir*: uma abordagem à luz dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. p. 112.

BARRETO, Vicente de Paulo. Perspectivas epistemológicas do Direito no Século XXI. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.) *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 247.

BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001. p. 28.

BRASIL. *Constituição* (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

CASO, Giovani *et al. apud* SILVA, Ildete Regina Vale. Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito. p. 423.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

COSSEDU, Adriana *et al. apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *A fraternidade como um valor que o direito pode e deve (re)construir*: uma abordagem à luz dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. p. 118.

FERNANDEZ, Atahualpa. *Fraternidade: a terceira virtude ilustrada*. Universo Jurídico. Disponível em: http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/5657/Fraternidade_A_Terceira_Virtude_Ilustrada. Acesso em: 22 jul. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.58-63.

FERREIRA, Rafael Fonseca. *O Estado e o direito entre pós-modernidade e globalização: limites e possibilidades do Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita*. 2008. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

GORIA, Fauto *apud* SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. p. 430.

HARVEZ, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural*. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Editora Loyola, 2006.

HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídico-constitucional*. In: CONFERÊNCIA SOBRE DIREITO E FRATERNIDADE, 2008, Vargem Grande Paulista

MEZZAROBBA, Orides. *Direito, Estado e Pós-Modernidade*. Joaçaba: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira. *A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna: limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno*. 2008. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?=12985>. Acesso em: 22 jul. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 36.

SILVA, Ildete Regina Vale. *Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito*. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v. 3, n. 3, jul./ago. 2008

TEPEDINO, Gustavo *apud* RESSURREIÇÃO, Felipe Boeira. *A eficácia do direito à saúde como condição para uma existência digna: limites e possibilidades à luz do sentimento constitucional fraterno*.

VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno na sociedade cosmopolita*. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*: Bauru. v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.

VIAL, Sandra Regina Martini. *Direito fraterno*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 14.

COSMOPOLITISMO E JUSTIÇA RELACIONAL: EDUCAÇÃO PARA UM DIÁLOGO TRANSFRONTEIRIÇO

Dávila Teresa de Galiza Fernandes Pinheiro ¹

Saulo Silva de Miranda ²

Sumário: 1. Introdução; 2. A emergência do cosmopolitismo em face da globalização; 3. O cosmopolitismo e o direito cosmopolita; 4. Justiça Relacional: identificando os vazios de justiça; 5. Cosmopolitismo e Justiça Relacional: um diálogo transfronteiriço; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Os avanços teórico-pragmáticos em torno de temas como globalização, interdependência entre as nações, teorias democráticas e cidadania vem passando por modificações e se tornando fragilizados, entre outros fatores, em decorrência da construção de muros de ódio, guerras e fronteiras de intolerância que separam um homem do seu semelhante, alimentando a conhecida dinâmica social hobbesiana: *homo homini lupus*.

O filósofo inglês Thomas Hobbes ao criar a figura do Estado Leviatã intencionou ratificar a necessidade de um pacto social fundado em uma autoridade absoluta com poder centralizado, o qual serviria como garantidor do direito à vida das pessoas, da segurança, da unidade civil e da ordem interna. Isso porque, na concepção hobbesiana, o estado de natureza era um estado de guerra latente de todos contra todos, logo o pacto de submissão legitimaria a formação do Estado soberano.

Ressalte-se que, antes mesmo de Hobbes, o realismo político de Maquiavel passou a apresentar algumas das suas particularidades, ou seja, “uma antropologia pessimista em relação à bondade da natureza humana” (Tosi, 2010, p. 39).

O que se pode observar é que tanto o modelo maquiaveliano quanto o hobbesiano, que descrevem a origem e a formação dos Estados Modernos, não obstante ultrapassarem mais de

¹ Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pela Universidade Federal da Paraíba. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Málaga (Espanha). Professora do Centro Universitário Tabosa de Almeida – Asces-Unita e pesquisadora do Instituto de Estudos Avançados - IEA Asces-Unita. davilagaliza@asces.edu.br

² Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Fundação Joaquim Nabuco e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Málaga (Espanha). Professor de Sociologia do Direito no curso de direito do Centro Universitário Tabosa de Almeida (Asces-Unita). saalomiranda@asces.edu.br

três séculos, ainda se reverberam com igual ou maior intensidade entre Estados-nações e entre os seres humanos.

Em outras palavras, referido discurso parece estar ganhando cada vez mais força e extensão no seio das sociedades e nas fronteiras entre países, gerando indiferença, intolerância e vazios institucionais, se contrapondo ao diálogo promotor de uma cultura de reconhecimento do outro, capaz de congrega e abandonar a lógica polarizada do amigo-inimigo.

Constata-se que, no universo das relações internacionais, além da ameaça externa a partir dos conflitos entre Estados (de forma genérica, em torno de poder político e território), há ameaças ou conflitos internos, subjacentes, que dizem respeito à uma dimensão relacional, a qual se faz fundamental para o deslinde de questões essenciais à consolidação de democracias de qualidade na contemporaneidade.

São conflitos inter-relacionais que um indivíduo causa a outro, ou ainda, conflitos entre cidadãos dentro e fora de seu Estado. Isso porque as democracias continuam a sobreviver sob a constante luta entre os homens por medo e desconfiança uns dos outros. Medo de perder espaço (propriedade), vida, segurança, paz e liberdade. Desconfiança para com o outro, “o diferente de mim”, o estrangeiro, o que não pertence à comunidade nacional.

Por tais razões, a citada máxima *homo homini lupus*, ainda emerge hodiernamente causando verdadeira intolerância e aversão de uns para com os outros, em uma crise humanitária que se manifesta também em vazios institucionais no âmbito das democracias, o que sempre esteve presente na história da humanidade, se confirmando na atualidade, por exemplo, contra migrantes em vários países europeus e latino-americanos.

Desse modo, é factível que o simples pacto/contrato social, outrora necessário como justificante na teoria liberal da formação dos Estados modernos, não é suficiente a fim de equacionar e garantir a segurança, o bem-estar e a confiança nas relações entre os cidadãos de um Estado ou entre as diferentes nações.

Essa é uma constatação que, ao se atualizar no momento histórico, necessita urgentemente encontrar saídas ou caminhos dentro das democracias.

Diante desse cenário, o presente trabalho objetiva enfatizar a necessidade de resgatar a democracia sob as bases de uma cidadania que, sem necessidade de marginalizar o sentimento de pertença local ou seu lócus espacial de origem, se abre à concepção de uma cidadania mundial, que reconhece legitimidade à uma identidade cosmopolita, indicativa de mudança cultural e política na sociedade global.

Trata-se de um cosmopolitismo que intenciona promover maior qualidade democrática, na medida em que busca transpor as divisões e as fronteiras criadas pelos homens,

no esforço de que os vínculos cívicos entre os cidadãos se intercomuniquem não somente por obrigações e compromissos, mas também por valores que os mantenham unidos entre si e, por conseguinte, as nações.

Valores que se configuram na partilha de direitos, deveres, garantias e responsabilidades, através do diálogo e da fraternidade, enquanto princípio universal.

Tais categorias serão analisadas sob o enfoque relacional, em particular a partir da perspectiva teórica da Justiça Relacional que, enquanto instrumento de análise da presença ou ausência de justiça nas relações, indica um novo olhar sobre os fundamentos da cidadania e da democracia.

Para se chegar a isso é preciso discutir uma educação que proporcione o pensar de forma cosmopolita e multicultural, processo que envolve o empenho significativo dos diversos atores sociais, destacando-se o poder público e as organizações da sociedade civil.

A educação aqui proposta deve ser construída com base no diálogo que nasce da fraternidade como perspectiva e como princípio, uma educação renovadora, fundamentada em vínculos baseados em valores comuns e focada no acolhimento, na unidade.

2. A EMERGÊNCIA DO COSMOPOLITISMO EM FACE DA GLOBALIZAÇÃO

Antes de adentrar à análise da proposta kantiana de uma possível formação da comunidade humana cosmopolita, se faz imperioso evocar, brevemente, o processo social, econômico e político em torno da globalização, o qual alcançou maior amplitude nas agendas políticas dos Estados no final do século XX e início do século XXI. Nesse período, o mundo começou a se observar interconectado em redes, no qual, sobretudo, os meios de transporte e de comunicação entre os países não conheciam mais as antigas limitações e distâncias de espaço e de tempo.

Pouco a pouco, as fronteiras estavam ultrapassando os limites geopolíticos, econômicos, tecnológicos e culturais. Fatores internos e externos entre sociedades e Estados passaram a se combinar de diversas maneiras, deixando de lado a esfera local a fim de alcançar a esfera global.

Nesse ritmo, o mundo contemporâneo passou a incorporar novas modalidades de pertencimento, haja vista que o vínculo de cidadania nacional não era mais suficiente para traduzir a complexidade do novo mosaico formado em torno da comunidade política e das identidades culturais dos povos diante das transformações promovidas pela globalização.

O professor e cientista político britânico, David Held (Apud Reis, 2006, p. 16) expôs a questão da seguinte forma:

As fronteiras nacionais tradicionalmente demarcaram as bases nas quais os indivíduos eram incluídos ou excluídos da participação nas decisões que afetam suas vidas; mas se muitos processos socioeconômicos e os resultados das decisões sobre esses processos se estendem para além das fronteiras nacionais, então as implicações desse fenômeno são sérias, não apenas para as categorias de legitimidade e consenso, mas para todas as ideias-chaves da democracia.

Portanto, as progressivas mudanças no sistema político e, conseqüentemente, nas teorias das relações internacionais refletem-se nas teorias democráticas como um todo, as quais necessitam ser repensadas a fim de compreender os novos rearranjos político-sociais e readequá-los, começando pelo âmbito das relações domésticas.

Por outro viés, o processo global acelerado em que o mundo se encontra tem levado paulatinamente ao esvaziamento do Estado³ (vazio de institucionalidade), uma vez que sua estrutura já não dá conta de responder - em quantidade e com rapidez - às necessidades advindas da complexidade das relações sociais.

Esta constatação pode ser apontada como uma das possíveis conseqüências negativas do processo de globalização⁴. Em razão desse esvaziamento institucional supracitado, “o Estado como espaço natural das solidariedades e do controle político se enfraquece, e a democracia como possibilidade de exercício da autonomia dos sujeitos perde substância” (Guéhenno, 1994 *Apud* Reis, 2006, p. 18).

Nessa ótica, convém ressaltar que, embora os conceitos de globalização e cosmopolitismo sejam distintos, principalmente em função do debate existente entre comunitaristas e cosmopolitas (membros de uma comunidade *versus* membros da humanidade), há muitos pontos que se entrelaçam fazendo emergir o argumento kantiano de que não basta ser cidadão de um Estado, pois é necessário também ser cidadão do mundo (Reis, 2006).

Desse ponto de vista, é possível inferir o caráter positivo da globalização, pois, de certo modo, avançando na esteira crítica do legado kantiano, o filósofo alemão Jürgen Habermas⁵, reflete a necessidade de ir além ao propor o desenvolvimento de uma consciência humanitária

³Este esvaziamento estatal é impulsionado pelo aparecimento de outras instituições, organismos ou micropoderes. A exemplo disso, situam-se as empresas transnacionais as quais surgem como “instituições legítimas, capazes de monopolizar um poder de coação jurídica efetiva em nível nacional e internacional” (Valeria Ribas do Nascimento, 2010, *Apud* Barrios e Menezes, 2015, s/p).

⁴ O sociólogo francês, Zygmunt Bauman, em sua obra *Globalização, as conseqüências humanas*, apresenta um novo significado para globalização, vista como “nova desordem mundial”: “O significado mais profundo transmitido pela ideia de globalização é o do caráter indeterminado, indisciplinado e de autopropulsão dos assuntos mundiais; a ausência de um centro, de um painel de controle, de uma comissão diretora, de um gabinete administrativo. A globalização é a “nova desordem mundial” de Jowitt com um outro nome” (Zygmunt, BAUMAN, *Globalização, As conseqüências humanas*. Zahar, 1999, p. 66).

⁵ HABERMAS, J. A ideia kantiana de Paz Perpétua a distância histórica de 200 anos, In: *A inclusão do outro*, São Paulo: Loyola 2002, pp. 185-228.

e a formação de uma cultura do direito de integração entre os povos (ALMEIDA; BITTAR, 2019).

3. O COSMOPOLITISMO E O DIREITO COSMOPOLITA

O direito cosmopolita vai além das fronteiras do direito estatal e internacional, o que se busca, com o cosmopolitismo, é na verdade, o reconhecimento internacional dos direitos humanos, o reconhecimento do outro, a supressão da indiferença, a proteção às minorias, a sustentabilidade humana, social, ambiental, etc.

Na modernidade iluminista, Immanuel Kant (1724-1804), considerado filósofo por excelência do cosmopolitismo, compreendeu que os seres humanos não estão aprisionados às fronteiras limítrofes de seu Estado, não obstante serem membros do mesmo. Em outras palavras, cada um é membro, ao lado de cada Estado, de uma comunidade universal.

Na concepção kantiana, da mesma forma que as nações estão conjuntamente submetidas a certas leis universais para ocupação do planeta, tendo cada uma o direito de estabelecer relações com as demais sem que uma se comporte em face da outra como inimiga.

O eminente filósofo traz a ideia do *jus cosmopoliticum* (direito cosmopolita ou, de maneira literal, “direito de cidadania mundial”) e a ele associa o direito de os cidadãos estabelecerem relações com todos e, portanto, visitar todas as regiões da terra (Kant, 2010).

Desse modo, todo e qualquer cidadão deve ser recebido em qualquer lugar do planeta com hospitalidade, “não como estrangeiro, como inimigo, como outro ou como o que ainda não é, mas na qualidade de indivíduo universal, capaz de se relacionar de maneira equânime”(Cruz, 2011, p. 102-118), isto é, de maneira igual, livre e fraterna com o seu semelhante, de modo que o desrespeito ao direito de um, é considerado igualmente desrespeito ao direito de todos.

No terceiro artigo definitivo para a Paz Perpétua, Kant (2010, p. 41) afirma que:

Já que agora a comunidade (mais estreita, mais larga), difundida sem exceção entre os povos da Terra, foi tão longe que a infração do direito em um lugar da Terra, é sentido em todos, não é, assim, a ideia de um direito cosmopolita nenhum modo de representação fantasioso e extravagante do direito, mas um complemento necessário do código não escrito, tanto do direito do Estado como do direito internacional, para um direito público dos homens em geral e, assim, para a paz perpétua, da qual pode-se aprazer encontrar-se na aproximação contínua somente sob esta condição.

A essa visão de Kant⁶ é preciso coadunar a concepção habermasiana, de modo a mantê-lo alinhado aos fatos históricos e políticos do mundo contemporâneo, integrando a compreensão de justiça e cosmopolitismo à realidade pós-moderna, a qual através do fenômeno da

⁶Não se pode olvidar igualmente da importância de Hannah Arendt, a qual se dedicou, depois de Kant, à temática do cosmopolitismo diante da problemática dos imigrantes, apátridas e minorias (Arendt, 2013). Para Arendt, se faz imprescindível o reconhecimento da condição universal de todos os seres humanos, independentemente de sua cidadania nacional. Cf: ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

globalização, passou a exigir uma concepção cosmopolita não só da associação jurídica de Estados, mas de uma cidadania mundial.

Habermas (1999) aduz que o direito cosmopolita de Kant possui premissas que necessitam ser atualizadas na realidade contemporânea. Em razão disso, propõe uma revisão das ideias kantianas, adaptada ao direito internacional de nosso tempo, de maneira a harmonizar conceitos fundamentais, com o fim de possibilitar maior factibilidade prática ao cosmopolitismo idealizado por Kant, há mais de duzentos anos.

Nesse sentido, Habermas aponta uma relação não somente entre os compromissos estatais, mas uma ligação sólida, legal, legitimada por uma constituição cosmopolita, capaz de garantir efetivamente à união de todos os povos sob leis públicas, o que, ao final, lhes devolveria uma espécie autêntica de cidadania mundial.

Habermas segue ainda na direção de apontar na Carta das Nações Unidas de 1948 um protótipo de legislação que aponta para uma experiência mais consensual, dialogal e legal entre os povos (ALMEIDA; BITTAR, 2019, p. 748).

Ademais, Habermas “deposita suas esperanças menos nas negociações entre os Estados e mais nos ‘[...] movimentos sociais e organizações não-governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que vai além das fronteiras nacionais’” (Reis, 2006, p. 21).

Observa-se, portanto, que na concepção habermasiana, o direito cosmopolita, sem abandonar as raízes de inspiração kantianas, fornece novos horizontes e desafios.

Um desses desafios, sem dúvida, trata-se da formação de uma nova cultura cosmopolita, capaz de superar os fundamentalismos de concepções teóricas que traduzem resistências e obstáculos ao desenvolvimento e fortalecimento de novos critérios de justiça, a partir de novos enfoques.

É claro que a perspectiva cosmopolita, ao mesmo tempo em que congrega adeptos em torno de um enfoque multicultural, pluralista e integrador, tem sua concretização prejudicada, na medida em que sofre uma resistência prática diante dos conflitos no âmbito das relações entre as nações.

Nesse contexto tais perspectivas nos levam às perguntas:

- 1) De onde vem essa resistência?
- 2) Que fatores impedem a concretização desse ideal cosmopolita nas relações entre nações?

- 3) O que nos impede deixar de lado a hostilidade que separa um homem de seu semelhante para abrir portas à hospitalidade universal (González Martín, 2015)?⁷

Adentrando para novas e possíveis propostas teóricas para essa questão, (o que não significa a exclusão das demais), identificamos atualmente na proposta teórica da Justiça Relacional uma via para mergulharmos de maneira mais profunda na causa desses vazios de justiça, vazios esses não só entre Estados soberanos, mas entre os homens, nas relações que estabelecem entre si e com todos.

É preciso, portanto, repensar as relações Estado-Estado, Estado-indivíduo, indivíduo-indivíduo, a fim de reverter esse quadro de divisões calcado em razões fundamentalistas inconsequentes que minam as bases de sustento para o desenvolvimento pleno das democracias modernas.

4. JUSTIÇA RELACIONAL: IDENTIFICANDO OS VAZIOS DA JUSTIÇA

Antes de procedermos a uma identificação do que se denomina “vazios de justiça”, capaz de dar luz às indagações supramencionadas, sendo a maior delas a inquietação levantada pela necessidade de abertura à hospitalidade universal ou ao ideal da cidadania cosmopolita, iremos realizar uma breve, mas rica análise, da proposta ou enfoque metodológico da Justiça Relacional.

A perspectiva relacional da Justiça está presente em diversos estudos nos âmbitos das ciências humanas e sociais aplicadas como, por exemplo, nos trabalhos de Michael Schutler (University of Cambridge, Reino Unido), Pompeu Casanovas (Universidad Autónoma de Barcelona, Espanha) e Esther Vilalta (Universidad Oberta de Catalunya, Espanha), María José Caram (Universidad Católica de Córdoba, Argentina).

Consideramos, porém que os estudos realizados por um grupo de professores da Universidade de Málaga, Espanha⁸, conseguiu produzir uma proposta coerente e complexa de análise da justiça em perspectiva relacional, a partir das contribuições da Sociologia Relacional

⁷ Miguel González Martín é diretor da “Fundación Social Ignacio Ellacuría” e coordenador do Serviço de Assistência Jesuíta a Migrantes (SJM-Espanha), elaborou um importante documento de reflexão sobre a situação dos imigrantes nas Fronteiras Sul da Espanha intitulado “*De la Hostilidad a la Hospitalidad*”.

⁸ Os professores da Universidade de Málaga constituíram a RIF – RED TEMÁTICA INTERNACIONAL DE ESTUDIOS INTERDISCIPLINARES SOBRE EL PRINCIPIO JURÍDICO DE FRATERNIDAD, foi instituída como REDE TEMÁTICA da Universidade de Málaga em 2015, como fruto de um trabalho desenvolvido por um grupo de professores que se chamava de “Foro Gurvitch” que, embora não reconhecido institucionalmente por aquela universidade, já desenvolvia atividades de pesquisa, conferências e seminários e publicações nas áreas do direito e da economia a partir da perspectiva da fraternidade e da economia de comunhão.

de Pierpaolo Donati, dos trabalhos na área de economia civil de Luigino Bruni e Stefano Zamagni, assim como na área de Filosofia Política de Antonio Maria Baggio (Miranda, 2016).

A Justiça Relacional se configura como uma perspectiva analítica dos “vazios de justiça” nas relações sociais a partir da identificação da relação jurídica como relação social, produto das relações. Para tanto, propõe um enfoque sistêmico da relação jurídica com base na estrutura da relação social e seus componentes, trazendo para o debate a questão dos valores que permeiam a relação social.

O enfoque relacional da justiça concebe a relação jurídica como um sistema constituído por eixos ou dimensões da relação social numa dinâmica em constante adaptação: institucionalidade, reciprocidade e socialidade. A Justiça pode ser considerada o efeito emergente dessa dinâmica, se nos situamos em uma relação ou sistema jurídico cujas referências, tanto internas quanto externas, se orientem em sua direção de forma intencional.

A socialidade é o espaço onde se dão as relações sociais, também chamado de ambiente relacional, onde se situa o direito, reforçando a compreensão de que a relação jurídica é, antes de tudo, relação. A socialidade impulsiona a reciprocidade a sair de si mesma, tornando-se institucionalidade, a partir de uma noção de justiça (ou injustiça) na relação.

A reciprocidade, por sua vez, se destaca como a dimensão central desta realidade, justificado por ser o núcleo ou motor do ciclo da justiça relacional, que consiste em expressar, mediante atuação ou conduta, os valores próprios do modelo social, compreendendo a relação entre valores e motivações ou objetivos. Toda relação social-jurídica pressupõe reciprocidade (positiva ou negativa) para se configurar.

É importante verificar que, na dinâmica da Justiça Relacional, a reciprocidade é precedida do ponto zero, que indica a situação de inércia, antes da concretização de relação jurídica, efetivada por membros de um grupo, comunidade ou sociedade.

Ao se concretizar como relação jurídica recíproca segue para a dimensão da institucionalidade, compreendida como o vínculo entre os sujeitos, que comporta todos os fatores de relacionalidade e dependências mútuas, que proporcionam a aceitação e a correspondência entre os membros de uma sociedade. A institucionalidade compreende vínculos formais e não-formais (Márquez Prieto, 2012).

Já a institucionalidade está localizada em uma posição periférica em relação à socialidade, em função da sua tendência auto-referencial que atua como uma força centrífuga que distância do centro, mas ao mesmo tempo amparada pela força da gravidade que faz reter ao centro - centrípeta (Prieto, 2015).

Com fundamento na perspectiva relacional acima descrita, podemos buscar identificar os vazios de justiça existentes em cada dimensão quando analisamos as questões atinentes aos dilemas explorados nos itens anteriores do presente trabalho. Senão, vejamos:

No âmbito da reciprocidade, surgem as questões relacionadas ao OUTRO, como ser social/político, com o qual interagimos continuamente e para qual direcionamos a nossa hospitalidade ou a nossa hostilidade.

Quem é o outro? O que significa o outro para mim? Essas perguntas levam a outras: as resistências à aceitação de uma outra cultura se devem a uma questão puramente identitária ou reflete desconfiança em relação ao outro? O Pacto/Contrato Social é suficiente para garantir a confiança nas relações entre os cidadãos de um Estado ou entre as diferentes nações? Para responder todas essas questões, é possível buscar apoio na noção de boa-fé que, nas palavras do professor Antonio Márquez Prieto,

[...]traduce el contenido positivo de la justicia relacional, en términos principalmente de confianza. Así, la relación, las relaciones (la socialidad), ofrecen confianza en un funcionamiento virtuoso de la dinámica relacional; la norma, lo institucional, apunta al reforzamiento de la confianza, protegiendo e incentivando al que actúa de buena fe (Márquez Prieto, 2014, p. 131).

Portanto, a boa-fé está no cerne das relações jurídicas e, embora tenha sido relegada à uma condição meramente instrumental na medida em que o direito se constituiu enquanto sistema formal, indica o elemento fundamental no qual se baseiam todas as relações sociais: a confiança.

Se há desconfiança em relação ao OUTRO, todas as relações estabelecidas, positivas ou negativas, estarão previamente maculadas por esse sentimento, que vai repercutir nos resultados da relação estabelecida e influenciar as demais relações atuais e futuras.

Essa dimensão desvela o fato de que a resistência à concretização de um cosmopolitismo pode se basear na desconfiança em relação ao outro, potencializada por uma perspectiva de sociedade nacional, presa à noção de Estado.

No âmbito da institucionalidade, percebe-se os efeitos da globalização no que concerne ao esvaziamento do Estado e à fragilidade das instituições, em função da supremacia do poder econômico em detrimento da soberania.

Nesse contexto, os vínculos entre os sujeitos que caracterizam a dimensão da institucionalidade estão marcados pelo jogo de interesses, comprometendo a aceitação e a correspondência que deveriam fundamentar a relacionalidade, principalmente em função da prevalência do mercado em relação aos bens comuns e a uma economia civil.

Por fim, se podem identificar vazios de justiça na dimensão da socialidade, na medida em que o ambiente relacional se configura como começo e fim das relações sociais/jurídicas, como espaço onde as relações ganham sentido.

Se depreende, desta forma, que se esse ambiente é propício à aceitação do OUTRO, o resultado de Justiça será o da HOSPITALIDADE (compreendendo o cosmopolitismo); se esse ambiente não é propício à aceitação do OUTRO, o resultado será o da HOSTILIDADE.

A socialidade funciona como um “termômetro” das relações, indicando se há qualidade ambiental, ou seja, o clima de confiança/cooperação que favorece aos sujeitos o caminho em direção à justiça de forma intencional.

Se a socialidade expressa uma FRATERNIDADE viva e continuamente renovada, fundamentada na aceitação do outro, o resultado de justiça tende a ser o da HOSPITALIDADE.

5. COSMOPOLITISMO E JUSTIÇA RELACIONAL: um diálogo além das fronteiras

A percepção dos vazios de justiça em cada dimensão da dinâmica relacional pode ajudar a constituir um ambiente relacional (socialidade) baseado na fraternidade, portanto, propício a uma perspectiva cosmopolita que contribui para um novo paradigma democrático baseado no reconhecimento do outro.

O direito cosmopolita vai além das fronteiras do direito estatal e internacional, o que se busca, com o cosmopolitismo, é na verdade, o reconhecimento do outro, a supressão da indiferença, a proteção às minorias, o reconhecimento internacional dos direitos humanos e a sustentabilidade humana, social e ambiental do planeta dentro de um ambiente essencialmente relacional, em que os vazios de justiça possam ser preenchidos sob a base da fraternidade universal, categoria política e jurídica, essencial à perspectiva cosmopolita, contribuindo para o surgimento de um novo paradigma democrático.

Nessa esteira é possível presumir que a democracia deve estar fundamentada em dois pilares:

1) O pilar da relacionalidade baseado na fraternidade universal: repensar as teorias democráticas e a própria democracia imersas nesse ambiente relacional, que requer pessoas guiadas por uma cultura da amizade política em que a fraternidade universal constituindo-se no liame natural entre os seres humanos, poderá conferir “dignidade, direitos e deveres que precedem a categoria de cidadão de um Estado” (Baggio, 2006).

2) O pilar do diálogo além de todo e qualquer fronteira: um diálogo que não seja limitado pelas fronteiras das nações, mas que seja capaz de criar e abranger uma identidade

cosmopolita, não permitindo, portanto, a restrição em diferenças e divisões internas de caráter étnico, racial, religioso, social ou político.

Não se pode olvidar o fato de que cada nação se encontra vinculada, de algum modo, com o resto do mundo, este é o fenômeno da globalização interdependente em que os vínculos cívicos devem se intercomunicar não somente por obrigações e compromissos, mas também por valores relacionais capazes de manter unidos os homens entre si e, por conseguinte, as nações.

Por sua vez, apontados os pilares fundamentais para o surgimento de um novo paradigma democrático fundamentado na abertura ao cosmopolitismo, é possível falar em cidadania cosmopolita, desde que, igualmente haja uma educação com a mesma abertura ao “outro” - homem/mulher, cidadão/cidadã do mundo.

Uma educação que continue reproduzindo estereótipos e fundamentalizando teorias autoritárias e posições ultranacionalistas, somente reforçarão a xenofobia, o racismo, o preconceito, o ódio, a divisão e os conflitos nas relações institucionais e/ou interpessoais, abrindo lacunas e abismos profundos.

Nesse cenário, desponta justamente a necessária educação em e para os direitos humanos, dentro de uma linguagem dialógica do respeito à diversidade.

Diálogo entre fronteiras, para além das fronteiras e sem fronteiras. Muitas vezes, somos nós quem construímos muros que nos impedem de ir ao encontro do outro, nos paralisam dentro de nossas fronteiras que, rechaçam o outro de maneira hostil.

As fronteiras possuem um valor simbólico e performativo, ou seja, configuram a forma com que vemos e dizemos a realidade. O medo de ser identificado, preso e deportado atua como um poderoso mecanismo de disciplina social, ainda que muitas ordens de expulsão não chegam a concretizar-se, a existência da ameaça é suficiente para fazer interiorizar esse medo e buscar proteção, tornando-se invisível socialmente. Dessa forma, o estigma da irregularidade não só incentiva a aceitar condições laborais cada vez piores, mas também dificulta a criação de vínculos e a integração no corpo social, o que caracteriza a mencionada interiorização da fronteira (González Martín, 2015, s/p).

Como se observa, trata-se de um contínuo e incessante processo de integração humano-planetária, a qual somente poderá ter êxito se se estabelecer um diálogo entre as civilizações e não um “choque de civilizações” (Huntington, 1997).

Para tanto, é necessário, no respeito das tradições e das identidades de cada cultura e povo, encontrar consensos como premissa para uma convivência pacífica global, através de um diálogo intercultural e de uma educação cosmopolita que se enraíze na ideia de que somos todos iguais, livres, mas acima de tudo, irmãos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vários modelos e hipóteses surgiram e continuam a despontar no intuito de minimizar a realidade hostil das relações entre Estados e entre os homens. Nesse sentido, o presente trabalho intencionou demonstrar que existem vazios institucionais, os quais se interpretam como possíveis vazios de justiça nas relações sociais, os quais necessitam ser sanados ou minimizados.

É preciso que as pessoas se reconheçam, antes de qualquer outra identidade, como cidadãos do mundo, só assim será possível um maior avanço no processo de mudança cultural e política na sociedade, capaz de transcender as divisões, afinal o “mundo pós-moderno em que vivemos já tem dado mostras de que se trata de uma utopia possível” (Cruz, 2005).

Por sua vez, é certo que “os direitos humanos, por terem a forma de normas gerais dirigidas a todos os indivíduos ante tão-só a sua qualidade de seres humanos (e não como membros de um ou outro Estado) detém validade universal, de modo que o desrespeito ao direito fundamental de alguém em qualquer lugar da terra deve ser considerado um ataque ao direito de todos” (Cruz, 2005). Sendo assim, é possível concluir que o planeta é uma única casa onde se hospedam todos os seres humanos.

Como observado no presente trabalho, a resistência à concretização de um cosmopolitismo pode basear-se na desconfiança em relação ao outro, potencializada por uma perspectiva de sociedade nacional, agarrada à noção de Estado. Aqui é importante lembrar que o Estado também é um produto histórico, criado pela sociedade civil a partir do jogo de forças sociais no interior da sociedade nacional (Ianni, 2008), ou seja, uma metáfora.

É possível reafirmar que a democracia precisa de pessoas guiadas por uma cultura da amizade política, o que conforme expomos, pode encontrar supedâneo na fraternidade universal, como princípio de ação de uns para com os outros, conforme consta na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 1º ao conceber o espírito de fraternidade como princípio de ação.

Outra provocação/contribuição, está nos trabalhos de Jacques Derrida, que trazem à tona o que o autor chama de *democracia do porvir*, que se configura como uma ideia de democracia que ultrapassa o cosmopolitismo, revelando uma promessa de democracia que nunca se concretiza, permanece sempre como uma promessa (Derrida, 1991).

Mencionamos ainda a alternativa/hipótese do protagonismo da sociedade civil indicado por Giuseppe Tosi, que apresenta como proposta racional do ponto de vista da filosofia: a promoção de uma rede alternativa de instituições internacionais e supranacionais que, mediante a delegação dos Estados nacionais, atuariam na resolução dos conflitos que

superassem suas fronteiras a partir do reconhecimento de uma cidadania cosmopolita (Tosi, 2010).

De destacado relevo, é também a contribuição de Amartya Sen sobre o papel da democracia (enquanto prática efetiva) para o desenvolvimento, em função das suas virtudes, a saber: sua importância intrínseca histórico-conceitual; suas contribuições instrumentais para a concretização de liberdades; seu papel construtivo na criação de valores e normas (Sen, 2018).

É evidente que a democracia construída com base no diálogo que nasce da fraternidade pode ser um instrumento efetivo para reforçar os vínculos baseados em valores capazes de manter unidas as pessoas e, conseqüentemente, as nações.

Por outro lado, a percepção dos vazios de justiça em cada dimensão da dinâmica relacional pode ajudar a constituir um ambiente relacional (socialidade) baseado na fraternidade, portanto, propício a uma perspectiva cosmopolita que contribui para um novo paradigma democrático baseado no reconhecimento.

Por fim, o compromisso com um sistema educativo fundado nos direitos humanos propiciará grandes avanços em termos de justiça e respeito mútuo em um mundo em que as nações deveriam interagir constantemente.

Mas isso não é suficiente. Não basta que uma pessoa respeite os direitos humanos básicos de cidadãos que estão em outro país: deve adentrar na própria conjuntura e implicações, conhecer sua realidade e problemas. Trata-se, portanto, de uma necessária educação cosmopolita (Nussbaum, 2013).

7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2019.

ARENDT, H. *Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo*. [s.l.] Editora Companhia das Letras, 2013.

BAGGIO, A. M. *Reflexões para a vida pública: a cultura da fraternidade e a política*. Vargem Grande Paulista–SP: Editora Cidade Nova, 2006.

BARRIOS, A. B.; MENEZES, C. P. P. DE. *Internet e Informática A emergência de uma cidadania cosmopolita diante do contexto globalizado: o ativismo na rede e as novas formas de pensar e fazer política*. 2015.

DERRIDA, J. *La démocratie ajournée*. [s.l.: s.n.].

- GONZÁLEZ MARTÍN, M. De la hostilidad a la hospitalidad. *Cuadernos CJ*, 2015.
- HUNTINGTON, S. P. O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial. [s.l.] Objetiva Rio de Janeiro, 1997.
- IANNI, O. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- KANT, I. *Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- _____, Immanuel. À paz perpétua. Trad. Marco Zingano. Porto Alegre: L&PM, 2010.
- MÁRQUEZ PRIETO, A. Justicia Relacional y Fraternidad. In: COSSEDU, ADRIANA; BAGGIO, ANTONIO MARIA; MÁRQUEZ PRIETO, ANTONIO (Eds.). . *Fraternidad y Justicia*. Granada: Comares, 2012.
- _____. *La justicia relacional como círculo virtuoso*. 2014.
- MIRANDA, S. S. D. Socialidade e Justiça Relacional. In: MACHADO, C. A. A.; LOPES, P. M.; ANDRADE, F. G. (Eds.). ASSOCIAÇÃO CARUARUENSE DE ENSINO SUPERIOR E TÉCNICO - ÉTICA , DIREITO E DEMOCRACIA : em busca de um novo paradigma de justiça (*Anais do III Congresso Nacional de Comunhão e Direito*). Caruaru-PE, Brasil: Asces-Unita, 2016. p. 303.
- NUSSBAUM, M.; COHEN, J. *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*. Barcelona: Paidós, 1999.
- PIOVESAN, Flávia (coord). *Direitos Humanos*. Vol 1. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 102-118.
- PRIETO, A. M. La relación laboral como relación social (justicia relacional y socialidad común). Estudios financieros. *Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 382, p. 13–42, 2015.
- REIS, R. R. O lugar da democracia: a sociedade civil global e a questão da cidadania cosmopolita. *Perspectivas: Revista de Ciências Sociais*, v. 30, n. 2, 2006.
- SANTORO, E. – ZENAIDE, M. N. T. – BATISTA, G. B. de M. – TONEGUTTI, R. G. *Direitos Humanos em uma época de insegurança*. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2010, pp. 39-58.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. [s.l.] Editora Companhia das letras, 2018.
- VENTURI, E. R. Cidadania Pós-humana e Futuro dos Direitos Humanos. In: Xxv Congresso do Conpedi - Curitiba. Direito Internacional dos Direitos Humanos III. Curitiba-PR: *Conpedi*, 2016. p. 204–223.

