

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A FRATERNIDADE COMO UM VALOR QUE O DIREITO  
PODE E DEVE (RE)CONSTRUIR: UMA ABORDAGEM  
À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ILDETE REGINA VALE DA SILVA**

Itajaí (SC), agosto de 2009.

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI**  
**PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA**  
**CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS - CEJURPS**  
**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ**  
**PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ**  
**ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO**

**A FRATERNIDADE COMO UM VALOR QUE O DIREITO  
PODE E DEVE (RE)CONSTRUIR: UMA ABORDAGEM  
À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS E DOS  
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

**ILDETE REGINA VALE DA SILVA**

Dissertação submetida ao Programa de  
Mestrado em Ciência Jurídica da  
Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI,  
como requisito parcial à obtenção do  
Título de Mestre em Ciência Jurídica

**Orientador: Professor Doutor Paulo de Tarso Brandão**

Itajaí (SC), agosto de 2009.

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor **Paulo de Tarso Brandão**,  
meus sinceros agradecimentos  
por ter acreditado, confiado e incentivado  
o tema desta dissertação;  
pela honrosa orientação, que  
fez nascer um carinho especial,  
respeito, admiração no  
reconhecimento da amizade.

Ao Coordenador Geral  
do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu*  
em Ciência Jurídica,  
Professor Doutor **Paulo Márcio Cruz**,  
pela confiança, incentivo e, especialmente,  
pela dedicação, sabedoria e  
pela gentil competência  
na coordenação do curso.

À Professora Doutora **Josiane Rose Petry Veronese**,  
pela fraterna amizade e  
grande incentivadora do tema deste trabalho.

Ao Professor Doutor **Eduardo Ramalho Rabenhorst**  
pelas sugestões apresentadas  
ao tema por ocasião  
do 3º Congresso de Direito e Política .

Aos **Professores do Programa de Mestrado Acadêmico  
em Ciência Jurídica – Área de Concentração:  
Hermenêutica e Princiologia Constitucional**  
e, especialmente,  
aos Professores Doutores:  
**Maria da Graça Santos Dias**, pelo acolhimento e compreensão;  
**Alexandre Morais da Rosa**, pelos livros disponibilizados e atenção;  
**Daniela Mesquita Leutchuk Cademartori**, pelo incentivo e sugestões;  
**Marcos Leite Garcia**, pela gentileza e dedicação,  
**Clóvis Demarchi**, pelas últimas correções e  
**Luiz Henrique Cademartori**,  
aos quais registro um pouco do muito que aprendi  
minha mais profunda admiração!

Aos Funcionários e Bolsistas do  
Curso de Mestrado em Ciência Jurídica  
do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*  
em Ciência Jurídica da UNIVALI, em especial,  
**Jaqueline Moretti Quintero** ,  
**Alexandre Zarske de Mello** e  
**Lucilaine Ignácio da Silva**,  
pela atenção e gentileza com  
que sempre me receberam.

Às amigas **Ana Paula Sella** e  
**Anna Kleine Neves Pereira**  
pela disponibilidade de ajudar sempre.

À **Cris Montag**,  
pela amizade que nasceu através de um livro,  
*O Princípio Esquecido/1*.

**Dedico este trabalho:**

A Deus,  
fonte de todo o meu saber  
e inspiração que me conduziu até aqui.  
Luz que ilumina e guia a minha vida!

Ao meu marido, **Júnior**,  
aos meus filhos, **Diogo** e **André**,  
aos meu **pais, irmãos** e **sobrinhos**,  
pelo amor e pela infinita felicidade  
que representam em minha vida,  
pela compreensão nos momentos de ausência  
e pelo apoio moral nos momentos difíceis.  
Amor infinito e fraterno!

Ao orientador, **Paulo de Tarso Brandão**,  
pela disponibilidade, pelo incentivo,  
pelo carinho, pela confiança e paciência que acolheu  
minhas dúvidas, minhas angústias,  
minhas desculpas e meus atrasos  
nessa caminhada e, principalmente,  
pelas lições de vida  
aprendidas com seu exemplo de ser *ser* humano  
e de excelente profissional,  
tanto no magistério,  
quanto no ministério público.  
Carinho, admiração e amizade para sempre!

“A vida pertence a Deus,  
pois a atividade da mente é vida  
e Ele é essa atividade.  
A pura auto-atividade da razão é a mais abençoada  
e eterna vida de Deus.  
Dizemos que Deus vive, eterno e perfeito,  
e que a vida contínua e eterna é Deus,  
pois Deus é vida eterna”.

**Aristóteles.**  
*Ensaio: A Razão Divina como Primeiro Móvel.*

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido a este trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), a Coordenação do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), agosto de 2009.

**Ildete Regina Vale da Silva**  
Mestranda

## **PÁGINA DE APROVAÇÃO**

SERÁ ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PROGRAMA DE MESTRADO  
ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA DA UNIVALI APÓS A DEFESA DA BANCA

## SUMÁRIO

RESUMO.....	XVIII
RESUMEN .....	XX
INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO 1 .....	6
<b>DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E FUNDAMENTOS.....</b>	<b>6</b>
1.1 INTRODUÇÃO À ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	6
1.1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A MUDANÇA DE MENTALIDADE.....	9
1.1.2 DISTINÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL.....	10
1.1.3 TOLERÂNCIA RELIGIOSA, SEMENTE DE LIBERDADE .....	14
1.2 PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	18
1.2.1 A NOVA CIÊNCIA .....	22
1.2.2 O NOVO DIREITO.....	23
1.2.3 A ORIGEM DO IDEAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	27
1.2.4 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	29
1.2.4.1 <i>Modelo Inglês de Direitos Fundamentais</i> .....	29
1.2.4.2 <i>Modelo Americano de Direitos Fundamentais</i> .....	30
1.2.4.3 <i>Modelo Francês de Direitos Fundamentais</i> .....	31
1.2.5 POSITIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	32
1.2.6 GENERALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	34
1.2.7 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	37
1.2.8 ESPECIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	38
1.2.9 SENTIDO E CONTEÚDO DAS INFLUÊNCIAS IDEOLÓGICAS NA FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	40
1.2.9.1 <i>Modelo Liberal</i> .....	40
1.2.9.2 <i>Modelo Socialista</i> .....	41
1.2.9.3 <i>Modelo Democrático</i> .....	42