EDUCAÇÃO E FRATERNIDADE: O PESO DO PRINCÍPIO ESQUECIDO

Emanuela Rodrigues dos Santos¹

Elias Festa Paludo²

Sumário: 1. Introdução; 2. Fraternidade: o princípio esquecido; 3. As desiguais oportunidades na escola universalista; 4. Considerações finais; 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente, a revolução francesa foi um marco na história do ocidente. A tensão entre burguesia e aristocracia, entre um sistema em declínio e um em ascensão, gerou uma ruptura social baseada num tripé de princípios que, posteriormente, tomaram ampla repercussão, a ser: liberdade, igualdade e fraternidade.

Embora derrotada, os reflexos desse movimento político-social francês, transcenderam seu tempo, repercutindo na discussão dos direitos fundamentais do ser humano, na República enquanto alternativa política, entre tantos outros aspectos.

Apesar de gozar de forte influência, o lema da revolução francesa teve uma assimétrica repercussão, uma vez que o princípio da fraternidade não foi tão discutido como a liberdade e igualdade. Contudo, o princípio da fraternidade tem sido retomado em discussão nas mais diversas áreas, como no direito, na política, na questão ambiental, etc., e a partir disso nos questionamos: qual pode ser a contribuição da fraternidade frente às problemáticas da escola e da educação?

Desde a virtual universalização do ensino básico no Brasil, processo que se iniciou nos anos 1990, as desiguais oportunidades de acesso se transformaram em desiguais oportunidades de permanência na escola, vide os altos índices de evasão escolar.

¹ Mestranda em Direito, estagiária em docência e pesquisadora pela Universidade de Caxias do Sul. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2012-2016) e atua como advogada. emanuelarod94@gmail.com

² Doutorando em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Ciência Política da UFSC; Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2017-2019); Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2013-2017). eliasfpaludo@gmail.com

Sendo assim, é fundamental perceber a escola pública enquanto uma instituição universalista que atende inúmeros grupos étnicos, culturais, classes e identidades. Logo, como são geridas as relações particulares de grupos étnicos e culturais dentro de uma escola universalista? Quais as saídas para pensar essa problemática? Tais questões podem ser pensadas a partir do aprofundamento da noção de fraternidade, princípio esquecido da revolução francesa.

Evidente que essas questões não podem ser respondidas de forma simples ou rasa, tampouco de forma absoluta. Portanto, aqui será levanta a discussão sobre a educação e seus principais desafios frente ao conceito de fraternidade e seus desdobramentos. Desta forma, poderemos compreender como a fraternidade pode ser entendida dentro do campo da educação.

Assim sendo, este trabalho será estruturado em mais três tópicos, a ser: 1) fraternidade: o princípio esquecido; 2) educação e seus desafios; 3) educação e fraternidade: avanços e dilemas. Os dois primeiros tópicos serão dedicados a discussão do conceito de fraternidade, suas perspectivas e sua interdisciplinaridade e os desafios da educação, respectivamente. Ao terceiro tópico resta discutir a relação entre a educação e a fraternidade.

2. FRATERNIDADE: o princípio esquecido

O título do presente tópico, em referência direta ao livro do italiano Antonio Maria Baggio (2008), *O Princípio Esquecido*, nos proporciona uma fundamental visão histórica sobre essa categoria. Embora presente na história do cristianismo, no lema da Revolução Francesa, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e até mesmo em nossa Constituição Federal, a fraternidade ocupou um espaço secundário no debate acadêmico, se comparado ao conceito de liberdade e igualdade.

Presente no lema da revolução francesa, reafirmada de forma mais duradoura na república de 1848, a categoria de fraternidade, nitidamente, tem origem na tradição judaico-cristã (CODA, 2008). Contudo, é justamente na França de 1789 que a categoria de fraternidade é interpretada em uma dimensão política (BAGGIO, 2008).

A partir desse fato, a categoria de fraternidade ganhou contornos políticos, a serem pensados em relação aos conceitos de liberdade e igualdade. Mancini (1996, p. 160 apud. BAGGIO 2008, p. 15) aponta que:

É em relação ao valor e à exigência da fraternidade que se pode verificar a pretensão de universalidade da liberdade e da igualdade. Readmitir a

fraternidade na razão política significa citar em juízo a pretensão da universalidade de qualquer ideologia ou projeto histórico.

Portanto, Mancini aponta que a extensão da categoria de fraternidade é vista em dialética com a liberdade e igualdade. É a fraternidade, em seu sentido de coletividade, que garante a liberdade e a igualdade a todos. Podemos fazer analogia a separação dos poderes de Montesquieu, em que a regulação recíproca dos mesmos é o que garante o funcionamento da república. Da mesma forma podemos compreender a relação entre liberdade, igualdade e fraternidade.

A fraternidade, então, com sua interpretação primária oriunda da religião, sobretudo do novo testamento, a partir da noção de *adelphos* (irmão) e *adelphotes* (fraternidade) (CODA, 2008), juntamente com sua segunda interpretação, a política, está conectada ao raciocínio aristotélico, em que “o Estado é uma reunião de famílias” (ARISTÓTELES, 2012). Ou seja, para Aristóteles, a unidade básica da sociedade é a família, argumento notoriamente edificado pela tradição cristã, sendo assim, o *frater* (irmão) é o membro igual a mim dentro da família, postulando uma concepção política e social não oligárquica, mas coesa.

O caráter cristão, da família sobretudo, não se perde necessariamente com a concepção de fraternidade no campo político. Uma das tradições mais fortes da França moderna, sem dúvidas, foi o positivismo, amplamente reconhecido na figura de Augusto Comte, o qual postulou a teoria dos Três Estados, em que a cientificidade e o humanismo positivista substituiria o Estado Metafísico, o qual seria o substituto do Estado Teológico. Na concepção positivista, a fraternidade então seria substituída pelo humanismo, ou seja, uma noção impessoal, como no caso do Rio Grande do Sul de Júlio de Castilhos, o qual redigiu a Carta Constitucional daquele estado seguindo os moldes positivistas (COSTA; CORRÊA, 2012), e no lema do brasão do Estado consta “liberdade, igualdade e humanidade”.

Nesse sentido, a concepção de fraternidade está vinculada à família, de forma que considera a concepção do ser dentro de um grupo específico, com identidade, cultura e condições particulares. Funciona como uma categoria reguladora da liberdade e igualdade, de forma a garantir um olhar específico ao ser humano enquanto tal, suportando a dignidade do indivíduo.

Esse olhar específico ao ser humano, o olhar fraterno, é justamente a principal dificuldade da afirmação da categoria política:

E talvez aqui resida a dificuldade principal da fraternidade enquanto uma categoria política: uma ética da solidariedade é uma ética, mas não uma

política, ou seja, é um valor que é ‘realisticamente’ mais difícil de realizar enquanto categoria política. Um iluminista como Kant, apesar das claras raízes teológicas do seu imperativo categórico e do seu cosmopolitismo, rejeitaria esse conceito por ser ‘paternalista’; um marxista, por ser um conceito que escamoteia as divisões irreduzíveis entre classes antagônicas (TOSI, 2009, p. 58)

Assim, observa-se que a fraternidade, enquanto uma categoria isolada, encontrou dificuldades e resistência em sua afirmação, seja pelo caráter ético, seja pela proximidade do conceito com um valor religioso. Mas, ao ser pensada enquanto uma categoria vinculada ao lema da revolução francesa, isto é, juntamente com a liberdade e a igualdade, a sua função passa a ser dialética.

Já no período pós-guerra, no final da primeira metade do século XX, a categoria de fraternidade ganha um status universal ao ser alçada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, justamente como princípio articulador da igualdade e liberdade, uma vez que “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” (ONU, 1948, p. 2). Ou seja, dotados de condição livre e igual, todos os seres humanos devem relacionar-se de modo fraterno. Isso implica na fraternidade não enquanto um direito em si, mas um princípio regulador da liberdade e igualdade.

Além disso, quando a Declaração aponta o dever de agir uns para os outros de forma fraterna, tal categoria evoca novamente o sentimento de coletividade, de corresponsabilidade e de vida coletiva, condicionando, assim, o entendimento de conceitos como o de liberdade dentro de uma perspectiva societária.

A categoria de fraternidade, além da Política, também ganha amplitude no Direito. Segundo o jurista alemão Häberle (2009 apud MENDES, 2016), a dignidade humana tem por base a referência ao outro, reconhecendo a igualdade do outro, geralmente acompanhada de palavras ligadas ao sentido de fraterno, como o outro no sentido de irmão. Também no Direito a fraternidade busca a garantia da dignidade humana, como aponta Veronese (2016, p. 29) “evidencia-se um princípio que é correlato a fraternidade: o princípio da dignidade humana, o qual me faz compreender que cada um de nós tem um valor e importância únicos”.

Não por menos que a fraternidade é um valor constitucional, prevista no preâmbulo da Carta Magna Brasileira, a fim de garantir uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos” (BRASIL, 1988).

Portanto, quando evocamos a categoria de fraternidade ao campo da educação, estamos tratando de evidenciar a necessidade de reconhecer ao outro enquanto um ser único,

dotado de particularidades, inserido em uma família, não apenas no sentido doméstico, mas no sentido de um contexto de relações particulares.

Sendo assim, a educação fraternal pensada enquanto mediadora da liberdade e da igualdade, reflete diretamente no entendimento do contexto, do reconhecimento de identidades e valores culturais próprios do educando.

A escola pública francesa é um legado da III República (BASILIO, 2015), a qual afirmou o lema liberdade, igualdade e fraternidade. Esse sistema escolar foi pioneiro no credo da escola enquanto fator de reparação das desigualdades sociais e um exemplo ao mundo. De certo, o sistema público universal de ensino básico brasileiro também teve aspiração nesses princípios republicanos. Evidente que não é o intuito desse trabalho comparar os sistemas desses dois países, mas reconhecer a universalidade do ensino enquanto um direito fundamental, de aspiração republicana, baseado na liberdade e igualdade.

Entretanto, a escola republicana, a partir da segunda metade do século XX, sofreu pesadas críticas dos sociólogos Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron, por meio da obra *A Reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino* (2008). Segundo Bourdieu e Passeron, na obra *Os Herdeiros* (2018), a cegueira às desigualdades sociais, naturaliza o sucesso escolar, concluindo assim o peso da desigualdade cultural dos alunos em suas trajetórias escolares: “Compreende-se que esse sistema encontra sua plena realização no concurso, que assegura perfeitamente igualdade formal dos candidatos mas que exclui pelo anonimato as desigualdades reais diante da cultura” (BOURDIEU; PASSERON, 2018, p. 92).

Portanto, a escola francesa encontrou limites à igualdade e liberdade ao desconhecer a fraternidade. Ao desconhecer a noção de ‘outro’ enquanto um ‘irmão’, ou seja, não considerar as desigualdades culturais, econômicas e de identidade do ‘outro’, a igualdade e liberdade proclamada pela escola republicana acabava por não surtir o desejado efeito.

Assim sendo, a noção de fraternidade passa a figurar como central na concepção de ensino, pois é por meio dela que se pode mediar a igualdade. Quando nos referimos ao outro enquanto irmão, não se trata do afeto familiar, apenas, mas de propiciar a igualdade de condições que deve existir entre aqueles que advém do mesmo berço.

Porém, ao discutirmos como pode ser entendida a categoria de fraternidade na educação, sobretudo na escolarização, estamos, em primeiro lugar, tratando de uma forma de olhar para o fazer escola. Ao contrário do que atribuem à Bourdieu enquanto um teórico que atacou o legado da escola republicana francesa (ÉLIARD, 2014), nossa pretensão não é de atacar a escola universalista brasileira, mas discutir as possibilidades aos conflitos oriundos desse modelo.

Em questões objetivas, a fraternidade no campo escolar versa sobre um olhar pedagógico, cuja essência seja a alteridade. A capacidade de colocar-se no lugar do outro. Assim, a educação fraterna pode se apresentar enquanto um modelo pedagógico e ou uma habilidade competente à formação do docente. De forma similar, Freire (2016), apontava para a necessidade de reconhecer o educando em sua integralidade.

Numa primeira forma, a pedagogia fraterna deve ser considerada também em relação com a liberdade e a igualdade. Vejamos, se a igualdade é o acesso à escola, a fraternidade é o cuidado para evidenciar os desiguais *capitais*³ que os educandos mobilizam em sua escolarização. Como podemos desconsiderar a desigualdade existente entre o aluno que pode apenas estudar e aquele que desde criança contribui com a renda familiar? Como podemos desconsiderar que um aluno tem pais com título superior, enquanto outro aluno é a primeira geração da sua família a concluir o ensino fundamental?

A fraternidade é justamente, dentro de um sistema universalista de educação, reconhecer a classe, o grupo étnico e social que frequenta a escola. É saber que o *samba* e o *funk* podem ser mais significativos do que sinfonias de Mozart ou a renomada Canon In D Major, de Pachelbel.

Não pode haver igualdade sem reconhecer as diferenças. A crítica de Bourdieu à escola republicana nos deixa cientes da necessidade de desnaturalizar os saberes socialmente inscritos naqueles que possuem melhores condições.

Além disso, ao evidenciarmos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em que a fraternidade é um dever de agir uns para os outros, considerar tal categoria numa perspectiva pedagógica requer atentar para a escola enquanto um espaço coletivo, um espaço de múltiplas vivências que, ao considerar a formação do indivíduo autônomo, deve considerar a formação de um cidadão no sentido de ser e estar compreendido dentro de um sistema de relações humanas, numa constante situação de interdependência.

Conceituando de maneira geral a fraternidade na educação, bem como sua origem, vamos observar as problemáticas educacionais brasileiras, ainda que de forma breve a ampla, a fim de cotejar a fraternidade dentro dessas situações.

³ No sentido de Bourdieu (2009), capitais são as posses simbólicas/materiais dos agentes, referentes a cada campo. No caso da cultura, o capital cultural, pode ser visto em três formas: objetivado, incorporado ou institucionalizado (BOURDIEU, 1979). Mas também pode se tratar do capital econômico, social, etc. Ou seja, aqui os *capitais* ganham a conotação dos recursos, sejam materiais ou simbólicos, empenhados no fenômeno em questão (processo escolar) pelo educando. É necessário para reconhecer a desigualdade entre os educandos, seja de ordem econômica ou cultural.

Contudo, pensar uma escola que atenda um país continental como o Brasil, permeado de questões locais, de cunho étnico e de classe, cultural e social, requer um olhar ao outro, em forma de alteridade, para reconhecer as particularidades de cada espaço-tempo escolar.

3. AS DESIGUALDADES DE OPORTUNIDADE ESCOLAR NA ESCOLA UNIVERSALISTA

O cenário educacional brasileiro sofreu, nas últimas décadas, uma importante transformação, a qual é fundamental para qualquer análise sobre a escola em nosso tempo. A partir da década de 1990, há uma expressiva ampliação do acesso ao ensino básico, alterando as formas de relação com a escola de uma massa até então privada do direito à educação gratuita.

Em 1950, a taxa de analfabetismo no Brasil era de 50,6% da população, reduzindo-se para 13,6% no ano 2000 (BRASIL, 2003) e chegando a 8% em 2015 (IBGE, 2015). Apesar do progressivo avanço nas taxas de alfabetização, sobretudo pela universalização do ensino fundamental, que, em 1996, foi declarado obrigatório, a inclusão massiva da população na educação não resolveu o problema da exclusão escolar, mas o remodelou de forma mais complexa.

Passávamos da exclusão da escola para a exclusão na escola. Os alunos chegavam ao sistema de ensino, lá permanecendo alguns anos, mas não concluíam qualquer etapa do seu processo de formação, em virtude de múltiplas reprovações seguidas de abandono (OLIVEIRA, 2007, p. 671).

A camada populacional que antes era excluída por não ter acesso à escola agora tem a possibilidade da matrícula que, virtualmente, foi universalizada. No senso comum, encontra-se a ideia de que, com o acesso universal, todos possuem as mesmas oportunidades; portanto, o sucesso escolar depende do empenho individual.

Entretanto, na realidade escolar brasileira, o bom desempenho nos estudos surge como algo muito mais complexo do que apenas o esforço do aluno. Como Oliveira apontou, a exclusão da escola passou a ser a exclusão na escola, fundamentalmente pela evasão. Segundo o INEP (2017), somente na primeira série do Ensino Médio, a taxa de evasão chega a quase 13% dos matriculados:

Os novos dados revelam que 12,9% e 12,7% dos alunos matriculados na 1ª e 2ª série do Ensino Médio, respectivamente, evadiram da escola de acordo com o Censo Escolar entre os anos de 2014 e 2015. O 9º ano do ensino fundamental tem a terceira maior taxa de evasão, 7,7%, seguido pela 3ª série do ensino

médio, com 6,8%. Considerando todas as séries do ensino médio, a evasão chega a 11,2% do total de alunos nessa etapa de ensino (INEP, 2017).

No ano de 2018, dos jovens com 19 anos, apenas 63,5% haviam concluído o ensino médio, sendo que desses não concluintes, 62% não frequentam mais a escola (TODOS PELA EDUCAÇÃO, 2018). Estes dados indicam que a universalização do acesso à educação não é garantia de conclusão dos estudos. Conforme Soares, Fontoura e Pinheiro (2007), os indicadores estatísticos, que já apresentam um problema educacional, são ainda piores no recorte étnico.

TABELA 1
JOVENS DE 19 ANOS QUE CONCLUÍRAM O ENSINO MÉDIO
POR LOCALIDADE E RAÇA/COR NO BRASIL¹ (2018)

	Absoluto	%	Prevalência na população
URBANO	1.818.885	66,4%	85,1%
RURAL	228.064	47,4%	14,9%
BRANCOS	907.338	73,6%	38,3%
PARDOS	967.799	57,7%	52,0%
PRETOS	157.314	53,8%	9,1%
TOTAL	2.046.949	63,5%	-

Fonte: IBGE/Pnad contínua. Elaboração Todos Pela Educação, 2018.

A partir desses dados, fica evidente que o sucesso escolar não está vinculado estritamente ao acesso universal na escola, mas também apresenta um recorte étnico, que, no Brasil, está intrinsecamente vinculado ao recorte de classe.

Bourdieu e Passeron (2008), no estudo já citado sobre o liceu francês no contexto pós-guerra, percebendo que mesmo onde todos possuem acesso a um mesmo sistema de educação, a origem social dos indivíduos ainda se mostra determinante em suas trajetórias escolares.

Bourdieu é fundamental ao evidenciar que o ambiente escolar pode naturalizar desigualdades sociais. O autor afirma que a escola vem “funcionando como sistema de diferenças, de distâncias diferenciais, que permitem exprimir as diferenças mais fundamentais e a percebê-las como naturais” (BOURDIEU, 1979, p. 249). Compreender esse sistema de diferenciação, isto é, o fator de exclusão dentro da escola, faz com que possamos discutir um novo olhar pedagógico, um olhar fraterno para o fazer escola.

Esse sistema de diferenciação estudado por Bourdieu e Passeron, trouxe significativas contribuições ao campo da sociologia da educação ao considerar não apenas o fator econômico, mas substancialmente o fator cultural. Ao investigar porque o acesso universalizado ao liceu francês ainda provocava uma reprodução das desigualdades sociais, a desigualdade de acesso à cultura mostrou-se fator determinante, o que veio a ser chamado de *capital cultural*, conceito indispensável para pensar a desigualdade de desempenho escolar (BOURDIEU, 1979).

Além das diferenças econômicas interferirem diretamente no desempenho dos estudantes, a familiaridade com os símbolos culturais, isto é, com a formação acadêmica, com objetos de estudo etc., também implicava num desigual aproveitamento da escola, segundo Bourdieu e Passeron (2008).

Logo, juntamente com a concentração de renda e consequente abismal desigualdade de renda entre os brasileiros, o acesso à cultura apresenta-se como problema no desempenho escolar. Mas não somente. Muito além desses dois indicadores, há que ser considerada as formas pedagógicas e a relação do educando com a escola.

Portanto, a economia dos capitais culturais e econômicos acabam por se somar ao problema de identidades próprias num sistema escolar universalista. Barbosa (2009), nos apresenta tal problemática de forma precisa:

Assim, a entrada de alunos oriundos de grupos sociais mais pobres ou de grupos étnicos anteriormente excluídos das escolas acaba por produzir maior igualdade de oportunidades: as crianças vão à escola, mas essa passagem não abre reais possibilidades de participação social, não abre real acesso à cidadania (BARBOSA, 2009, p. 23).

A problemática escolar brasileira, mesmo sem considerar todos os desdobramentos e agravamentos oriundos da crise sanitária por conta da Sars-Covid-2, é de grande complexidade, pois, trata da relação entre escola, identidade, classe, etnia, etc., e como a escola pode ser significativa, positivamente, ao educando.

É cada vez mais urgente retomar para a proposta pedagógica as questões locais. Para tanto, retomemos as reflexões de Durkheim sobre educação em dois momentos: primeiro enquanto ação de uma geração sobre a outra e, em segundo, enquanto uma ação estratificada.

No sentido geracional, Durkheim ressalta que a educação não se resume à escolarização, mas constitui-se na ação de uma geração adulta para uma geração ainda não preparada para o convívio social. Propõe a educação como processo de enculturação, servindo para o funcionamento de uma sociedade política (DURKHEIM, 1952). Portanto, além do

caráter socializador, a educação e a escola tratam da dicotomia entre adultos e jovens. Esse é o primeiro aspecto que deve ser rediscutido a partir de uma Pedagogia da Fraternidade.

Ao tratarmos de adultos educando jovens, colocamos uma categoria subordinada à outra. Assim, a juventude é relacionada com a ideia negativa do indivíduo que ainda não chegou a essa etapa da vida (SALEM, 1986 *apud* DAYRELL, 2003). Essa concepção negativa da juventude é frequentemente observada em espaços como a escola:

Essa concepção está muito presente na escola: em nome do “vir a ser” do aluno, traduzido no diploma e nos possíveis projetos de futuro, tende-se a negar o presente vivido do jovem como espaço válido de formação, assim como as questões existenciais que eles expõem, bem mais amplas do que apenas o futuro (DAYRELL, 2003, p. 41).

Dayrell faz neste trecho dois apontamentos fundamentais para uma investigação que tenha como objeto a juventude. Em primeiro lugar, tem-se a negação do indivíduo jovem como ele é. Pela ideia de que o jovem não é um indivíduo formado, ignora-se as condições sociais em que o mesmo está envolto ou sua estratégia e história de vida, pois o que vale é o ‘resultado final’. Nisso, se corre o risco de não ver o jovem como um ser exposto da mesma forma aos demais fenômenos sociais, de negar a exposição social do agente e, até mesmo, a capacidade de tomar decisões e de agência do jovem.

Em segundo lugar, isto faz com que em certos espaços o jovem seja visto como alguém num posto hierárquico inferior às outras gerações. Inclusive, quando resgatamos as primeiras ideias de Durkheim sobre educação, logo pensamos na juventude como uma geração ainda não pronta, à espera de um processo de educação para a sociedade.

Em contrapartida, a alta taxa de evasão escolar no Brasil indica uma realidade distinta. Muitas vezes nossos jovens já são trabalhadores, partícipes ou, ainda, protagonista na renda familiar. Desconsiderar essas questões pode ser determinante na manutenção das desigualdades. Freire (2016) já aponta para a necessidade de compreender as situações materiais do educando. É preciso ir além, a pedagogia precisa considerar o educando na sua complexidade, seja material ou de identidade.

O segundo aspecto das reflexões de Durkheim a ser discutido é justamente sobre a divisão social do trabalho. Isto é, a educação tem um duplo sentido: garantir a ‘preparação de uma geração’ enquanto um todo e, ao mesmo tempo, por estratos garantir um ofício, de forma a assegurar a perpetuação de uma sociedade, afinal, “de que serviria imaginar uma educação que levasse à morte a sociedade que a praticasse?” (DURKHEIM, 1952, p 36).

Nesse ponto, a Pedagogia da Fraternidade expressa sua articulação com a liberdade: a garantia da igualdade de oportunidade é uma garantia da liberdade do ofício. A partir da valorização da aprendizagem como fundamento de tal pedagogia, a escola passa a ser um espaço mais democrático.

Tal problema pode parecer superficial aos olhos daqueles que já tem por naturalizada a passagem pela escola. Mas aos grupos que ingressaram recentemente no processo de escolarização, como o caso exposto por Paludo (2019), até mesmo as regras e normas escolares mais básicas necessitam de um tempo de assimilação. E para que esse conflito entre culturas distintas não implique em abandono, a escola deve adotar o olhar fraterno, empático e de alteridade, compreendendo as etapas da construção de saberes, entre agentes jovens e agentes adultos, educandos e educadores. Em termos práticos, a valorização do ensino-aprendizagem se faz fundamental (PALUDO, 2019).

Retomando a proposta da escola universalista, é fundamental que a proposta pedagógica considere o seu ‘público alvo’, pois:

As desigualdades de trajetórias escolares estão associadas às dificuldades que as escolas, por princípio, universalistas, têm em lidar com a diversidade de identidades que pode ser encontrada nos sistemas de ensino latino-americanos, que se tornaram mais abrangentes (BARBOSA, 2009, p. 23).

A dificuldade que as escolas universalistas – aquelas que, de forma resumida, trabalham com conhecimentos gerais, sem um vínculo prático com o educando e que apresentam dificuldade em lidar com diferentes identidades e culturas (CANDAU, 2000) – têm em lidar com grupos étnicos e sociais diversos, não contribui para o aumento nas oportunidades escolares.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação é, sem dúvida, um dos aspectos mais importantes da vida social, seja no imaginário das pessoas, seja nos direitos fundamentais dos cidadãos, seja na construção de uma sociedade mais justa. Entretanto, na mesma proporção de sua importância, existem dificuldades e problemas para aplicação de uma educação pública, gratuita, de qualidade e significativa para nossa população.

O nosso sistema escolar, desde sua universalização, vem apresentando uma série de desafios relacionados a permanência das classes, grupos étnicos e culturais que há pouco tiveram o direito à educação, parcialmente, realizado.

Não basta garantir o acesso, é necessária a construção de uma educação de qualidade que oportunize a permanência e o aprendizado. Os princípios da escola republicana parecem resumidos à liberdade e igualdade, princípios que sozinhos mostram uma ineficiência. Para a construção de uma escola legitimamente republicana e que garanta o direito fundamental à educação aos seus cidadãos, é necessário integralizar o lema da revolução francesa: liberdade, igualdade e FRATERNIDADE.

Como visto, a fraternidade, embora abandona, é o conceito articulador da liberdade e igualdade. Funcionando de forma dialética aos demais, ela trata da concepção de pertencimento, de valorização e de reconhecimento. A escola que busca garantir a emancipação sociopolítica de seus alunos precisa ter um olhar fraterno para com os mesmos.

Isso se mostra imprescindível ao percebermos o gargalo da juventude que abandona a escola para trabalhar, por não conseguir conciliar as imposições materiais com os estudos, por não ver na escola uma instituição geradora de significado. Evidente que as condições de financiamento da educação pública devem ser consideradas, portanto, não cabe aqui dissertar sobre a necessidade de escolas mais modernas, estruturas físicas mais adequadas, nem uma urgente valorização do professor.

Mas devemos ressaltar a importância da Pedagogia da Fraternidade, a qual pode conciliar as virtudes e valores republicanos, a humanidade religiosa mantendo a laicidade, a necessária visão material de mundo e a percepção sobre a formação de identidades. Portanto, a fraternidade enquanto uma categoria educacional defende algo básico: o diálogo entre a cultura e realidade local com os conteúdos curriculares. Isso, evidentemente, passa por readequação de currículo, construção de normas escolares entre educandos e educadores, fazendo com que as particularidades da identidade local sejam preservadas. É oportunizar que os diferentes saberes não escolares, sejam igualmente reconhecidos e dignificados.

A escola universalista cumpre o papel de oportunizar o acesso de massas incontáveis de alunos. Porém, é necessária a pedagogia da fraternidade em dois movimentos: na prática em si, isto é, no ofício docente, em que o educador possa relacionar o currículo com o contexto, território e identidade; mas, também, na dimensão oposta, em que o educador é um indivíduo situado num contexto profissional, com responsabilidades de diferentes ordens, com impossibilidades frente a baixa remuneração, pouco tempo de planejamento, etc.

Entretanto, a valorização do ensino-aprendizagem é uma proposta que atenta para a reelaboração de processos básicos da escola. A readequação da metodologia não implica no abandono das práticas atuais, mas visa utilizar símbolos e elementos comuns aos educandos. A avaliação também se torna elemento fundamental, pois, não se trata apenas de avaliar o

desempenho e os saberes de forma pontual, mas de acompanhamento do educando e do professor, observando as limitações e possibilidades dos atores dentro do contexto escolar. A valorização do ensino-aprendizagem passa pela observação dos costumes, da forma de comunicação e das expressões culturais, mas também pelo diálogo fraterno entre o educando e o educador, entre o educador e o supervisor.

A pedagogia da fraternidade é o olhar de unidade entre os agentes do processo escolar. É conceber cada parte da escola em sua integralidade. Reconhecer humanamente o educando e o educador, bem como as relações decorrentes de um conflito geracional. Além disso, é reconhecer a escola enquanto uma instituição localizada materialmente numa época e num espaço determinado, para que a liberdade seja colocada em perspectiva. Não se trata de um indivíduo autônomo, mas de um indivíduo que reconhece sua inserção dentro das redes de relações sociais. A fraternidade é o caminho da melhor experiência coletiva sem minorar a importância ou a individualidade do educando.

Portanto, é imperativo a retomada da fraternidade enquanto categoria articuladora da liberdade e igualdade. Pois, é pela fraternidade que a escola pode se tornar um espaço de igualdade, ao reconhecer as diferenças e não naturalizar as desigualdades, bem como é pela fraternidade que a escola pode se tornar um espaço de liberdade, propiciando o direito à educação e à formação de um agente social autônomo e socialmente responsável.

5. REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A Política**. Editora Lafonte, São Paulo, 2012.

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro1789”. In: _____. (Org.). **O princípio esquecido**/1. Cidade Nova, São Paulo, 2008.

BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira. **Desigualdade e desempenho**: uma introdução à sociologia da escola brasileira. Editora Argumentum. Belo Horizonte, 2009.

BASÍLIO, Juliana Regina. Os dilemas da escola republicana. **Revista educação e sociedade**, vol. 36, p. 245-248. Campinas: Vozes, 2015.

BOURDIEU, Pierre.; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. Petrópolis-RJ: Vozes, 2008.

BOURDIEU, Pierre.; PASSERON, Jean-Claude. **Os herdeiros**: os estudantes e a cultura. Editora UFSC, Florianópolis, 2018.

BOURDIEU, Pierre. Les trois états du capital culturel. In: **Actes de la recherche en sciences sociales**, Paris, n. 30, novembro de 1979.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 jul. 2020.

BRASIL. **Mapa do Analfabetismo no Brasil. Brasil**. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.oei.es/quipu/brasil/estadisticas/analfabetismo2003.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2019.

CODA, Piero. Por uma fundamentação teológica da categoria política da fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O princípio esquecido**/1. Cidade Nova, São Paulo, 2008.

COSTA, Sibele da Silva; CORRÊA, Roselaine Casanova. Joaquim Francisco de Assis Brasil versus Júlio Prates de Castilhos: acertos e/ou rupturas (1874-1891). **Disciplinarum Scientia**, Santa Maria, v. 13, n. 1, p. 127-135, 2012.

CANDAU, Vera Maria. O currículo entre o relativismo e o universalismo: dialogando com Jean-Claude Forquin. **Educação e sociedade**, ano XXI, nº 73, 2000.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

DAYRELL, Juarez. O jovem como sujeito social. In: **Revista brasileira de educação**, n. 24, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Educação e Sociologia**. São Paul: Melhoramentos, 1952.

ÉLIARD, M. **Bourdieu ou l'Héritage républicain récusé**. Toulouse, France: Presses Universitaires du Mirail, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Paz e terra, 60ª ed. São Paulo-Rio de Janeiro, 2016.

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios. **Taxa de analfabetismo das pessoas de 15 anos ou mais de idade, por sexo**. Brasil, 2007/2015. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/educacao/taxa-de-analfabetismo-das-pessoas-de-15-anos-ou-mais.html>. Acesso em: 13 ago. 2020

INEP. **Inep divulga dados inéditos sobre fluxo escolar na educação básica**. Brasil, 2017. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/artigo/-/asset_publisher/B4AQV9zFY7Bv/content/inep-divulga-dados-ineditos-sobre-fluxo-escolar-na-educacao-basica/21206. Acesso em: 29 nov. 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira. A Influência de Peter Häberle no Constitucionalismo Brasileiro. **Revista Estudos Institucionais**, Vol. 2, n. 1, 2016.

OLIVEIRA, Romualdo Portela. Da universalização do ensino fundamental ao desafio da qualidade: uma análise histórica. **Revista Educação e Sociedade**, Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 661-690, out. 2007.

PALUDO, Elias Festa. **Escolarização em camadas populares: a percepção dos egressos sobre a escola**. Dissertação (mestrado em sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, UFRGS, Porto Alegre, 2019.

SOARES, Sergei Suarez Dillon; FONTOURA, Natália de Oliveira; PINHEIRO, Luana. Tendências recentes na escolaridade de negros e de brancos. *In*: BARROS, Ricardo Paes de; FOGUEL, Miguel Nathan; ULYSSEA, Gabriel (Org.). **Desigualdade de renda no Brasil: uma análise da queda recente** (volume 2). Brasília: IPEA, vol. 2, 2007. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Cap29.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2020.

TODOS PELA EDUCAÇÃO. **Quatro em cada dez jovens de 19 anos ainda não concluíram o ensino médio**. 2018. Disponível em: <https://www.todospelaeducacao.org.br/conteudo/quatro-em-cada-10-jovens-de-19-anos-ainda-nao-concluíram-o-ensino-medio>. Acesso em: 21 mar. 2020.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política?. *In*: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O princípio esquecido/2**. Editora Cidade Nova, São Paulo, 2009.

O DIREITO DE SER INFORMADO: PRESSUPOSTO AO PLENO EXERCÍCIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Luiz Alberto Gurgel de Faria¹

Isabela Medeiros Gurgel de Faria²

Sumário: 1. Introdução; 2. Do Absolutismo ao Estado de Direito; 3. O Estado Democrático de Direito: a dignidade ao conjugar constitucionalismo e democracia; O direito à liberdade de informação e sua relação com a democracia; 4.1. O conceito de liberdade e o direito de ser informado, 4.2. A liberdade de imprensa como condição à dignidade; 5. Limites à liberdade de expressão e de imprensa; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A manifestação do pensamento de forma pública teve origem na Idade Antiga, tempo em que, na cidade grega de Atenas, os homens livres podiam debater amplamente nas assembleias, constituindo uma democracia que serviu de exemplo para muitas outras. A porcentagem da população que podia se expressar dessa forma, no entanto, era ínfima. Por outro lado, houve períodos na história, especialmente em regimes ditatoriais, em que só eram permitidas manifestações que convergissem com a ideia do governo – caso contrário, haveria censura e perseguição.

Nem sempre os indivíduos tiveram sua liberdade assegurada pelo Estado – foi somente na Idade Contemporânea que os direitos humanos foram finalmente positivados. E, mesmo já na atualidade, há períodos em que a escolha da maioria, em um regime “democrático”, é não garantir liberdade para grupos minoritários, como ocorreu na Alemanha nazista.

Este trabalho tem como desiderato entender como a liberdade de expressão e o direito de ser informado são condições para o exercício da dignidade da pessoa humana. Para tanto, pretende-se abordar o surgimento das Constituições como instrumento de garantia de direitos fundamentais, além de, em tópico seguinte, expor o princípio da dignidade como chave para o

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Professor de Direito Tributário na UFRN, atualmente em colaboração com a Universidade de Brasília (UnB), e no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi Professor Visitante dos cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da UFPE. Membro da Academia Norte-rio-grandense de Letras (ANLR), da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte (ALEJURN) e do Instituto Potiguar de Direito Tributário (IPDT). Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

² Acadêmica de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Foi estagiária em Gabinete de Ministro no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Estagiária em Gabinete de Ministro no Supremo Tribunal Federal (STF).

exercício de direitos. Após, conceituam-se as liberdades de expressão, de ser informado e de imprensa, esclarecendo-se que são pressupostos para que o indivíduo possa fazer escolhas conscientes. Por fim, explicitam-se limites das liberdades, a fim de que a norma suprema de um país seja integralmente observada.

2. DO ABSOLUTISMO AO ESTADO DE DIREITO

Não é possível perceber a importância do Estado de Direito sem antes entender o caminho traçado até ele durante a Idade Moderna, período que, iniciado em 1453 e encerrado em 1789, foi marcado pela formação dos Estados modernos.

À época, os Estados se caracterizavam principalmente pela centralização do poder político nas mãos de um único soberano, que poderia julgar, administrar e criar normas sem nenhum tipo de restrição – afinal, ele era a personificação da vontade do Estado, não podendo ser responsabilizado por nenhum excesso. Além de não sofrer nenhuma limitação interna, já que era o próprio criador da ordem jurídica, essa autoridade tampouco sofria controle externo, visto ser o Estado soberano.