1.2.10 FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	43
1.3 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	45
1.4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	50
<b>CAPÍTULO 2 .....</b>	<b>54</b>
<b>O VALOR UNIVERSAL DA FRATERNIDADE.....</b>	<b>54</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	54
2.2 REVOLUÇÃO FRANCESA E A TRILOGIA: LIBERDADE, IGUALDADE, FRATERNIDADE .....	55
2.3 FRATERNIDADE: O PRINCÍPIO ESQUECIDO .....	59
2.4 FRATERNIDADE: SENTIDOS REDUCIONISTAS .....	66
2.4.1 FRATERNIDADE E SOLIDARIEDADE .....	69
2.5 FRATERNIDADE: VALOR UNIVERSAL.....	72
2.6 FRATERNIDADE: UM VALOR A SER CONSTRUÍDO .....	76
2.6.1 FRATERNIDADE: DIREITO DE <i>SER</i> HUMANO .....	77
2.6.1.1 <i>Da individualidade como um dos elementos do bem-estar</i> .....	80
2.6.1.2 <i>Personalismo: despertar para ser humano</i> .....	83
2.6.1.3 <i>Fraternidade e a Dimensão Relacional do Homem</i> .....	85
2.6.2 FRATERNIDADE E DIÁLOGO .....	86
2.7 FRATERNIDADE: VALOR JURÍDICO .....	89
<b>CAPÍTULO 3 .....</b>	<b>91</b>
<b>FRATERNIDADE E DIREITO .....</b>	<b>91</b>
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE FRATERNIDADE E DIREITO.....	91
3.1.1 FRATERNIDADE: ELA SE APRESENTA COMO UM ENUNCIADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO? .....	92
3.1.2 O PROJETO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	93
3.1.3 POR QUE O DIREITO PRECISA MUDAR? .....	99

<b>3.1.4 DIREITO FRATERO: FUTURO DO DIREITO .....</b>	<b>102</b>
<b>3.1.5 DIREITO DO FUTURO: COMPREENDER PARA JUSTIFICAR .....</b>	<b>109</b>
<b>3.2 FRATERNIDADE: O DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA .....</b>	<b>113</b>
<b>3.2.1 FRATERNIDADE E JUSTIÇA SOCIAL .....</b>	<b>115</b>
<b>3.2.2 FRATERNIDADE E A JUSTA APLICAÇÃO DA LEI .....</b>	<b>119</b>
<b>3.2.3 ASPECTOS PRÁTICOS DA FRATERNIDADE NO DIREITO COMO INSTRUMENTO DE JUSTIÇA SOCIAL .....</b>	<b>122</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>128</b>
<b>REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS .....</b>	<b>133</b>

## RESUMO

A presente dissertação se desenvolve com o objetivo de estudar a Fraternidade como um valor que pode e deve ser (re)construído pelo Direito, em uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, visando criar possibilidades de proteção e concretização desses e, conseqüentemente, a realização do projeto constitucional brasileiro. A pesquisa se relaciona com a área de concentração do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI, denominada como Fundamentos do Direito Positivo. Adota como sua linha de pesquisa a Hermenêutica e a Principiologia Constitucional. Para uma melhor compreensão da matéria, distribui-se a pesquisa em três capítulos. No primeiro, busca-se traçar um panorama histórico sobre a origem e a evolução dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais com o objetivo de, justamente, fundamentá-los. Um dos aspectos que se pretende evidenciar em relação à origem dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais diz respeito à gradativa mudança de mentalidade que impulsionou o surgimento dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais. Na abordagem sobre o processo de formação dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, perseguem-se os sinais e os indícios do desenvolvimento cultural, social, político e jurídico, e a justificativa desses Direitos através das perguntas do por quê e para quê deles. Em relação, especificamente, aos Direitos Humanos, foram reunidas boas razões para a ideia da universalidade desses Direitos, com a intenção de recuperar valores que foram perdidos, esquecidos ou mal interpretados por uma leitura de mundo individualista. Uma abordagem sobre a proteção e a concretização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais em relação ao projeto da Modernidade, considerando que este nasceu da relação de interdependência entre os princípios proclamados na Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade, finaliza este capítulo e prepara o assunto para os dois capítulos seguintes. Os estudos no segundo capítulo trilham o caminho da Fraternidade na história política do mundo ocidental, procurando ultrapassar os (pré)conceitos relacionados com a origem da palavra. Nesse sentido, busca-se encontrar o sentido de valor universal para a Fraternidade na expectativa de criar condições para (re)construí-la através da conscientização do Homem e do seu compromisso com o bem-estar comum na vida em Sociedade. O desafio do terceiro capítulo é, justamente, demonstrar a coexistência entre a Fraternidade e o Direito através do reconhecimento daquela como um valor jurídico no contexto constitucional. A realização da proposta constitucional depende de uma revisão na base do modelo jurídico e político, enraizado em uma modernidade focada na garantia das liberdades individuais. A proposta da Fraternidade em relação ao futuro do Direito é da não violência, ou seja, a construção de um Direito fraterno, o qual dependerá da compreensão que se estabelece no compromisso entre o Direito e a Sociedade humana. O sentido e a humanização da Justiça estão diretamente ligados à compreensão do que é Direito. Para finalizar o capítulo e o trabalho dentro da proposta de que a relação da Fraternidade com o Direito não fique só na teoria, busca-se partilhar uma experiência profissional em que as sementes da Fraternidade foram plantadas no grande canteiro de obras do projeto constitucional brasileiro. O percurso teórico nesta investigação foi elaborado sob a base lógica do Método Indutivo, com o auxílio das Técnicas do Referente, da

Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica. A abordagem metodológica foi aplicada sob a orientação procedimental baseada na Fenomenologia Jurídica, através da Análise de Conteúdo sobre o fenômeno na sua dimensão teórica e prática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Fraternidade. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais.

## RESUMEN

La presente disertación se ha desarrollado con el objetivo de estudiar la Fraternidad como un valor que puede y debe ser (re)construido por el Derecho, en un abordaje a la luz de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, a fin de crear posibilidades para la protección y la realización de estos y, en consecuencia, la realización del proyecto constitucional brasileño. La investigación está relacionada al área de concentración denominada Fundamentos del Derecho Positivo, del Programa de Maestría en Ciencias Jurídicas de la UNIVALI y adopta como su línea de investigación la Hermenéutica y Principiología Constitucional. Para una mejor comprensión del tema, la investigación se distribuye en tres capítulos. El primero trata de trazar un panorama histórico sobre el origen y la evolución de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, precisamente con el objetivo de fundamentarlos. Uno de los aspectos que se busca evidenciar en relación al origen de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales es el gradual cambio de mentalidad que impulsó el surgimiento de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales. En el abordaje sobre el proceso de formación de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales, se persiguen las señales y los indicios del desarrollo cultural, social, político y jurídico, y la justificación de estos Derechos a través de las preguntas del por qué y el para qué de los mismos. Específicamente en relación a los Derechos Humanos, se reunieron buenas razones para la idea de la universalidad de estos Derechos, con la intención de recuperar los valores que se habían perdido, olvidado o mal interpretado por una lectura individualista del mundo. El abordaje a respecto de la protección y la realización de los Derechos Humanos y de los Derechos Fundamentales en relación con el proyecto de la Modernidad, considerando que este nació de la relación de interdependencia entre los principios proclamados de la Revolución Francesa - Libertad, Igualdad, Fraternidad -, finaliza el capítulo y prepara el tema para los dos capítulos siguientes. En el segundo capítulo se investiga el camino de la Fraternidad en la historia política del mundo occidental, intentando ir más allá de los (pre)conceptos relacionados con el origen de la palabra. En este sentido, se trata de buscar el sentido de valor universal para la Fraternidad con la expectativa de crear condiciones para (re)construirla a través de la conciencia del Hombre y de su compromiso con el bienestar común en la vida en Sociedad. El desafío del tercer capítulo es, precisamente, demostrar la coexistencia de la Fraternidad y el Derecho a través del reconocimiento de la primera como un valor jurídico en el contexto constitucional. La realización de la propuesta constitucional depende de una revisión en la base del modelo jurídico y político, enraizado en una modernidad centrada en la garantía de las libertades individuales. La propuesta de la Fraternidad en relación al futuro del Derecho es la de la no violencia, es decir, la construcción de un Derecho fraterno que dependerá de la comprensión que se establezca en el compromiso entre el Derecho y la Sociedad humana. El sentido y la humanización de la Justicia están directamente relacionados con la comprensión de lo que es Derecho. Para finalizar el capítulo y el trabajo, dentro de la propuesta de que la relación de la Fraternidad con el Derecho no permanezca sólo en la teoría, se trata de compartir una experiencia profesional en la cual fueron plantadas las semillas de la Fraternidad en las grandes obras del proyecto constitucional brasileño. El camino teórico de esta investigación fue elaborado sobre la base lógica del

Método Inductivo, con la ayuda de las Técnicas del Referente, de la Categoría, del Concepto Operacional y de la Investigación Bibliográfica. El abordaje metodológico se aplicó con una orientación procedimental basada en la Fenomenología Jurídica, a través del Análisis de Contenido sobre el fenómeno en su dimensión teórica y práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Fraternidad. Derechos Humanos. Derechos Fundamentales.

## INTRODUÇÃO

Este estudo tem como objetivo institucional produzir uma Dissertação para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI).

O tema será desenvolvido na linha de pesquisa de Hermenêutica e Principiologia Constitucional - Estado, dentro da área de concentração denominada Fundamentos do Direito Positivo.

O trabalho tem como objeto destacar o estudo da Fraternidade como um valor que pode e deve ser (re)construído pelo Direito, visando criar possibilidades de proteção e concretização dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais e, conseqüentemente, a realização do projeto constitucional brasileiro.

A pesquisa tem como objetivo geral verificar qual(is) o(s) elo(s) que une(m) a Fraternidade e o Direito, quando a primeira impressão é de que são realidades que operam em campos distintos.

Os objetivos específicos serão os de identificar, primeiramente, o *porquê* e *para quê* dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, através das origens e evolução desses Direitos; em seguida, resgatar a dimensão política da Fraternidade para colocá-la ao lado da Liberdade e da Igualdade com a finalidade de (re)compôr, assim, os três princípios ideais da Revolução Francesa, que serviram para introduzir um mundo novo e, por fim, estabelecer a relação entre a Fraternidade e o Direito de forma que faça nascer o compromisso de alcançar a correta compreensão da teoria e da prática da Fraternidade na esfera jurídica, a fim de que se possam alcançar adequadamente os objetivos previstos, especificamente, no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, qual seja, de construir uma Sociedade fraterna.

Justifica-se este estudo pela composição de elementos que compõem a ideia da Fraternidade e que possam ajudar a compreender e justificar os

Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais como, também, de criar possibilidades para resgatar uma aproximação entre a teoria a prática desses Direitos, bem como de despertar o Homem para o compromisso e a responsabilidade de proteger e para concretizar os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, com a finalidade de realizar o projeto constitucional brasileiro.

Qual a relação entre o Direito e a Fraternidade? Essa foi a pergunta que fez nascer a curiosidade de estudar o tema. Então, para esta Dissertação foram levantados os seguintes problemas:

Se o pensamento da Fraternidade fez parte da trilogia da Revolução Francesa, formando uma síntese de inspiração - para o projeto de Sociedade inédita e desejável da modernidade - ao lado da Liberdade e da Igualdade, por que permaneceu silenciosa(ada) na história política logo depois?

Qual(is) o(s) elo(s) que une(m) a Fraternidade e o Direito, quando a primeira impressão é de que são realidades que operam em campos distintos?

Diante dos problemas formulados, elegeram-se as seguintes hipóteses:

a- pelo estudo sobre a origem e a evolução histórica dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais é possível aos Homens chegarem a uma acordo prático - embora possam ter pontos de partida diferentes para proteger e justificar esses Direitos -, através de valores em comum que não visem, apenas, restringir os limites do poder ou reclamar deste benefícios mas, também, englobar a participação, ou seja, o compartilhamento do poder;

b- o espaço aberto deixado pela Fraternidade - entendida como um valor de envergadura política e jurídica, tal como os princípios da Liberdade e Igualdade - representa a grande dificuldade do Homem se reconhecer capaz de proteger e concretizar os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais;

c- a Fraternidade e o Direito caminham em direções opostas, considerando a natureza conflituosa desse e a espontaneidade daquela e, portanto,

poder-se-ia concluir que em uma Sociedade fraterna o Direito seria dispensável quanto mais agisse a Fraternidade e vice-versa.

O trabalho divide-se em três capítulos, com a finalidade de dar maior clareza e organização no desenvolvimento da investigação e da compreensão do conteúdo.

No primeiro capítulo, busca-se traçar um panorama histórico sobre a origem e a evolução dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais com o objetivo de, justamente, fundamentá-los. Um dos aspectos que se pretende evidenciar em relação à origem dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais diz respeito à gradativa mudança de mentalidade que impulsionou o surgimento dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, em destaque: 1. A tradicional distinção entre Direito e moral de Christian Thomasius pelo que representa um precedente histórico da teoria clássica de coação, a qual se tornou essencial para a formulação dos direitos naturais racionalistas e a restrição do Direito à dimensão humana, tornando-se condição imprescindível para a luta e posituação dos Direitos Fundamentais; 2. O Tratado sobre a Tolerância de Voltaire se revelou uma fórmula política para evitar guerras por motivos religiosos, tornando possível a percepção do primeiro Direito Fundamental: a liberdade individual. Na abordagem sobre o processo de formação dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, busca-se conhecer, pelos sinais e indícios do desenvolvimento cultural, social, político e jurídico, a justificativa desses Direitos através das perguntas do *por quê* e *para quê* deles. Em relação, especificamente, aos Direitos Humanos, foram perseguidas boas razões para a ideia da universalidade desses Direitos, com a intenção de recuperar valores que foram perdidos, esquecidos ou mal interpretados por uma leitura de mundo individualista. Uma abordagem sobre a proteção e a concretização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais em relação ao projeto da Modernidade, considerando que este nasceu da relação de interdependência entre os princípios proclamados da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade, finaliza este capítulo e prepara o assunto para os dois capítulos seguintes.