Na Idade Moderna se revelavam, nesse contexto, excesso de direitos e total ausência de deveres do Estado perante seus súditos. Estes, submetidos à ordem jurídica, estavam sujeitos a inúmeras obrigações, mas, sem nenhuma segurança ou garantia, não tinham direitos fundamentais assegurados³, o que fazia com que vivessem a depender da sorte.

Foi nesse cenário, de miséria e injustiças, que surgiu a doutrina liberal, a qual contestou o regime absolutista, o poder e a ausência de limites do soberano. A população, tendo percebido a falta de reciprocidade entre soberano e súditos, revoltou-se, exigindo que o Estado tivesse pela primeira vez deveres perante os cidadãos, assegurando a estes direitos fundamentais.

O foco do movimento foi o individualismo e a necessidade de o povo ser livre, tanto política quanto economicamente. O slogan liberalista *laissez faire, laissez passer* pregava a independência da vontade das pessoas em relação ao Estado, o qual deveria interferir o mínimo possível na vida dos cidadãos. Assim, a ideia era a de que o governo não teria fim próprio – seu objetivo coincidiria com os múltiplos objetivos dos indivíduos.⁴ Dessa forma, seria o povo que daria legitimidade ao Estado, o qual, servindo àquele, surgiria apenas para organizar as relações interpessoais.

³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, pp. 34-37.

⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 23.

Essas ideias impulsionaram duas grandes revoluções: a americana, iniciada em 1775, e a francesa, de 1789. Esta, com seu ideal de liberdade, igualdade e fraternidade⁵, marcou a transição para a Idade Contemporânea, época em que, após a queda da monarquia, buscaram-se meios para atender aos anseios dos indivíduos e, finalmente, organizar o Estado⁶. No mesmo ano de 1789, foi aprovada e votada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que previu, em sua cláusula XVI, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição”⁷.

Dessa forma, surgiu um documento que passou a assegurar os valores mais caros à existência humana, tornando-se norma suprema do ordenamento jurídico, e inaugurou o Estado de Direito. Com força vinculativa máxima, todas as Constituições deveriam limitar o poder estatal e garantir direitos fundamentais aos cidadãos.

3. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: A DIGNIDADE AO CONJUGAR CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O objetivo da doutrina liberal, devidamente alcançado com o surgimento do Estado de Direito na Idade Contemporânea, era assegurar direitos humanos aos indivíduos. Os direitos reivindicados, que, de início, com bases jusnaturalistas, contavam com índole filosófica e vocação universalista de respeito a seres humanos, aos poucos foram sendo positivados, tornando-se direitos fundamentais. Estes, vigentes em uma ordem jurídica concreta, garantidos e limitados no tempo e no espaço, são assegurados à medida que o Estado os consagra⁸.

A importância dessas garantias é evidenciada pelas tantas reivindicações em que foram requeridas como necessárias à realização e até mesmo à sobrevivência dos indivíduos, sendo, portanto, a razão de existir dos Estados, que deveriam protegê-los. Então, após a criação do Estado de Direito, era preciso que, além de formalmente, fossem materialmente asseguradas,

⁵ O princípio da fraternidade não pertence apenas à moral e à religião. Reynaldo Soares da Fonseca (*O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de justiça*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 45 e 92) define-o, assim como liberdade e igualdade, como categoria jurídica que surge no Brasil diretamente da Constituição. Esta, logo em seu preâmbulo, institui um Estado Democrático destinado a assegurar diversos valores supremos de uma “sociedade fraterna”. Dessa forma, é uma exigência constitucional observar o princípio da fraternidade, o que ocorre, por exemplo, quando direitos humanos são respeitados e quando se rechaça qualquer forma de preconceito.

⁶ FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. *Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 472.

⁷ A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão foi aprovada em 26 de agosto de 1789 e votada definitivamente em 2 de outubro daquele ano. Seu texto está disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em: 4 jun. 2020.

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 147.

isto é, todos os poderes, sem exceção, sob pena de perder sua legitimidade, deveriam buscar dar máxima eficácia a todos os direitos fundamentais.

A atuação estatal deve ser sempre pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, vértice do sistema de direitos fundamentais e condição de existência de um Estado Democrático de Direito⁹. Logo, é conforme a noção de dignidade que os poderes devem exercer suas atividades, velando pela solução que dê a maior proteção possível aos seres humanos. Para isso, deve-se assegurar o necessário para que os cidadãos gozem de uma vida digna e feliz, com capacidade plena de viver o presente e de conceber o futuro de forma livre¹⁰.

Nessa linha, o Poder Legislativo, que tem como função criar normas infraconstitucionais, deve, com respeito à Lei Maior, instituir leis que procurem dar eficácia e concretizar direitos fundamentais, além de, se permitido e necessário, restringi-los. O Poder Judiciário, por sua vez, tem como sua essência velar pelos direitos fundamentais, devendo a eles estrita obediência. Por fim, o Poder Executivo, em todas as suas atividades, vincula-se a eles, cumprindo e defendendo o que é posto pela Constituição e se recusando a dar execução a qualquer ato a ela contrário¹¹.

Todos os atos dos poderes públicos, desse modo, devem ter como base assegurar direitos aos indivíduos, afinal, o Estado surge justamente com o intuito de tutelar as relações interpessoais, protegendo os cidadãos. É dever de todos os poderes, sem exceção, vincular-se a esses direitos, posicionando-se tanto de forma ativa, de modo a assegurar o essencial a uma vida digna e repelir agressões a direitos propiciadas por terceiros, quanto de forma negativa, isto é, abstendo-se de interferir em direitos dos cidadãos como propriedade, privacidade e liberdade.

A fim de que a dignidade seja garantida a todos de forma igualitária, todavia, não basta que o constitucionalismo, limitando poderes, atue de forma isolada. É preciso que a população, como um todo, exercite seu poder de escolha participando da formação da ordem jurídica que vai a ela impor deveres. Atualmente, com o intenso aumento da população mundial, é impossível que toda atuação popular se dê de forma direta, o que exigiu que fosse instituído um modelo representativo: os cidadãos são representados por um corpo de pessoas, eleitas pela maioria, que reflete suas vontades.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 267.

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 11.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *Revista de Direito do Consumidor*. RDC, v. 22, n. 90, nov./dez. 2013, pp. 16-18.

Desse modo, ao lado do constitucionalismo, a democracia é condição de eficácia do princípio da dignidade. Devido à relevância a ela dada, o Poder Legislativo, que cria as leis e reflete a vontade popular, foi, por muitos anos, considerado o mais importante dos poderes, tempo em que a lei, expressão da vontade popular, era considerada mais importante que a Constituição. Essa realidade só foi modificada após a Segunda Guerra Mundial, quando as experiências fascista e nazista mostraram que maiorias políticas podem acumpliciar-se com a barbárie e estabelecer regimes de opressão¹², indo contra qualquer ideia de dignidade humana.

A grande preocupação no mundo, em meados do século XX, era como conciliar democracia, relacionada à soberania popular e governo da maioria, com constitucionalismo, por sua vez ligado às ideias de separação de poderes e garantia de direitos fundamentais. Somente conjugando ambos seria possível permitir o pleno exercício da dignidade.

Surgiu, então, um novo conceito de democracia: além de uma dimensão numérica, de maior quantidade de votos, e de outra deliberativa, de debate público, deveria haver uma dimensão substantiva, de preservação de valores e direitos fundamentais¹³. Os dois conceitos, juntos, poderiam repudiar, de maneira efetiva, atrocidades praticadas contra minorias por maiorias e permitir, de maneira igualitária, direitos.

Nesse contexto, o pós-guerra foi marcado pela centralidade da Constituição em relação às leis, que deviam, agora de forma prática, e não apenas teórica, obediência a ela. Com esse fenômeno, nomeado neoconstitucionalismo¹⁴, houve a releitura de toda a ordem jurídica com fundamento nos valores constitucionais, que deveriam nortear o exercício da democracia.

Outro aspecto não menos importante, pressuposto do pleno exercício tanto da democracia quanto do constitucionalismo, é essencial para que seja garantida a dignidade da pessoa humana: a liberdade. O indivíduo deve conceber seus próprios desígnios, decidir seus propósitos, qual projeto de vida pretende construir e quais consequências está disposto a sofrer de forma independente e autônoma. Para isso, deve ter consciência de seus atos de forma completa, sendo autor de sua própria vida e de sua identidade, tido como um fim em si mesmo¹⁵.

¹² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, 2015, pp. 25 e 29.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>>. Acesso em: 13 jun. 2020.

¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, pp. 11 e 12.

Condição para que isso aconteça é que ele seja bem informado a respeito das alternativas de ações de que dispõe, a fim de que tenha consciência das opções de decisão. É a informação recebida que qualifica o indivíduo, permite seu desenvolvimento, suas escolhas e a fruição de seus demais direitos de forma plena; só assim torna-se de fato livre e apto a buscar sua autorrealização.

É também a informação que deve orientar os seres humanos no sentido de que sua liberdade não é absoluta: como aqui já mencionado, a liberdade incondicionada pode resultar em barbaridade. Nessa perspectiva, liberdade é um dos pressupostos da dignidade humana, assim como diversos outros direitos assegurados na Constituição que devem ser igualmente observados.

O direito de ser informado de forma plural, destarte, é o que garante ao indivíduo participar de uma democracia saudável, em que a norma suprema seja observada de forma integral.

4. O DIREITO À LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SUA RELAÇÃO COM A DEMOCRACIA

4.1 O conceito de liberdade e o direito de ser informado

Liberdade e democracia são consideradas um binômio indissolúvel¹⁶, visto que só quando se tem liberdade pode-se participar da tomada de decisões na sociedade e é esta, por sua vez, que assegura ou não o respeito à liberdade.

Entender o que é liberdade, no entanto, não é tarefa fácil. Alexy entende que seu conceito é um dos mais fundamentais e menos claros dentro do direito, o que faz com que as pessoas considerem que quase tudo o que é bom ou desejável esteja associado à liberdade, ideia que conduz a uma extensa filosofia jurídica, social e moral¹⁷.

Também manifestando-se segundo a ideia de que seu significado é bastante obscuro na doutrina, Canotilho a define separando-a em “liberdade” e “liberdades”. Enquanto aquela seria o direito à liberdade de movimento, de não ser detido ou aprisionado, estas são posições

¹⁶ DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 12.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015, p. 218.

fundamentais subjetivas de natureza defensiva, que exigem ações alheias negativas¹⁸. Abrangem, dessa maneira, as liberdades de consciência, religião e culto, de criação cultural, de associação e, de forma bastante especial, as liberdades de expressão e informação.

São essas últimas que permitem que a democracia, que tem como bases diálogo e debate, exista. A liberdade de expressão compreende a comunicação de pensamentos, ideias, informações e críticas, de maneira verbal e não verbal¹⁹. Na Constituição Federal, é assegurada nos arts. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, e 220.

A liberdade de expressão é gênero de duas espécies: a liberdade de expressão em sentido estrito, que se refere a quaisquer ideias e opiniões, e a liberdade de informação, extremamente relevante na esfera pública, por formar a opinião das pessoas em geral, devendo, por isso, haver intenso compromisso com a verdade²⁰. Nessa linha, a liberdade de informação, ampla, abrange o direito de ser informado, isto é, informar-se de maneira integral e correta²¹.

Há, ademais, um terceiro conceito: a liberdade de imprensa, que abrange a liberdade de expressão em sentido estrito e a liberdade de informação, referindo-se aos meios de comunicação em geral²².

Com base nas ideias das liberdades de informação e de imprensa, os cidadãos têm acesso de forma ampla às informações públicas, o que é garantido, no âmbito da administração pública, pelos princípios da publicidade e da transparência. Esse direito não alcança apenas a esfera pública mas também a privada, em que se emitem opiniões, ideias, conceitos e ideologias.

Quando o cidadão apresenta conhecimento sobre o que acontece no âmbito público e entende as necessidades presentes na esfera privada, sua condição de participar da tomada de decisões do Estado é intensificada de forma significativa. Por conseguinte, é dever estatal velar pelos direitos à informação e pela liberdade de imprensa, a fim de que a democracia exista de forma plena.

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, pp. 538 e 539.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 267.

²⁰ FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 641.

²¹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 731-732.

²² FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 641.

4.2 A liberdade de imprensa como condição à dignidade

Não há pessoas nem sociedades livres se o Estado não se dispuser a garantir as liberdades de expressão e de informação. Estas são direitos inalienáveis do povo, que tem direito de buscar, receber, expressar e divulgar informações por meio de qualquer veículo. É a livre circulação de ideias que permite a indagação, o questionamento, a divergência, o debate, o diálogo e o confronto²³, sendo, por isso, o pluralismo de opiniões imprescindível para a formação da vontade livre.

Por esse motivo, a população deve ser informada sobre tudo o que acontece no país e no mundo, tornando-a sintonizada com o que a rodeia; só dessa forma é possível desenvolver toda a potencialidade da personalidade²⁴, para que sejam tomadas decisões conscientes nos âmbitos privado e público, conforme as exigências da comunidade. Como a opinião dos indivíduos é formada em grande parte devido ao contato com o mundo externo, privá-los do direito de ser informado de forma integral e devida é privá-los de seu próprio direito à liberdade de se expressar.

A difusão da informação na atualidade foi intensificada com as revoluções tecnológicas, que permitem imenso e instantâneo fluxo de informações²⁵. A agilidade fez com que a mídia se tornasse o mais importante meio de comunicação, já que, ao permitir repercussões política, econômica, social e cultural de uma forma nunca antes imaginada, é fonte de formação de opinião pública da mais alta relevância.

Para que o indivíduo forme suas convicções de maneira independente, é essencial que as informações difundidas sejam plurais. É a pluralidade dos meios de comunicação e dos pontos de vista externados, conjugada à veracidade e à correção do que é transmitido²⁶, que permite que os seres julguem e formem suas próprias opiniões.

Por esse motivo, imprensa livre é condição para que uma sociedade projete sua liberdade e consiga resolver seus conflitos da melhor forma possível, sendo a defesa da liberdade de imprensa um trabalho em favor da sociedade que contribui para o fortalecimento das instituições democráticas. Então, tentativas de controle ou regulamentação coercitiva conduzem

²³ DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 13.

²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

²⁵ FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, set./dez. 2016, p. 640.

²⁶ PAPA, Anna. O direito de ser informado no âmbito da proteção, o multinível da liberdade de expressão. Tradução: Dionis Mauri Penning Blank, *Direitos Fundamentais e Justiça: DFJ*, Belo Horizonte, v. 13, n. 41, jul./dez. 2019 p. 108.

não somente a limitações aos meios de comunicação, como também a todos cidadãos, que devem ser informados para exercitar seu direito de escolha de forma plena²⁷.

A elaboração da Constituição da República deu-se nessa mesma diretriz. O seu artigo 220, ao tutelar a comunicação social, veda qualquer restrição ou embaraços legais a manifestações do pensamento, à criação, à expressão e à informação. É dever de todos, portanto, defender a liberdade de informação e de imprensa; caso o contrário se estabeleça, a democracia e a Constituição perdem força e eficácia.

Para haver liberdade de expressão, duas condições devem ser observadas. Uma delas é a de que as liberdades de informação e de imprensa devem ser livres de qualquer censura dos três poderes do Estado, visto que restrições põem em risco a democracia, regime de autogoverno dos cidadãos, de amplo debate e possibilidade de exposição²⁸. A outra é a de que a liberdade seja exercida conforme os limites estabelecidos na Constituição: esta, que estabelece outros direitos extremamente importantes²⁹, deve ser interpretada como uma unidade, razão pela qual se deve procurar harmonizar direitos postos em embate, dando efetividade a ela como um todo.

É com base nesse entendimento que, independentemente da conjuntura, a solução a ser adotada deve ser a que permita maior proteção à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, há casos em que a liberdade de expressão de um indivíduo pode colidir com direitos da personalidade de outrem, devendo esses dois valores serem ponderados conforme o princípio da razoabilidade para que apenas um prevaleça no caso concreto, sem que, no entanto, o outro deixe de existir³⁰. Assim, dá-se a maior eficácia possível ao estabelecido na norma suprema, a fim de que, sem a liberdade de um cidadão interferindo na do outro, ambos tenham sua dignidade assegurada.

Para que isso seja feito de maneira equilibrada, harmônica e democrática, o Estado deve proteger seus cidadãos e defender a Constituição. Além de um papel passivo, de não censurar os meios de comunicação, ele deve participar ativamente, incentivando a pluralidade de pontos de vista, a fim de que não haja apenas um pensamento dominante, e trabalhando para que haja em todos os casos total respeito à Lei Maior.

²⁷ DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., 2006, p. 15.

²⁸ VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 62, n. 437, mar. 2014, p. 18.

²⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordaza e direito de informação: mídia e justiça. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 135.

³⁰ BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre a colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Gunther. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 13 – n. 2, 2008, p. 25.

5. LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE IMPRENSA

Todos os cidadãos devem participar da vida pública de forma consciente e autônoma, buscando respeitar a norma suprema, os direitos fundamentais lá previstos e o interesse público. Para que isso aconteça, é imprescindível, como aqui já foi posto, que as pessoas sejam informadas integralmente sobre fatos ocorridos no país. Essa informação, no entanto, deve chegar de forma responsável, de maneira que transmita os valores estabelecidos na Constituição. Existem, pois, limites à liberdade de expressão.

Um deles é a existência de direitos da personalidade, como intimidade, vida privada, honras objetiva e subjetiva, direito à imagem e sigilos legais: de dados, bancário, fiscal, eleitoral, de comunicações telefônicas, e a inviolabilidade do domicílio, por exemplo. Essa esfera dos indivíduos é tão íntima, que se interdita às demais pessoas seu conhecimento, e por isso a atividade jornalística é por eles limitada³¹. Assim, a liberdade de imprensa deve prevalecer quando há interesse público envolvido, e não mera curiosidade do povo.

Foi com base nessa ideia que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 4.815/DF³², entendeu que a colisão entre os direitos mencionados deve ser resolvida por meio da reparação civil e do direito de resposta, visto que a autorização prévia para biografia constituiria censura antecipada. A Excelsa Corte também já decidiu, ao julgar o HC 78.426/SP³³, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que um critério relevante para definir o limite à liberdade de expressão do agressor e aferir a lesão à honra da vítima é o grau de exposição pública desta³⁴.

Outra limitação, especificamente relacionada com a liberdade de imprensa, é a obrigação de não distorcer a verdade, já que, como é comunicação social com conteúdo comercial, pode conduzir a uma pseudo-operação da formação de opinião³⁵. Existe, desse

³¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordaza e direito de informação: mídia e justiça. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, 2000, p. 133.

³² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Requerente: Associação Nacional dos Livros (ANEL) – Interessado: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional – Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

³³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 78.426/SP – Paciente: Antônio Izzo Filho. – Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outra – Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94924/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

³⁴ _____. Liberdade de expressão e direitos de personalidade. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

³⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 279.

modo, dirigido a todos os cidadãos, sem exceção, o direito de receber informações verdadeiras: a proteção constitucional é a informações verdadeiras, não abarcando as levianamente não verificadas nem as propositalmente errôneas³⁶.

Por último, deve ser claro que discurso de ódio não é liberdade de expressão. Atingir a dignidade e a integridade de outrem, promovendo discriminação, atenta contra os valores mais caros do indivíduo, não sendo abarcado pela liberdade, que apresenta limites morais e jurídicos.

A sociedade brasileira é diversa em religião, aparência, origens étnicas e condições econômico-sociais. O objetivo do Estado é justamente regular essas relações de modo a promover paz entre todos, fazendo com que possam viver de forma livre, em busca de sua autorrealização da maneira mais igualitária possível. O discurso de ódio, isto é, a tentativa de segregar ou subvalorizar determinado grupo, é uma ameaça não apenas a pessoas de forma individual, promovendo a elas hostilidade, exclusão e discriminação, mas também à paz social como bem público³⁷.

Foi com base nesse entendimento que, ao concluir que manifestações contra o povo judaico não são protegidas pela liberdade de expressão, a Suprema Corte brasileira decidiu, no julgamento do HC 82.424/RS³⁸, que raças são construções sociais e culturais, podendo o antissemitismo ser considerado racismo, o que torna tal ilícito imprescritível. Na mesma linha, o Tribunal, ao reconhecer a omissão do Congresso Nacional por não editar leis que criminalizem atos de homofobia e transfobia, enquadrando-os, nos julgamentos da ADO 26/DF³⁹ e do MI 4.733/DF⁴⁰, como crime de racismo, de forma a preservar a dignidade da pessoa humana.

A atuação do Supremo Tribunal Federal é firme na preservação da liberdade de expressão conforme os limites estabelecidos pela Constituição Federal. Há importantes decisões nesse sentido, como a proferida no julgamento da ADPF 130⁴¹, em que se reconheceu

³⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998, p. 161-162.

³⁷ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge (USA): Harvard University Press, 2012, p. 4.

³⁸ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.424/RS* – Paciente: Siegfried Ellwanger – Impetrantes: Wener Cantalício e João Becker – Coator: Superior Tribunal de Justiça – Rel. Min. Moreira Alves – Red. do acórdão Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

³⁹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF* – Requerente: Partido Popular Socialista – Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>> Acesso em 16 jun. 2020.

⁴⁰ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 4.733/DF* – Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) – Impetrado: Congresso Nacional – Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 16 jun. 2020.

⁴¹ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF* – Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional –

que a Lei n. 5.250/1967, conhecida como Lei da Imprensa, editada durante o regime militar, não foi recepcionada pela Carta de 1988, de modo a permitir a plenitude da liberdade de imprensa, proibindo qualquer tipo de censura prévia. Considerou-se que as liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa são bens superiores de personalidade e têm a mais direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana.

No julgamento do RE 511.961/SP⁴², de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a compreensão foi pela inconstitucionalidade de dispositivo editado durante o regime militar que exigia diploma de jornalista para que a profissão fosse exercida, de forma a prezar pela pluralidade do exercício da liberdade de imprensa.

Percebe-se, portanto, que o Poder Judiciário brasileiro, ao ponderar a liberdade de expressão e outros princípios, tende a dar maior peso, em cada caso, àquele que assegure de forma mais plena a dignidade da pessoa humana, observando o estabelecido pela norma suprema, de maneira que sua decisão não obste que a população se informe de maneira plural, sempre responsável e segura, a fim de que se formem cidadãos conscientes. É preciso que os outros poderes, de acordo com suas respectivas funções e atribuições, prezem também pelos valores caros necessários à existência dos indivíduos, sob pena de enfraquecer a democracia brasileira e tornar ineficaz a mais importante norma do país, condição de validade de todo o ordenamento jurídico.

6. CONCLUSÃO

A possibilidade de controle intelectual dos cidadãos, evidenciada no livro 1984, de George Orwell, podia parecer, até alguns anos atrás, mera distopia científica. Com o avanço da tecnologia, passou a ser considerada plausível, em razão da possibilidade de serem controlados dados dos indivíduos por meio da internet⁴³. Há, todavia, uma maneira ainda mais fácil de gerir sua forma de pensar: privá-los de seu direito de ser informado de modo integral e verdadeiro, censurando os meios de comunicação.

Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020

⁴² BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 511.961/SP – Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) e Ministério Público Federal – Recorridos: União, Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e outros – Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169452/false>>. Acesso em: 6 jun. 2020.

⁴³ CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Há um direito à autodeterminação no Brasil? In: FURTADO, Marcus Vinícius (Coordenador). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: Alumnus; OAB, 2013, p. 280 e 291.

Os poderes públicos surgem em um Estado com o compromisso de primar pelo interesse público, pelo bem comum e pelos cidadãos como um todo, a fim de encontrar alternativas que permitam que a dignidade da pessoa humana seja exercida da forma mais plena possível por todos os indivíduos.

A dignidade, por sua vez, só é alcançada quando os cidadãos se tornam capazes de se autodeterminar, escolher seus projetos de vida e formar suas próprias convicções e opiniões. Isso só acontece quando todos têm consciência das alternativas de que dispõem, cientes da verdadeira realidade do país, do mundo e da população.

Dessa forma, é dever do Estado defender as liberdades de informação e de imprensa, com o propósito de assegurar a dignidade humana, só as limitando, portanto, quando a Lei Maior assim exigir. Apenas com a difusão de informações, condição para que a dignidade seja plena, é possível agir, em uma democracia, de maneira consciente e de forma a velar pela Constituição.

É por isso que todos os governos devem assegurar a circulação, de forma plural, de informações que transmitam a veracidade dos fatos, sob pena de serem considerados antidemocráticos e ilegítimos.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2015.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade. Notas sobre a colisão de direitos fundamentais e argumentação jurídica: um diálogo entre Robert Alexy e Klaus Gunther. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Vol. 13 – n. 2, pp. 23-37, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. especial, pp. 23-50, 2015.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Requerente: Associação Nacional dos Livros (ANEL) –Interessado: Presidente da República e Presidente do Congresso Nacional – Rel. Min. Cármen Lúcia. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur336558/false>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF – Requerente: Partido Popular Socialista – Interessados: Congresso Nacional e Presidente do Senado Federal – Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>. Acesso em 16 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130/DF – Arguinte: Partido Democrático Trabalhista (PDT) – Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional – Rel. Min. Carlos Britto. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 78.426/SP. – Paciente: Antônio Izzo Filho. – Impetrante: Alberto Zacharias Toron e outra – Coator: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur94924/false>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Habeas Corpus 82.424/RS – Paciente: Siegfried Ellwanger – Impetrantes: Wener Cantalício e João Becker – Coator: Superior Tribunal de Justiça – Rel. Min. Moreira Alves – Red. do acórdão Min. Maurício Corrêa. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Mandado de Injunção 4.733/DF – Impetrante: Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT) – Impetrado: Congresso Nacional – Rel. Min. Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>. Acesso em: 6 jun. 2020.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 511.961/SP – Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) e Ministério Público Federal – Recorridos: União, Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e outros – Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169452/false>. Acesso em: 6 jun. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra, Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Lei da Mordada e direito de informação: mídia e justiça. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, pp. 131-146, 2000.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Há um direito à autodeterminação no Brasil? In: FURTADO, Marcus Vinícius (Coordenador). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: Alumnus; OAB, pp. 279-291, 2013.

DELGADO, José Augusto. A liberdade de imprensa e os princípios aplicados ao direito de informação. *Revista de Direito Renovar*. Rio de Janeiro: Editora Renovar Ltda., pp. 9-42, 2006.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. A intervenção estatal sobre a economia e a crise de 2008. In: MONTEIRO, Roberta Corrêa de Araújo; ROSA, André Vicente Pires. *Direito constitucional – os desafios contemporâneos: uma homenagem ao professor Ivo Dantas*. Curitiba: Juruá Editora, pp. 471-499, 2012.

FAVERO, Sabrina; STEINMETZ, Wilson Antônio. Direito de informação: dimensão coletiva da liberdade de expressão e democracia. *Revista Jurídica Cesumar*, v. 16, n. 3, pp. 639-655, set./dez. 2016.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. *Revista de Direito do Consumidor*. RDC, v. 22, n. 90, pp. 13-38, nov./dez. 2013.

_____. Liberdade de expressão e direitos de personalidade. *Revista Consultor Jurídico*. 16 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-16/direito-civil-atual-liberdade-expressao-direitos-personalidade>. Acesso em: 5 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito Econômico*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998.

PAPA, Anna. O direito de ser informado no âmbito da proteção multinível da liberdade de expressão. Tradução: Dionis Mauri Penning Blank. *Direitos Fundamentais e Justiça*: DFJ, Belo Horizonte, v. 13, n. 41, pp. 93-114, jul./dez. 2019.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/29044>. Acesso em: 13 jun. 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 62, n. 437, pp. 13-24, mar. 2014.

WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge (USA): Harvard University Press. 2012.

DESAFIOS PARA O (RE)CONHECIMENTO DE UM DIREITO PENAL MAIS FRATERNO: o sistema garantista como legitimação do método tópico-hermenêutico*

Marco Aurélio Florêncio Filho¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O princípio da legalidade como ponto de partida para a formação do Direito Penal moderno; 3. O garantismo penal como proposta democrática do Direito Penal; 4. Análise do princípio da fraternidade em matéria penal a partir de acórdãos proferidos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; 4.1 A aplicação do princípio da fraternidade em casos de mães presas com filhos menores de 12 anos; 4.2 Remição de pena pelo estudo; 4.3 Trabalho externo na condição de autônomo; 5. Conclusão; 6. Referências.

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 profundo conhecedor

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. vol. 1. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ 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.

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.²

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 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

² BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 17-18.

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.³

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.

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 penal⁴, 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

³ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 131.

⁴ 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).

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 jurídicas⁵ 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 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.⁶

⁵ 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 dântica’, 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)

⁶ 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 dificultosa 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.

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 cominada⁷.

O princípio da legalidade é um divisor de águas no direito penal⁸. 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 estatal⁹. Segundo Cláudio Brandão,

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).

⁷ 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 realiza-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 do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 163)

⁸ “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).

⁹ 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 Príncipe de legalidad: nuevos desafíos. 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).

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.¹⁰

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 “[...] só as leis podem determinar as penas fixadas para os crimes, e esta autoridade somente pode residir no legislador [...]”.¹¹

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.¹²

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*

¹⁰ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 15

¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: RT, 1999, p. 30.

¹² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao directo penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 67.

consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible.”¹³ 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.)¹⁴

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 jurídicos¹⁵, e, assim, afastar-se a barbárie e afirmar a civilização,¹⁶ 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 penal¹⁷, 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.”¹⁸

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:

¹³ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

¹⁴ FEUERBACH, Anselm von. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63. “Ao 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26.

¹⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 06.

¹⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: SRS, 2009, p. 32.

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.¹⁹

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 discussão²⁰, 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.²¹

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.

¹⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 26.

²⁰ 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.

²¹ 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.²²

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.²³

²² FREITAS, Ricardo de Brito A.P. **Razão e sensibilidade:** fundamentos do direito penal moderno. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 76.

²³ Tradução livre de: “‘Garantismo’, infatti, significa precisamente la tutela di quei valori o diritti 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

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.²⁴

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.²⁵

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.²⁶

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. 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

solo concepando in questo modo lo scopo del diritto penale è possibile ottere 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 costituite 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).

²⁴ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: RT, 2008, p. 36.

²⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva**. São Paulo: RT, 2008, p. 67.

²⁶ FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019, p. 96.

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.²⁷

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:

[...]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.²⁸

²⁷ 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).

²⁸ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 13.

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 preâmbulo²⁹ e no artigo 3º, inciso III³⁰, da Constituição Federal³¹.

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). E a estratégia de reinserção social acentua a necessidade de políticas públicas que combatam os fatores crimínógenos. É a busca da Justiça restaurativa.³²

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.³³

²⁹ 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)

³⁰ 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)

³¹ 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.

³² FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019, p. 133.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 43.

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, e VI, do artigo 318³⁴, por meio da Lei n.º 13.257/2016, e os artigos 318-A³⁵, 318-B³⁶, por meio da Lei n.º 13.769/2018, todos do Código de Processo Penal, bem como a decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar o Habeas Corpus coletivo n. 143.641/SP³⁷.

³⁴ 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 n.º 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei n.º 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei n.º 12.662, de 5 de junho de 2012.** Brasília, DF, DOU 09.03.2016).

³⁵ 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 n.º 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)

³⁶ 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 n.º 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)

³⁷ 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)

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 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.³⁸

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 Penal³⁹, 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

³⁸ 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.

³⁹ 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)

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 fraterno (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 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/88.⁴⁰

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*

⁴⁰ 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.

de Trabalho e Estudo da Penitenciária atestar a frequência escolar relacionada ao mencionado lapso”.⁴¹

Contudo, o Ministro Sebastião Reis Júnior, ao se debruçar sobre o tema, afirmou que “a dívida 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 Penal⁴², decorre do princípio constitucional da fraternidade, conforme precedente da 5ª Turma da Corte Superior, *vide*:

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,

⁴¹ 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.

⁴² 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)

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).⁴³

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 Justiça⁴⁴ disciplina sobre atividades complementares ao estudo, para ressocialização da pena, inclusive, prevê a remição da pena pela leitura.⁴⁵

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*

⁴³ 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.

⁴⁴ 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)

⁴⁵ 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.

reeducando, a fim de conceder a remição, promovendo o cálculo do número de dias a que faz jus”.

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, requirera 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 desvigiada.⁴⁶

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*”.⁴⁷

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 LEP⁴⁸ 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 GRAVE (FUGA). DATA-BASE

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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)

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 judiciosa 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.⁴⁹

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*”.⁵⁰

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. CONCLUSÃO

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.

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.

⁴⁹ 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.

⁵⁰ 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.

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.

6. 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 nº 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 nº 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.

FLORÊNCIO 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.

REVOLUÇÃO, EDUCAÇÃO PÚBLICA, REVISIBILIDADE DAS LEIS E IGUALDADE NA COMPREENSÃO DE CONDORCET

Tiago Anderson Brutti¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Aspectos hermenêuticos da pesquisa; 3. Nota 1: Sentido da palavra revolucionário; 4. Nota 2: Teoria da educação pública republicana; 5. Nota 3: Princípio da revisibilidade das leis; 6. Nota 4: A escravidão dos negros e a cidadania das mulheres; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Articulado em torno da pergunta sobre quais teses e argumentos de Condorcet, formulados à época das revoluções nos Estados Unidos e na França, ainda são relevantes para pensar as instituições políticas e educacionais, este texto acentua que o filósofo considera a política e a educação pública à luz dos acontecimentos históricos e de suas próprias ideias a respeito da condição humana e suas potencialidades. Condorcet reivindica a efetividade de princípios e direitos na perspectiva de uma universalidade atemporal, porém seus textos, a rigor, se reportam a complexas questões sociais e responsabilidades políticas historicamente situadas. Interpretar textos clássicos, cujas teses ainda incidam em nosso tempo, constitui uma atividade da qual se exige não julgar o passado sem mediações, com as quais, eventualmente, se esvanecem “evidências” compartilhadas em nosso próprio contexto. Com efeito, compreendo que as generalizações a respeito de uma época empobrecem nossa percepção da riqueza presente no pensamento de autores como Condorcet.

2. ASPECTOS HERMENÊUTICOS DA PESQUISA

As narrações e argumentos aqui apresentados dizem respeito à complexidade e singularidade da condição humana, à precariedade e falibilidade de qualquer iniciativa destinada a descrever a totalidade dos eventos que no curso do tempo nos afetam, e ao

¹ Doutor em Educação nas Ciências/Filosofia pela Unijuí, mestre em Educação nas Ciências/Direito pela Unijuí, especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Unicruz, bacharel em Filosofia pela Unijuí, bacharel em Direito pelo IESA e pós-doutor em Filosofia pela Unioeste. É professor na Unicruz, onde atua no curso de Direito e no PPG em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social. Contato: tbrutti@unicruz.edu.br

distanciamento característico do texto, seja em relação ao seu próprio autor, seja em relação aos leitores que, interpelados diante do texto, passam a interpretá-lo em suas próprias circunstâncias.

Os temas da escrita e da consciência histórica constituem pontos centrais para esta investigação. Em relação à tecnologia da escrita, ressalto que, para Ricoeur (1990), ela corresponde a uma mediação pela qual nos compreendemos a nós mesmos. Nesse sentido, compreender é, também, compreender-se diante do texto. Não se trata de impor ao texto sua própria capacidade finita de compreender, mas de expor-se ao texto e, por assim dizer, receber dele um si mais amplo.

Em relação ao tema da consciência histórica, destaco que Gadamer (1998) o vincula à consciência da historicidade do que consideramos presente e ao reconhecimento da relatividade de qualquer opinião. A consciência moderna passou a questionar com mais intensidade uma tradição fechada sobre si mesma e a reconhecer a possibilidade de uma múltipla relatividade de pontos de vista. O conhecimento histórico, aponta Gadamer (1998), não pretende simplesmente explicar um fenômeno concreto como caso particular de uma regra geral. Esse conhecimento se utiliza de conhecimentos gerais unicamente para compreender o fenômeno histórico em sua singularidade. O que interessa não é saber como os homens, os povos, os Estados, se desenvolvem em geral, mas, sim, como este homem, este povo, este Estado, veio a ser o que é.

As ideias precedentes sobre a escrita e a consciência histórica reforçam os motivos para que se reconheça a contingência do mundo social e as potencialidades compreensivas das iniciativas de dizer, explicar e traduzir seja lá o que for que possa ter acontecido. As indicações de mundo aqui explicitadas assumem, de antemão, a convicção segundo a qual de fato selecionamos, motivadamente ou não, os rastros através dos quais constituímos nossos próprios enredos narrativos.

Ao lado disso, considero que é possível constituir um trabalho propriamente filosófico buscando explicitar os conceitos que se encontram no edifício teórico do autor escolhido, no interior de sua própria argumentação. Para não incorrer na falácia da conclusão irrelevante, ou outras, como de evidências atípicas concluir pela generalização, na Filosofia não se costuma fazer muitas ligações com autores diferentes do escolhido para ser investigado centralmente, isso porque cada autor assumido deve ser estudado com a maior profundidade possível. Desse modo, optei por me concentrar em um só autor e, no máximo, fazer ligações quando o que encontrei em sua obra permitia isso, direta e explicitamente.