Os estudos no segundo capítulo trilham o caminho da Fraternidade na história política do mundo ocidental, procurando ultrapassar os

(pré)conceitos relacionados com a origem da palavra. Nesse sentido, busca-se encontrar o sentido de valor universal para a Fraternidade na expectativa de criar condições para (re)construí-la através da conscientização do Homem e do seu compromisso com o bem-estar comum na vida em Sociedade.

O desafio do terceiro capítulo é, justamente, demonstrar a coexistência entre a Fraternidade e o Direito através do reconhecimento daquela como um valor jurídico no contexto constitucional. A realização da proposta constitucional depende de uma revisão na base do modelo jurídico e político, enraizado em uma modernidade focada na garantia das liberdades individuais. A proposta da Fraternidade em relação ao futuro do Direito é da não violência, ou seja, a construção de um Direito fraterno, o qual dependerá da compreensão que se estabelece no compromisso entre o Direito e a Sociedade humana. O sentido e a humanização da Justiça estão diretamente ligados à compreensão do que é Direito. E, para finalizar o capítulo e o trabalho, dentro da proposta de que a relação da Fraternidade com o Direito não fique só na teoria, porque a Fraternidade nunca será só teoria, mas antes de tudo é prática, busca-se partilhar uma experiência profissional em que as sementes da Fraternidade foram plantadas no grande canteiro de obras do projeto constitucional brasileiro.

Esta pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentadas pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Fraternidade como um valor que pode e deve ser o (re)construído pelo Direito.

Esta Dissertação corresponde aos fundamentos axiológicos da produção do Direito que constitui o Projeto de Pesquisa.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação<sup>1</sup>, foi utilizado o Método Indutivo<sup>2</sup>, sob a orientação de uma atitude

---

<sup>1</sup> “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p. 101.

<sup>2</sup> “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 104.

metodológica baseada na Fenomenologia Jurídica. O Relatório dos Resultados expresso na pesquisa é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente<sup>3</sup>, da Categoria<sup>4</sup>, do Conceito Operacional<sup>5</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>6</sup>.

O conceito operacional das principais categorias que compõem a pesquisa<sup>7</sup> será apresentado, apenas, no desenvolvimento do trabalho, sendo que neste estudo não será adotado o rol de categorias e suas definições prévias. Opta-se em destacá-las no desenvolvimento do texto com letras maiúsculas, tendo em vista que a proposta deste trabalho é, justamente, ampliar possibilidades, sem querer definir verdades. Contudo, tal postura não significa afirmar que definições não irão aparecer no texto, porém, elas aparecerão quando for oportuno ou necessário, mas não definitiva, porque sempre haverá a possibilidade de repensá-las de acordo com o contexto social e histórico que se apresentam, de forma que possam alcançar maior proteção e concretização para os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.

---

<sup>3</sup> “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 62.

<sup>4</sup> “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 31.

<sup>5</sup> “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 45.

<sup>6</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. p. 239.

<sup>7</sup> Finalmente, cumpre-nos advertir o leitor de que, por vezes, a Constituição da República Federativa do Brasil poderá ser citada como: Constituição Federal, CRFB, Carta Política, Magna Carta, Lei Republicana, Lei Maior, Lei Fundamental, Texto Constitucional.

# CAPÍTULO 1

## DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM E FUNDAMENTOS

“Homens mutuamente opostos em suas concepções teóricas podem chegar a um acordo meramente prático com relação a uma lista de direitos humanos”.  
Jacques Maritain

### 1.1 INTRODUÇÃO À ORIGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>8</sup>

A origem e a fundamentação dos Direitos Fundamentais se confundem, sendo necessário “estudar as origens dos direitos humanos exatamente para fundamentá-los”<sup>9</sup>.

As primeiras formulações da filosofia dos Direitos Fundamentais surgiram no início do século XVI, prolongando-se até final do século XVIII, no período denominado de *trânsito à modernidade*<sup>10</sup>. É época em que o Estado absoluto deixou de ser um elemento de apoio para se tornar um empecilho aos interesses da burguesia e que a Sociedade reclamava a liberdade religiosa e as

---

<sup>8</sup> Cabe o alerta que, no decorrer desse estudo, as expressões Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem poderão aparecer como sinônimos, porque, muitas vezes, são utilizadas assim. Quando a distinção entre elas for necessária, o leitor será avisado, para que não haja prejuízo à proposta deste estudo. No entanto, é interessante estabelecer a distinção entre as três expressões, no sentido de: *Direitos do Homem* diz respeito àqueles direitos naturais que precederam à positivação internacional ou nacional; *Direitos Humanos* guardam relação com documentos de direitos internacionais, uma vez que se referem àquelas posições jurídicas em favor do ser humano como tal, independentemente da sua vinculação jurídica com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional); *Direitos Fundamentais* são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 35.

<sup>9</sup> GARCIA, Marcos Leite. **Efetividade dos Direito Fundamentais: Notas a partir da visão integral de Gregório Peces-Barba**. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR, Julio Cesar. Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 193.

<sup>10</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995. p. 118.

guerras religiosas prejudicavam o comércio. A insatisfação da burguesia com a ordem estabelecida pelo excessivo poder político dos nobres e do clero fez surgir a figura do Estado como forma necessária de unificar o poder frente ao feudalismo e a supremacia da Igreja Católica<sup>11</sup>.

A força econômica da burguesia impulsionou a prática capitalista e transformou o empresário burguês em um indivíduo calculista e organizador racional de suas atividades, diferentemente do que ocorria na Sociedade estamental. A defesa da tolerância e da limitação dos poderes políticos medievais foi conquistada pela nova ordem econômica adquirida pela burguesia, impulsionando e favorecendo a mentalidade individualista.

O Estado foi instituído para garantir a ordem e a segurança, condição indispensável para que a burguesia exercesse suas atividades comerciais em virtude da ineficiência das estruturas políticas medievais e do rompimento com a unidade ideológica

que se sustentava no monopólio religioso da Igreja Católica, com o imperialismo da ideologia sobre o pensamento, sobre a ciência e sobre os costumes, que junto à ordem corporativa mantinham a segurança<sup>12</sup>.

No novo modelo de poder político instituído pela burguesia, a segurança instituída foi a jurídica, garantida através do Direito e do Estado, este como referência de unificação das normas e com a

pretensão de monopólio no uso da força legítima. Assim começa a consolidar no mundo moderno a idéia de que a primeira função de todo poder político e de todo sistema jurídico é a organização pacífica da convivência<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 115-119.

<sup>12</sup> (...) que se sustentaba en el monopólio religioso de la Iglesia Católica, con el imperialismo de la ideología sobre el pensamiento, sobre la ciencia y sobre las costumbres, que junto al orden corporativo mantenían la seguridad. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. p. 119. Tradução livre.