O texto a seguir reúne quatro notas que elaborei sobre o entendimento de Condorcet a respeito do sentido da palavra revolucionário, da instituição da educação pública, do princípio da revisibilidade das leis e da igualdade étnica e de gênero.

3. NOTA 1: SENTIDO DA PALAVRA REVOLUCIONÁRIO

O artigo “Sobre o sentido da palavra revolucionário”² indica que o sentido geral da palavra exprime tudo o que pertence a uma revolução. Sugere que as palavras revolução e revolucionário dizem respeito ao evento que, em poucos anos, fez da França, um dos Estados submetidos desde há muito tempo ao despotismo, a única república onde a liberdade teve por base a igualdade de direitos. A palavra revolucionário só se aplica, na perspectiva do autor, às revoluções que têm por objeto a liberdade.

Um homem é revolucionário, destaca Condorcet (1793), quando se vincula aos princípios da revolução, age por ela e está disposto inclusive a se sacrificar para sustentá-la. Um espírito revolucionário é um espírito apto a produzir, a dirigir uma revolução feita em favor da liberdade. Uma lei revolucionária é uma lei que tem por objeto manter a revolução e acelerar ou regular seu curso. Uma medida revolucionária é aquela que pode assegurar seu sucesso. Entende-se, então, que tais leis e medidas não são do tipo daquelas que convêm a uma sociedade pacífica. O caráter que as distingue é de serem próprias somente a um tempo de revolução, ainda que inúteis ou injustas em outro momento.

Para estabelecer uma lei ou medida revolucionária deve-se provar que ela é útil e justificável nas circunstâncias em que será aplicada, advoga Condorcet (1793). Quando um país recupera sua liberdade, quando a revolução está decidida, mas não terminada, é possível que um grande número de homens procure produzir uma revolução em sentido contrário, uma contrarrevolução. Se confundidos com a massa dos cidadãos e se lhes for permitido agir em concerto com quem partilha de seus sentimentos, esses homens se tornam perigosos. Eis um perigo contra o qual é justo defender-se. Desse modo, toda ação, mesmo indiferente, que aumenta este perigo, pode tornar-se objeto de uma lei repressiva. E toda ação que tende a preveni-lo pode legitimamente ser exigida dos cidadãos.

Condorcet (1793) considera que o pacto social tem por objeto o gozo igual e integral dos direitos que pertencem ao homem. O pacto social é fundamentado na garantia mútua destes

² O artigo “Sur le sens du mot révolutionnaire”, publicado por Condorcet no “Jornal d’Instruction sociale” de 1º de junho de 1793, é uma das principais fontes da nota 1. Para encontrá-lo na rede mundial de computadores, confira a referência ao final deste texto. A tradução do artigo é de minha responsabilidade.

direitos. Mas esta garantia não se aplica aos indivíduos que querem dissolvê-lo. Neste caso, se um direito mais precioso é ameaçado e se, para o conservar, for necessário sacrificar o exercício de outro direito menos importante, exigir este sacrifício não implica violar o último direito. Contudo, quanto mais a lei revolucionária se distancia dos princípios da justiça comum, mais ela deve ser mantida nos limites da severidade exigida pela segurança pública. Em um bom sistema de legislação, as leis ordinárias conservam sua força, conquanto que elas não sejam revogadas. Mas as leis revolucionárias, ao contrário, devem trazer com elas o término de sua duração e cessar de vigorar se não forem renovadas.

As leis e as medidas revolucionárias são de segurança e não de violência, acentua Condorcet (1793). Não se deve acreditar justificar todos os excessos apoiando-os sobre a necessidade, a principal desculpa dos tiranos. Nesse sentido, deve-se evitar, também, caluniar os amigos da liberdade, julgando as leis que eles adotam, as medidas que eles propõem, de acordo com regras que só são verdadeiras, em toda sua extensão, para os tempos tranquilos.

Se o zelo, mesmo pela mais justa das causas, torna-se algumas vezes culpável, é importante considerar que, por outro lado, a moderação nem sempre é prudente. Para Condorcet (1793), as leis revolucionárias são concebíveis para adiantar o momento onde cessará a necessidade de aplicá-las. Por sua vez, as medidas revolucionárias devem ser adotadas não para prolongar ou ensanguentar a revolução, mas para a completar e precipitar seu final.

As revoluções Americana e Francesa instituíram novas configurações republicanas, democráticas e laicas, organizadas, segundo Condorcet (2013), à luz do interesse geral e da justiça social. Seu principal desafio foi conciliar simultaneamente a igualdade dos cidadãos e a máxima liberdade individual. Convicções políticas e confissões religiosas não poderiam ser impostas a toda a população, ainda que socialmente majoritárias e com livre expressão no espaço público.

A esfera pública republicana, para o filósofo, é um dos últimos lugares a pôr em evidência o que une os seres humanos ao invés de dividi-los. Essa esfera não prescinde das diferenças, senão que se preocupa, isso sim, em afirmar essas diferenças de modo compatível com a liberdade reconhecida de deliberar por si mesmo sem estar sujeito a qualquer fidelidade de grupo. Cada cidadão é convidado a desconfiar de suas próprias opiniões para aceitar a possibilidade de outro ponto de vista.

Condorcet (2013) considera que grande parte dos filósofos iluministas investiu contra os abusos dos regimes políticos e das confissões religiosas proclamando a independência da razão comum, advogando o direito inegociável à liberdade de opinião e de iniciativa, e oferecendo outras compreensões e conceitos para combater uma ordem social assentada sobre

a autoridade dos preconceitos e das superstições. Cingidos dessa postura crítica e revolucionária, esses homens de espírito e ação empregaram a filosofia e o talento de escrever:

[...] desde o gracejo até o patético, desde a compilação a mais erudita e a mais vasta até o romance ou o panfleto do dia [...] acariciando os preconceitos com habilidade para desferir-lhes golpes mais certos [...] poupando o despotismo quando este combatia os absurdos religiosos, e o culto quando este se dirigia contra a tirania [...] mas sempre unidos para mostrar a independência da razão, a liberdade de escrever como o direito, como a salvação do gênero humano; dirigindo-se com uma infatigável energia contra todos os crimes do fanatismo e da tirania; perseguindo na religião, na administração, nos costumes, nas leis, tudo aquilo que trazia o caráter da opressão, da crueldade, da barbárie; ordenando, em nome da natureza, aos reis, aos guerreiros, aos magistrados, aos sacerdotes, respeitar o sangue dos homens [...] tomando, enfim, como grito de guerra: razão, tolerância, humanidade (CONDORCET, 2013, p. 143-44).

A França das últimas décadas do século XVIII só poderia comportar uma revolução social emanada de duas fontes, sugere Condorcet (2004): ou o próprio povo estabeleceria os princípios razoáveis que a filosofia lhe havia ensinado a admirar; ou os governos se apressariam a fazer o que requeria a opinião pública. Se a revolução eclodisse a partir dos movimentos populares, seria mais fácil e integral, porém mais violenta: a felicidade seria comprada ao preço de males transitórios. A segunda forma implicaria movimentos mais lentos e incompletos, porém mais tranquilos. Nesse cenário, o filósofo narra que a ignorância e a corrupção dos governos propiciaram que a insurreição partisse das forças populares.

Os efeitos da Revolução Francesa foram ainda maiores que aqueles da Revolução Americana, assegura Condorcet (2013), porquanto atingiram toda a nação francesa modificando significativamente as relações sociais. Esse movimento atingiu a um só tempo o despotismo dos reis e a desigualdade política, o orgulho da nobreza e as riquezas do clero, a dominação e a intolerância, bem como os abusos do feudalismo. No auge desses acontecimentos, o filósofo não se alinhou, simplesmente, aos interesses dos partidos dominantes e aos seus respectivos programas políticos, nem ofereceu apoio integral aos atos revolucionários: contrapôs-se, por exemplo, à condenação do rei Luís XVI de Bourbon à pena de morte e às políticas autoritárias que se seguiram.

O filósofo opina que tanto a instauração quanto a continuidade do regime político republicano e democrático dependiam em grande medida de que as sociedades em questão não descuidassem dos assuntos educacionais. Daí que a república democrática preconizada por Condorcet deveria prevenir contra as formas de dominação entre os homens, tarefa que implicaria, entre outras tantas, instruir o cidadão nos elementos das ciências e das artes e quanto

aos benefícios do regime republicano, se comparados aos outros já experimentados pelos diversos povos no percurso da história humana.

4. NOTA 2: TEORIA DA EDUCAÇÃO PÚBLICA REPUBLICANA

A expressão “educação republicana” é empregada neste texto com o sentido de configuração de ensino articulado pela república para a instrução dos cidadãos. A expressão “instrução pública”, por sua vez, é empregada por Condorcet (2008, 1990) - especialmente nas “Cinco memórias sobre a instrução pública” (1791) e no “Relatório e projeto de decreto sobre a organização geral da instrução pública” (1792) - para indicar um programa de ensino estendido igualmente a todo o povo e sob a responsabilidade, mas não o absoluto controle, do poder público. Termos tais como instrução pública, instrução republicana, educação pública, ensino, escolarização, educação formal e educação institucional, independentemente dos graus em que se classifiquem ou dos estatutos a que correspondam, equivalem, no limite das premissas e dos propósitos desta pesquisa, à educação republicana, instituída ou licenciada pela república e, na medida dos princípios e direitos aqui destacados, assemelhada ao projeto de instrução pública apresentado por Condorcet.

A educação republicana, pensada à luz da instrução pública de Condorcet, deve ser disponibilizada a todos e a qualquer um, não se deixando colonizar por teologias ou doutrinas políticas consagradas. Ela não anula diferenças individuais e a diversidade de talentos e profissões, senão que previne do risco de que essas diferenças se traduzam em hierarquia social não acordada entre os cidadãos. A igualdade e a difusão de conhecimentos, desse modo, estão em relação de recíproca necessidade, competindo ao poder público assegurar que esses propósitos sejam disseminados por meio da educação republicana, muito embora a república não deva rogar para si o direito de dirigi-la ao seu livre arbítrio. Em outros termos, a sociedade e o poder público por ela configurado devem oferecer aos cidadãos instituições educacionais laicas, sob a responsabilidade da república, mas não sob seu império.

O ideário republicano e democrático de Condorcet recomenda que a educação pública seja distribuída pela nação de modo equitativo e que, desse modo, ela fragilize desigualdades procedentes da educação familiar que cada indivíduo recebe, pois essas desigualdades dependem da diferença de luzes, das condições sociais, da diversidade de opiniões, gostos e sentimentos. A igualdade na educação contribui, dessa maneira, para o aperfeiçoamento das artes, das ciências e profissões, não somente reduzindo a desigualdade que a situação econômica estabelece entre os homens, mas, também, instituindo outro gênero de igualdade

mais geral: a do bem-estar.

O perfil da cidadania republicana, na opinião do filósofo, é o de um homem ilustrado que, sem ser sábio em tudo, tem prazer em cultivar o próprio espírito. A república é frágil quando os cidadãos não compartilham dos princípios dessa forma de governo. A educação é uma tarefa da república. O que seria da república sem republicanos? A instituição do cidadão republicano implica, entre outros objetivos, informá-lo das vantagens dessa forma de governo na comparação com outras configurações já experimentadas no curso da história das civilizações.

A república não equivale a uma evolução da sociedade. Ela representa, isso sim, uma conquista social e um projeto de sociedade. O governo, por essa forma, é das leis e não dos homens. Os governantes também devem respeitar a lei. Investigar as origens da educação republicana é pertinente porque a memória exerce um papel de atualização na sociedade. Mais que criar e aperfeiçoar escolas, institutos e liceus, para dar conta de universalizar o ensino e emancipar o povo, a educação republicana pretende salvaguardar a independência, a igualdade social, bem como as liberdades de opinião, iniciativa e imaginário.

Condorcet preocupou-se, sobretudo, com o desafio de estabelecer e efetivar direitos. Para o filósofo, o exercício da cidadania ocorre no campo de disputas em meio ao qual os cidadãos podem estabelecer, nas suas próprias circunstâncias, uma condição social de bem-estar comum. O critério da igualdade de direitos e o propósito da igualdade social, por essa compreensão, não tornam sem efeito o fato da pluralidade humana, antes a autorizam, porquanto para que a pluralidade de vozes seja protegida é necessário que o princípio da igualdade nos persuada da insensatez de se reconhecer qualquer superioridade ou inferioridade entre os indivíduos nos seus mais diversos modos de estar no mundo.

A miséria deve ser apenas um acidente para algumas famílias e não a condição habitual de uma classe numerosa, advoga Condorcet (2013). Ao se eliminarem as desigualdades escandalosas de riquezas, também se elimina um dos principais fatores da corrupção moral de um povo: o uso de meios ilegítimos para promover os próprios interesses. Não cabe à lei educar o povo. Cabe a ela determinar as normas comuns que devem proteger os indivíduos. Não são os legisladores que devem formar a moral de um povo, mas a educação pública. Não se forma a moral de um povo sem formar a sua razão comum. A formação da moral dos indivíduos não ocorre sem passar pela questão da justiça social, não só na perspectiva formal do direito, mas, também, em relação às desigualdades de fato e às injustiças econômicas.

Na educação republicana atual soam familiares enunciados formulados há mais de dois séculos por Condorcet, tais como: compete ao poder público instituir a instrução pública,

devendo ela estar aberta às possibilidades de progressos e da perfectibilidade humana; ela deve conceder aos cidadãos condições de conhecer os elementos das ciências e das artes, bem como os direitos e deveres aos quais estão obrigados; deve estimular, além do respeito à lei e à pátria, a reivindicação do gozo de direitos, incluindo-se aqui o direito de transformar a lei e de resistir à opressão de um despotismo político.

Considero importante retomar e discutir reflexões de Condorcet porque, entre outras razões, elas reforçam os valores da tolerância e da igualdade como elementos centrais da sociabilidade contemporânea; porque, mesmo no âmbito das democracias republicanas constitucionais, se apresentam constantes tentativas de corromper ou descartar o laicismo, fundamental para assegurar, juridicamente e de fato, a expressão de diferentes opiniões; porque se encurtam perigosamente os espaços da atividade cidadã, tal como foram concebidos pelos imaginários das tradições republicana e democrática.

5. NOTA 3: PRINCÍPIO DA REVISIBILIDADE DAS LEIS

Os problemas a serem continuamente pensados na configuração de república defendida por Condorcet exigem, na percepção de Coutel, “[...] uma opinião pública ilustrada e uma confiança dos cidadãos no progresso das luzes” (2004, p. 55). Os princípios devem fazer-se proposições diante das demandas de respostas que a prática evidencia. Para Coutel (2004), Condorcet assume em seus escritos o intrincado desafio de conciliar liberdade, igualdade e racionalidade. Aos cidadãos é assegurado o direito de conhecer e criticar as leis e decisões políticas. Esse direito é, também, condição de igualdade política. Porém, para criticar é preciso que o cidadão seja instruído sobre as leis da república e suas motivações. Somente conhecendo essas leis é que poderá livremente exercer um juízo insubmisso ou autônomo.

Em virtude das duras críticas que fazia diante do novo Estatuto Republicano de 1793 e em relação aos rumos tomados pelo comando revolucionário, Condorcet teve sua prisão decretada. O filósofo denunciava que a Constituição visava antes de tudo assegurar o poder de uma associação particular e não promover o bem-comum, como era de se esperar do regime. Após um período foragido, Condorcet foi preso e encontrado morto em sua cela.

As considerações históricas e opiniões aqui destacadas são relevantes para pensar o lugar discursivo a partir do qual Condorcet atuou em espaços intelectuais e políticos, tempo em que escreveu as importantes obras que hoje instigam nossas pesquisas. Para o filósofo, as leis devem ser discutidas inclusive pelos professores em sala de aula, até para que as eventuais críticas dos alunos possam ser melhor informadas. As leis não devem ser apresentadas como

uma revelação divina. As leis devem ser aperfeiçoadas. Um dos princípios republicanos defendidos ardorosamente pelo autor é a revisibilidade das leis. Esse princípio está ligado ao da perfectibilidade, conforme o qual os seres humanos em parte tomam as rédeas da própria história, podendo alterar sua trajetória individual e coletiva.

Condorcet (1945) considera que o povo norte-americano vinha se submetendo tranquilamente a leis cujos princípios e efeitos antes havia atacado calorosamente, obedecendo com respeito aos depositários do poder público, mas sem renunciar ao direito de intentar iluminá-los e de denunciar à nação seus defeitos e erros. Para o filósofo, naquela nação tanto era devido respeito e obediência ao ordenamento jurídico como era permitido criticar os termos das legislações.

O direito de conhecer e criticar as leis e decisões políticas deve ser assegurado a todos os cidadãos, advoga Condorcet (2013). Esse direito é uma condição para a liberdade e a igualdade, pois somente conhecendo as leis e suas motivações é que um cidadão pode livremente exercer um julgamento crítico. O filósofo conjectura se o ensino dos preceitos constitucionais do país não deveria ser incluído na instrução nacional. Admite esse ensino se a Constituição for considerada um fato estabelecido pelo Estado, a que todos os cidadãos devem se submeter. Todavia, caso fosse ensinada como uma doutrina conforme os princípios da razão universal ou se suscitasse em seu favor um entusiasmo cego - que tornasse os cidadãos incapazes de julgá-la - então seria extremamente desnecessária essa abordagem pela educação pública. Com efeito, o objetivo da instrução não é o de fazer admirar aos homens uma legislação terminada, mas de fazê-los capazes de apreciá-la e, eventualmente, de corrigi-la.

As leis não devem descansar em bases inflexíveis, atenta Condorcet (1990), tanto que o Estado deve permitir discussões que se oponham às leis, justamente porque o propósito das instituições políticas é o de aperfeiçoar essas leis de modo contínuo por meio da confrontação de opiniões. As mudanças sociais e compreensivas indicadas pelo filósofo para a instituição da República Francesa não deveriam estar fundadas na dogmática da lei:

Ni la Constitución francesa, ni siquiera la Declaración de los derechos se presentarán a ninguna clase de ciudadanos como si fueran tablas descendidas del cielo a las que es necesario adorar y creer. Su entusiasmo no deberá fundarse en los prejuicios, en los hábitos de la infancia, y podrá decirseles: Esta Declaración de derechos que os enseña a la vez lo que debéis a la sociedad y lo que tenéis derecho a exigir de ella, esa Constitución que debéis sostener a costa de vuestra vida no son más que el desarrollo de esos simples principios dictados por la naturaleza y por la razón que habéis aprendido a reconocer, en vuestros primeros años, como verdad eterna. En tanto que haya hombres que no obedezcan solamente a su razón, sino que reciban sus opiniones de las opiniones ajenas, se habrán roto en vano todas las cadenas, y estas opiniones impuestas serán verdades útiles; de este modo el género humano seguiría

estando dividido siempre en dos clases: la de los hombres que razonan y la de los hombres que creen, la de los amos y la de los esclavos (CONDORCET, 1990, p. 47).

Condorcet (2009) defende que a sociedade civilizada não deve consentir nenhuma legislação que admita a desigualdade étnica, de gênero, religiosa e política. Por essa via, o filósofo equipara a redução do homem à escravidão ao crime de roubo, porque não seria razoável e admissível que a alguém fosse reconhecido o direito de dispor de sua própria liberdade, muito menos o de se apropriar da liberdade dos outros. A liberdade não deve, pois, ser considerada objeto de negócio. Para que a dignidade humana seja assegurada, não basta que ela esteja inscrita em livros ou unicamente no coração de homens virtuosos.

Em relação ao princípio da perfectibilidade, que se liga ao objetivo do aperfeiçoamento contínuo das leis, Rousseau já o considerava um dado distintivo do homem, assim como a liberdade e as outras capacidades potencialmente recebidas da natureza, como a razão, a imaginação e a consciência. Garcia (1999) comenta que o filósofo genebrino considerava essas capacidades como supérfluas ou em repouso no estado de natureza, não podendo se atualizar ou se tornar ativas senão na vida em sociedade. Daí que a sociedade não se opunha necessariamente à natureza. A capacidade da perfectibilidade estaria implicada com a viabilização da escolha e da produção de outras possibilidades para o homem. Por essa compreensão, o homem normalmente tomaria consciência de sua liberdade e de sua espiritualidade, isto é, de sua qualidade de agente livre, podendo se aperfeiçoar em meio às circunstâncias e desenvolver outras capacidades e paixões.

Condorcet (2013), de modo similar, entende a perfectibilidade como caracterizadora da condição humana e das indefinidas possibilidades de sua ação no mundo. Sem embargo, as narrativas do filósofo, temperadas com suas esperanças num devir de maiores felicidades ao homem e às sociedades políticas, o diferenciam sutilmente de Rousseau, sobretudo se levarmos em consideração o modo enfático com que o autor expõe a convicção segundo a qual as luzes contribuíram para o aperfeiçoamento do espírito humano:

Mostraremos como a liberdade, as artes, as luzes, contribuíram para a suavização e a melhora dos costumes; mostraremos que esses vícios tão frequentemente atribuídos aos próprios progressos da civilização eram aqueles dos séculos mais grosseiros; que as luzes, a cultura das artes, os abrandaram quando não puderam destruí-los; provaremos que estas eloquentes declamações contra as ciências e as artes estão fundadas em uma falsa aplicação da história; e que, ao contrário, os progressos da virtude sempre acompanharam aqueles das luzes, assim como os progressos da corrupção sempre seguiram ou anunciaram sua decadência (CONDORCET, 2013, p. 67).

A perfectibilidade também reflete a aposta de Condorcet (2013) na possibilidade de cultivar sentimentos morais e de aperfeiçoar indefinidamente a arte social. Os progressos do espírito humano - seja nas relações de reciprocidade entre os homens, seja na descrição ou transformação da natureza - seriam incompatíveis com uma postura de mera submissão à tradição ou aos hábitos culturais submersos nas superstições e nos preconceitos. Se, para um pensamento mais conservador, as coisas de interesse público deveriam permanecer tal como estão, de acordo com a tradição, não se admitindo facilmente outras possibilidades que desacomodassem esse “status quo”, um espírito revolucionário ou progressista, pelo contrário, se moveria com as capacidades de indignação e de esperança em mudar as configurações do mundo social, no sentido de concretizar os direitos e os princípios.

6. NOTA 4: A ESCRAVIDÃO DOS NEGROS E A CIDADANIA DAS MULHERES

Condorcet (2009) denunciou à sua época o que lhe parecia constituir um flagrante ato de injustiça e perversidade: o direito de propriedade sobre os negros e sua descendência, e a indiferença social frente aos maus tratos a que eles eram submetidos. Desgraçadamente, esse direito e hábito repulsivos, herdados do passado, ainda encontravam ampla aceitação nas sociedades “civilizadas”. Em suas “Reflexões sobre a escravidão dos negros” (2019), o filósofo convida os cidadãos a perceberem os sofrimentos de milhares de homens e mulheres, equiparados socialmente à condição de animais domésticos, entregues à escravidão mediante traição e violência.

No que respeita à possibilidade de violação dos direitos e princípios, Condorcet (1790) indica que o hábito, sem a necessária mediação dos sentimentos e da racionalidade, poderia tornar tão familiar essas violações que alguém, mesmo privado desses direitos e princípios, talvez sequer pensasse em reclamá-los, ou mesmo sequer cresse que estivesse sofrendo uma injustiça. Na ocasião em que a condição de súdito deixou de corresponder à ordem política, e quando a condição de cidadão de direitos passou a ser reconhecida juridicamente na França, ao menos entre os homens do gênero masculino, Condorcet advogou suas ideias e opiniões políticas em uma linguagem notadamente comprometida com os repertórios argumentativos dos movimentos sociais igualitários em favor da libertação dos negros, da cidadania das mulheres e da liberdade religiosa.

Com efeito, o filósofo repudia no manifesto “Sobre a admissão do direito de cidadania às mulheres” (1790), publicado no “Journal de la Société de 1789”, o fato de que direitos e princípios que justificavam a igualdade política e de fato entre mulheres e homens estavam

sendo tradicionalmente violados na medida em que as mulheres, a metade do gênero humano, eram privadas do direito inegociável de contribuir com a discussão e formação das leis que elas próprias eram estimuladas pelos homens a cumprir. Algumas das violações de direitos e princípios teriam passado inadvertidas até mesmo entre filósofos e legisladores, ainda que a eles competisse estabelecer zelosamente os direitos comuns dos indivíduos e, dessa maneira, fundamentar as instituições políticas.

Ao advogar a igualdade política das mulheres em sua obra, Condorcet (1790) buscou, também, estimular a organização feminina para a conquista de direitos. Os direitos humanos resultariam unicamente de que tanto mulheres quanto homens são seres sensíveis, suscetíveis a adquirir ideias morais e a raciocinar sobre elas. Por essa compreensão, ou nenhum indivíduo da espécie humana teria direitos ou todos teriam os mesmos. Dito de outro modo, abjurariam aos próprios direitos aqueles que votassem contra os direitos dos outros, quaisquer que fossem sua religião, etnia ou sexo.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma resposta ao questionamento apontado no primeiro parágrafo deste texto pode ser resumida nos seguintes termos: elementos essenciais das configurações de república e de educação republicana reivindicadas por Condorcet ao final do século XVIII podem ser considerados decisivos para pensar as instituições políticas e educacionais atuais, isso, entre outras razões, porque as principais problemáticas das instituições republicanas contemporâneas já ensejavam calorosas discussões ao final daquele século.

Embora não seja recomendável usar citações diretas nas conclusões de um texto, decidi me amparar em reflexões de Garcia (2009) e Todorov (2008) para destacar a atualidade de muitas das apostas políticas e educacionais herdadas do movimento iluminista:

Em tempos de radicais embates e transformações políticas nas estruturas e justificações da sociabilidade humana não é irrelevante considerar que, desde o século 18, a recorrência aos termos república e democracia e a ideia jurídico-normativa de que é obrigação da república garantir a instrução universal de seus cidadãos não tenham sido objeto de contestação programática; que divergências significativas se estabeleceram na disparidade de significações e de formas com que diferentes sociedades conceberam e ordenaram, desde aí, suas instituições e atividades educacionais (GARCIA, 2009, p. 192).

Todorov (2008), por sua parte, indaga sobre qual base intelectual e moral, com o enfraquecimento das utopias, queremos construir uma vida comum:

Para nos comportarmos como seres responsáveis, precisamos de um plano conceitual que possa fundamentar não somente nossos discursos, o que é fácil, mas também nossos atos [...] Durante os três quartos de século que precedem 1789 produziu-se uma grande reviravolta que, mais do que qualquer outra, é responsável por nossa presente identidade. Pela primeira vez na História, os seres humanos decidem tomar nas mãos seu destino e colocar o bem-estar da humanidade como objetivo principal de seus atos. Esse movimento emana de toda a Europa [é justo acrescentar: dos Estados Unidos] e não apenas de um país, exprime-se através da filosofia e da política, das ciências e das artes, do romance e da autobiografia (2008, p. 9-10).

A obra de Condorcet, em seu conjunto, tem sido analisada sob diferentes perspectivas, especialmente a partir do final do século XX. Leitores atuais, informados pelos argumentos do republicanismo do século XVIII, não hesitam em evocar textos do autor em relação às grandes questões contemporâneas da moral, da política, da educação e de suas instituições, do laicismo e do exercício da cidadania, ainda que não os retomem com a pretensão de torná-los chave explicativa para tudo.

Em um último termo, esta pesquisa advogou que as considerações de Condorcet continuam a lançar luzes sobre nossas tarefas teóricas e práticas de lidar com os temas revolução, educação pública, revisibilidade das leis e igualdade no contexto das sociedades que se propugnam genuinamente democráticas e republicanas. Convém salientar, dentre as ideias do filósofo fundamentais para o enfrentamento de questões contemporâneas, a flexibilidade antidogmática, a efetivação de princípios e direitos considerados inegociáveis, a luta contra as propostas autoritárias no âmbito da política e da educação, e o movimento do laicismo.

8. REFERÊNCIAS

CONDORCET. **Cinco memórias sobre a instrução pública**. São Paulo: Unesp, 2008.

CONDORCET. **Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano**. Campinas: Unicamp, 2013.

CONDORCET. **Informe y proyecto de decreto sobre la organización general de la instrucción pública**. Madrid: Centro de Estudios Ramon Aceres, 1990.

CONDORCET. **Influencia de la revolución de América sobre Europa**. Buenos Aires: Editorial Elevación, 1945.

CONDORCET. **Reflexões sobre a escravidão dos negros**. Cruz Alta: Ilustração, 2019.

CONDORCET. **Sur l'admission des femmes au droit de cité**. Paris: Bibliothèque nationale de France, 1790. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41754w/f6.image>>. Acesso em: 16 out. 2017.

CONDORCET. **Sur le sens du mot révolutionnaire**. Paris: Bibliothèque nationale de France, 1792. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k41760t/f5.image>>. Acesso em: 16 out. 2017.

CONDORCET. **Tableau historique des progrès de l'esprit humain: projets, esquisse, fragments et notes** (1772-1794). Paris: Éditions de l'Institut national d'Études Démographiques, 2004.

COUTEL, Charles. **Condorcet: instituir al ciudadano**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: FGV, 1998.

GARCIA, Claudio Boeira. **As cidades e suas cenas: a crítica de Rousseau ao teatro**. Ijuí: Unijuí, 1999.

GARCIA, Claudio Boeira. Considerações sobre república, democracia e educação. **Contexto & Educação**. Ijuí, n. 2, p. 189-204, jul./dez. 2009.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Barcarolla, 2008.

O MINISTRO REYNALDO SOARES DA FONSECA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE NA JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*

Marcelo Navarro RIBEIRO DANTAS¹

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca ingressou Superior Tribunal de Justiça apenas em maio de 2015, tendo, portanto, pouco mais de cinco anos na Corte e sendo, assim, um de seus integrantes mais modernos. Entretanto, mercê de um trabalho tão árduo quanto profícuo, e de um desenvolvimento teórico profundo, já deixou uma marca indelével na jurisprudência criminal do STJ: o Princípio da Fraternidade.

No ano anterior, em julho de 2014, o ministro concluíra seu mestrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com a dissertação *A conciliação à luz do princípio da fraternidade: a experiência da Justiça Federal da Primeira Região*.

Chegou, portanto, à Corte da Cidadania com uma bagagem tanto teórica quanto prática — devido a seu largo tempo de trabalho como magistrado na esfera conciliatória — nessa seara da aplicação da fraternidade na solução de problemas no âmbito do sistema de Justiça, de maneira que logo isso começou a se expressar em suas decisões e votos.

Assim, já em 2016 suas ideias a respeito encontraram expressão em acórdão que relatou, assim ementado:

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

* Este estudo foi originariamente publicado na obra: **Direitos humanos e Fraternidade: Estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**, vol. 2. Organizadores: José de Ribamar Fróz Sobrinho; Roberto Carvalho Veloso; Marcelo de Carvalho Lima; Márcio Aleandro Correia Teixeira; Ariston Chagas Apoliano Júnior. Editoras: Edições ESMAM / EDUFMA, 2021.

¹ Mestre e Doutor em Direito (PUC/SP). Professor de Cursos de Graduação (UnB) e Pós-Graduação (Uninove) em Direito. Ministro do Superior Tribunal de Justiça

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 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)**.

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 nº 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.

(RHC 74.123/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 25/11/2016. Grifou-se).

Ressalte-se que o aresto acima foi muito anterior ao famoso HC 143.641/SP, de fevereiro de 2018, relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em que a 2ª Turma do Supremo Tribunal concedeu *habeas corpus* coletivo às presas grávidas ou mães de crianças de até 12 anos de idade para substituir a prisão preventiva pela domiciliar, desde que não tivessem cometido crimes mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionálissimas a serem devidamente explicitadas.

O Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, brandindo sua doutrina do jusfraternalismo, fora precursor desse importantíssimo julgado e vinha, em seu labor no STJ, produzindo outros sob o mesmo pálio.

Assim, prosseguiu deferindo a domiciliar a mães de crianças em casos como o RHC 76.348/RS, da QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 14/12/2016; o HC 379.603/MS, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2017, DJe 08/02/2017; o HC 363.993/SP, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017; o HC 379.629/SP, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017; o HC 358.080/DF, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017; HC 390.211/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 07/04/2017; o HC 367.546/TO, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 27/04/2017; o HC 389.810/PR, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 03/05/2017 (caso emblemático, envolvendo inclusive por tratar-se de paciente com certo grau de periculosidade social); O HC 391.501/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017; o HC 389.348/SP, QUINTA TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; o HC 388.133/SP, QUINTA

TURMA, julgado em 23/05/2017, DJe 31/05/2017; o HC 401.349/RS, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017; o HC 402.715/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 24/08/2017; o HC 410.260/MG, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2017, DJe 21/09/2017; o HC 403.473/SP, QUINTA TURMA, julgado em 10/10/2017, DJe 20/10/2017; o HC 429.130/SP, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 14/02/2018; o HC 427.197/MG, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2018, DJe 14/02/2018 (este incorporando doutrina de Clara Cardoso Machado Jaborandy, em *A fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. Tese de doutorado na Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, que viria a ser referenciada em outros julgados posteriores); o HC 427.028/SP, QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018; o HC 430.212/SP, QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2018, DJe 23/03/2018 (primeiro a ser prolatado após o HC coletivo do STF, que, por óbvio, passou a ser citação quase obrigatória a partir daí); o HC 426.489/SP, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 02/04/2018; o RHC 94.861/RS, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018; o HC 444.370/SP, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2018, DJe 08/05/2018; o HC 445.037/SP, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018; o HC 443.168/MG, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018; o HC 397.179/SP, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018; o HC 453.653/SP, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018; o HC 461.789/SC, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; o HC 454.256/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 13/09/2018; o HC 466.704/SC, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2018, DJe 16/11/2018; o HC 474.576/GO, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 10/12/2018; o AgRg no RHC 98.878/DF, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019 (primeiro aresto após a conclusão do doutorado, no qual aprofundou suas reflexões em torno do princípio da fraternidade, a respeito do que falarei mais adiante); o HC 470.549/TO, QUINTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 20/02/2019; o HC 487.766/RS, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 01/03/2019; o HC 479.508/SP, QUINTA TURMA, julgado em 26/02/2019, DJe 15/03/2019; o RHC 106.969/SP, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/2019, DJe 25/03/2019 (com autorização para saídas do domicílio para consultas médicas ou tratamentos em hospitais); o HC 493.704/SP, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 08/04/2019; o RHC 106.561/RJ, QUINTA TURMA, julgado em 26/03/2019, DJe 16/04/2019; o HC 487.763/SP, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 16/04/2019; o HC 489.661/SP, QUINTA TURMA, julgado em 04/04/2019, DJe 30/04/2019; o HC 495.620/MG, QUINTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe

10/05/2019; o HC 506.498/SP, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019; o AgRg no RHC 110.084/PB, QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 23/05/2019; o HC 504.847/MG, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019; o HC 510.718/MA, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 01/07/2019; o HC 512.376/PA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019; o HC 516.040/SP, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 22/08/2019; o HC 525.278/SP, QUINTA TURMA, julgado em 27/08/2019, DJe 10/09/2019; o HC 547.511/SP, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019; o HC 536.899/SP, QUINTA TURMA, julgado em 05/12/2019, DJe 17/12/2019; o AgRg no HC 560.412/RN, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2020, DJe 02/03/2020; o AgRg no RHC 122.051/SP, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020; o AgRg no HC 574.847/PR, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2020, DJe 19/05/2020; o AgRg no PExt no RHC 113.084/PE, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 10/06/2020, entre outros.

No final do ano de 2016, o princípio da fraternidade serviu de esteio para outra inovação jurisprudencial, dessa feita tocante à execução penal, permitindo o trabalho externo do condenado na condição de autônomo:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO NA CONDIÇÃO DE AUTÔNOMO. LEP, ART. 114. A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTA FORMAL DE EMPREGO DEVE SOFRER TEMPERAMENTOS. PRECEDENTES. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE - PREÂMBULO E ART. 3º DA CF/88. "REGRAS DE MANDELA" - ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, 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. Não se nega que, "se a oferta de emprego está escassa até mesmo para aqueles que não possuem algum antecedente penal, imagina-se impor tal obrigação a quem já registra alguma condenação" (HC-217.180/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 22/3/2012)

3. À vista do quadro brasileiro, que registra uma grave crise empregatícia, **a regra do art. 114, I, da LEP, a qual exige do condenado, para ingressar no regime aberto, a comprovação de trabalho ou a possibilidade imediata de fazê-lo (apresentação de proposta formal de emprego), deve sofrer temperamentos** (Precedentes das Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte).

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. 114, I, 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 Assembleia 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. Ordem concedida de ofício para permitir ao paciente o exercício do trabalho externo como autônomo, cabendo ao Juízo da VEP estabelecer as condições e o modo de fiscalização.

(HC 375.005/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 14/12/2016. Grifou-se).

No começo de 2017, em caso similar ao acima, permitiu trabalho externo a apenado que não conseguia obtê-lo porque as autoridades penitenciárias consideravam tal labor de difícil ou impossível fiscalização:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. TRABALHO EXTERNO. DIFICULDADE DE FISCALIZAÇÃO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. PRECEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. "O Estado possui a atribuição de fiscalizar o efetivo cumprimento do trabalho extra-muros, estando autorizado a revogar a benesse nas hipóteses elencadas no parágrafo único do art. 37, da Lei nº 7.210/84, não sendo possível invocar a impossibilidade de fiscalização como razão para o indeferimento do benefício" (ut, HC 342.572/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe 3/6/2016)

2. De outro lado, 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. Portanto, **o regramento da LEP, referente ao trabalho externo dos presos, quando do regime mais brando, decorre desse resgate constitucional**. Nesse sentido: 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.

3. Incidência da Súmula 568/STJ: O relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1618322/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 01/02/2017. Grifou-se).

O princípio da fraternidade deu base à superação da Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal, que impede o conhecimento de *habeas corpus* contra decisão de indeferimento de liminar em tribunal *a quo*:

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. Diagnostico: 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. (HC 357.541/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 10/02/2017. Grifou-se).

O manejo do princípio da fraternidade para ultrapassar o óbice da súmula em referência aparece em vários dos *writs* em que concedeu prisão domiciliar, citados linhas atrás.

Outro caso interessante foi o de sua invocação para a remição da pena em face de aprovação no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem):

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. 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.

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. Grifou-se).

Em hipótese parecida, remição da pena pela conclusão do ensino médio:

EXECUÇÃO PENAL - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - REMIÇÃO POR ESTUDO - ARTIGO 126 DA LEP - **A EXIGÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE FREQUÊNCIA DE CURSO DEVE SOFRER TEMPERAMENTOS - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE** - PREÂMBULO E ART. 3º DA CF/88 - "REGRAS DE MANDELA" DA ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS - RECOMENDAÇÃO Nº 44 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - APLICAÇÃO.

1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e este Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Seção, 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. A redação do artigo 126 da LEP deixa clara a preocupação do legislador com a capacitação profissional do interno e com o estímulo a comportamentos que propiciem a readaptação de presos ao convívio social.

3. O sentido e o alcance do artigo 126 da LEP podem ser ampliados pelo aplicador do direito, com o uso da hermenêutica, para abarcar atividades complementares como o estudo ou a simples leitura, com a finalidade de readaptação e ressocialização do preso, além de incentivar o bom comportamento e a disciplina.

4. Não é outro o espírito da Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre atividades educacionais complementares que deverão ser consideradas pelos Tribunais para fins de remição da pena pelo estudo.

5. 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. 3º). 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 Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma do STF, julgado em 02/12/2008, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-04 PP-00851).

6. Após a divulgação ampla pelo CNJ 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 reformar a decisão do Tribunal a quo e conceder os 41 dias de remição pedidos pela paciente, em virtude da conclusão do ensino médio.
(HC 390.721/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 22/08/2017. Grifou-se).

Há casos em que o princípio da fraternidade é trazido à baila, mas não chega a fundamentar propriamente o deferimento da ordem, como na situação abaixo, em que a soltura da paciente se deu por deficiência da fundamentação de sua prisão preventiva:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ROUBO QUALIFICADO. PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE CRIANÇA MENOR DE 12 ANOS. CRIME PRATICADO MEDIANTE GRAVE AMEAÇA EXERCIDA COM ARMA DE FOGO. CIRCUNSTÂNCIA QUE JUSTIFICA AFASTAMENTO DO BENEFÍCIO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. ORDEM NÃO CONHECIDA, MAS CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não pode ser utilizado como substitutivo de recurso próprio, a fim de que não se desvirtue a finalidade dessa garantia constitucional, com a exceção de quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. Em que pese a paciente comprove ser mãe de Yan Gabriel Martins da Silva, nascido em 21/8/2017, trata-se de delito cometido, em tese, com uso de grave ameaça exercida por meio de arma de fogo, o que excepciona a orientação da Suprema Corte, no Habeas Corpus nº 143.641/SP, da relatoria do Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 20/02/2018, no sentido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015). Naquela ocasião, foram ressalvadas as seguintes situações: crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionabilíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.

3. O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei n.13.257/2016 decorrem, indiscutivelmente, do resgate constitucional do **princípio da fraternidade** (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º). O artigo 318 do Código de Processo Penal foi instituído para adequar a legislação brasileira a um compromisso assumido internacionalmente pelo Brasil nas Regras de Bangkok.

4. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico (art. 5º, LXI, LXV e LXVI, da CF). Assim, a medida, embora possível, deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela

jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

5. Caso em que **o decreto que impôs a prisão preventiva e a decisão que indeferiu pedido de revogação se mostram abstratos, sendo sua fundamentação aplicável indistintamente a qualquer acusado de semelhante delito. O acórdão atacado, por sua vez, embora afirme que a prisão é necessária uma vez que "à paciente é imputada a prática de delitos gravíssimos e as circunstâncias do caso concreto tornam evidente a necessidade da custódia cautelar", não logrou demonstrar em que a conduta mostra-se mais grave do que a abstratamente prevista no tipo.**

6. Condições subjetivas favoráveis à paciente, conquanto não sejam garantidoras de eventual direito à soltura, merecem ser devidamente valoradas, quando não for demonstrada a real indispensabilidade da medida constritiva.

7. Ordem não conhecida, mas concedida de ofício para determinar a soltura da paciente, sob a imposição das medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319, incisos I e IV, do Código de Processo Penal.

(HC 450.795/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018. Grifou-se).

Isso demonstra que, independentemente do seu entusiasmo pelo princípio da fraternidade, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca não o aplica como panaceia universal a embasar qualquer decisão, mas o utiliza de modo racional e técnico, na linha de Clara Jaborandy, por ele citada como apoio doutrinário em alguns acórdãos, 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”.

Em dezembro de 2018, o ministro concluiu doutorado na Faculdade Autônoma de São Paulo, com a tese *O resgate do princípio da fraternidade no sistema de Justiça: realidade e desafios*. Esta se transformou no livro *O princípio constitucional da fraternidade: seu resgate no sistema de Justiça*. Belo Horizonte, D’Plácido, 2019.

Suas principais conclusões nesse trabalho, algumas das quais já antecipadas em suas decisões e votos:

[...]

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 do devido processo legal passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal e do humanismo normativo.

[...]

c) Uma das formas de vivenciar a fraternidade é fomentar as soluções dos conflitos sociais e judiciais pela via da conciliação, nas suas mais variadas formas (conciliação, mediação e arbitragem).

[...]

d) É verdade que a utilização da mediação para resolução de conflitos é especialmente interessante nas situações de relações continuadas, questões familiares, condomínios, vizinhos, colegas de trabalho, infância e juventude e relações em que haja afeto entre as partes, tendo em vista que permite a preservação do vínculo ao tratar o conflito como parte do histórico das partes e não como fenômeno isolado, propiciando o autoconhecimento de todos e envolvendo-os na solução do litígio.

(Ob. cit., pp. 169/172).

Porém, para os objetivos do presente artigo, a síntese conclusiva mais interessante da obra é aquela específica para a Justiça Criminal:

O processo penal não se encontra fora dessa premissa, pelo contrário, tem muito a ganhar com o estímulo da mediação extrajudicial, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal pública condicionada, em que a persecução penal depende da iniciativa da vítima.

De outra parte, também saltam aos olhos os caminhos que o instituto pode alcançar nas denominadas “infrações de menor potencial ofensivo”, já que o processo perante o Juizado Especial orienta-se pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Assim, ainda que se trate de um crime de ação penal pública incondicionada, muitas vezes há um conflito que antecede o delito, cuja pacificação é uma **exigência do Estado Democrático de Direito e do princípio da fraternidade que o fundamenta**. Tal técnica, portanto, pode prevenir, inclusive, novas infrações penais derivadas daquele embate.

Além do mais, a chamada Justiça restaurativa viabiliza, igualmente, o resgate de laços através do trabalho, dos estudos, das artes, da literatura, etc.

Em consequência, possível concretizar, igualmente, a cultura da (re)conciliação, com alicerce no princípio da fraternidade, no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da **humanização do próprio Direito Penal**. (Idem, pp. 172/173. Grifou-se).

Eis, portanto, o corolário da doutrina do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: a fraternidade é fundamento do Estado Democrático de Direito, viabiliza a cultura da (re)conciliação e é instrumento da humanização do Direito Penal.

Evidentemente, após a consecução desse belíssimo trabalho, o ministro não arrefeceu na aplicação do jusfraternalismo em sua atividade judicante. A produção de decisões e acórdãos impregnados dessa linha de pensamento é incessante.

Essa humanização do Direito Penal aparece em situações como a possibilidade de prisão domiciliar inclusive para quem estava cumprindo pena em execução definitiva no regime fechado, e não apenas para as hipóteses de prisão preventiva:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **PRISÃO DOMICILIAR EM EXECUÇÃO DEFINITIVA E REGIME FECHADO. POSSIBILIDADE.** MÃE DE MENOR DE 12 ANOS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO EM CRIME DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA OU CONTRA DESCENDENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. "A melhor exegese do art. 117 da Lei n.º 7.210/1984, extraída dos recentes precedentes da Suprema Corte, é na direção da possibilidade da prisão domiciliar em qualquer momento do cumprimento da pena, ainda que em regime fechado, desde que a realidade concreta assim o imponha" (HC n. 366.517/DF, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 27/10/2016).

2. Na espécie, todos os requisitos do HC coletivo n. 143.641/SP, do STF, foram atendidos: i) em que pese todas as condenações que recaem sobre a paciente, sem ou com trânsito em julgado (estelionato, dano, tráfico de drogas e associação ao tráfico), nenhuma delas refere-se a algum delito de violência ou grave ameaça à pessoa, e nem foram praticados contra descendente; ii) ela tem uma filha menor de 12 anos de idade, não importando, assim, a idade das outras duas, já que basta um dos seus filhos ter aquela idade.

3. Já a imprescindibilidade dos cuidados da mãe para com o filho não constitui requisito do HC coletivo em comento, assim como o cometimento de infrações disciplinares, como a fuga. O que se quer privilegiar e proteger é a criança, situação que pode ser agraciada em atendimento ao **princípio da fraternidade**.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC 113.084/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 22/10/2019. Grifou-se).

O espírito de fraternidade trazido pela doutrina do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca à jurisprudência criminal do STJ pode mesmo ser notado em decisões de seus colegas, mencionem elas ou não, expressamente, o princípio que ele tão brilhante e veementemente defende.

Observem-se as ementas a seguir:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO PELO ESTUDO. DEBATE DO TEMA PELO TRIBUNAL A QUO. AUSÊNCIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. VERIFICAÇÃO DO ALEGADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL, ANTE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE ORDEM DE OFÍCIO, POR ECONOMIA E CELERIDADE PROCESSUAIS. INDEFERIMENTO DO BENEFÍCIO, COM BASE NA EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM EXAMES NACIONAIS QUE ATESTAM A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, NOS TERMOS DA RECOMENDAÇÃO N. 44 DO CNJ. PACIENTE QUE LOGRA COMPROVAR A CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO, POR MEIO DE CERTIFICADO DE CONCLUSÃO.

REALIZAÇÃO DE EXAMES SUPLETIVOS, CAPAZES DE DEMONSTRAR QUE O APENADO ESTUDOU NOS ANOS DE 2004 E 2005. IN DUBIO PRO REO. APLICABILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ASSIDUIDADE, POR MEIO DE ATESTADO DE FREQUÊNCIA ESCOLAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO.

1. Evidenciado que o Tribunal de origem não debateu a questão relativa à remição referente ao período de 2004/2005, o conhecimento originário da questão configura indevida supressão de instância.

2. Prezando por economia e celeridade processuais, bem como, diante da existência de constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do sentenciado, cabível a verificação da alegada coação e a concessão de ordem de habeas corpus de ofício.

3. No caso, o Juízo de primeiro grau, ao indeferir o pedido de remição pelo estudo formulado pela defesa, aplicou o entendimento segundo o qual somente a submissão do sentenciado aos exames previstos na Recomendação n. 44/2013, do Conselho Nacional de Justiça, seriam hábeis a comprovar o direito ao benefício, ou seja, considerou que o paciente não participou de curso presencial ou à distância, mas, apenas, estudos por conta própria.

4. Diante da alegação do paciente/impetrante de que efetivamente participou de curso presencial no estabelecimento prisional, mas foi prejudicado pelo fato de a Administração Penitenciária não ter logrado emitir atestado de sua frequência, bem como da existência de documentos que demonstram ter o apenado realizado exames supletivos, os quais ensejaram a obtenção de certificado de conclusão do Ensino Médio, a dúvida deve militar em favor do condenado.

5. Exigir que, no caso concreto, o direito à remição seja reconhecido apenas por meio da comprovação de aprovação no ENEM (art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/CNJ) configura rigor que vai contra a ressocialização do condenado, bem como aos objetivos da Lei n. 12.403/2011, de reforçar reintegração social e readaptação ao convívio do condenado por meio do aprimoramento estudantil.

6. Considerando-se que o paciente estudou nos anos de 2004 e 2005, tanto que logrou certificado de conclusão do Ensino Médio, o cálculo do benefício deve ser realizado de acordo com o disposto no art. 1º, IV, da Recomendação n. 44/CNJ.

7. Importante ressaltar que o presente precedente foi firmado mediante a consideração, além do caso concreto, com todos os documentos que o respaldam, da 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.

8. Writ não conhecido. Concessão de ordem de habeas corpus de ofício para determinar que o Juízo de Direito da 2ª Vara de Execuções Criminais da comarca de Taubaté/SP reaprecie o pedido de remição da pena formulado em favor do paciente, considerando que ele efetivamente estudou nos anos de 2004 e 2005, efetuando o cálculo dos dias remidos de acordo com o art. 1º, IV, da Recomendação n. 44, do Conselho Nacional de Justiça.

(HC 376.140/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 24/05/2017. Grifou-se).

PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. LATROCÍNIO TENTADO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR. PACIENTE MÃE DE FILHOS MENORES DE 12 ANOS DE IDADE. ART. 318 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL RECONHECIDO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O decreto prisional apresentou fundamento válido, consistente na fuga da recorrente, pois, depois da prática do delito, a investigada fugiu com Everton, sendo capturada na cidade de Tramandaí/RS, três meses após o fato, o que constitui base empírica idônea à decretação da custódia preventiva.

2. O Estatuto da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016) passou a admitir a substituição da prisão preventiva por domiciliar na situação de mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, art. 318, V, CPP, quando não se aponta fundamentação idônea para afastar esta medida cautelar.

3. A recorrente é mãe de 2 (dois) menores, atualmente com 3 e 7 anos de idade, cada um, o que atrai a aplicação do art. 318, V do CPP, a fim de que seja a medida extrema convertida em prisão domiciliar, não sendo apontado pelas instâncias ordinárias nenhum fundamento que demonstre risco aos menores.

4. Recurso em habeas corpus parcialmente provido, para converter a prisão preventiva da paciente P M DOS S em prisão domiciliar, o que não impede a aplicação de outras medidas cautelares diversas de prisão, por decisão fundamentada.

(RHC 92.700/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 14/03/2018).

Quanto a decisões monocráticas na linha do princípio da fraternidade, com ou sem menção explícita a ele, além das do próprio Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que são incontáveis, podem-se achar decisões de diversos outros integrantes da Seção Criminal do STJ, como — só para citar algumas recentes, em que o princípio aparece expressamente no corpo do *decisum*, porém há muitas mais — do Ministro Felix Fischer (no HC 561.870/RS, de 01/04/2020; no HC 566.252/SP, de 17/04/2020; no HC 568.221/SP, de 17/04/2020; no HC 559.945/SP, de 23/04/2020; no HC 575.721/SP, de 14/05/2020; no AgRg no HC 582.991/MT, de 18/06/2020), da Ministra Laurita Vaz (no REsp 1.810.154/SP; no HC 552.311/RJ, de 28/05/2020), do Ministro Rogerio Schietti Cruz (no AREsp 1.339.221/DF, de 30/03/2020), do Ministro Nefi Cordeiro (no HC 573.854/SC, de 15/02/2020; no HC 572.616/SP, de 22/05/2020), do Ministro Ribeiro Dantas (no RHC 123.496/SP, de 12/03/2020; no HC 566.369/SP, de 17/03/2020; no HC 559.392/MS, de 24/03/2020; no HC 560.047/MS, de 24/03/2020; no RHC 113.745/MG, de 30/03/2020; no HC 563.363/SP, de 06/04/2020; na RCD no HC 566.400/PE, de 13/04/2020; no HC 575.408/SP, de 27/04/2020; no HC 575.167/SC, de 28/04/2020; no HC 575.533/PR, de 28/04/2020; no HC 575.797/SP, de 29/04/2020; no HC 575.408/SP, de 14/05/2020; no HC 575.167/SC, de 25/05/2020; no HC 575.797/SP, de 25/05/2020; no HC 582.801/SC, de 27/05/2020; no HC 494.511/RS, de 01/06/2020; no HC 502.374/PR, de 02/06/2020; no AgRg no HC 581.024/SP, de 03/06/2020; no HC 557.482/SC,

de 10/06/2020; no HC 542.356/PR, de 12/06/2020; no RHC 123.524/CE, de 16/06/2020; no HC 556.850/RN, de 25/06/2020), do Ministro Joel Ilan Paciornik (no HC 573.639/SP, de 20/04/2020; no RHC 123.552/RJ, de 15/05/2020; no HC 570.089/TO, de 15/05/2020) e do Ministro (convocado) Leopoldo de Arruda Raposo (no HC 563.565/RO, de 25/03/2020), entre muitos outros.

Por tudo isso, vê-se que o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca já deixou sua marca indelével e positiva na jurisprudência criminal do Superior Tribunal de Justiça, contribuindo para torná-la cada vez mais humana e fraterna, na direção de uma cidadania integral e de uma prestação jurisdicional mais justa, e com isso influenciando beneficentemente as decisões de tribunais de todo o país, que se espelham — quanto à aplicação de toda matéria infraconstitucional federal — nos decisórios do STJ.

EDUCAÇÃO E FRATERNIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota¹

Michele Nóbrega Elali²

Sumário: 1. Introdução; 2. Educação em tempos de pandemia; 3. Educação como direito humano, fundamental e social; 4. Educação e fraternidade: como podemos avançar?; 4. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O objeto do presente artigo é situar a pandemia em seu contexto político, bem como buscar conhecer as repercussões do aludido fenômeno na seara educacional, especialmente no que diz respeito às crianças e adolescentes, para, ao final, compreender as possibilidades e as condições para um retorno às aulas à luz da fraternidade.

A importância do tema transcende o debate sobre as implicações que a humanidade poderá retirar do impacto da pandemia sobre as vidas das pessoas, mas sobretudo na forma de as pessoas, e aqui, principalmente crianças e adolescentes, fazerem um retorno às aulas presenciais de modo seguro.

O maior desafio da humanidade agora é enfrentar, sem mais prejuízos, os estragos causados pelo vírus COVID-19, os quais certamente não seriam tão desastrosos se a sociedade não vivesse sob um modo de produção que continua a reduzir tudo à mercadoria e a transformar as relações entre pessoas numa relação entre coisas, e coisas não tem como ser solidárias ou fraternas.

É nesse contexto que estas breves reflexões se apresentam em três olhares. O primeiro refere-se ao cenário pandêmico que ora se apresenta; o segundo, versa sobre o reconhecimento da educação como direito fundamental à luz do ordenamento jurídico posto, e

¹ Professora da UFRN, Advogada, Pós-graduada em Direito Público; Mestre em Direito Constitucional (UFRN); Membro do GESTO-UFRN (Grupo de pesquisas direitos sociais e contemporaneidade); Coordenadora do NETIN-UFRN (Núcleo de estudos sobre trabalho infantil) e do Motyrum Infante (UFRN); membro do Observatório Boa-Ventura de Estudos Sociais (UFRN); Coordenadora Adjunta do NEDDIG/UFRN (Núcleo de Estudos em Direito Digital); e-mail: fabianadsamota@gmail.com

² Professora da UFRN, Advogada, Doutora em Direito (USP), Doutora e Mestre em Direito Privado (Univ. Salamanca/ES), Coordenadora do NEDDIG/UFRN (Núcleo de Estudos em Direito Digital); e-mail: michele@usal.es.

por fim, se perquire o papel do princípio da fraternidade na missão de resguardar o direito a educação de todos, e não de uma minoria privilegiada.

A pandemia visibilizou para muitos a verdadeira desigualdade social em que vivem hoje milhões de brasileiros, de modo que não se pode deixar que fatos históricos tão impactantes caiam no esquecimento, urge tematizá-los como condição de tirar implicações da experiência para um futuro mais igual, transformador e fraterno, para uma educação que possa ser igualitária e transformadora desta realidade social.

Tematizar a invisibilidade da experiência vivenciada por muitas crianças e adolescentes que fazem a educação pública neste país passa pelo desafio de se procurar saber se a pandemia será capaz de provocar ou não o descortinamento da sociedade em relação ao capitalismo como opção ora posta e de que modo a fraternidade consegue se instaurar neste cenário.

A urgência na tematização da educação em tempos de pandemia, à luz de um resgate da fraternidade é figura imprescindível e capaz de trazer sensibilidade, dialogicidade, conscientização e uma transformação humanescente a ponto de se optar por, sob o viés de um manto de proteção, colocar todas os alunos em pé de igualdade no retorno a seus ambientes escolares, ou deixar como está e se perguntar a quem interessa um regresso desigual das atividades escolares presenciais nos moldes propostos.

2. EDUCAÇÃO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Em fins do ano de 2019, o mundo conheceu um vírus de capacidade mortal voraz, que em poucos meses tomou conta do planeta e contaminou parcela considerável da população. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde - OMS declarou o estado de pandemia (BRANSWELL; JOSEPH, 2020). Até hoje, o dia 03 de agosto, 17.965.128 casos foram confirmados em nível global, com 689.370 óbitos. O Brasil desponta, infelizmente, em 2º lugar no ranking mundial, com 2.733.677 e 94.130 mortes contabilizadas (HOPKINS, 2020), com projeção de infecção de até 2/3 da população mundial, além de mutação constante do vírus, como há de se esperar.

O vírus Covid-19 traz consigo um poderoso impacto nas relações sociais e familiares, ao impor o isolamento social. As desigualdades econômicas, sociais e educacionais afloram à vista de tal forma que se torna impossível negá-las. É tamanha a crise

que vem como uma avalanche impactando as vidas de muitas e muitas famílias no Brasil e no mundo.

Boaventura de Sousa Santos, isolado sob os efeitos das estratégias governamentais de enfrentamento da pandemia portuguesa, escreveu “A Cruel Pedagogia do Vírus”, e assevera tratar-se de um agravamento da crise “permanente” já existente, cujo objeto é mesmo não ser resolvida, já que justifica cortes em políticas sociais e baixos salários, que, por sua vez, visam “legitimar a escandalosa concentração de riqueza e boicotar medidas eficazes para impedir a iminente catástrofe ecológica” (SANTOS, 2020, p. 5).

No que respeita à educação, a par de ser uma discussão antiquíssima, Josiane Rose Petry Veronese lembra a relevância do que representa o Século XVII para o tema, já que daí data o conceito de educação no mundo, passando a pensar a criança de forma inicial de modo a agravar, na verdade sua condição, para depois, enfim, sair da situação de “adestramento”, passando, somente a partir do final do século XIX e início do século XX, a ser melhor compreendida e entendida como ser em desenvolvimento. (VERONESE, 2013)

Sob esse olhar, lembra uma realidade da época que, todavia, acompanha os dias atuais, especialmente neste contexto pandêmico, há dos dois tipos de crianças, e, portanto, também de dois tipos de educação, a partir do estamento social vivenciado. (VERONESE, 2013)

Visualiza-se tal contexto nas inúmeras crianças que se encontram sem aulas nas escolas públicas no Brasil, neste momento.

A ONU (Organização das Nações Unidas) traz a informação de que “60% das crianças em todo o mundo não estão recebendo educação, um nível nunca visto desde os anos 1980”. (ONU, 2020)

O UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) alerta para o fato da necessidade da utilização da busca escolar, para resgatar cada criança e adolescente que não conseguiu se manter em aprendizado neste período. (UNICEF, 2020)

Os dados revelam que com a pandemia, cerca de 35 milhões de crianças e adolescentes ficaram fora das salas de aula. As escolas privadas criaram suas opções para o enfrentamento da situação, tais quais as aulas remotas e exercícios on-line. Contudo, a mesma alternativa não pode ser alcançada pelos mais vulneráveis, que, em face do isolamento/distanciamento social necessário, ficaram sem as aulas presenciais e sem a

oportunidade do acesso a aulas por meios digitais, o que vem a agravar a própria evasão escolar já acentuada no país. (UNICEF, 2020)

Mesmo com as opções de atividades para a continuidade das aprendizagens em casa, pelo menos 4,8 milhões de crianças e adolescentes em todo o Brasil não têm acesso à Internet em casa, além de outros milhões com acesso precário ou falta de equipamento, não podendo manter o vínculo com a escola durante todo o período de isolamento social. Tudo isso, somado a questões econômicas, contribui para a evasão. (UNICEF, 2020)

Diante deste quadro que apresenta, como não lembrar da Pedagogia do Oprimido, da Pedagogia da Esperança, de Paulo Freire, ora estes são os “oprimidos aos esfarrapados do mundo e aos que neles se descobrem e, assim descobrindo-se, com eles sofrem, mas, sobretudo, com eles lutam” (FREIRE, 1987, p. 15).

As desigualdades sociais e educacionais vieram à tona com mais intensidade neste período ora vivido pela população mundial, e com mais razão aqui no Brasil, país gigante em extensão e grandioso em população, dividindo estudantes pobres e ricos em quarentenas tão distintas, ambas de tristeza, mas uma apaziguada pelo gozo da garantia da educação, da mesa farta, internet banda larga, equipamentos de última geração, webcams, uma infinidade de *lives*; outra de intranquilidade e incerteza com o dia de amanhã, com a ausência de qualquer conteúdo educacional, haja vista a carência de recursos digitais que pudessem proporcionar as aulas remotas, ou qualquer outro tipo de educação à distância, a dúvida quanto ao alimento de amanhã, já que em muitas famílias, a merenda escolar era a principal refeição da criança durante o dia, e da falta da própria água para higiene básica que, em muitos bairros e favelas, não se sabe se cairá amanhã das torneiras, bem assim a energia que pode ser cortada pela falta de pagamento, amanhã.

Enfim, são muitas incertezas que permeiam cabeças e lares de grande parte da população e aqui, de crianças e adolescentes estudantes, onde tais quarentenas se constituem em pólos extremamente opostos: muitos ansiosos e depressivos por não ter o que fazer, mesmo tendo ao seu redor livros, computador, celular, tablets, webcams, Tv e internet banda larga, 5G, uma infinidade de artigos de luxo e boa comida; outros, entregando a boa comida, sem poder saborear, sem sequer saber se terá o suficiente para se alimentar e à família naquele e no outro dia, ansiosos e por isso, deprimidos também por isso, mas sem poder se dar uma quarentena em casa, segura, longe do vírus, tendo que enfrentá-lo todos os dias nas entregas das compras de mercado, dos restaurantes, das farmácias, entregando tudo de que não pode

usufruir, na busca simplesmente por sobreviver a esta pandemia, sem poder frequentar a escola, sendo-lhes negada qualquer instrução, e ao final, sequer imaginar que outras pandemias podem estar a caminho, mais severas do que esta, mais invasivas, mais seletivas.

É impossível ver tudo isso e não se questionar sobre a sociedade em que vivemos e a distância entre aquela que queremos...é necessário chamar a baila a sabedoria de Freire ao invocar a “unidade na diversidade” (FREIRE, 1992, p. 78).

Dá também a necessidade de não se conformar com este quadro, de assumir a natureza do ser humano de transformar, de não se conformar ou se adaptar, mas de ao menos tentar. (FREIRE, 2018).

É hora de acordar, e aqui se avoca os conhecimentos de Leonardo Boff, que já há muito apregoa a necessidade de cuidar, de ensinar a cuidar, de saber cuidar, do cuidado mútuo, da solidariedade. (BOFF, 1999).

No mar de sentimentos que surgem a partir da visão desta distinção de realidades entre crianças e adolescentes de mesma nacionalidade, mesma região, mesma cidade, mesma faixa etária, vem ondas de revolta, medo, pena, sensação de impotência, e outros sentimentos similares.

Veem-se atores como fome, miséria, pobreza, desemprego, depressão e mortes, falta de zelo, de cuidado, de educação mesmo, onde se faz necessário buscar *algo maior* do que temos atualmente, maior até que a solidariedade para sustentar uma mescla de tantos problemas ao mesmo tempo, uma turbulência coletiva: *a fraternidade*, a necessidade de pensar no outro, cuidar do outro, sentir como o outro. É dela que vamos nos valer na abordagem do próximo tópico.

3. EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO, FUNDAMENTAL E SOCIAL

O direito à educação é direito humano, fundamental e social, previsto em vários dispositivos pátrios, além de internacionais, a exemplo da Declaração sobre os direitos da criança, de 1959, Convenção sobre os direitos da criança (CDC), que juntamente a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), vem, em pouco mais de 30 anos de existência, evoluindo e transformando vidas, ao migrar do princípio da situação irregular ao princípio da proteção integral.

O Direito a educação resta estampado em nível internacional, especialmente na Convenção sobre os direitos da criança, de 1989, ratificada pelo Brasil no mesmo ano em que entrou em vigor, 1990. Em nível de Brasil, resta estampado na Carta Cidadã, em seus artigos 205 e seguintes, além de no artigo 227; e no ECA, especialmente nos artigos 4º e 53, que em seu inciso I, lhe garante que tal se dê em igualdade de condições para seu acesso e permanência.

Desse modo, é assegurado o direito a educação, independentemente de se dar em rede pública ou privada, em igualdade de condições, inclusive de metodologias e quaisquer outras necessidades pedagógicas, como bem lembra o Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo:

Quando a lei fala em igualdade de condições para o acesso e permanência, está também implícita a necessidade de uma “adaptação” da metodologia de ensino aos novos tempos, de modo que a educação atenda as “necessidades pedagógicas” específicas do alunado, tal qual previsto no art. 100, caput, do ECA; arts. 4º, incisos VI e VII; 26; 28 e 37, da LDB e disposições correlatas contidas no PNE. (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p.119).

Assim, de se salientar, que, no momento atual, cabe ao Estado, na ausência da família, propiciar condições a crianças e adolescentes de terem suas aulas no formato remoto atendidas, se for esta a forma possível, e sem argumentos embasados na tão aclamada *reserva do possível*, já que o artigo 227 da Constituição (BRASIL, 1988), garante a este segmento de pessoas a *prioridade absoluta* no atendimento de políticas que venham a atender suas necessidades.

Como bem coloca Digiácomo, a lei não traz palavras inúteis, e neste particular, as políticas a esta categoria relativas são prioritárias, inclusive amparadas em outras leis tais quais o do artigo 5º, inciso I, da Lei nº 13.431/2017 e artigo 3º, da Lei nº 13.257/2016:

o princípio da prioridade absoluta à criança e ao adolescente, que deve nortear a atuação de todos, em especial do Poder Público, para defesa/ promoção dos direitos assegurados a crianças e adolescentes. A clareza do dispositivo em determinar que crianças e adolescentes não apenas recebam uma atenção e um tratamento prioritários por parte da família, sociedade e, acima de tudo, do Poder Público, mas que esta prioridade seja absoluta (ou seja, antes e acima de qualquer outra), somada à regra básica de hermenêutica, segundo a qual “a lei não contém palavras inúteis”, não dá margem para qualquer dúvida acerca da área que deve ser atendida em primeiríssimo lugar pelas políticas públicas e ações de governo (como, aliás, expressamente consignou o parágrafo único, do dispositivo sub examine). O dispositivo, portanto, estabelece um verdadeiro comando normativo dirigido em especial ao administrador público,

que em suas metas e ações não tem alternativa outra além de priorizar - e de forma absoluta - a área infantojuvenil, como vem sendo reconhecido de forma reiterada por nossos Tribunais (...). (DIGIÁCOMO; DIGIÁCOMO, 2020, p.6).

Mais. No caso de retorno às aulas presenciais, que este aconteça no momento oportuno de forma igualitária, que a criança e adolescente seja ouvida e consultada, como sujeito de direitos que é, na forma que lhe garante diploma internacional e legislação nacional correspondente. E não só elas, mas todas as pessoas envolvidas no retorno, sejam elas da comunidade acadêmica, educacional ou de saúde e familiar, já que a situação ora vivenciada perpassa os muros da educação, sendo primordial as observações realizadas pelas organizações de saúde, mormente a Organização Mundial de Saúde (OMS).

O retorno tem que garantir não só a educação de qualidade, mas também a frequência segura e igualitária de todas as pessoas em idade escolar, sem distinções ou preferências.

A ONU (Organização das Nações Unidas) noticia a disparidade no acesso aos conteúdos e condições para se pensar em uma educação à distância ou remota: “Cerca de 826 milhões de alunos atualmente fora das salas de aula devido à pandemia da covid-19 não têm acesso a um computador em casa. O número corresponde à metade do total de alunos nessa situação”. Mais: “De acordo com a Organização das Nações Unidas para Educação Ciência e Cultura, Unesco, quase 706 milhões não têm ligação doméstica de internet.” (ONU, 2020).

O SEBRAE, em publicação da cartilha Enfrentamento da COVID-19, pela gestão escolar, sugere um Comitê de Gestão específico para tratar o assunto, a partir de um Plano de Comunicação: “Esse Comitê deve ser liderado e coordenado pelo(a) gestor(a) escolar com o envolvimento dos professores, funcionários, alunos e pais. O funcionamento do Comitê será definido a partir da decisão de seus membros”. (SEBRAE, 2020).

A cartilha continua sugerindo Cadastro de informações atualizado da comunidade acadêmica e parceiros e a escolha do canal de comunicação levando em considerações os meios de comunicação mais acessíveis àquela comunidade, seja ele digital ou o velho telefone e serviços de rádio local. Sugere, para os locais que tenham acesso à internet o uso de página ou site da escola, e-mail, redes sociais, tais quais WhatsApp, Facebook, Twitter, Instagram e Youtube, além das videoconferências por meio das tantas plataformas que oferecem aplicativos com o serviço, inclusive gratuito. (SEBRAE, 2020).

O CONANDA, preocupado com a equidade educacional nestes tempos, lembra que é urgente e necessária a adoção das medidas no sentido de promover esta igualdade digital, a

fim de rechaçar o agravamento das violações de direitos já sofridos a partir destas desigualdades:

É, de fato, urgente e necessária a adoção de medidas que garantam acesso à educação e ao ensino obrigatório à distância no contexto da pandemia, seja pelo uso da internet, seja por meio da rede de rádio e televisão, sem que isso impeça a avaliação da tendência ao agravamento das desigualdades de acesso, manutenção e progresso educacional já existente no Brasil, afetando especialmente as populações mais pobres e em municípios e comunidades mais afastadas dos grandes centros e eixos de desenvolvimento do país(...) As medidas adotadas para a continuidade do ensino obrigatório à distância, seja pelo uso da internet, seja por meio da rede de rádio e televisão, agravará a desigualdade de acesso à educação já existente no Brasil, afetando especialmente as populações mais pobres e em municípios e comunidades mais afastadas dos grandes centros e eixos de desenvolvimento do país, conforme já alertado pelo CONANDA na Carta nº 41/2020. Nesse sentido, a reposição das aulas em modalidade presencial no ensino obrigatório é medida necessária para assegurar a educação de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social, prevenindo e quebrando o ciclo do trabalho infantil. (CONANDA, 2020).

Nesse ponto, vale questionar se as aulas remotas são a solução para o problema, e se são, para que segmentos de estudantes? E em não atendendo a todos eles, e não podendo ser propiciada meio de acesso a todos pelo Estado, não serve ao que se propõe. Que se aguarde o retorno às aulas presenciais, pois anos letivos pode-se ter muitos pela frente; já as vidas tiradas pelo vírus, não há como resgatar. São só números?

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) em nota pública, lembra que ainda vivenciamos uma crise mundial, e que é necessária uma articulação geral para que se possa retornar às aulas de modo minimamente seguro:

Há uma crise sanitária mundial, ainda em curso, portanto os planos de retorno devem atender às recomendações de intervenções nos espaços físicos que garantam a preservação da vida e da saúde. Qualquer retomada das atividades presenciais nas escolas requer uma avaliação profunda dos sistemas educacionais brasileiros, com um desenvolvimento de um plano de ações que inclua um planejamento de retorno gradual, considerando a atenção primordial à saúde emocional e física dos estudantes e dos profissionais. (...) O direito à vida é inviolável segundo nossa Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente e por estas razões defendemos o adiamento da retomada das aulas presenciais nas escolas públicas e particulares para um momento em que estejam atendendo os critérios mínimos estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde, uma vez que o direito a educação deve ser garantido com equidade e sem violar o direito à vida. (CONANDA, 2020).