<sup>13</sup> (...), con su pretensión de monopolio en el uso de la fuerza legítima. Así se empieza a consolidar en el mundo moderno la Idea que la primera función de todo o poder político y de todo o sistema jurídico es la organización pacífica de la convivencia. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 119. Tradução livre.

Surgiram, então, dois modelos de Estado: o continental - que se formou a partir da ruptura com as bases políticas medievais do Estado estamental para, após um breve período de transição, construir um Estado absoluto; e o inglês - a transformação em Estado moderno se deu sem ruptura total com a organização político-jurídica medieval, da qual permaneceram alguns elementos estamentais<sup>14</sup>.

A palavra Estado surgiu como a melhor forma de expressar a nova realidade de poder a partir do trânsito à modernidade e sua conexão com a origem histórica dos Direitos Fundamentais:

É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos cidadãos<sup>15</sup>.

O Estado surgiu como resultado do dissenso frente à extensão do poder e do consenso de limitá-lo, sendo este um dos traços identificadores do Estado liberal frente ao Estado absoluto. Daí, também, surgiu a ideologia liberal, que tinha por finalidade não só permitir o livre desenvolvimento da atividade econômica, mas, também, a direção do poder político<sup>16</sup>.

A transformação social da época caracterizou a passagem da Idade Média para a Idade Moderna, prolongando-se por vários séculos, sem, contudo, que essa mutação tivesse, necessariamente, ocorrido ao mesmo tempo e para todos os Estados do mundo ocidental. Em meio a essas mudanças que influenciaram - através da ascensão social da burguesia - a economia, a política, a Sociedade e a cultura, os Direitos Fundamentais viriam representar uma aproximação moderna à dignidade da pessoa humana<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 119.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 78.

<sup>16</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 122.

<sup>17</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 116.

### 1.1.1 Direitos Fundamentais e a Mudança de Mentalidade

No primeiro momento histórico dos Direitos Fundamentais, as liberdades civis impulsionaram uma mudança de mentalidade oriunda do humanismo e da reforma protestante, movimentos estes que se influenciaram mutuamente e representavam o moderno frente ao que seria denominado antimoderno<sup>18</sup>. Enquanto a ética medieval era a ética católica fundamentada no “duplo apoio da graça e da liberdade”, a renascentista surgiu como

uma ética da graça e da liberdade com o humanismo. Ambas concordarão, apesar da distância aparente de seus pontos de partida, para afirmar a autonomia, o valor do trabalho e a atividade humana. Este antropocentrismo ético coloca o homem, construtor de si mesmo e dominador da natureza como o centro do universo<sup>19</sup>.

A influência do humanismo da liberdade, na nova mentalidade do trânsito à modernidade, foi marcada por alguns aspectos: 1. O domínio e o desfrute da natureza pelo homem; 2. A autonomia do conhecimento - a ideia de um saber puramente humano, desvinculado da teologia, permitindo o avanço da ciência moderna; 3. A adoção do jusnaturalismo racionalista, influenciando a filosofia dos Direitos Fundamentais com a ideia de direitos abstratos, ideais, permanentes e eternos; 4. Uma visão relativista da vida - a tolerância era a chave para o surgimento das liberdades individuais. As atitudes no plano da vida favorecendo o surgimento dos direitos e preparando a justificativa relativista da democracia; 5. A ideia de progresso - os descobrimentos científicos colocaram em dúvida a autoridade dos antigos. A compatibilidade entre a razão e a história atreladas à ideia de progresso condicionou a consideração dos Direitos Fundamentais diante dos reducionismos racionalistas e historicistas, justificando, assim, a dimensão filosófica e as dimensões histórica e positiva; 6. A generalização da educação pela harmonia do corpo e da mente de acordo com a dignidade do homem e seu papel de protagonista na sociedade e na história, tornando-o dono do seu próprio destino<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 122-123.

<sup>19</sup> (...) ética renascentista será uma ética de la gracia y de la libertad con el humanismo. Ambas coincidirán, pese a lo alejado, aparentemente, de sus puntos de partida, en afirmar la autonomía, el valor del trabajo y de la actividade humana. Este antropocentrismo ético coloca el hombre, constructor de si mismo y dominador de la naturaleza, en el centro del universo. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 123 Tradução livre..

<sup>20</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 124-125.

A conformação entre a ética da graça protestante e a mentalidade moderna aconteceu pelo(a): 1. ruptura da unidade religiosa e do monopólio da Igreja Católica em relação aos costumes e ao conhecimento humano, alterando o princípio da autoridade e promovendo o pluralismo, o individualismo e a liberdade de escolha, ou seja, a iniciativa individual; 2. uso da razão para fundamentar as convicções, as opiniões, as teorias e as práticas, impulsionando o subjetivismo e o individualismo; 3. jusnaturalismo racionalista como veículo intelectual de dois pontos, razão e natureza, na construção de uma justificativa para o Direito justo, o que tornou impossível a sustentação da autoridade do Deus católico após a ruptura da unidade; 4. moderna ideia de Estado, consolidando ações para fazer frente ao domínio eclesiástico e enfrentando a força da Igreja Católica em relação aos poderes civis; 5. controle exercido através da Igreja Católica sobre todas as formas de conhecimento ter ficado prejudicado pela ciência moderna.

Os fatores ideológicos e culturais influenciaram os fatores políticos e econômicos e vice-versa, surgindo nesse cenário a nova mentalidade do trânsito à modernidade, favorecendo o surgimento da filosofia do direito positivo e dos Direitos Fundamentais que passa, necessariamente, pela distinção entre Direito e moral.

### 1.1.2 Distinção entre Direito e Moral

No contexto das mudanças no mundo ocidental, o conceito de Direitos Fundamentais começa a ser delineado a partir de uma nova concepção do antigo problema da lei natural, decorrendo daí a fundamental contribuição de Christian Thomasius<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Foi um intelectual engajado com as causas do seu tempo. Personagem importante para a racionalização dos direitos humanos e humanização do direito processual penal. Das muitas coisas que se não dito de sua trajetória, o mais destacado seria que, além de iniciador do iluminismo, Thomasius foi um intelectual sem misérias, como o qualifica o título de um escritos mais interessantes sobre sua obra de autoria de Ernest Bloch, exatamente por seu espírito inquieto, reformista e crítico com as ideias de sua época, quando de maneira destacada e com muita personalidade colocou-se à frente de seu tempo, defendendo a tolerância e a liberdade, especialmente a liberdade de pensamento do indivíduo frente à religião e ao Estado. Teorizou sobre a separação do Direito e da Moral, além de criticar a intolerância religiosa e pedir pela humanização do Direito Processual Penal. GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 10, n. 2, jul./dez. 2005, p. 419.