Dessa forma, o retorno às aulas presenciais vai acontecer, mas no momento que se der, deve ser de interesse de todos, por que neste momento, é de se questionar a quem interessa o retorno dos alunos neste ambiente insalubre e inseguro em que se apresentam muitas escolas brasileiras, e sem a oferta e cumprimento dos protocolos de segurança mínimos necessários?

O secretário-geral da ONU, António Guterres retrata a pandemia afirmando que "Agora enfrentamos uma catástrofe geracional que pode vir a desperdiçar um potencial humano incalculável, minar décadas de progresso e exacerbar desigualdades instaladas." Salienta, ainda ser "a maior disrupção de sempre na educação". Sublinha que conforme a ONU, "em meados de julho as escolas permaneciam encerradas em mais de 160 países, o que afeta mais de mil milhões de estudantes sendo que mais de uma centena de países ainda não anunciaram as datas de reabertura", e, salienta a importância deste momento para crianças e jovens, e a responsabilidade governamental: "As decisões que os governos venham a tomar agora vão ter um efeito duradouro em centenas de milhões de jovens, assim como nas perspectivas de desenvolvimento dos países, durante décadas". (DW, 2020).

A educadora Andréa Ramal, à vista de todas as situações já relatadas e com o fito de não se agravarem estas desigualdades educacionais já existentes, sugere que se deixe de lado esta questão do cômputo de carga horária de ano letivo, pensando em módulos, desenvolvendo as competências para enfrentamento do problema no ensino básico, no qual contamos com a ausência de preparo de alunos e professores no ensino híbrido. (TV BRASIL, 2020).

O contato social que a escola propicia é de fato importantíssimo, mas diante do cenário pandêmico vivido na atualidade e sem previsão de seu fim, há que se buscar alternativas dentro da realidade brasileira. Há que se questionar o que é mais viável ao Estado Brasileiro, fornecer os meios adequados à inclusão digital dos alunos da rede pública ou, alternativamente, realizar os investimentos necessários no retorno seguro às aulas presenciais.

A alternativa que se apresenta ainda é uma só: o investimento urgente e prioritário para que as aulas remotas funcionem para toda a rede de estudantes, não só para os que estudam em escolas particulares, ou se desconsidere o período letivo como é previsto hoje e se pensem em módulos de disciplinas. É preciso o acesso à educação, o acesso equitativo à educação, sob pena de se agravarem ainda mais as desigualdades educacionais e sociais já existentes, tendo que lidar ainda com um número maior de evasões escolares.

4. EDUCAÇÃO E FRATERNIDADE: COMO PODEMOS AVANÇAR?

A disparidade educacional no Brasil é vista já a partir do tratamento dispensado pelas escolas às crianças, situação em que as que estudam em boas escolas particulares, estão tendo acompanhamento e aulas on-line, em computadores ou celulares ligados à internet, com capacidade para atender tal necessidade, enquanto os alunos de escola pública encontram-se sem aulas, sem perspectiva de retorno, sem um projeto ou política básica que lhes permita usufruir do próprio mínimo existencial numa sociedade civilizada, dentre outras coisas, a educação. E, por fim, sem a empatia e sabedoria necessárias de autoridades governamentais, que insistem em manter exames nacionais de aprendizado e seleção para alçar o nível superior, em evidente disparidade de condições dos participantes, agravando as desigualdades já impostas pela seleção já posta desde os anos iniciais da educação, por meio do segmento de alunos da rede pública e da esfera particular.

A partir da experiência pela qual o mundo passa neste momento, o Papa Francisco aduz que “Uma emergência como a da Covid-19 derrota-se antes de tudo com os anticorpos da solidariedade” (FRANCISCO, 2020, p. 50). Eis o nosso esperar.

À vista do contexto vivenciado, de crianças e adolescentes fora da escola, urge, portanto, se reconhecer como sujeito e protagonista da história, se inserir e construir o mundo, não somente adaptar-se a ele e a suas imposições, urge ser fio condutor e “motor da história”. É preciso, diante do cenário pandêmico, ter esperança, ser esperança, esperar com esperança, a fim de construirmos uma sociedade melhor, pois reverberando Freire “não há mudança sem sonho, como não há sonho sem esperança” (FREIRE, 1992, p. 47).

O espetáculo é caótico, a necessidade de sonhar, de ter esperança e de promover mudança, um fato. Para tanto, é preciso empatia, sentir como o outro sente, agarrar-se a fraternidade, e seguir, entendendo que ninguém se salva sozinho e que há um vírus de maior potencial que devemos temer, o do egoísmo (FRANCISCO, 2020). Este sim, causa estragos ainda maiores do que os atuais.

O UNICEF, em parceria com a União Nacional dos Dirigentes Municipais de Educação (Undime), anuncia a criação de poderosa ferramenta para ser utilizada neste período, a Busca Ativa Escolar em Crises e Emergência. Explica: “Trata-se de um guia para apoiar estados e municípios brasileiros na garantia do direito à educação de crianças e

adolescentes em situações de calamidade pública e emergências, como a pandemia da COVID-19.” (UNICEF, 2020).

A partir desta iniciativa, que se preocupa não só com a busca pela criança, mas também por um retorno seguro, vemos um pouco do que seria um olhar direcionado a protagonistas de um mundo que precisa ser melhor, mais fraterno, mais justo, mais igual, respeitadas as suas peculiaridades.

O retorno às aulas deve acontecer uma hora, já que a alternativa a aulas on-line para todos os estudantes pode-se dizer resta descartada num contexto educacional de maior inclusão, porquanto o que se vê, nos dias atuais, é um verdadeiro *apartheid digital*. Tal política tem sido adotada por universidades públicas, mas infelizmente não parece que vai alcançar todos os alunos da rede pública de ensino fundamental e médio.

Assim, a saída que se tem, é o retorno, mas um retorno programado e seguro, a partir de iniciativas e estudos de toda a rede municipal.

É preciso garantir que as escolas estejam preparadas para recebê-los com segurança. Isso inclui adaptações no ambiente escolar que mantenham estudantes, famílias e profissionais de educação protegidos, como adaptações no transporte escolar, na ventilação das salas de aulas e no acesso a água e saneamento nas escolas, entre outros pontos. Há também que se investir em práticas pedagógicas e apoio psicossocial a educadores e profissionais para a retomada. (ONU, 2020).

Frente à violação de direitos fundamentais no cenário pandêmico, ratifica-se o entendimento elencado em “Educação em tempos de pandemia: a integração da liberdade, igualdade e fraternidade para a efetivação dos direitos fundamentais” no sentido de que “pensar em um novo olhar para os direitos fundamentais é essencial para se adaptar à nova realidade, desconhecida e desafiadora, onde a fraternidade pode ser um caminho necessário e unificado”. (JUNQUEIRA; PINTO, 2020, p. 368).

A educação, é direito que precisa ser garantido, indistintamente, porquanto constrói o espírito de cidadania nas pessoas, é “Um direito que interfere em muitos outros e que é mola propulsora da democracia, bem como construtor da cidadania”. Ademais, se perfaz em artefato que assim se pronuncia: “Seja pela lógica do pensamento liberal ou do pensamento social, a educação é indispensável, na medida que é ela que perpetua a cultura e os elementos identificadores e definidores de valores de determinada sociedade”. (JUNQUEIRA; PINTO, 2020, p. 371).

Mesmo diante das intempéries que se vem enfrentando Junqueira e Pinto asseveram que “A educação, ainda que diante de situações insólitas, não pode parar, ela é que conduz a esperança de dias melhores, mantém a rotina e o contato com o mundo fora da residência, na construção da identidade social. (JUNQUEIRA; PINTO, 2020, p. 371).

A fim de se buscar concretizar e satisfazer o direito a educação de seres humanos, enquanto direito fundamental e social, e dentro deste contexto de pandemia, urge clamar por um princípio que se fundamentou nos ideais da Revolução Francesa, o princípio da fraternidade.

A burguesia revolucionária lastreou sua ação política em três princípios, a saber: a igualdade, a liberdade e a fraternidade. Infelizmente, não podemos afirmar que tais premissas axiológicas foram concretizadas, contudo, de se observar que dentre todas a mais desprezada foi a fraternidade, por isso urge o esperar.

Segundo Flávia Moreira Guimarães Pessoa, a fraternidade tem antecedentes inicialmente na doutrina cristã, reconhecendo a irmandade em todos os seres humanos:

A fraternidade encontra suas raízes na doutrina cristã e tem como fundamento a filiação comum ou paternidade universal, quando reconhece que todos os seres humanos são filhos do mesmo pai. A fraternidade, em uma perspectiva crista, destaca-se pelo universalismo das relações mantidas entre as pessoas, sem qualquer tipo de exclusão, discriminação ou barreiras sociais, políticas ou econômicas. (PESSOA, 2020).

De difícil conceituação, vai de concepções liberais, republicanas, cristãs e socialistas, sem olvidar, em qualquer delas, a necessidade de olhar o próximo, em pé de igualdade com si próprio. O conceito de fraternidade é complexo, analisado em dimensões, no qual se veem a dimensão comunitária, a afetiva e a prática. (AMAYA, 2016)

A dimensão comunitária pressupõe vínculo comum que permeia as relações fraternas, nas quais se compartilham vínculos, “En las relaciones fraternales, los individuos reconocen a los otros como iguales en virtud del valor compartido, e.g., la común humanidad, la condición de mujer, la pertenencia a un movimiento obrero, etcétera”³ (AMAYA, 2016, p. 30). Aqui, as responsabilidades, direitos e obrigações também são compartilhadas em razão do elo que os une.

³ Nas relações fraternas, os indivíduos reconhecem os outros como iguais em virtude do valor compartilhado, ex., a humanidade comum, a condição de mulher, a participação em um movimento trabalhista, etc. (tradução nossa)

A dimensão afetiva tem como características os sentimentos de amor, lealdade, confiança, empatia, entre outros; e, por fim, a dimensão prática, onde os vínculos se mostram desinteressados, dispostos a um compartilhamento inclusive de bens materiais, se necessário, altruísticos mesmo, de modo que o conceito de fraternidade pode estar imbuído de uma comunidade mais ou menos ampla, a depender dos comportamentos adotados, sendo realizada quando cada membro se reconhece igual e compartilha valores, são ligados por laços de afeto, e se dispõem a ajuda mútua (AMAYA, 2016).

A fraternidade não é só lema, nem tampouco só princípio, sua força é muito maior e na realidade, vem de antes da própria Revolução de que foi *slogan*, pois é conhecida desde a antiguidade, com um longo histórico, perpassando por laços familiares, dentre outros, tais quais liames comerciais da era medieval e vínculos ético-políticos no período helenístico, fazendo-se presente, ainda, em textos constitucionais a partir de 1948, como o da Constituição francesa de 1948, em seu preâmbulo, bem assim em movimentos sociais e laborais da época, com a identificação de sua presença se esvaindo a partir da metade do século XIX (AMAYA, 2016).

Há que se questionar os motivos pelos quais tal mitigação acontece, situação sobre a qual Amalia Amaya traduz tal estranhamento em algumas hipóteses, dentre as quais se destacam: a fraternidade não se coaduna com individualismo típico do liberalismo, muito ao contrário, se liga a objetivos comuns; o tipo de vínculo social exigido para que esta se estabeleça, dissonante da sociedade atual de grande escala; a liberdade e igualdade se utilizam de meios jurídicos e reformas políticas para sua efetivação, enquanto que ainda não se tem os mecanismos próprios para que a fraternidade se concretize; a incompatibilidade da fraternidade com o sistema capitalista, o qual privilegia o mercado, ao invés da ajuda mútua e da cooperação, dentre outros (AMAYA, 2016).

Como bem pontua Amartya Sen, deve-se valorar as prioridades das políticas públicas (SEN, 1999), dos efetivos interesses em materializar a fraternidade no contexto social, fazendo emergir povos ora à deriva social ao status de liberdade real. Nesta toada Carlos Augusto Alcântara Machado é categórico ao pontuar que a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre os princípios tradicionalmente assegurados da liberdade e da igualdade e assim se concretiza (MACHADO, 2008).

Paira a indagação se não será possível contar com a fraternidade no novo mundo que se anuncia pós-pandemia. A autora toma como certo que o conceito de fraternidade é algo

mais amplo do que a solidariedade, sendo esta uma de suas facetas, voltada ao auxílio aos necessitados e vulneráveis (AMAYA, 2016). Também há salientar-se que não se pode contentar-se somente com esta, mas na atual conjectura político-econômica mundial, difícil visualizar a implementação de uma sociedade totalmente fraterna, porquanto tais relações subtemem uma igualdade por ora totalmente inexistente.

Portales diz que a fraternidade e a solidariedade podem caminhar juntas: “La idea de fraternidad evoca una serie de valores éticos y políticos como reciprocidad, cooperación, solidaridad, comunidad, familia” (PORTALES, 2016, p. 218), ao passo em que ambas também se opõem a valores em sintonia: ‘En oposición a la soledad, egoísmo, codicia, miseria, sufrimiento o el enemigo, en este aspecto, la fraternidad parece sinónimo de solidaridad’ (PORTALES, 2016, p. 218).

Há autores brasileiros que também entendem ambos princípios como sinônimos, como direitos fundamentais de terceira dimensão, de titularidade transindividual, seja coletiva ou difusa, ou até metaindividual, ou mesmo transnacional, pelos esforços e responsabilidades de escala mundial para serem concretizados. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019)

No que atine aspecto de recepção do princípio pelos Tribunais Brasileiros, já temos manifestações no sentido de seu reconhecimento em alguns julgados, a exemplo das ADI 3.768- 4/DF172 (Relatora Ministra Carmem Lúcia e ADI 3.128173 (Relator Ministro Carlos Ayres Britto) no Supremo Tribunal Federal, bem assim do Superior Tribunal de Justiça, por meio dos Habeas Corpus 461.789 e 466.704 (relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca), este último com esboço no Preâmbulo e artigo 3^a da Constituição Cidadã.

Não se pode esquecer que o princípio encontra raízes já na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, também ratificada pelo Brasil, sob o seguinte texto: “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.” (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Em apertada síntese: “Pensar em um novo olhar para os direitos fundamentais é essencial para se adaptar à nova realidade, desconhecida e desafiadora, onde a fraternidade pode ser um caminho necessário e unificador.” (JUNQUEIRA; PINTO, 2020).

É de se buscar tal alternativa, quando se vê que a pandemia, de certo modo, nos propiciou vivenciar uma situação de igualdade, na qual há a necessidade de cuidar de si, e cuidar do outro:

Lo poco que sabemos hasta hoy sobre cómo nos cambió la pandemia es que, a simple vista, nos devolvió una cierta sensación de igualdad, de pertenencia a una misma comunidad. Alteradas las rutinas cotidianas y las certidumbres, el “enemigo invisible” nos igualó. Hoy nos percibimos todos igualmente vulnerables ante su amenaza, todos igualmente inseguros, todos igualmente temerosos. Y como todos podemos ser afectados si los demás se afectan también, en gran medida el problema del otro tiende a convertirse en un problema de todos. (CANELO, Paula, 2020, p. 18-19)⁴.

De se questionar, a partir desta silenciosa igualdade que o vírus nos traz, qual Estado queremos, um Estado que possa cuidar dos seus em situações de calamidade e pandemia, como está que se está vivenciando, nas palavras de Paula Canelo:

Preguntémonos ahora qué Estado queremos. Porque descubrir qué Estado nos falta, es lo que nos pone, en gran medida, en condiciones para discutir sobre una nueva estatalidad. Sobre las condiciones para lograr un Estado que sea capaz de producir y cuidar lo que nos es común (aquello que se encuentra en la tensión entre lo general y lo particular). Eso que nos hace comunidad en la diversidad que se muestra diariamente en barrios, sindicatos, clubes, empresas, partidos políticos, movimientos sociales; diversidades étnicas, culturales, religiosas, lingüísticas, de género, etc. Construir lo que nos es común rejerarquizando a la igualdad como valor y a la solidaridad como regla es decisivo, indispensable, en tiempos de creciente desigualdad y fragmentación social. (CANELO, Paula, 2020, p. 21)⁵.

Nesse mote, é perfeitamente possível a aplicação do princípio da fraternidade como argumento jurídico e vetor constitucional para fins de solução de conflitos envolvendo valores relativos à dignidade humana e pandemia (PESSOA, 2020), onde a fraternidade é praticada como direito humano fundamental (FONSECA, 2020).

⁴ O pouco que sabemos até agora sobre como a pandemia nos mudou é que, à primeira vista, nos devolveu um certo senso de igualdade, de pertencimento a uma mesma comunidade. Rotinas e certezas diárias alteradas, o "inimigo invisível" nos igualou. Hoje todos nós nos percebemos igualmente vulneráveis à sua ameaça, todos igualmente inseguros, todos igualmente temerosos. E uma vez que todos nós podemos ser afetados se outros também forem afetados, em grande parte o problema do outro tende a se tornar um problema de todos. (Tradução nossa)

⁵ Perguntemo-nos agora que estado queremos. Porque descobrir qual estado nos falta é o que nos coloca, em grande medida, em posição de discutir um novo estado. Sobre as condições para se chegar a um Estado capaz de produzir e cuidar do que é comum a nós (o que se encontra na tensão entre o geral e o particular). Aquilo que nos torna comunidade na diversidade que se manifesta diariamente em bairros, sindicatos, clubes, empresas, partidos políticos, movimentos sociais; diversidades étnicas, culturais, religiosas, linguísticas, de gênero, etc. Construir o que nos é comum re-hierarquizando a igualdade como valor e a solidariedade como regra é decisivo, indispensável, em tempos de crescente desigualdade e fragmentação social. (Tradução nossa)

Contudo, é necessário ir além, é preciso implementar o poder da prática política e social amparada na radicalidade do princípio da fraternidade, é necessário práticas sociais amparadas no princípio, é mister a busca por uma fraternidade concreta, que leve à organização política da população, como superação do patriarcalismo, do consumismo e próprio capitalismo, que não conseguiu apresentar-se suficiente nesta pandemia.

De fato, é por aí que podemos caminhar neste momento. A sociedade globalizada e capitalista como agora, não nos oferece mecanismos de implementação da fraternidade globalmente, contudo, permite que a solidariedade reine entre os povos, quiçá, caminhando cheia de esperança em busca da fraternidade global, que nos fará reconhecer um mundo só, um povo só, livres da desigualdade, irmãos na paz, no amor, na saúde e na educação de meninos e meninas que poderão usufruir de um futuro melhor.

Como bem aponta Reynaldo Soares da Fonseca ao se referir a fraternidade, alicerçado na liberdade e na igualdade, como fato de necessária responsabilidade social recíproca, outorgando e partilhando o pertencimento com todos os cidadãos (FONSECA, 2019).

5. CONCLUSÃO

O presente texto se propôs a tematizar a experiência ora vivenciada pela sociedade contemporânea trazida pelo Covid-19 especialmente na seara educacional, à luz da fraternidade.

Traçou-se, por primeiro, um panorama geral das implicações do vírus na vida dos diversos segmentos sociais no contexto educacional, sua forma de assimilação do cenário pandêmico, seus modos e opções de vivência ou sobrevivência no período, constatando-se que o atual sistema econômico capitalista e globalizado, não deu conta de conter a propagação do vírus, tampouco de cuidar dos cidadãos do mundo, de protegê-los e dar-lhes condições de passar com dignidade pelos tempos difíceis que todos somos obrigados a atravessar, mantendo crianças e adolescentes em aprendizado. Noticie-se que, no Brasil, o número de mortes já passa dos 100.000.

Nesse viés, mais uma vez, tem-se a chance de repensar conceitos, modos de viver e prioridades, a história dá a oportunidade de escolher o mundo pós pandemia que queremos.

Constatou-se em meio a uma crise global, que não há um bem-estar individualizado, pois o seu estado repercute no dos demais seres, e que não depende só de si para conquistá-lo, entendendo, ao final, que os bens materiais que tanto se valoriza no atual sistema capitalista, não são suficientes para nos trazer felicidade, nem o foram para conter a pandemia ou diminuir sua força, pois a quarentena traz consigo a consciência de que precisa-se de mais para viver a paz, de muito mais para se viver em paz, precisa-se do outro e que este outro esteja bem e possa gozar de uma situação equitativa.

Considerando o momento atual, a esperança é arcabouço que precisa ser forte o bastante para sustentar e clamar pela visibilidade da atual conjuntura, dos seus reflexos na vida da sua gente, do seu povo, do seu semelhante à luz da solidariedade, quiçá da fraternidade, mas uma fraternidade concreta, que nos leve a organização política da sociedade, como superação dos vícios com que hoje lidamos, tais quais o patriarcalismo, consumismo exagerado e sistema econômico que não satisfaz.

A humanidade precisa caminhar, tem a oportunidade de avançar, o questionamento que fica é se terá forças para tal, para dizer não aos excessos, ao que não precisa, ao que não foi o bastante para lhe proteger durante este período em que o invisível bate à porta, e dizer sim, ao que dignifica o ser, à divisão, ao compartilhamento, a uma igualdade substancial e enfim, à fraternidade, permitindo que todos possam gozar da aquisição de conhecimentos de modo igualitário, sem que haja ano letivo para uns, e fome saber para outros.

REFERÊNCIAS

ALERTA PARA RISCO DE AUMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA. **Senado Federal**, 2020. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/05/observatorio-alerta-para-risco-de-aumento-da-violencia-domestica-na-pandemia>>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

AMALIA, Amaya. La relevancia de la fraternidad. In: LEROUX, Sergio Ortiz (Coord.). **Las formas de la fraternidad**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2016.

Assembleia Geral da ONU. 1948. “**Declaração Universal dos Direitos Humanos**” (217 [III] A). Paris. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar: ética do humano, compaixão pela terra**. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 1999, *passim*.

BRANSWELL, Helen; JOSEPH, Andrew. Who declares the coronavirus outbreak a pandemic. **Stat News**. 11, de mar. de 2020. Disponível em: <https://www.statnews.com/2020/03/11/who-declares-the-coronavirus-outbreak-a-pandemic/>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990.

CRESCEM DENÚNCIAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA DURANTE PANDEMIA. **Câmara dos Deputados**, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/661087-crescem-denuncias-de-violencia-domestica-durante-pandemia>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8ª ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE NO BRASIL: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO**. Revista Dos Estudantes De Direito Da Universidade De Brasília, 1(16), 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/27948>. Acesso em: 19 de jun. de 2020.

FRANCISCO, Papa. **Vida após a pandemia**. Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2020.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança: um reencontro com a pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FREIRE, Paulo; OLIVEIRA, Walter Ferreira; FREIRE, Nita. **Pedagogia da Solidariedade**. 3 ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

JOHNS HOPKINS. Arcgis, 2020. Disponível em: <https://www.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>. Acesso em: 03 de ago. de 2020.

JUNQUEIRA, Michelle Asato; PINTO, Felipe Chiarello de Souza. Educação em tempos de pandemia: a integração da liberdade, igualdade e fraternidade para a efetivação dos direitos fundamentais. In: (organizadores: SOBRINHO, Liton Lanes Pilau; CALGARO; Cleide; ROCHA, Leonel Severo. **Covid-19 e seus paradoxos**. Itajaí, SC: UNIVALI, 2020.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, ano XVIII, n. 22, 2008.

Metade dos alunos fora da escola não tem computador em casa. **ONU News**, 21 de abr. de 2020. Disponível em: <<https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711192>>. Acesso em: 15 de jun. de 2020.

ONU quer reabrir escolas com segurança para evitar "catástrofe geracional". **DW**, 04 de Ago. de 2020. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/onu-quer-reabrir-escolas-com-seguran%C3%A7a-para-evitar-cat%C3%A1strofe-geracional/a-54429633>>. Acesso em: 15 de Ago. de 2020

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Fraternidade enquanto categoria constitucional em tempos de coronavírus. In: (coordenadores BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PORTALES, Rafael Enrique Aguilera Portales. La solidaridad: un valor más allá de la fraternidad. In: LEROUX, Sergio Ortiz (Coord.). **Las formas de la fraternidad**. Cidade do México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2016, p. 218.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A cruel pedagogia do vírus**. Ed. Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SEN, Amartya. **O Desenvolvimento como Liberdade**. Lisboa: Gradiva, 1999.

TV BRASIL. A educação em meio a pandemia: realidade e desafios. 2020. (6m58s). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=BXWv-ZD0CGU&t=418s>>. Acesso em: 12 de Ago. de 2020.

UNICEF: é urgente buscar cada criança e adolescente que não conseguiu se manter aprendendo. **Nações Unidas Brasil**, 24 de Jul. de 2020. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unicef-e-urgente-buscar-cada-crianca-e-adolescente-que-nao-conseguiu-se-manter-aprendendo/>>.

UNICEF. **30 anos da Convenção sobre os Direitos da Criança: avanços e desafios para meninas e meninos no Brasil**. Coordenação editorial Elisa Meirelles Reis...[et al.]. São Paulo: UNICEF, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proteção integral da criança e do adolescente no direito brasileiro**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 79, n. 1, p. 38-54, jan./mar. 2013)

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: sua construção histórica a partir do legado do fraterno Janusz Korczak

Joana Ribeiro¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O Legado de Janusz Korczak; 3. A Declaração de Genebra de 1924 e a Declaração de Direitos Humanos de 1948; 4. A Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e os relevantes tratados internacionais posteriores; 5. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A história da construção do Direito da Criança e do Adolescente se baseia na luta social e jurídica pelo reconhecimento das crianças e dos adolescentes como sujeitos de direitos prioritários e de proteção integral, com direitos específicos à condição de seres em desenvolvimento, conjugando o combate à exploração e às violências que a fragilidade inerente à idade os impõe, trata-se da construção de um paradigma de verdadeira proteção integral, a partir da Doutrina da Proteção Integral.

Este artigo pretende homenagear Janusz Korczak, por sua imensa fraternidade em ação prática e literária, que emolduraram o reconhecimento dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes.

Suas lições pedagógicas originais, suas percepções e sua ação prática fraterna, durante a vida e até a morte, ecoaram nos principais documentos internacionais de proteção às crianças e aos adolescentes, dentre os quais, serão abordados com destaque a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

O método utilizado é o indutivo e a justificativa diz respeito à necessidade de ressaltar a importância da fraternidade na construção da cultura de proteção às crianças e aos adolescentes.

¹ Juíza de Direito em Santa Catarina desde 2004. Mestre em Direito pelo Programa de Mestrado Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (2020). Doutoranda em Direito pelo PPGD/UFSC. Especialista em Processo Civil pelo sistema LFG (2018). Membro do Conselho Consultivo da Coordenadoria Estadual da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça de Santa Catarina desde 2013 (CEIJ/TJSC).<http://lattes.cnpq.br/6170050977799001>. E-mail: joanaribeiro2015@icloud.com

O objetivo deste artigo é demonstrar o legado de Janusz Korczak no item 2, apresentar os seus efeitos indutores na Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959, no item 3 e na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, no item 4. A conclusão faz a interlocução dos temas no item 5.

2. O LEGADO DE JANUSZ KORCZAK

Antes mesmo que fosse redigido o primeiro documento internacional de proteção das crianças, a primeira versão da obra: “Como amar uma criança”, em 1919, fazia um apelo à *Magna Charta Libertatis*: o direito da criança experimentar a infância sem exagero na proteção; o direito da criança de viver sua vida de hoje; o direito da criança de ser o que ela é. Direitos esses observados como essenciais pelo judeu polonês, considerado maior ícone mundial de proteção das crianças, Janusz Korczak, que por meio das realizações no seu orfanato, garantiu a formação plena de um cidadão consciente, responsável e social, defendendo uma Declaração dos Direitos da Criança, muito antes da Declaração de Genebra de 1924 (MARAGON, 2007, p. 174-175).

A Magna Carta é um símbolo mundial. Em 1215 representou uma evolução histórica porque pela primeira vez na política medieval, um rei, no caso João Sem Terra, sentiu-se sujeitado às leis que ele próprio editara, reconhecendo que o monarca não era o dono da justiça e tinha o poder-dever de fazer justiça, assim que solicitado por seus súditos. É a partir da Magna Carta, da Inglaterra, o sentido primigênio da norma fundamental presente em quase todas as Constituições modernas, às quais preveem que “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (COMPARATO, 2019, P. 91-93).

VERONESE ensina a extraordinária importância da Carta de João Sem Terra, que nas cláusulas 39 e 40 introduziram o princípio interiorizado nas cartas políticas seguintes, que é o da indenegabilidade de jurisdição, cujos ideais serviram ao iluminismo, no século XVII, por meio estabelecimento dos ideais do governo das leis, em substituição ao despótico governo dos homens (2006, p. 21).

Daí a importância da metáfora de Janusz Korczak, para que existisse uma Magna Carta para as crianças, como um símbolo mundial para a limitação aos adultos!

A historicidade da vida e da obra de Janusz Korczak revelam uma pedagogia original, ao romper com a pedagogia que conduzia à visão de superioridade do adulto e de subserviência da criança, objetivando proteger a criança da “Ditadura do Adulto”, que

se dava por meio de opressão, submissão, ameaça, dependência intelectual, injustiça, inferioridade física, que levaram a infância a ser considerada um período, enquanto na sua visão percebia a infância como um “estado”, tratado pelos adultos injustamente como minoria oprimida (MARAGON, 2007, p. 175).

Na teoria e prática da sua vida, Korczak sempre se preocupou em restringir qualquer uso arbitrário ou impulsivo da autoridade do adulto sobre as crianças, pois acreditava que o bom pedagogo precisava sempre se instruir para melhorar o seu trabalho, para preservar e renovar seus vínculos com as crianças, para atingir o amor pedagógico: aceitação do pedagogo pela criança, “por criar uma atmosfera feliz e conter o uso compulsivo da autoridade” (ARNON, 2005, p. 38-39).

“As crianças precisam poder depender dos adultos e confiar neles intelectual, estética e organizadamente”, sendo o amor uma presença expressa concretamente pelo exemplo, ensinava Janusz Korczak (ARNON, 2005, p. 38).

Dentre as regras do “Código Legal” no Lar das Crianças, que chegou a abrigar até 150 crianças na Polônia, entre 7 a 14 anos de idade, em Varsóvia – 1912-1940 (MARAGON, 2007, p. 71-82), salientava-se a importância de manter os compromissos verbais, firmados após a deliberação e, desde que fossem compreensíveis às crianças, refletissem as leis da sociedade das crianças, na qual professores e crianças eram iguais, inclusive Korczak fora condenado por violar o parágrafo cem, ao colocar um menino pequeno em cima de um armário alto e deixá-lo lá por brincadeira. Condenado pela Corte das Crianças, a satisfação das crianças por lançarem o veredicto era visível e daí em diante as crianças o chamavam de *setka* (artigo o qual foi condenado), que corresponde ao número cem na língua polonesa (ARNON, 2005, p. 52).

Seu sucesso à frente do Orfanato deveu-se à observação cuidadosa das crianças e da instalação de um sistema judicial autônomo para a solução dos conflitos entre elas e os adultos, colocando na Corte das Crianças uma fonte de emancipação, por meio do qual ensinava o respeito pela lei e pelos direitos individuais, alegando que “toda a criança tem direito a uma séria consideração e a uma maneira justa de lidar com as queixas” (ARNON, 2005, p. 51).

O método se baseava na necessidade da existência de contratos sociais entre fracos e fortes, na convicção de não poderia haver duplos padrões de moralidade na educação, portanto, pregar apenas a ação de justiça e paz era insuficiente, ele argumentava, pois os preceitos da justiça levavam à proteção do mais fraco e a manutenção da paz levava à proteção do mais forte, de modo que fracos e fortes não

poderiam concordar com os preceitos da lei, daí a necessidade de acordos escritos firmados entre todos (ARNON, 2005, p. 51).

Na vivência de uma verdadeira prática de laboratório experimental, trata-se de um método reconhecido atualmente como muito sofisticado, preciso e genial, com testemunhos de adultos, outrora crianças do orfanato, que salientaram que Korczak educou para a crença na justiça e na decência, com sonho de justiça e verdade (ARNON, 2005, p. 54).

Na obra: “Quando eu voltar a ser criança”, é possível extrair trechos riquíssimos acerca da sensibilidade de Janusz Korczak quanto aos sentimentos e sofrimentos vividos pelas crianças e sobre a necessidade de reconhecer-se seus direitos indispensáveis.

A respeito da diferença de tratamento entre o adulto e a criança, desabafa: “Senti vergonha, também, quando me seguraram pela gola, como fosse ladrão. A um adulto ninguém segura assim, ninguém o sacode, quando ele inadvertidamente esbarra em alguém” e mais adiante: “Só faz algumas horas que sou criança, e já tive que chorar” (KORCZAK, 1981, p. 30).

Sobre a sentimento de injustiça sentido pela criança, escreve: “Mas o que mais doeu foi a injustiça. É melhor até não saber porque motivo os adultos estão irritados quando gritam conosco. Você sente que alguma coisa lhes aconteceu, mas acaba procurando a culpa em si mesmo, até achar” (KORCZAK, 1981, p. 33).

Em outro momento, demonstra seu sofrimento pelas agressões permitidas na escola: “Lembro-me de uma surra que um colega levou. Foi o professor de caligrafia que castigou [...] tive muito medo desde então. Parecia-me que assim que acabasse com ele, chegaria a minha vez” (KORCZAK, 1981, p. 34).

A visão de inferioridade da criança e sua subjetividade é percebida e traduzida na seguinte passagem: “É incômodo a gente ser pequeno. A toda hora tem que se esticar, levantar a cabeça. As coisas acontecem lá nas alturas, acima de nós. A gente se sente sem importância, desprestigiado, fraco, perdido” (KORCZAK, 1981, p. 37).

Sentindo-se literalmente na pele de uma criança, Janusz Korczak reflete em seu momento criança: “Nós temos grande compaixão para com qualquer galo na testa ou outra mancha roxa de um adulto, mas quando alguma coisa acontece a uma criança, dizemos: “Bem feito, da próxima vez não fica fazendo bobagens”. Em seguida, faz a comparação crítica sobre o tratamento insensível com a criança: “É como se a criança sentisse menos, tivesse um outro tipo de pele” (KORCZAK, 1981, p. 48).

Sobre a dificuldade de compreensão dos adultos para com as crianças, a saída filosófica da então criança Janusz Korczak é assaz intrigante: “Bom seria, quem sabe, o sujeito ser alternadamente grande e pequeno. Assim como existem inverno e verão, dia e noite, sono e vigília. Desse modo, ninguém estranharia ninguém. Mas adultos e crianças haveriam de se entender melhor” (KORCZAK, 1981, p. 69).

E quanto às agressões dos adultos, após relembrar as agressões verbais inadequadas e que nem sempre as crianças conseguem compreender, seu parecer é testemunho da realidade dos castigos físicos de sua época, demonstrando seu profundo pesar pelo sofrimento das crianças: “Ou então eles te puxam, empurram ou batem. Ora batem, ora puxam pela mão e pensam que não batendo não dói. Aquilo que eles chamam de surra é nada mais nada menos do que tortura. Seguram a criança, batem como se ela fosse um criminoso, com o cinto” (KORCZAK, 1981, p. 67).

Prossegue sua aversão à agressão, alegando que apesar de existir este tipo de castigo, no futuro, seu eu criança imagina que será considerado crime e reflete ao final: “Mas sei que o fato nos inspira nojo, indignação e horror. Um cavalo merece mais compaixão do que um ser humano” (KORCZAK, 1981, p. 77).

Na perspectiva da criança Janusz Korczak, os direitos são apenas para os adultos, as crianças estão abandonadas à própria sorte: “Para nós, não existem direitos nem justiça. Vivemos como homens das cavernas [...], não existe organização nem civilização. Teoricamente existe, mas na prática é só para os adultos, e não para as crianças” (KORCZAK, 1981, p. 83).

Finaliza sua obra ironizando que existem duas vidas, a séria e digna de respeito dos adultos e a dos menores e mais fracos, que é só brincadeira, só um jogo e aí estaria a explicação para o “pouco caso” com as crianças, que são vistas como “homens do futuro”, contudo, não são vistos em sua real existência: “estamos vivos, sentimos, sofremos. Nossos anos da infância são anos de uma vida verdadeira” (KORCZAK, 1981, p. 152).

Janusz Korczak, nome polonês escolhido por Henryk Goldszmit, que sofreu os horrores de duas Guerras Mundiais e das diversas invasões da Polônia por Russos e Alemães, apesar de toda a turbulência de guerras e perseguições por ser judeu e de todo o contexto hostil, deixou ensinamentos inesquecíveis a respeito da perspectiva da criança, a qual sempre buscou observar e apreciar, sendo sua vida e obra fundantes do reconhecimento dos direitos que consubstanciaram a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959 (MARAGON, 2007, p. 164).