Para a formulação de um conceito unitário, aceito por todos os homens, independentemente das ideias religiosas, tornou-se de fundamental importância estabelecer a diferença entre uma teoria do direito natural (jusnaturalista) e uma teoria dos direitos naturais concretos (direito natural moderno – a razão é comum a todos os homens e não mais à lei natural)<sup>22</sup>.

A distinção entre Direito e moral, então, tornou-se essencial para a formulação dos direitos naturais racionalistas, advindos da mudança de mentalidade, condição imprescindível para a luta e a positivação dos Direitos Fundamentais<sup>23</sup>.

Na obra *Fundamentos*, de 1705, Thomasius estabeleceu a principal e a inovadora desconexão do saber filosófico com relação ao saber dos teólogos e, por consequência, a distinção entre Direito e moral como normativas do comportamento autônomas e distintas, dando assim sua contribuição ao Direito natural<sup>24</sup>.

Essa distinção permitiu a consolidação da convicção de que o Estado e seu Direito não eram os instrumentos adequados para a realização da concepção do bem de uma Igreja ou confissão, anunciando a separação entre Estado e religião e a distinção entre ética pública e ética privada<sup>25</sup>. Decorre daí a compreensão necessária para o conceito de dignidade humana, que é um dos pilares da atual teoria dos Direitos Fundamentais<sup>26</sup>.

A separação entre Direito e moral se dá pela compreensão que  
a

---

<sup>22</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 10, n. 2, jul./dez. 2005, p. 420-423.

<sup>23</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. p. 420-423.

<sup>24</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. p. 420-423.

<sup>25</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**. p. 424-428.

<sup>26</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais**.. p. 424-428.

obrigação jurídica é essencialmente coativa: como o direito regula as ações externas e somente o externo pode chegar a ser objeto da coação (questões de ética pública), somente essa obrigação é coativa, sem que a coação possa, em câmbio, alcançar ao *forum internum* da consciência, que é onde se produzem os atos regulados pela Moral (questões de ética privada)<sup>27</sup>.

No pensamento de Thomasius, segundo Garcia, a lei natural e a divina pertenciam mais aos conselhos do que aos mandamentos, e a lei humana, propriamente dita, não se referia, senão, a normas imperativas. Se aquela não era Direito, deveria ser, apenas, considerada como inspiradora do Direito positivo, que passou a ser considerado como único e autêntico. A fundamental distinção entre Direito e moral, na doutrina de Thomasius, dá-se na separação: do *decorum*, objeto da moral social; do *honestum*, objeto da moral individual, referente à paz interna (satisfação da íntima consciência); do *iustum*, objeto do Direito, referente à paz externa (pacífica consciência social). A limitação do Direito no campo da justiça foi constituída no respeito aos demais e na abstenção de que cada um gozasse de seus próprios direitos, desenvolvendo, assim, uma categoria autônoma de juridicidade, de caráter intersubjetivo e coativo. Significou dizer que, ao Direito competia, exclusivamente, as ações exteriores de relacionamento dos homens entre si e que se poderiam impor coativamente<sup>28</sup>.

A contribuição de Thomasius na distinção entre Direito e moral desvinculou completamente a filosofia do direito e a teologia, favorecendo a liberdade de pensamento e a liberdade religiosa, considerando que só as ações externas poderiam ser objetos de coação, o que fez de Thomasius um dos autores fundamentais na construção da humanização do Direito Penal, pois o sistema jurídico-penal e processual<sup>29</sup>, no decorrer dos séculos da monarquia, caracterizava-

---

<sup>27</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** p. 424-428.

<sup>28</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** p. 428.

<sup>29</sup> O procedimento penal era inquisitorial, isto é, secreto e com clara desigualdade entre as partes, em prejuízo do acusado, com um sistema de provas legais e de elásticas presunções que permitiam provar quase qualquer acusação contra o réu, o qual tinha pouquíssimos recursos defensivos. Em todo o processo estava latente a ideia de que o réu, além de delinqüente, era um pecador. Por este motivo, como no sacramento da penitência, o réu pecador devia acusar-se de suas próprias culpas, isto é, confessar seu pecado. Considerava-se também que diante do Tribunal da Justiça humana a atitude obrigada por parte do delinqüente-pecador era a confissão de seu delito. Assim, a confissão passaria a ser a rainha das provas, entendida sempre como confissão de culpabilidade, mas carecendo de todo valor a afirmação de inocência por parte do réu. GARCIA, Marcos Leite. **A**

se pela arbitrariedade infundável e pela crueldade no tratamento dos acusados. A tortura era utilizada com a finalidade de “descobrir a verdade” (*quaestio ad eruendam veritatem*) e o amplo poder de discricionariedade dos juízes os faziam “terrivelmente temíveis”<sup>30</sup>.

Nesse contexto, explica Garcia, Christian Thomasius ocupou-se de diversas questões práticas referentes à reforma da legislação penal, sendo que os efeitos da doutrina da separação entre Direito e moral restou mais evidente nesse plano. A distinção entre delito e pecado não se limitou aos aspectos conceituais, mas, também, firmou-se como um amplo catálogo de propostas tendentes a reformar o Direito vigente na época<sup>31</sup>.

A exclusão da tortura como meio processual foi o alvo principal da crítica de Thomasius, que a considerava profundamente injusta, de evidente iniquidade (maldade, crueldade), desproporcional e contra a justiça em geral, no sentido cristão e na proporcionalidade. Ele defendeu, também, a supressão dos processos de heresia, feitiçaria e magia, lutando, nesse sentido, principalmente, contra a superstição. Entendia a heresia como, no máximo, um erro do intelecto, considerando que a consciência individual (liberdade de consciência) deveria ser respeitada, pois os “equívocos” decorrentes da consciência não poderiam ser penalizados. Manifestou-se contra o direito do Estado ou da Igreja de castigar os hereges e/ou os supersticiosos (praticantes de feitiçaria e magia), atitude que era considerada normal na época<sup>32</sup>.

A doutrina de Thomasius, conclui Garcia, tornou-se importante não só como semente de liberdade religiosa, mas, também, por constituir um pressuposto fundamental para o necessário desenvolvimento de todos os demais direitos de liberdade. Ao negar o caráter de delito às manifestações tal como a heresia - porquanto, estas não pertenciam à categoria do *iustum*, ou seja, distinção

---

**contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos. p. 430.

<sup>30</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos. p. 430.

<sup>31</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos. p. 431-434.

<sup>32</sup> GARCIA, Marcos Leite. **A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais.** Novos Estudos Jurídicos. p. 435.

da ideia de pecado e delito -, restringiu o Direito à dimensão humana, sendo essa a sua grande contribuição na humanização do Direito Penal.

### 1.1.3 Tolerância Religiosa, Semente de Liberdade<sup>33</sup>

Quase 40 anos depois da morte de Thomasius, que ocorreu em 1728, Voltaire escreveu o Tratado sobre a Tolerância<sup>34</sup>, no contexto de uma Sociedade em crise - a antiga França, onde o poder se arrogava normalmente o direito de atormentar os homens por suas crenças.

Durante o seu exílio na Inglaterra, Voltaire ficou impressionado com o pluralismo religioso lá praticado em comparação com a situação de perseguição que acontecia na França. Motivado por esse contraste, ele tomou como ponto de partida para sua obra um dos casos mais ilustres de coerções da legislação protestante, o qual ocorreu em 9 de março de 1762: A acusação sofrida pela Família Calas de matar um de seus integrantes (Marc-Antoine) e, com base em uma mera “verossimilhança”, o Tribunal de Toulouse condenou à morte o pai da vítima, Jean Calas, protestante que, no dia seguinte à condenação, foi executado pelo suplício da roda perante a uma multidão.

O motivo que levou à morte de Jean Calas foi considerado por Voltaire pior que a fatalidade da guerra, justificando que na guerra os perigos e as vantagens são iguais e há possibilidades de defesa para os inimigos antes da morte. Não há surpresas e nem esperança de piedade de um para com o outro<sup>35</sup>, mas

se um pai de família inocente é entregue às mãos do erro, da paixão, ou do fanatismo; se o acusado só tem como defesa sua virtude; se os árbitros de sua vida, ao decapitarem-no, apenas correm o risco de se enganar; se podem matar impunemente através de uma sentença, então o clamor público se levanta, cada um teme por si próprio, percebe-se que ninguém está seguro de sua vida diante de um

---

<sup>33</sup> O título desse subitem foi inspirado em um dos Seminários da Disciplina Efetividade dos Direitos Fundamentais, ministrada pelo Prof. Dr. Marcos Leite Garcia, no Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da UNIVALI.

<sup>34</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 180 p. Título original: *Traité sur la tolérance*.

<sup>35</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 3.

tribunal erigido para zelar pela vida dos cidadãos, e de todas as vozes que se juntam para pedir vingança<sup>36</sup>.

No cenário da intolerância daquela época, a queixa contra os abusos era geral. Eram executados todos aqueles que se manifestavam contra tantos atos de banditismo religiosos e políticos, protestos estes que impulsionaram a reforma no século XVI. A ponderação no exame das acusações foi um dos apelos que Voltaire fez em sua obra, aos que estavam na liderança do governo ou ocupando grandes cargos, refletindo se era necessário ter medo que a doçura poderia

produzir as mesmas revoltas que a crueldade faz nascer; se o que aconteceu em certas circunstâncias deve se repetir em outras; se os tempos, as opiniões, os costumes são sempre os mesmos<sup>37</sup>.

O autor alertou sobre a importância de sair do pequeno espaço que se vivia e observar o resto do mundo, porque a fúria que inspirou “o espírito dogmático e o abuso da religião cristã, mal compreendida, derramou sangue e produziu desastres na Alemanha, na Inglaterra, na Holanda, como na França”. Em contrapartida, o Governo da China jamais adotou, em mais de quatro mil anos, a adoração simples de um único Deus e tolerava as superstições do Budismo (os jesuítas foram expulsos da China porque eram intolerantes). Os japoneses eram os mais tolerantes de todos os homens: Doze religiões pacíficas haviam se estabelecido, sendo os jesuítas que formaram a décima terceira, logo, não querendo tolerar as outras, suscitou a guerra civil e os japoneses passaram a ver o resto do mundo como animais ferozes<sup>38</sup>.

Entendia que a controvérsia não deveria ser alimentada pelo Estado, pois a tolerância não provocava a guerra, enquanto que a intolerância cobria a terra de chacinas e acarretava prejuízos; portanto, perseguir pessoas pela intolerância religiosa não deveria ser interesse do Estado. A intolerância, para Voltaire, além de absurda e bárbara, tornava-se pior que o direito dos tigres, pois

---

<sup>36</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 3.

<sup>37</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 17-21.

<sup>38</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 22-25.

estes só atacavam para se alimentarem, enquanto que os homens se matavam “por parágrafos”<sup>39</sup>.

Voltaire reconhecia que a intolerância só poderia ser considerada um Direito Humano quando a Sociedade fosse perturbada pela inspiração do fanatismo: “Para que um governo não tenha o direito de punir os erros dos homens, é necessário que esses erros não sejam crimes; eles só são crimes quando perturbam a sociedade”<sup>40</sup>.

Salvo engano, Voltaire acreditava que nenhum dos antigos povos civilizados teria impedido a liberdade de pensar:

Todos tinham uma religião; mas creio que procediam como homens da mesma forma que com os deuses: reconheciam todos um Deus supremo, mas associavam-lhe uma quantidade prodigiosa de divindades inferiores; tinham apenas um culto, mas permitiam grande quantidade de sistemas particulares<sup>41</sup>.

Acreditava que o cidadão poderia e deveria confiar em sua razão e pensar de acordo com essa razão esclarecida ou enganada, desde que não perturbasse a ordem. A questão, então, não era o homem acreditar ou não, mas respeitar os costumes da sua pátria. A intolerância era, para ele, a manifestação de homens hipócritas e rebeldes, pois se a religião de Deus pregava a doçura e a paciência, que unia, igualmente, mendigos e reis, não poderia ser mantida por carrascos, ponderando ser a humildade a maior lição de tolerância nas disputas e em tudo aquilo que não se poderia entender<sup>42</sup>.

Para Voltaire, a religião se tornava útil para o Estado, diante da grande propensão do gênero humano para fraqueza e para a maldade: “Onde quer que haja uma sociedade estabelecida, uma religião é necessária: as leis protegem contra os crimes conhecidos, e a religião, contra os crimes secretos”<sup>43</sup>. Acreditava que a religião evitaria que o povo se tornasse supersticioso, porque esta, além de

---

<sup>39</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 27-34.

<sup>40</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 105.

<sup>41</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 35.

<sup>42</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 63-66.

<sup>43</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 113-116.

inútil, era também muito perigosa. Considerava, ainda, que a mais perigosa de todas as superstições era odiar o próximo por suas opiniões<sup>44</sup>.

Entre a virtude e a ciência, o autor ponderou: “Quanto menos dogmas, menos disputas; e quanto menos disputas, menos infelicidades. Se isto não for verdade, estou errado”<sup>45</sup>. Mas seria o máximo da insanidade

pretender fazer todos os homens pensarem de uma maneira uniforme e, na ciência consegue-se persuadir os homens sobre as verdades, como, por exemplo, na geometria ou na matemática. Porém, o mesmo não se dá na mistura da metafísica com a teologia<sup>46</sup>.

A promessa da religião é felicidade nessa e na outra vida. Para ser feliz nessa vida, é preciso ser tolerante e o dever de tolerar uns aos outros não requer eloquência muito rebuscada. É, apenas, necessário considerar todos os homens como nossos irmãos, uma vez que somos todos filhos do mesmo Pai e criaturas do mesmo Deus<sup>47</sup>. E, para ser feliz na vida futura, é preciso ser justo<sup>48</sup>, ou seja, todos os homens devem se lembrar que são irmãos!<sup>49</sup>.