Mas o que o tornou lendário na história da humanidade foi sua morte, pois em 05 de agosto de 1942, quando poderia ter escolhido viver protegido, mas escolheu morrer com suas crianças, a abandoná-las, em uma marcha rumo ao massacre da câmara de gás nazista:

Guiadas por uma figura curva e fatigada, com uma criança nos braços, duzentas crianças marchavam em filas calmas e ordenadas pelas ruas que saíam do gueto judaico para o Umschlagplatz, o ponto de encontro de onde os judeus eram levados ao campo de morte em Treblinka. Ao fundo da “parada”, uma mulher robusta de olhos escuros caminhava a passos largos. A fila passava diante dos olhares dos habitantes das ruas, que se fixavam no médico idoso, autor famoso e renomado pedagogo, conduzindo suas crianças sem lar para as câmaras de gás. Nada aconteceu. Nenhum choro acendeu aos céus, menos ainda a um semelhante. (MARAGON, 2007, p. 164).

Janusz Korczak foi um ícone no reconhecimento, na proteção e na defesa das crianças, de forma que os seus ensinamentos, seu legado pedagógico e sua ação fraternal fazem parte da construção histórica internacional de proteção às crianças, desde antes da 2ª Guerra Mundial e após a sua trágica morte, conforme próxima seção.

3. A DECLARAÇÃO DE GENEBRA DE 1924 E A DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DE 1948

A proteção internacional começou por meio da Declaração de Genebra de 1924. A respeito da Declaração de Genebra sobre os direitos da Criança, SANCHES e VERONESE acentuam ser o primeiro documento internacional com fundamento no reconhecimento da “criança como categoria especial de indivíduos dentro da sociedade”, reconhecendo tratar-se de um grupo vulnerável e que apresentava diferentes características e necessidades, às quais a Declaração propunha criar instrumentos uniformes de proteção, pelos adultos (SANCHES; VERONESE, 2016, p. 95).

Sendo o primeiro documento internacional que “materializou a preocupação com a afirmação da criança como ser humano merecedor de cuidados especiais e a consequente normatização jurídica daí decorrentes para todos os países, em quaisquer circunstâncias” (SANCHES; VERONESE, 2016, p. 131-132).

Contudo, quando aprovada, Janusz Korczak criticou o teor frágil da norma, imputando-a como “regalo dos adultos às crianças”. Após a 2ª Guerra Mundial, o efeito devastador sobre as crianças e adolescentes gerou aproximadamente 13 milhões de

crianças abandonadas, além das 1,2 milhões de crianças judias assassinadas, bem como a morte de Korczak, o que demonstrou a insuficiência da Declaração de 1924 para responsabilizar os Estados e traduzir o caráter vinculatório da legislação internacional (VERONESE; FALCÃO, 2019, p. 15).

Outras críticas que seguiram à Declaração de 1924 foram: a falta de considerações sobre a família e a enumeração dos direitos, sem a contrapartida da responsabilidade dos Estados. Porém os congressos internacionais e os encontros dos diversos profissionais se mantiveram, procurando suprimir as lacunas da falta de responsabilização dos Estados e buscando ações de razão médico-higienistas (VERONESE; FALCÃO, 2019, p. 16).

Já a tragédia do holocausto e as mortes dos milhões de soldados demandou a reunião de 51 países, que em junho de 1945 criaram a ONU (Organização das Nações Unidas), em Nova York, no qual inclusive o Brasil assinou a Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em outubro de 1945, objetivando a paz, a segurança, o estímulo às relações amistosas e cooperativas entre os países (COTRIN, 2010, p. 131).

O principal órgão judicial da ONU é a Corte Internacional de Justiça (CIJ), cuja atuação originária se circunscreve perante os Estados e as organizações internacionais intergovernamentais, nos termos do seu estatuto, criado em anexo à Carta das Nações Unidas de 1945 e sem a previsão de atingir os indivíduos (MAZZUOLI, 2019, p. 72).

Daí porque o primeiro documento internacional de defesa dos direitos fundamentais do ser humano é de 1948, declarado pela Assembleia Geral da ONU (BOBBIO, 2004, p. 26).

BOBBIO explica que a Declaração dos Direitos do Homem de 1948 representa a única prova da existência de um sistema de valores humanamente fundado e reconhecido: “e essa prova é o consenso geral acerca de sua validade” (2004, p. 27).

A condição normativa do reconhecimento da criança como sujeito de cuidados e atenções especiais, ocorreu, segundo SANCHES e VERONESE, apenas por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos (SANCHES; VERONESE, 2019, p. 132).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 foi “elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo”, conferindo dignidade a todos os integrantes da família (art. 1º) com o objetivo de estabelecer, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos para atingir a todos os povos e nações (NAÇÕES UNIDAS).

Neste contexto de pós-guerra e imensa perda de vidas em desenvolvimento, da Declaração Universal dos Direitos Humanos destaca-se o “considerando 1º do preâmbulo” e os artigos 12 ao 16, como fundamentais para a formação histórica da Doutrina da Proteção Integral, porque tratam especificamente da criança, do reconhecimento da dignidade de todos os membros da família, da própria formação da família de forma livre, sua proteção contra a interferência na vida privada, o direito à escolha pelo casamento (o que afasta o intercâmbio de mulheres concebido por Levy Strauss (ESPINA BARRIO, 2008), os casamentos arranjados como forma de poder e a necessidade de pagamento por dotes narrados por BADINTER (1985) e que interfere diretamente na forma de filiação e na construção da proteção normatizada no art. 25, item 2.

Prevê expressamente o art. 25, item 2: “A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social”.

A partir da Declaração Universal de 1948, os direitos humanos fundam-se em três princípios basilares: a) a inviolabilidade da pessoa, na perspectiva de que não pode ser sacrificado um indivíduo, ao argumento de que este sacrifício resultará em benefício a outras pessoas; b) autonomia da pessoa; c) a dignidade da pessoa humana, que representa “o núcleo fonte de todos os demais direitos fundamentais do cidadão” (MAZZUOLI, 2019, p. 31).

Quanto ao conteúdo, a característica mais marcante é a indivisibilidade, dado que os direitos da liberdade (direitos civis e políticos) não sobrevivem perfeitamente sem os direitos da igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais) (MAZZUOLI, 2019, p. 32-34).

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a preocupação com os direitos humanos passou a ser questão de legítimo interesse internacional, na medida em que “os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio privado do Estado ou a competência nacional e exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação”, para a conformação do Estados na promoção e proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2018, p. 83).

COMPARATO ensina que as Nações Unidas adotaram outras três convenções internacionais: a 1952, para a garantia de direitos políticos às mulheres, segundo o princípio da igualdade entre os sexos; a de 1962, sobre a idade mínima para o casamento,

o consentimento para o casamento e seu registro e a terceira, de 1965, sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (2019, p. 237-239).

Na sequência da especificação de direitos para a solução dada aos direitos do homem, em 20 de novembro de 1959, é adotada em Assembleia Geral a Declaração dos Direitos da Criança, o qual reconhece que, em razão de sua imaturidade física e intelectual, a criança necessita de uma proteção particular, deixando claro que os direitos da criança são *ius singulare* com relação a um *ius commune* (BOBBIO, 2004, p. 34).

Demonstrada que a crítica de Janusz Korczak estava certa ao apontar a falta de garantia dos direitos das crianças, tanto é que morreu as protegendo, na sequência, fica demonstrado o quando suas lições foram traduzidas na Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959.

4. A DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1959 E OS RELEVANTES TRATADOS INTERNACIONAIS POSTERIORES

Ratificada pelo Brasil, a Declaração dos Direitos da Criança de 1959 se apoiou firmemente nos ensinamentos de Janusz Korczak, seu precursor, ao especificar a condição específica da criança (“decorrência de sua imaturidade física e mental, precisa de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada, antes e depois do nascimento”) e seu direito à infância feliz, com direitos e liberdades assegurados, “visando que a criança tenha uma infância feliz e possa gozar, em seu próprio benefício e no da sociedade” (princípios 1º e 2º).

Conforme o referido documento internacional, as crianças, sem qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, origem, riqueza, nascimento ou condição de sua família, passam a ser credoras dos seguintes direitos: proteção social, com oportunidades e facilidades por lei para o seu desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, de forma sadia, garantida a liberdade e a dignidade, com a obrigação das instituições visarem, sobretudo, “os melhores interesses da criança” (princípio 2º).

Além da garantia ao nome e à nacionalidade, também são credoras da previdência social, saúde, desde o pré-natal, alimentação, recreação e assistência médica adequadas, inclusive para as crianças com incapacidades (princípios 3º a 5º).

Também outra luta de Korczak foi acolhida: o amor e a compreensão pelas crianças, que restou assegurada diretamente no princípio 6º: “Para o desenvolvimento

completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão”, garantindo-se o direito de permanecer em ambiente de afeto e segurança junto à mãe. E apenas excepcionalmente, pela sociedade e autoridades públicas, em relação às crianças sem famílias e carentes de cuidados adequados para subsistência, definindo ainda incentivos de ajuda oficial às famílias numerosas (princípio 6º).

É assegurada a educação, como forma de garantir oportunidades e desenvolvimento de aptidões às crianças, cultura e senso de responsabilidade moral e social, cabendo em primeiro lugar aos pais e garantido que, ao lado da educação, seja dada “oportunidade para brincar e divertir-se, visando os propósitos mesmos da sua educação”, cabendo o empenho desta garantia de gozo à sociedade e às autoridades públicas (princípio 9º).

A busca pela autonomia e responsabilidade das crianças faz parte das lições de Janusz Korczak, que afirmava que toda a criança precisava de uma “espinha dorsal moral própria, aquele mínimo necessário de humanidade sem o qual a vida não pode ser vivida” e convicto de que “todas as palavras positivas de uma criança não tinham valor algum sem uma disposição real de sua parte para dividir responsabilidade” (ARNON, 2005, p. 46 e 57).

A Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 garantiu à criança a proteção contra qualquer forma de crueldade, negligência e exploração, inclusive do trabalho que lhe prejudique a saúde ou a educação. Passam a ser proibidos aos adultos: o tráfico de criança, o emprego antes da idade mínima conveniente e a discriminação, obrigando-os a criarem as crianças em ambiente de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, em paz, em fraternidade universais e em solidariedade humana (princípios 3º a 5º).

Por fim, além “dos melhores interesses da criança” previstos no princípio 2º, a prioridade de proteção e socorro às crianças restou estabelecido no princípio 8º, não deixando dúvidas de que o direito internacional passou a prescrever que a criança deve ser priorizada em relação ao adulto (princípio 9º).

Pois além dos direitos e garantias das crianças, em igualdade, previu a especial proteção para o seu desenvolvimento físico, mental e social. Usando o termo: especial proteção, o fato é que a Declaração Universal dos Direitos da Crianças de 1959 estabeleceu, pela primeira vez, a prioridade, ao definir que em caso de catástrofe deve ser socorrida a criança em primeiro lugar e que devem ser os primeiros a receber proteção e auxílio.

Com o rol de direitos que preveem o cuidado com o feto, pelos cuidados especiais na maternidade, à proteção especial com saúde, alimentação, habitação, amor, educação e lazer, prescrevem-se as primeiras situações expressas de prioridade!

SANCHES e VERONESE consideram a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959 como a inauguração de uma nova doutrina relativa aos cuidados com a criança e visualizando a criança como detentora de direitos e prerrogativas, ao afirmar dez princípios básicos, garantindo proteção especial sem distinção e considerando o “superior interesse” como critério norteador para as ações a serem desenvolvidas (2016, p. 96).

Além de ser um marco na compreensão da condição da criança como sujeitos de direitos, “e não mais um mero expectador passivo das ações realizadas em seu favor” (SANCHES; VERONESE, 2016, p. 96).

Passando a ser um guia de atuação pública e privada em relação à criança, contudo, no plano prático, por falta de coercibilidade, não conseguiu mudar de modo concreto o quadro político-jurídico-social da criança (SANCHES; VERONESE, 2019, p. 131-132).

De qualquer forma, as autoras referenciadas ressaltam o importante caráter embrionário da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, inclusive por se incorporar ao texto das Convenções seguintes, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância de 1985 e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil de 1990 (SANCHES; VERONESE, 2019, p. 132-133).

Mas a força internacional necessária para a concretização dos direitos das crianças e adolescentes chegou 30 anos após, dando finalmente ferramentas jurídicas à luta pela garantia dos direitos proposta por Janusz Korczak, por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989.

5. A CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA DE 1989

Desde 1979, a Comissão dos Direitos Humanos das Nações Unidas passou a elaborar um projeto de convenção, a partir da iniciativa do governo da Polônia, país de origem de Janusz Korczak.

Após dez anos de trabalho transdisciplinar de diversas áreas científicas e compatibilizando sistemas jurídicos e culturais diversificados, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada por unanimidade pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989, o que se constituiu como um marco em relação aos esforços internacionais para o fortalecimento e a proteção dos direitos de crianças e adolescentes, “sendo o instrumento mais ratificado da história universal” (SANCHES; VERONESE, 2016, p. 99).

VERONESE salienta que o Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança recepciona “os princípios básicos, tais como a liberdade, a justiça e a paz”, reiterando o que as Nações Unidas proclamaram na Declaração Universal de Direitos do Homem em 1948 e reafirmando o “fato de que as crianças, tendo em vista sua vulnerabilidade, necessitam de cuidados e proteção especiais”, enfatizando a “importância da família, para que a criança desenvolva sua personalidade, num ambiente de felicidade, amor, educação e compreensão (VERONESE, 2019, p. 12-13).

Com força de *hard law*, ou seja, com caráter vinculante aos Estados, a Convenção tem natureza coercitiva, força de lei internacional, com proibição dos Estados violarem seus preceitos e com obrigação de tomarem medidas positivas para a promoção dos direitos e garantias assegurados, assinado por 196 Estados Partes (VERONESE, 2019, p. 19-20).

A consagração de regras genéricas e de caráter universal representou uma tarefa sem precedentes, daí os necessários 10 anos de trabalhos e, apesar de não estar expressamente prevista a expressão “proteção integral”, trata-se de um novo modelo visível frente ao enorme rol de direitos reconhecidos, que no conjunto representam um sistema, “segundo o qual não se poderia falar em proteção sem que se garanta, não um direito específico, isolado, mas todos os direitos necessários ao pleno desenvolvimento da criança” (VERONESE, 2019, p. 20).

A partir do art. 27, extrai-se o direito de toda criança ao nível de vida adequado ao desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, com obrigação dos pais ou outras pessoas responsáveis propiciar as condições de vida necessárias ao desenvolvimento das crianças, cabendo aos Estados adotar as medidas para oferecer assistência material e programas de apoio, para a garantia da nutrição, do vestuário e da habitação de crianças, de acordo com as medidas apropriadas e tornando-se também responsáveis por propiciar as formas jurídicas para que os pais e responsáveis sejam obrigados a pagar a pensão alimentícia (BRASIL, Dec. 99/710/90).

A sistemática da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é estruturada em um Preâmbulo e mais três partes: a primeira parte, dos artigos do 1º ao 41, dizem respeito à “substância dos direitos da criança, os elementos definidores e regulamentadores”. A segunda parte, dos artigos 42 ao 45, resta estabelecido o Comitê para os Direitos da Criança e o modo de monitoramento de sua implantação, enquanto a última parte trata das disposições regulamentares do tratado.

A Convenção entrou em vigor no Brasil após a Constituição Federal de 1988 e após o Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, contudo, não há dúvidas sobre sua fonte inspiradora das disposições a respeito da família e das crianças, que basearam a redação do Estatuto e que levou ao reconhecimento do UNICEF de ser o Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro um dos instrumentos legislativos mais avançados do mundo (VERONESE, 2019, p. 18).

Esta é a percepção científica lançada na obra comemorativa aos 30 anos da Convenção, na qual VERONESE faz uma comparação entre os artigos da Convenção e os do Estatuto da Criança e do Adolescente, como forma de verificar quais daquelas disposições internacionais foram amparadas pelo Sistema Jurídico Brasileiro, revelando que os vinte e um primeiros artigos da Convenção têm a respectiva previsão em um ou mais artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE, 2019, p. 140).

Houve, portanto, correlação dos principais direitos assegurados pela Convenção, no Estatuto da Criança e do Adolescente, tanto que a conclusão final da obra alusiva aos 30 anos da Convenção é de que a Convenção significou “um precioso referencial para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente” e justificou a persistência da necessidade de todas as proposições da Convenção, no Século XXI, porque apesar da “época identificada como de automação, de grandes conquistas em muitos campos, a criança é, ainda, na maioria das vezes secundarizada”. Alerta: “É chegada a hora de respeitar a criança pelo que ela é, não como uma página em branco na qual se escreverá uma certa história, mas um livro aberto, de docilidade, de fantasia, que está a demonstrar a sua espontaneidade, a irracionalidade de muitas vidas adultas” (VERONESE, 2019, p. 138).

Mas se há um regramento quase completo da Convenção no Brasil, que entrou em vigor meses antes da própria Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, qual a necessidade de um documento internacional?

A resposta é de fundamental importância para a compreensão da proteção integral, na medida em que o documento internacional abrangente oferece maior

segurança jurídica, não somente no direito interno dos Estados Partes, como no âmbito privado, extensivas às pessoas físicas, jurídicas e crianças e adolescentes (VERONESE, 2019, p. 18).

Ora, não há dúvidas de que as Convenções, os Tratados e Pactos Internacionais formam a base de um consenso mínimo entre Estados Partes, rumo ao objetivo de convivência civilizatória, em respeito aos direitos humanos e à paz, em crescente valorização do “direito aos direitos humanos” na expressão de CANÇADO TRINDADE.

Já a existência de um consenso comum internacional mínimo a respeito dos cuidados fundamentais e garantias dos direitos humanos das crianças e adolescentes reflete a base de uma convivência respeitosa entre os adultos e as crianças, que compartilham a existência no mesmo planeta e que interagem em intercâmbio social, cultural e ambiental, sendo importante que as crianças e adolescentes do mundo inteiro sejam protegidas e não só as crianças e adolescentes de alguns países, porque os direitos humanos não mais se sujeitam aos limites dos Estados, mas à amplitude da humanidade!

A fundar-se nos quatros pilares fundamentais: a não-discriminação; o interesse superior da criança; a sobrevivência e o desenvolvimento; e a opinião, “os direitos humanos das crianças e dos adolescentes gravitam em torno da dignidade e do desenvolvimento integral da pessoa humana”, garantindo os direitos: à vida, à saúde, ao bem-estar, à assistência, à convivência familiar e comunitária, à identidade, à nacionalidade, à liberdade de consciência, à liberdade de expressão, à cultura, ao tratamento jurídico e social igualitário e às condições especiais das pessoas com deficiência, refugiados, etc. (MAZZUOLI, 2019, p. 318).

A importância da proteção internacional da Convenção e da obrigação prestacional do Estado é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 98.381, publicado em 2009, enquanto a impossibilidade de retrocesso aos direitos humanos internacionais é reconhecida pela doutrina e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que já adiantou a posição contrária à redução da maioridade penal para idade inferior a 18 anos, diante do fato da Convenção sobre os Direitos da Criança atingir a faixa etária dos zero aos 18 anos (MAZZUOLI, 2019, p. 318).

Conforme BHABHA, Professora de Direitos Humanos da “Harvard Law School”, ao reunir todo o direito internacional relevante consagrado pelos instrumentos internacionais anteriores, a Convenção apresenta uma competência abrangente, apoiada em quatro princípios fundamentais: o princípio da sobrevivência, desenvolvimento e proteção; o princípio do melhor interesse da criança; o princípio da igualdade e da não

discriminação entre todas as crianças e o princípio da participação da criança, que representam o “coração que a lei internacional dos direitos da criança exige” (BHABHA, 2019).

No Preâmbulo, fica bastante claro o reforço da Convenção quanto aos tratados anteriores de Direitos Humanos e os que remetem às crianças, convencidos de que a família é o grupo fundamental da sociedade e ambiente natural de crescimento e bem-estar de todos os membros, especialmente à criança, que deve receber assistência e proteção necessárias, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão, reiterando os ditames da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, inspirada em Janusz Korczak.

Reconhece a existência de crianças vivendo em condições excepcionalmente difíceis e reforça a Declaração dos Direitos da Criança, ao definir a necessidade de proteção da criança que “em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento” (BRASIL, Dec. 99.710/90).

Ao tempo em que a Convenção demonstra sua ênfase às tradições e valores culturais de cada povo para a proteção e o desenvolvimento da criança, esclarece a importância da cooperação internacional para a melhoria das condições de vida em todos os países, especialmente os em desenvolvimento, dada a variedade de artigos que definirão parcerias entre os países para os principais assuntos afetos à sobrevivência, ao desenvolvimento e à proteção.

Na Parte I, a Convenção inicia definindo como criança todo ser humano com menos de 18 anos. E condiciona os Estados Partes a respeitarem os direitos e garantirem a aplicação em suas jurisdições, sem distinções de “raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais” (art. 2º), dando o efeito de *jus cogens* e *hard law*.

Especificando que os Estados, por suas instituições públicas e privadas de poder e administrativas, deverão considerar o “interesse maior da criança”, que serve tanto de obrigação assecuratória, como de cumprimento e prospecção de políticas públicas e ações privadas e de interpretação que quaisquer das instituições precisem aplicar.

A Convenção obriga os Estados Partes a agirem em proteção ao bem-estar da criança, mas também levando em consideração os pais ou responsáveis, “tomando todas as medidas legislativas e administrativas adequadas”, inclusive com controle de padrões

à segurança e saúde de crianças, competência e supervisão adequada, quando estiverem em estabelecimentos, serviços ou instituições de cuidados (art. 3º).

Já ciente dos obstáculos financeiros que os países encontrariam para a garantia dos direitos assegurados na Convenção, restou prevista tanto a utilização do máximo de recursos disponíveis, como a cooperação internacional (art. 4º).

Surge o reconhecimento pela primeira vez, em tratados internacionais, da família ampliada e da importância da comunidade em que está inserida a criança, de forma a exigir dos Estados Partes que respeitem “as responsabilidades, os direitos e os deveres dos pais ou, onde for o caso, dos membros da família ampliada ou da comunidade”, de acordo com os costumes locais e também para propiciar a disseminação do conhecimento a elas, dos direitos que lhe foram garantidos pela Convenção (art. 3º).

Além dos direitos relativos à convivência da criança com sua família nuclear e ampliada e sua comunidade, foram especificamente assegurados à criança: a) direito à vida, com obrigação dos Estados Partes assegurarem o máximo de sobrevivência e desenvolvimento da criança (art. 6º); b) direito ao registro de nascimento, à nacionalidade e direito de conhecer seus pais e ser cuidada por eles (art. 7º); c) direito de preservação da identidade, da nacionalidade, do nome e das relações familiares, sem interferência ilícita (art. 8º).

Especificamente em relação à convivência familiar e comunitária, são assegurados dispositivos específicos já advindos de outros tratados, mas também com o ineditismo do reconhecimento de que o Estado deve reconhecer os direitos igualmente da família ampliada e da comunidade.

Ou seja, além dos tratados anteriores, que reforçam que “a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos”, garante a importância de pai e mãe na vida da criança e o significado dos direitos da família ampliada e da comunidade, sendo a exceção a separação, para atender ao melhor interesse da criança” (art. 9º).

Inclusive, quanto ao fim da relação afetiva entre os pais ou convivência com os pais, a Convenção prevê a obrigação dos Estados Partes respeitarem “o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança”, com regras de ampla informação e proteção à criança, inclusive em caso de prisão, exílio, deportação e morte (art. 9º).

Assegurados os pilares dos direitos das crianças para a sobrevivência, desenvolvimento e proteção; o estabelecimento do princípio do melhor interesse da

criança; do princípio da igualdade e da não discriminação, outro fator inédito foi a previsão do pilar da garantia da expressão/voz das crianças, exigindo dos Estados Partes que garantam à criança, com a capacidade adequada, o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, “levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança” (art. 12).

Assegurou-se o direito à criança de ser ouvida “em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional” (art. 12).

A liberdade de expressão de procurar, receber e divulgar informações e ideias, de forma escrita, artística ou oral, igualmente restou assegurada, cabendo restrições apenas: “para o respeito dos direitos ou da reputação de outras pessoas; ou para a proteção da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger a saúde pública e os costumes” (art. 13).

Quanto à crença, pensamento e consciência, liberdade de reunião e associação, a Convenção também garante ampla liberdade à criança, apenas condicionando a devida orientação aos pais e responsáveis e limitações necessárias de ordem da segurança nacional, moral, saúde pública ou dos limites alusivos aos direitos fundamentais de terceiros.

Garantiu-se igualmente que nenhuma criança sofra interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, sua correspondência, seu domicílio. E exige sua proteção contra as tais interferências e contra o desrespeito à honra e à reputação da criança (art. 15).

Há regras também específicas quanto aos meios de comunicação, que passam a ser obrigados a preservar o respeito do acesso da criança ao conteúdo divulgado e a oferecer conteúdo às crianças com “informações e materiais que visem a promover seu bem-estar social, espiritual e moral e sua saúde física e mental”, tanto no sentido de “difundir informações e materiais de interesse social e cultural”, inclusive em cooperação internacional, como no incentivo à produção e difusão de livros para crianças, inclusive, considerando as necessidades linguísticas a que pertença, a um grupo minoritário ou que seja indígena e, principalmente, quanto à proteção “contra toda informação e material prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em conta as disposições dos artigos 13 e 18” (art. 16).

No tocante ao direito à educação, quanto aos primeiros responsáveis, a Convenção prevê que ambos os pais ou responsáveis deverão ser instados pelos Estados às obrigações de educação e desenvolvimento da criança e que a preocupação fundamental deve ser, necessariamente, “o interesse maior da criança”. Quanto aos segundos responsáveis, coloca os próprios Estados na obrigação de prestar assistência adequada aos primeiros, por meio da criação de instituições, instalações e serviços para o cuidado das crianças, inclusive com o oferecimento de creches aos pais que trabalham (art. 18).

Quanto às violências sofridas pelas crianças, as negligências, os maus-tratos e as explorações, inclusive sexuais, a Convenção assegura a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais direcionadas à proteção das crianças, inclusive por meio de programas sociais “capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado”, além da previsão de necessária prevenção, “notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária” (art. 19).

A Convenção reconhece também a necessidade de cooperação internacional entre Estados Partes (art. 23).

Em relação ao direito à saúde das crianças, restou convencionado de forma bastante clara a obrigação dos Estados Partes de envidarem esforços para oferecer o melhor padrão de saúde possível e a adoção de medidas para a redução da mortalidade infantil. (art. 28).

Portanto, trata-se do documento internacional mais importante para a realização da Doutrina da Proteção Integral, baseado nas lições da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, mas com força jurídica cogente, impondo a sua concretização aos signatários.

6. CONCLUSÃO

A vida de Janusz Korczak foi um exemplo de fraternidade em ação social e política, que diante de inúmeros desafios, chegou ao reconhecimento de direitos a crianças e adolescentes, mesmo anos depois suas primeiras expressões literárias.

Ao morrer com as suas crianças, Janusz Korczak demonstrou seu amor e sua compaixão, em atitude verdadeiramente fraterna e humana.

A fraternidade foi central para a construção da Doutrina da Proteção Integral, no âmbito internacional. Forjou a construção brasileira, refletindo na força social que motivou a redação dos artigos 227, 228 e 229 da Constituição Federal e dois anos após, na redação do Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990.

Doravante, a fraternidade enquanto ação política persiste sempre necessária, para enfrentar os desafios da proteção, especialmente voltados à Primeira Infância e ao enfrentamento das consequências da pandemia da covid-19, contudo, a fraternidade enquanto categoria jurídica persiste fundamental à concretização dos direitos, por meio da Justiça da Criança e do Adolescente, competente para amparar a integralidade da promoção, da proteção e da defesa de direitos, sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, ainda que até a premissa da competência jurisdicional ainda represente uma luta por direitos!

7. REFERÊNCIAS

ARNON, Joseph. **Quem foi Janusz Korczak?** Tradução de Janny Fefferl. São Paulo: Perspectiva: Associação Janusz Korczak do Brasil, 2005.

BRASIL. Câmara de Deputados. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. **Declaração dos Direitos da Criança**. Adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959 e ratificada pelo Brasil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-br>. Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BHABHA, Jacqueline. HARVARDX: FXB001. Plataforma edX. Child Protection: **Children's Rights in Theory and Practice. The CRC Drafting Process and the CRC Committee** (Marta Santos Pais). Disponível em: <https://courses.edx.org/courses/course-v1:HarvardX+FXB001+3T2019/courseware/fa301aabde39467fa7d0c7cbe56639d4/6d98b43c52654065bb8d406b7c66cb28/?child=first>. Acesso em: 22 dez. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. p. 25-26.

CIDH. **Um breve relato sobre o sistema interamericano de direitos humanos**. Disponível em: <https://cidh.oas.org/que.port.htm>. Acesso em: 21 jun. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. Saraiva: São Paulo, 2019.

KORCZAK, Janusz. **Quando eu voltar a ser criança**. Tradução de Yan Michalski. 17. ed. São Paulo: Summus, 1981.

MARAGON, Ana Carolina Rodrigues. **Janusz Korczak**: precursor dos direitos das crianças e adolescentes. São Paulo: 2007, p. 174-175.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **A Declaração dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 19 mar. 2020.

NOVINSKY, Anita. Janusz Korczak e a esperança perdida. In.: ARNON, Joseph. **Quem foi Janusz Korczak?** Tradução de Janny Fefferl. São Paulo: Perspectiva: Associação Janusz Korczak do Brasil, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18. ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANCHES, Helen Crystiane Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Justiça da Criança e do Adolescente**: da vara de menores à vara da infância e juventude. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 95.

SANCHES, Helen Crystiane Corrêa; VERONESE, Josiane Rose Petry. A proteção integral e o direito fundamental de crianças e adolescentes à convivência familiar. In: VERONESE, Josiane Rose Petry (coord.). **Direito da Criança e do Adolescente: novo curso** – novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. O direito no século XXI: o que a fraternidade tem a dizer. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria de; MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira (org.). **O direito no século XXI**: o que a fraternidade tem a dizer. Florianópolis: Insular, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry; FALCÃO, Helena Mendes Muniz. A criança e o adolescente no marco internacional. In.: VERONESE, Josiane Rose Petry (coord.). **Direito da Criança e do Adolescente**: novo curso – novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os direitos da Criança** – 30 anos – sua incidência no Estatuto da Criança e do Adolescente. Salvador: JusPodivm, 2019.

O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE E A CRISE NO ENSINO JURÍDICO: repensando a formação dos atores do Direito

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira¹

Fabiano Pires Castagna²

Sumário: 1. Introdução; 2. O Valor-Princípio Fraternidade: a essência necessária; 3. A Fraternidade e a crise no Ensino Jurídico; 4. O Valor-Princípio Fraternidade - uma nova cultura na formação dos atores do Direito; 5. Considerações finais; 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Valor-Princípio Fraternidade em suas dimensões relacional e jurídica oferece múltiplas possibilidades para a Humanidade, nas mais diversas áreas, pois admite uma abrangência e riqueza de sentido suficientes para perpassar os mais diferentes campos e situações com os quais os juristas deparam-se, permitindo uma abordagem distinta daquela que comumente se aplica no Direito, uma vez que, seu enfoque é o reconhecimento do Outro considerado em sua condição de ser dotado de dignidade por *ser* humano.

O objeto do estudo concentrar-se-á no Ensino Jurídico, sua crise, e na formação dos atores do Direito. A maneira como se ensina o Direito no Brasil tem sido criticada ao longo das décadas de forma constante, mas fato notório é que muito pouco se modificou concretamente nos Cursos de Direito espalhados em território brasileiro, no mais das vezes submetidos e obrigados a cumprir uma complexa gama de obrigações legais impostas, por exemplo, pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), através do seu Exame de Ordem e, pelo Ministério da Educação (MEC), que periodicamente realiza a Avaliação dos Cursos de Graduação, além de organizar o ENADE (Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes)³. Dito de outra forma, os Cursos de Direito atuam, no mais das vezes, de forma a adequarem-se às referidas avaliações, não o contrário.

¹Pós-Doutora em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Universidade de Málaga/Espanha. Doutora em Direitos Sociais pela Universidade Nacional Autônoma do México. Professora Titular da Universidade Federal de Santa Catarina, aposentada desde 2017. Professora Visitante I na UFPel. Membro da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT), Cadeira nº 27. E-mail: olgaoliveiralagoa@gmail.com

²Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor em Direito pela UFSC. Professor de Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Coordenador do Curso de Direito, Campus Biguaçu, da UNIVALI. E-mail: fcastagna@univali.br.

³Informações gerais do ENADE disponíveis em: <http://portal.inep.gov.br/enade>

Com esse fundamento, o texto foi dividido em três tópicos temáticos, primeiramente apresentando o Valor-Princípio Fraternidade em sua dimensão relacional e jurídica, ou seja, a essência necessária para mudar comportamentos e responsabilidades, com a intenção no segundo tópico temático de oferecer aos juristas uma reflexão e, mais do que isso, uma opção concreta de ações direcionadas pelo Valor-Princípio Fraternidade, apresentando-se uma visão crítica sobre o Ensino Jurídico no Brasil, o qual precisa, indubitavelmente, de uma profunda reformulação em seus parâmetros. O terceiro e último tópico tratará do Valor-Princípio Fraternidade, como uma nova cultura relacional e jurídica que pode contribuir na formação dos atores do Direito.

Para o desenvolvimento dos tópicos temáticos a Metodologia a ser utilizada no texto, compreende as seguintes etapas: o Método de Abordagem Indutivo, como linha de raciocínio, o Método de Procedimento Monográfico, bem como da Técnica de Pesquisa Bibliográfica e Documental.

2. O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE: a essência necessária

É sabido que o Direito estatal, em concepção bastante simplista, busca, por meio de imperativos legais (normas jurídicas), a coexistência ordenada e pacífica de um determinado contingente de pessoas, de forma que os conflitos porventura existentes sejam reduzidos a um mínimo que, por sua vez, pode ser resolvido por meio de mecanismos específicos de resolução (em regra, monopolizados pelo Poder Judiciário). Ocorre que a Fraternidade aspira, na condição de princípio, bem mais do que esta meta tão conhecida - e mal realizada -, na sociedade (GORIA, 2008, p. 25).

Ao se introduzir a categoria da Fraternidade, como expressão da dignidade humana para se alcançar a plena cidadania é importante afirmar que a mesma pode ser um instrumento facilitador, e ao mesmo tempo a essência necessária para mudar os comportamentos e as responsabilidades que cada um deve ter consigo e para com o Outro, enquanto membros da mesma família humana.

Cabe esclarecer a opção por considerar a Fraternidade enquanto valor, recepcionada que foi como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789, junto com os demais valores - Liberdade e Igualdade. Além disso, enquanto valor, a Fraternidade é um bem relacional, que faz parte da consciência humana, que necessita ser vivenciada, permitindo o exercício de uma vida digna para todas as pessoas. A Fraternidade também é um valor universal, disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, que em seu Artigo 1º,

estabelece que "Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade".

Por outro lado, esta dimensão relacional da Fraternidade, como valor, não está sozinha. Junto a ela, se coloca a sua dimensão jurídica, enquanto princípio acolhido pelo Constitucionalismo moderno, quando algumas Constituições, de forma direta ou indireta começaram a inserir a Fraternidade, ora como valor, ora como princípio.

Desta maneira, o Valor-Princípio Fraternidade a partir de uma dimensão relacional e jurídica necessita ser vivenciado com responsabilidade, um dever do cidadão para com Outro cidadão, do cidadão para com a Comunidade, com a participação do Estado, em outras palavras, um compromisso de todos os seres humanos e, de instituições públicas e privadas, que atuam em uma sociedade livre e plural para com o alargamento e concretização da Liberdade e da Igualdade, que ficam basicamente prejudicadas pela ausência do Valor-Princípio Fraternidade.

É importante lembrar que o Princípio da Liberdade abarca os direitos políticos e civis e o Princípio da Igualdade abrange os direitos sociais, econômicos e culturais. Porém, desde o início do Constitucionalismo moderno de características predominantemente liberais e individualistas, as primeiras Constituições modernas - Americana de 1787 e a Francesa de 1791 -, optaram por dar maior ênfase a Liberdade e a Igualdade, deixando de lado a Fraternidade, ou seja, afastando e impedindo a incorporação da Fraternidade enquanto Valor-Princípio.

Observa-se, assim, uma das contradições que está presente desde o início do Constitucionalismo moderno que adotou critérios diferentes - baseados no sexo e no gênero -, para atribuir Direitos Fundamentais aos homens e as mulheres, direitos "[...] primeiro restritos e discriminatórios e depois mais abrangentes e tendencialmente universais" (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p.136), que limitaram os Princípios da Liberdade e Igualdade.

Sendo assim, uma relacionalidade fraterna, pode ser uma atitude de superação do discurso liberal e individualista, caracterizado pelos egoísmos particulares que mesmo na atualidade, não deixam que na prática exista uma convivência voltada para o Outro, para o Nosso, para o Coletivo, resultando no desrespeito à dignidade de todas e todos os seres humanos.

Diante disso, é necessário que as pessoas reconheçam a si próprias, e ao Outro como irmão, como membros da mesma família, não apenas aquela consanguínea, mas da família humana, da qual todas e todos nós fazemos parte. Melhor dizendo, significa reconhecer o Outro como irmão, "[...] o Outro tem os mesmos direitos e deveres. A reciprocidade exige, dentro do possível, a estrita simetria entre as pessoas: não há direitos sem deveres, não há deveres sem direitos" (BARZOTTO, 2018, p.84).

De mais a mais, em termos etimológicos a Fraternidade já apresenta alguns importantes significados que, como se verá adiante, serão úteis para o tema proposto e, por conseguinte, para aplicação no Direito: a ideia de “irmandade”, de amor ao próximo por meio da convivência respeitosa e pacífica, bem como a intenção de “comungar ideias”.

Ambas noções constituem-se objetivos permanentemente perseguidos pela sociedade, que deseja paz e respeito às diferenças pela natureza humana comum a todos os seres humanos. O problema reside na constatação de que tais metas, no mais das vezes, circunscreveram-se a determinadas religiões, ou grupos sociais sectários, ou organizações secretas, contudo, não conseguiram se efetivar no Direito (BAGGIO, 2008, p. 20).

Em vista disso, alguns juristas, no exterior e especialmente no Brasil, têm demonstrado crescente interesse não apenas em estudar a Fraternidade enquanto categoria jurídica, mas como verdadeiro Princípio que deve permear concretamente as mais diversas relações jurídicas.

Cabe destacar que a Fraternidade e o Direito pertencem ao movimento universal da história humana. Ambos surgiram em tempos remotos, confundindo-se com a própria história da Humanidade. E outras palavras, historicamente tanto a Fraternidade quanto o Direito partem da mesma fonte, a "dimensão do ser humano e de suas relações" (ROSSETTO, 2013, p.79).

Com isso, afirma Rossetto é possível entrelaçar Fraternidade e Direito, resultando dessa operação uma nova dinâmica social e jurídica e, como propugna a autora, uma nova metodologia interpretativa, dinâmica, crítica e mais viável para uma resolução justa dos conflitos e mudanças sociais, fraterna no sentido de que permite o reconhecimento do Outro como razão de ser da própria existência, sem deixar de aplicar os dogmas, princípios e regras existentes no Direito (2013, p.79).

Desde então, tem sido assim: o Direito de produção estatal "esqueceu-se" do Valor-Princípio Fraternidade, que ganhou maior força com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DH), que surge, logo após o término da II Guerra Mundial, em 1948 (ROSSETTO, 2013, p. 77).

Para uma compreensão mais concisa da Fraternidade como categoria jurídica, menciona-se a autora Bernhard que enumera como primeira característica da Fraternidade a sua função de unidade. Com isto quer a autora dizer que a Fraternidade é o “elo” entre as pessoas nos Estados de Direito Modernos, estabelecendo entre eles uma relação de “interdependência mútua”, fazendo com que cada ser humano tenha consciência de que nele habita, de certa forma, toda a Humanidade (2008, p.61-62).

Desta visão não discorda Vial (2007, p. 122-123), porquanto considere que a fraternidade “é um direito conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*, ou

seja, é um direito que não parte de um soberano (de qualquer espécie), mas é *giurato insieme*” (“jurado entre iguais”, em tradução livre), na forma de um pacto acordado entre iguais. Desta forma, por mais que existam diferenças, em perspectivas como a econômica e intelectual, deve-se tratar o Outro com a mesma dignidade e respeito que se deve cuidar de si mesmo e daqueles que são mais próximos (como familiares e amigos).

Como segunda característica pode-se apontar a Fraternidade que permite, por meio da máxima de que o Outro pertence à mesma comunidade humana, a ideal conciliação entre os princípios constitucionais fundamentais da Liberdade e Igualdade entre os seres humanos. É o que recorda Machado, ao afirmar, com propriedade, que:

Os ordenamentos jurídicos contemporâneos lograram certo êxito em combater a opressão e o arbítrio, garantindo, dentro do possível, a liberdade e a igualdade. No entanto, serão fadados ao insucesso se mais um passo não for dado em busca da fraternidade, pois, em última análise, tal valor torna-se premissa e condição dos outros dois valores liberdade e igualdade (2010, p. 13-14).

O mesmo autor comenta que o Estado, bem como a sociedade e o Direito, ao consagrarem os princípios da Liberdade e Igualdade, traduzidos no plano jurídico, reforçaram somente os Direitos Individuais, também chamados de “direitos de primeira geração” (Direitos e Garantias individuais), ao qual se acrescentaria os Direitos Sociais (de segunda geração), esquecendo a dimensão relacional, comunitária, melhor dizendo, fraterna entre os seres humanos (MACHADO, 2010, p. 14).

A Fraternidade exige, como se pode constatar, a ideia de que todos os seres humanos pertencem a uma “única família humana”, detentora de Direitos igualmente “Humanos”, onde não se devem tutelar ou salvaguardar apenas os Direitos do Indivíduo, mas os de todos os demais. Assim os três princípios - Liberdade, Igualdade, e Fraternidade - possuem por raiz comum a dignidade da pessoa humana (BERNHARD, 2008, p. 61-62). Exige, portanto, uma ampla concepção, despida de quaisquer preconceitos, do que seja “ser humano”, considerando sua dignidade não apenas na dimensão pessoal, mas também coletiva (BERNHARD, 2008, p. 63).

Tem-se por terceira característica que a Fraternidade não gera, apenas, *direitos* que possam dela decorrer, mas também *responsabilidades* perante os demais membros da sociedade. Tais responsabilidades, ressalta Bernhard requerem “a contribuição ativa de todas as pessoas envolvidas e a assunção de responsabilidades comuns e, se necessário, também de responsabilidades diferenciadas” (2008, p.63).

A quarta característica apontada por Bernhard é a de que o conceito de Fraternidade passa também, por uma premissa comum, qual seja, que a Fraternidade está permanentemente orientada para os princípios constantes dos Direitos Humanos universalmente reconhecidos, não apenas para o tempo presente, mas também para o futuro.

Infere-se neste quarto aspecto da Fraternidade que o elo essencial apto a unir pessoas é, precisamente, o seu aspecto “humano” e como tal todo ser humano merece tratamento digno, havendo de ser reconhecido perante o Direito como tal. Exemplo concreto disto é o artigo 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DH), ao estipular que “Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948).

A quinta característica decorre da quarta anteriormente citada segundo a qual, a Fraternidade não se identifica com nenhuma identidade política, liberal, ou de cunho social ou qualquer outra, porque, o único argumento que a fundamenta justamente é o “ser” humano, uma vez que, se encontra em um espaço político mais aberto independente das delimitações políticas e ou geográficas (VIAL, 2007, p. 123).

A sexta e última característica é o caráter relacional da Fraternidade, ou, em outras palavras e idioma, *tu sei me* (você sou eu). Ropelato engrandece o sentido relacional do Princípio da Fraternidade, afirmando que o mesmo é capaz

[...] de interromper e, em certa medida, sanar os efeitos perversos da lógica que transforma inclusão em exclusão. Do ponto de vista político, a fraternidade coloca-se, antes de mais nada, como princípio de construção social, no qual o outro – se podemos definir-nos irmãos – não é diferente de mim, mas outro eu mesmo. Seu significado relacional e, portanto, dinâmico impele a buscar e a reconhecer mutuamente as fisionomias semelhantes entre os diversos sujeitos, grupos sociais e culturais. Além disso, a identificação de uma relação de fraternidade como pertencimento recíproco, entre os atores sociais e políticos, implica pôr em prática relações de partilha e de responsabilidade, que certamente devem ser avaliadas em profundidade (2008, p. 103).

Dessa forma com a caracterização da Fraternidade é possível afirmar que a mesma é um princípio fundamental, inscrito na Constituição Federal de 1988, baseado na unidade comum entre os seres humanos, de forma pacífica, consensual e relacional em torno dos Direitos Humanos, especialmente na dignidade da pessoa humana, onde as diferenças e divergências não devem ser motivo de desrespeito tampouco de segregação ou exclusão. Ao contrário, pois além de gerar Direitos, abarca também compromissos e responsabilidades para com todos os membros da “comunidade humana”, seja ela nacional, internacional ou global.

No Brasil o Valor-Princípio Fraternidade encontra-se presente no Preâmbulo da Constituição de 1988, mas, a despeito dessa importante inserção no texto constitucional, sua

efetividade e cientificidade tem sido objeto de estudos por parte dos juristas brasileiros mais recentemente. Por isso, a importância de resgatar este Valor-Princípio, na tentativa de superar as barreiras que o tornaram figura rara na Ciência Jurídica, bem como em temas específicos relacionados à atuação da Administração Pública, na gestão da Educação de nível superior, ou mesmo nos Cursos de Direito.

3. A FRATERNIDADE E A CRISE NO ENSINO JURÍDICO

O Ensino do Direito vem de longa data apresentando um cenário de "crise", uma vez que, os Cursos Jurídicos, numerosos, paradoxalmente são cada vez mais insuficientes para responder as demandas da sociedade, preparando os acadêmicos para um Direito quase exclusivamente positivista, dogmático, voltado para o litígio processual e para o estrito cumprimento de instrumentos externos de avaliação, quais sejam, o Exame da OAB, as avaliações periódicas do Ministério da Educação e a realização trienal do ENADE.

Justamente nessa linha crítica Veronese assevera que os paradigmas dos Cursos de Direitos estão cada vez mais distanciados das demandas da sociedade pós-moderna. Aduz, ainda, que o próprio Direito precisa ser reconstruído sob uma nova perspectiva, qual seja, a da interdisciplinaridade (2011, p. 109).

De mais a mais desempenhando papel crucial estão os chamados “operadores” do Direito que os Cursos jurídicos almejam formar. Em verdade, existe uma insuficiência da expressão, já que induz a pensar em egressos dos Cursos como uma espécie de "técnicos jurídicos", aptos, tão-somente, a trabalhar a dogmática jurídica (VERONESE, 2011, p. 110).

A autora assinala que o Direito de cunho estatal, monista, percorreu uma trajetória histórica distanciada da sociedade e seus verdadeiros anseios, afastado também da concretização do Princípio da dignidade da pessoa humana (VERONESE, 2011, p. 112).

Significa dizer, um Direito onipotente, que segue na direção de um positivismo que reduz o Direito à produção exclusiva de normas pelo Estado, no distanciamento das práticas sociais, na minimização dos direitos de natureza coletiva (como os Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), e a desconsideração dos necessários aportes interdisciplinares para a solução dos inúmeros conflitos que se apresentam no cotidiano (WOLKMER, 1994, p. 66).

Neste caso, é justamente essa a Ciência Jurídica repassada na grande maioria das vezes no meio acadêmico brasileiro. O saber dogmático, exclusivamente estatal, gera um grupo de atores do Direito cujo saber está ancorado em manuais, desvinculados das múltiplas - e complexas - realidades, desprovidos de espírito crítico e de cientificidade, preocupados apenas

com o acúmulo de conceitos e categorias visando aprovação em concursos públicos e similares (VERONESE, 2011, p. 114).

De fato, o Ensino Jurídico, no mais das vezes, torna-se um instrumento de dominação, onde os que sabem mais e memorizam com maior facilidade conhecimentos legais, prevalecem sobre os demais, obtendo assim os cargos mais relevantes, sem quaisquer preocupações éticas ou mesmo críticas.

Deve-se atentar, quanto à futura atuação dos discentes que serão advogados, magistrados, promotores públicos, defensores públicos, para o fato de que, na perspectiva docente, a maioria dos professores dos Cursos de Direito não se dedicam apenas ao magistério superior, ocupando cargos públicos ou se dedicando à advocacia. Essa é uma realidade que se reflete no Ensino Jurídico, o qual se restringe a aulas puramente técnicas, integralmente baseadas em aulas expositivas, onde o profissional relata suas experiências, tornando parcial a transmissão dos conhecimentos.

Ensinando o Direito de forma equivocada, dogmática e despida de criatividade nos métodos de ensino, acaba-se desvirtuando o próprio Direito enquanto área do conhecimento humano que deve buscar, por excelência e vocação, a *justiça*.

Particularmente no Brasil, país de notórias desigualdades e injustiças sociais, tal formação distorcida traz consequências bastante negativas, uma vez que o Direito (e o seu ensino) precisa partir da ideia de transformação social e de justiça. Com isso, os atores do Direito tornar-se-ão verdadeiros juristas, comprometidos com um Direito vivo, enquanto reflexo real e eficiente nas comunidades em que atuam, como assinala Patto:

Uma outra vertente dessas implicações relaciona-se com a atuação do Direito através dos seus atores, do Direito que assim se torne vivo, do Direito que através das pessoas deixa de ser, como dizem os anglo-saxônicos, *law in books* e se torne *law in action*. Se as normas jurídicas não podem impor a Fraternidade, pode a atuação dos atores do Direito (advogados, magistrados, notários, funcionários judiciais, agentes policiais e penitenciários) testemunhá-la. A postura e a atitude de um juiz pode ser fraterna mesmo quando condena, porque o faz depois de plenamente se identificar com a situação do condenado, tal como com a situação da vítima determinada e de todas as potenciais e indeterminadas vítimas. Quando assim é, procura olhar a pessoa do condenado como um membro da família, para lá do crime que possa ter cometido [...] (2013, p. 17).

Dentre as profissões clássicas do Direito, para as quais deve pautar sua atuação na atenção fraterna para com o Outro, certamente se deve incluir a das professoras e professores dos Cursos Jurídicos, que não só podem facilitar aos alunos uma aprendizagem crítica e direcionada à consideração humanista do Outro, como também precisam trazer consigo uma prática verdadeiramente fraterna, em que a autoridade docente não deixa de ser preservada, mas

que pode se colocar também *no lugar* do aluno, atentando para seus medos, expectativas, limitações, e potencialidades, sempre dentro do contexto social em que está inserido nos tempos atuais.

É importante salientar que os educadores (professoras/professores) devem estar preparados para entender e compreender que apenas os textos jurídicos tradicionais com base na dogmática jurídica, tem se mostrado insuficientes para dar respostas concretas, por exemplo, aos conflitos sociais de toda ordem, a permanência de desigualdades e discriminações entre os gêneros, assim como para acompanhar o progresso científico e as novas tecnologias da informação e da comunicação, pois ainda se verifica que no ensino jurídico atual existe um "[...] distanciamento entre teoria e prática e uma limitação da abertura de possibilidades de ação, uma vez reduzida a Ciência Jurídica a um conjunto de técnicas e de práticas profissionais" (VERONESE; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015, p.342).

Podes se afirmar então, que de maneira geral

[...] o ensino-aprendizagem no Direito está comprometido com uma lógica de competências, numa espécie de aprendizagem-mercadoria como diz Michel Foucault, confrontada com o paradigma de formação integral da pessoa e, obviamente, o que resulta desse confronto em termos de emancipação dos jovens. O resultado buscado pode tornar-se efetivo se visto à luz de uma perspectiva de luta por reconhecimento de direitos, que coloca ênfase na situação relacional de horizontalidade da presença do Outro (VERONESE; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015, p. 353).

Por essas e outras razões, os que se dedicam a uma nova relacionalidade por meio da vivência da fraternidade calcam sua proposta como uma alternativa à crise no Ensino Jurídico numa formação voltada efetivamente - não apenas por capricho retórico, como na maior parte dos projetos pedagógicos que fundamentam a criação dos Cursos de Direito -, para os Direitos Humanos e para consideração do Outro, que, no caso, é o aluno, sem distinções, preferências ou diferenciações em relação à professora e ao professor, ou ao funcionário da Faculdade (ou Centro Universitário, ou Universidade) onde estuda.

Não é por acaso que o artigo 2º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996) retrata que:

A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios da liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Mesmo que a expressão empregada tenha sido "solidariedade" e não "fraternidade", e mesmo que se trate de menção a artigo de Lei produzida pelo Estado, o importante é destacar

que o reconhecimento e o envolvimento do Outro, o aluno, na educação, é princípio central na educação brasileira⁴.

Por isso, é importante que os professores e os alunos do Curso de Graduação em Direito sejam capazes de compreender que na relação ensino-aprendizagem deve haver um "[...] equilíbrio entre uma pedagogia de formação para a vida e, uma pedagogia de lógica de competências, tendo em vista o objetivo de assegurar possibilidades de emancipação" (VERONESE; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015, p. 355-356), que passam pelo reconhecimento do Outro, pois o Outro também sou eu.

Significa dizer,

[...] que o Outro na relação ensino-aprendizagem no Direito não é o estudante na sua individualidade e seus interesses, mas as possibilidades surgidas da relação de reconhecimento entre professor e estudante, de abertura de novas formas de ação no mundo e de renovação na construção da sociabilidade, que implica todo o processo de elaboração subjetiva (VERONESE; OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2015, p. 357).

Para tanto, na prática da sala de aula o Ensino Jurídico pode abarcar discussões e reflexões que possibilitem uma análise doutrinária de temas jurídicos a partir da inserção do Valor-Princípio Fraternidade, seja com base em textos de Filosofia, Política, Ética e do Direito, que poderão fornecer elementos para uma nova cultura relacional fraterna a ser utilizada na vivência cotidiana pelos futuros atores do Direito.

Além disso, é importante esclarecer que no ambiente acadêmico, a compreensão de conteúdos teóricos e a prática - vivência relacional -, da Fraternidade é fundamental para se obter uma visão humanista do Direito, pois o objetivo do Curso de Graduação em Direito não pode ser o de apenas formar meros leitores e reprodutores da normas, mas antes disso, permitir que cada estudante possa entender e se sensibilizar com a realidade conflitual na qual está envolvido e, na medida do possível promover um engajamento fraterno quando da atuação no plano institucional e político.

⁴A respeito da solidariedade, Antonio Maria Baggio reconhece a sua importância, enaltecendo-a por pressupor o dever do Estado de fazer o bem às pessoas, mas ressalva que o conceito de solidariedade não somente é diferente do Princípio da Fraternidade como possui um significado reduzido, na medida em que seu conceito permite que se faça o bem aos outros, mas numa relação vertical, ou seja, de um ente superior (normalmente o Estado) para um inferior, algo que o Princípio da Fraternidade refuta, uma vez que parte da ideia de uma "solidariedade horizontal", onde a ajuda é dada por sujeitos diferentes, mas, ao mesmo tempo, pertencentes à mesma categoria humana. Sobre as considerações acerca das diferenças entre solidariedade e fraternidade, V. BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do "terceiro 1789". In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O Princípio Esquecido**. Vol. 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008, p. 22.

4. O VALOR-PRINCÍPIO FRATERNIDADE - uma nova cultura na formação dos atores do Direito

Isto posto, é imprescindível refletir sobre o papel dos educadores na formação específica dos operadores do Direito no contexto atual em que se encontra a sociedade brasileira e internacional, já que para além de preparar técnicos habilitados a trabalhar com a dogmática jurídica, o desafio é que devemos ser também nesta função, "[...] provocadores de justiça" (VERONESE; OLIVEIRA, 2011, p. 110).

[...] Seria de fato uma ilusão pensar que a estrutura econômico-político-social de uma certa sociedade se modificaria automaticamente e, ter-se-ia, conseqüentemente, uma democracia tangenciada pela participação de todos, indivíduos e grupos, com a simples edição de novas leis (VERONESE; OLIVEIRA, 2011, p. 110).

Em outras palavras, o conjunto da produção normativa brasileira, apesar de apresentar um conteúdo avançado e, na maioria das vezes progressista, nem sempre corresponde da mesma maneira à um perfil de juristas compromissados com o seu tempo e com os preceitos do Princípio da Justiça Social,⁵ o que impede efetivamente, uma contribuição mais engajada e de inclusão.

Assim, cabe destacar, que não estamos deixando de reconhecer a importância do conhecimento proveniente da dogmática jurídica e do pensamento positivista, mas é necessário repensar e buscar outros instrumentos que possibilitem a formação de juristas e operadores do Direito, que conciliem a teoria e a prática com as novas demandas sociais, para que estejam aptos a defender uma completa cidadania, a plenitude de direitos e deveres e, o respeito à dignidade de todas as pessoas humanas.

Para tal conjuntura ser viável, os educadores do Direito, tem pela frente um desafio: direcionar a finalidade do educar formando para o reconhecimento e respeito ao Princípio da dignidade humana, permitindo o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo.

Esse desafio pode se concretizar com o auxílio da introdução de uma nova cultura relacional, que tenha como objetivo a formação de futuros juristas e operadores do Direito, que consigam olhar o Direito não apenas por meio da dogmática jurídica, mas também fundamentado em uma leitura ou uma perspectiva mais questionadora, e consciente de seu

⁵ Um dos pensadores que definiu e delineou os principais elementos do princípio da Justiça Social foi John Rawls, que em sua obra "Uma Teoria da Justiça", estabeleceu três pontos para alcançar um princípio de equidade: a) garantia das liberdades fundamentais para todos; b) igualdade de oportunidades; c) manutenção de desigualdades apenas para favorecer os mais desfavorecidos.

papel na sociedade contemporânea, mediante a vivência da Fraternidade, que historicamente, junto com os Princípios da Liberdade e Igualdade orientaram os ideais/valores da Revolução Francesa de 1789.

Uma das consequências da Revolução foi a proclamação em 26 de agosto de 1789, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que formalmente estabeleceu: o respeito pela dignidade das pessoas; a liberdade e igualdade dos cidadãos perante à lei; o direito à propriedade individual; o direito de resistência à opressão política e a liberdade de pensamento e opinião.

O texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão instituiu a garantia e a proteção de direitos individuais para os homens enquanto sujeitos titulares de direitos, mas não para às mulheres francesas, uma vez que as mesmas tiveram seus direitos políticos e civis negados - até a metade do século XX -, identificando-se a permanência de privilégios e discriminações.

Ressalta-se, que tanto no texto da Declaração como nas posteriores Constituições francesas, os legisladores utilizaram o termo Homem como uma "[...] linguagem genérica masculina que ainda hoje é normalmente usada como caráter neutro" (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p. 156), o que autoriza legalmente a tornar invisível as desigualdades e discriminações entre os gêneros, visto que esta "[...] neutralidade na linguagem esconde, realmente uma exclusão" (ESQUEMBRE VALDÉS, 2010, p. 156) e, no caso específico, uma exclusão das mulheres como sujeito titular dos direitos políticos e civis⁶.

Para evidenciar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão limitava os direitos e as liberdades individuais das mulheres, a escritora Olympe de Gouges publicou em 1791, a Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, mantendo o mesmo estilo e destacando suas lacunas, passando a exigir para as mulheres a igualdade de direitos e deveres perante a Lei, mas também todos os direitos relacionados com a esfera pública e privada (OLIVEIRA, 2016, p. 367).

Cabe fazer referência também ao jornalista Gracchus Babeuf que em 1796, publicou o seu Manifesto dos Iguais, apresentando uma crítica as falsas promessas de esperança, felicidade e igualdade resultantes da Revolução de 1789, afirmando que "[...] a igualdade nunca foi mais do que uma bela e estéril ficção da lei" (BABEUF, 1796).

⁶ Tanto foi assim, que as mulheres francesas só conquistaram seus direitos políticos em 1945 - 156 anos depois da Revolução Francesa -, quando votaram pela 1ª vez. Em relação aos direitos civis, o Código de Napoleão de 1804, considerava as mulheres totalmente incapazes para qualquer ato na vida civil.

Após o término do período napoleônico, os Princípios da Liberdade e Igualdade foram mantidos ora como valores, ora como princípios constitucionais. A partir da Constituição de 1848, a liberdade, a igualdade e a fraternidade foram incorporados como os três princípios fundamentais da República Francesa, estando presentes na Constituição de 1946 e, na atual Constituição da França de 1958.

De acordo com Baggio, os Princípios-deveres da Liberdade e Igualdade foram desenvolvidos depois de 1789, transformando-se em categorias políticas, enquanto que o Princípio da Fraternidade foi esquecido, deixado de lado.

Permanecem em primeiro plano a liberdade e a igualdade [...] que, de algum modo, estão integradas entre si no seio dos sistemas democráticos. Liberdade e igualdade conheceram, assim, uma evolução que as levou a se tornarem autênticas categorias políticas [...]. A ideia de fraternidade não teve a mesma sorte. Enfim, o pensamento democrático a respeito da fraternidade manteve-se em silêncio (BAGGIO, 2008, p.8-9).

Assim, a (re) descoberta do Valor-Princípio Fraternidade apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais ainda enfrentados pelas democracias ocidentais, principalmente após os eventos resultantes da 1ª e 2ª Guerras Mundiais.

Na verdade, as democracias deram alguma eficácia aos princípios da liberdade e da igualdade, mas é evidente para todos que esses princípios estão longe de sua plena realização. A fraternidade [...] no decorrer da história foi adquirindo um significado universal, chegando a identificar o sujeito ao qual ela pode referir-se plenamente: o sujeito 'humanidade' - comunidade de comunidades - , o único que garante a completa expressão também aos outros dois princípios universais, a liberdade e a igualdade (BAGGIO, 2008, p. 14 e 21).

Entretanto, apesar de na atualidade o Estado Social e Democrático de Direito, por intermédio de suas Constituições reconhecerem a Liberdade e a Igualdade como princípios e, ampliarem a proteção dos direitos e deveres individuais, dos direitos coletivos, dos direitos econômicos, sociais e culturais, que dependem em grande medida da atuação concreta de políticas públicas governamentais, e de proibir todas as formas de discriminações, ainda não é possível se falar em uma plena cidadania para todas as pessoas, uma vez que o Valor-Princípio Fraternidade foi ignorado, como se tivesse deixado, por uma passe de mágica, de fazer parte dos valores já reconhecidos historicamente pelos revolucionários franceses (OLIVEIRA, 2016, p. 374).

Ou seja, o Valor-Princípio Fraternidade não encontrou espaço político nem jurídico para a sua inclusão, privilegiando-se apenas a Liberdade e a Igualdade, fundamentadas em uma

concepção liberal e individualista, ignorando-se deste modo, "[...] a ideia de fraternidade como humanidade"(ANDRADE, 2010, p.23).

Sem o reconhecimento social e jurídico do Valor-Princípio Fraternidade, as pessoas acabam buscando a realização de suas liberdades e igualdades, com base em suas individualidades, negando a Humanidade que é própria de todos os seres humanos.

Como se viu, tanto na esfera fraterna quanto crítica, a dogmática viceja ainda hoje praticamente soberana. Os Cursos encontram-se espremidos, na atualidade, por métodos avaliativos que tomam por base critérios quantitativos emanados de órgãos estatais, ou, de outra ponta, por provas e concursos públicos que deixaram de ser uma decorrência natural do bom ensino do Direito para se tornar o centro das atenções, norteando os rumos do Ensino Jurídico no Brasil.

Cabe ressaltar as expressões "sólida formação geral, humanística e axiológica", "adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais", "postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica".

Todas essas expressões designam, em verdade, um tipo de formação altamente crítica, com destaque para o cunho humanista e principiológico, que torne o futuro egresso dos Cursos jurídicos apto a, entre outras habilidades e competências a interpretar e aplicar o Direito e utilizar o raciocínio jurídico, a argumentação, a persuasão e - especialmente - a *reflexão crítica*.

É aqui o ponto de intersecção e de reflexão que se deseja inserir: para que se obtenha, de fato, um agir crítico, que conceda autonomia a quem o detém, apoiado numa formação humanística, principiológica, que permita aos alunos de um Curso de Direito a adequada interpretação e valorização dos multifacetados fenômenos da vida social e do Outro, em outras palavras, os aportes da Fraternidade enquanto Valor-Princípio jurídico.

Sendo assim, que se torne efetiva e concreta a percepção do Outro - o (a) aluno (a) -, considerados em sua plenitude e dignidade, para que possam obter do Curso jurídico uma visão claramente ampla do Direito em todas as suas formas de reprodução.

Em tal direção, uma reflexão de Lyra Filho é extremamente útil no sentido de interligar as posições fraterna e crítica do Direito, ao afirmar a importância de uma reforma do Ensino Jurídico que transcenda uma concepção global do Direito, que poderá ser alcançada por meio de um "[...] itinerário histórico para um futuro de liberdade, paz, justiça e **união fraterna**, em vez de dominação do seu semelhante" (grifou-se) (1980-A, p. 28).

Apreender o Direito apenas como uma forma "mutilada", parcial, unicamente estatal, como diria Lyra Filho, ou, como coloca Veronese, compreender o Direito como algo que depende única e exclusivamente das leis e da dogmática jurídica, é um grande equívoco (2011, p. 110).

Esse equívoco, para os que defendem o Valor-Princípio Fraternidade em sua dimensão relacional e jurídica, perpassa, necessariamente, na revalorização do ser humano! A ampliação do universo jurídico, entremeado com o estudo das lutas sociais históricas (proposta por Lyra Filho) só encontra sentido, como visto na citação acima, se fizer parte de algo substancialmente mais importante, a realização de um futuro onde liberdade, igualdade, paz e justiça sejam fraternalmente compartilhados por toda a Humanidade.

Quando se trata do Ensino do Direito, valorizar a (o) professora (o) e os alunos na totalidade de sua dignidade parece obviedade, mas não é; tanto é verdade que se fala cotidianamente de crise no Ensino do Direito, porque, dentre outras razões, não há uma demonstração efetiva de consideração do Outro. Do ponto-de-vista didático, considera-se, apenas, se a (o) aluna (o) assimilou toda a quantidade de Leis e informações dogmáticas provenientes de fonte estatal para que, ao final do Curso, ingresse nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, ou obtenha êxito nos Concursos Públicos que hodiernamente são oferecidos; institucionalmente, se o Curso de Direito preencheu todos os requisitos legais e normativos exigidos pelo Ministério da Educação, como a Avaliação de Curso (Reconhecimento, Credenciamento e Recredenciamento), e o ENADE.

Urge, portanto, uma reforma do Ensino Jurídico mas, antes disso, do próprio entendimento do Direito, que precisa incluir novas categorias e concepções a partir do entendimento do Valor-Princípio Fraternidade, em sua dimensão relacional e jurídica, como um instrumento facilitador e essência necessária na busca conjunta e fraterna de superação dos problemas ainda presentes no cotidiano das instituições de Ensino do Direito no Brasil.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, cabe mencionar que o presente texto buscou trazer para o leitor e juristas informações sobre o entendimento do Valor-Princípio Fraternidade, tanto em sua dimensão relacional como jurídica. Para tanto, no primeiro tópico a análise parte da identificação do Valor-Princípio Fraternidade, como um instrumento facilitador, e ao mesmo tempo a essência necessária para mudar os comportamentos e as responsabilidades que cada um deve ter consigo e para com o Outro, enquanto membros da mesma família humana.

Além disso, se verificaram os elementos que caracterizam a Fraternidade enquanto categoria axiológica e jurídica, demonstrando que é princípio fundamental, inscrito no Preâmbulo da Constituição de 1988, baseado na unidade comum entre os seres humanos, de forma pacífica, consensual e relacional em torno dos Direitos Humanos, especialmente na dignidade da pessoa humana, gerando direitos e, também, obrigações perante a comunidade humana.

No segundo tópico tratou-se de explicar que ainda persiste uma crise no Ensino Jurídico, onde o mesmo encontra-se numa relação paradoxal, pois os Cursos espalhados em todo território nacional são cada vez mais insuficientes para responder as demandas da sociedade, vez que preparam os acadêmicos para um Direito dogmático, voltado para o litígio processual e para o estrito cumprimento de instrumentos externos de avaliação.

Demonstrou-se a importância da Fraternidade no enfrentamento da crise do Ensino Jurídico, como uma nova relacionalidade a ser exercida por meio de uma vivência fraternal baseada em uma proposta alternativa à crise no Ensino Jurídico, para que os projetos pedagógicos possam dar uma ênfase maior aos Direitos Humanos, bem como a valorização e consideração do Outro.

Finalmente no terceiro tópico se reforça a utilização do Valor-Princípio Fraternidade como uma nova cultura na formação dos atores do Direito, para que tenham a oportunidade de conhecerem outros textos de Filosofia, Política, Ética e do Direito, que poderão fornecer elementos para a vivência de uma relacionalidade fraterna a ser aplicada pelos futuros atores do Direito.

Aliás, a compreensão de conteúdos teóricos e a prática - vivência relacional -, da Fraternidade é fundamental para se obter uma visão humanista do Direito, pois o objetivo do Curso de Graduação em Direito não pode ser o de apenas formar meros leitores e reprodutores das normas, mas promover um engajamento fraterno quando de suas atuações no plano institucional e político.

Portanto, o reconhecimento do Valor-Princípio Fraternidade pode ser um elemento importante e necessário para a concretização de uma plena cidadania social e fraterna, que estimule as alunas e alunos enquanto cidadãos e futuros atores do Direito, a assumirem compromissos para com o Outro e, para com todas e todos os membros da Comunidade, a partir da compreensão de que não basta apenas reivindicar Direitos, mas também assumir responsabilidades para com o Outro, para com o Nosso, de maneira coletiva em respeito à dignidade de todos os seres que fazem parte da família humana.

6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Maria Inês Chaves de. **A Fraternidade como Direito Fundamental entre o Ser e o Dever Ser na Dialética dos Opostos de Hegel**. Coimbra: Almedina, 2010.

BABEUF, Gracchus. **Manifesto dos Iguais de 1796**. Disponível em: www.dhnet.org.br

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O Princípio Esquecido**. Vol. 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. Fraternidade: Uma aproximação conceitual. In: **Direito e Fraternidade: em busca de concretização**. Organização [de] MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luciane Cardoso. Aracaju: EDUNIT, 2018.

BERNHARD, Agnes. Elementos do conceito de fraternidade e de Direito Constitucional. In: CASO, Giovani *et al* (org.). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br> Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação - ENADE. Disponível em: <http://inep.gov.br/enade>. Acesso em: 20 set. 2020.

ESQUEMBRE VALDÉS, María del Mar. *Ciudadanía y Género. Una reconstrucción de la tríade de derechos fundamentales*. In: **Género y Derechos Fundamentales**. Cristina Monereo Atienza; José Luis Monereo Pérez (Directores y Coordinadores). Granada, Espanha: Comares, 2010.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito: algumas reflexões. In: CASO, Giovani *et al* (org.). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. São Paulo: Cidade Nova, LTR, 2008.

LYRA FILHO, Roberto. **O direito que se ensina errado**. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da Universidade de Brasília, 1980-A.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade como categoria jurídico-constitucional - 2010**. Disponível <http://www.portalciclo.com.br>. Acesso em: 20 set. 2020.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. O princípio da fraternidade no âmbito das revoluções moderna e contemporânea. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Introdução. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. Mulheres e trabalho: desigualdades e discriminações em razão de gênero - o resgate do princípio da fraternidade como expressão da dignidade humana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araújo (et al) (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2013.

ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O Princípio Esquecido**. Vol. 1. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. *Principium Fraternitas*: contributo à metodológica interpretativa na perspectiva da proporcionalidade. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direito & Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

VERONESE, Josiane Rose Petry. A academia e a fraternidade: um novo paradigma na formação dos atores do Direito. In: OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry (org.). **Direitos na pós-modernidade: a fraternidade em questão**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; OLIVEIRA, Francisco Cardozo (Organizadores). **A Fraternidade como categoria jurídica: da utopia à realidade**. Curitiba: Instituto Memória, 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. In: **Contribuciones desde Coatepec. Toluca (México): Universidad Autónoma del Estado de México**, n. 12, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx>. Acesso em: 24 set. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

AUTORES DA OBRA COLETIVA

EDUCAÇÃO, DIREITO E FRATERNIDADE Temas teórico-conceituais - volume 1

Luiz Fux

Reynaldo Soares da Fonseca

Rafael Campos Soares da Fonseca

Ricardo Villas Bôas Cueva

Rogério Schietti Cruz

Josiane Rose Petry Veronese

Geralda Magella de Faria Rossetto

Adelaide E. C. Carvalho de França

Clara Cardoso Machado Jaborandy

André Viana Custódio

Jadir Zaro

Luís Edson Fachin

Lucas Bevilacqua

Néfi Cordeiro

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi

Vitória De Macedo Buzzi

Nara Suzana Stainr Pires

Rafaela Silva Brito

Ariane Gonçalves Ribeiro Matias

Dávila T. de Galiza F. Pinheiro

Saulo Silva de Miranda

Emanuela Rodrigues dos Santos

Elias Festa Paludo

Luiz Alberto Gurgel de Faria

Isabela Medeiros Gurgel de Faria

Marco Aurélio Florêncio Filho

Tiago Anderson Brutti

Marcelo N. Ribeiro Dantas

Fabiana Dantas Soares Alves da Mota

Michele Nóbrega Elali

Joana Ribeiro

Olga Maria B. Aguiar de Oliveira

Fabiano Pires Castagna

ISBN: 978-65-88213-06-3

CD



9 786588 213063