Na final do seu Tratado sobre a Tolerância, Voltaire retomou a história da Família Calas, pois, em 7 de março de 1763, quase dois anos depois da acusação, o caso foi reaberto com total imparcialidade perante o conselho de Estado reunido em Versalhes. Foi determinado ao Parlamento de Toulouse que enviasse ao conselho todas as peças do processo e os motivos da sentença que fizera Jean Calas morrer no suplício da roda. Dessa data até o julgamento definitivo, passaram-se mais dois anos. Uma assembleia de cerca de oitenta juízes anulou a sentença de Toulouse e ordenou a revisão completa do processo em 9 de março de 1765. Os promotores escreveram solicitando a Sua Majestade para reparar os danos causados à Família Calas. O Rei Luís XV, por essa bondade, mereceu, como por

---

<sup>44</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 113-116.

<sup>45</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 113-116.

<sup>46</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 117.

<sup>47</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 121.

<sup>48</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 117.

<sup>49</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 126.

tantos outros atos, o cognome que o amor da nação lhe outorgou: Bem Amado<sup>50</sup>, reconhecendo que

há humanidade e justiça entre os homens e, principalmente, no conselho de um rei amado e digno de sê-lo. O caso da infeliz família de obscuros cidadãos ocupou sua Majestade, seus ministros, o chanceler e todo o conselho, e foi discutido com a mesma atenção dedicada às maiores questões da guerra e da paz. O amor pela equidade, o interesse pelo gênero humano conduziram todos os juizes. Graças sejam dadas ao Deus da clemência, o único a inspirar a equidade e todas as virtudes<sup>51</sup>.

De acordo com Voltaire, os senhores promotores de justiça haviam prestado à Família Calas uma justiça completa, e nisto não fizeram mais do que seu dever<sup>52</sup>. O caso da Família Calas inspirou Voltaire a escrever essa obra sobre a tolerância, sendo por ele considerada um grão semeado que, em algum dia, poderia produzir uma grande colheita<sup>53</sup>. A profecia por ele anunciada se deu, conjuntamente, com a Reforma Protestante, pelo rompimento da unidade eclesial e pelo humanismo, contribuindo, assim, para o surgimento de uma nova mentalidade que se revelou pela necessidade de uma fórmula política que evitasse guerras por motivos religiosos, o que fez aparecer o primeiro Direito Fundamental: a liberdade individual.

## 1.2 PROCESSO HISTÓRICO DE FORMAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O estudo do processo histórico de formação e evolução dos Direitos Fundamentais será baseada na lição de Peces-Barba<sup>54</sup>, porque, entre os autores estudados para essa pesquisa, é o que dá maior abrangência ao tema,

---

<sup>50</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 142.

<sup>51</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 133.

<sup>52</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 142.

<sup>53</sup> VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. p. 135-136.

<sup>54</sup> A opção pelo Doutrinador, também, não significa que, nesse momento, se esteja definindo um referencial teórico para esse estudo. O objetivo é, apenas, buscar elementos para a compreensão do surgimento dos Direitos Fundamentais no mundo jurídico positivado, de forma tal, que se possa vislumbrar as possibilidades de compreensão nas várias vertentes da realidade social, em que é possível perceber que os interesses trocam de titulares, mas que continuam prevalecendo os interesses de uma minoria em detrimento da maioria. Acredita-se que, no segundo capítulo, o desapego a uma concepção teórica definida poderá se tornar mais evidente, porque a questão não é fechar ideais, mas criar possibilidades de.

relacionando-o a diferentes circunstâncias do contexto histórico e social. A opção se justifica, também, pela possibilidade que o autor cria em relação a uma exposição narrativa<sup>55</sup>. De certa forma, o estudo sobre a origem e a evolução dos Direitos Fundamentais apresentado por Peces-Barba cria maiores oportunidades de justificação sobre o “porquê” e “para quê” dos Direitos Fundamentais, através da análise de sinais e indícios que faz do desenvolvimento cultural, social, político e jurídico.

O desenvolvimento de uma cultura própria do homem moderno aos poucos foi se cristalizando e quatro traços foram decisivos para a construção da Filosofia dos Direitos Fundamentais: a secularização, o naturalismo, o racionalismo e o individualismo:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que em contradições, refutações e limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás<sup>56</sup>.

O processo de secularização ocorreu como consequência da ruptura da unidade religiosa da Igreja, influenciando todos os aspectos da vida: a arte (pintura, principalmente), a literatura, a nova ciência e a política (tem início o processo de separação entre a ética e a política pela obra de Maquiavel). A superação das características da Sociedade medieval aconteceu pela gradativa substituição dos temas religiosos pelos humanos, envolvendo a mundanização da cultura pelo contraponto entre a ordem da revelação e da fé baseada na autoridade da Igreja e “a progressiva soberania da razão e o protagonismo do homem orientado

---

<sup>55</sup> A perspectiva meramente narrativa da história é, segundo Bobbio, Filosofia da História: significa que “diante de um evento ou de uma série de eventos, põe o problema do ‘sentido’, segundo uma concepção finalística (ou teológica) da história (e isso vale não apenas para a história humana, mas também para a história natural), considerando o decurso histórico em seu conjunto, desde a sua origem até a sua consumação, como algo orientado para um fim, para um *télos*. Para quem se situa desse ponto de vista, os eventos deixam de ser dados de fato a descrever, a narrar, a alinhar no tempo, eventualmente a explicar segundo as técnicas e procedimentos de investigação, consolidados e habitualmente seguidos pelos historiadores, mas se tornam *sinais* ou *indícios* reveladores de um processo, não necessariamente intencional, no sentido de uma direção preestabelecida”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 67.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 78.

para um tipo de vida puramente terrena”<sup>57</sup>. Os descobrimentos e as conquistas de um novo mundo também contribuíram para a relativização da ordem e dos valores da Idade Média, que antes pareciam absolutos. Enquanto que no contexto da Sociedade medieval a proteção era garantida por Deus, os Direitos Fundamentais na Sociedade moderna surgem, aos poucos, para substituir essa proteção:

É por isso que nos direitos humanos está enraizada a idéia de segurança, que não somente fundamenta alguns deles, como as garantias processuais, mas para todo o sistema. Esta constatação é um motivo para aproximar liberdade e igualdade, como conteúdo da idéia de justiça e raiz dos direitos, com o conceito de segurança, que não será contrário, mas, que na verdade fará parte da idéia de justiça como justiça formal, e conseqüentemente suscetível de uma análise integral com a liberdade e a igualdade, e não contrária a elas<sup>58</sup>.

Todavia, é importante registrar que, no processo de secularização, a questão relevante era resguardar a segurança da burguesia, pautada na nova ordem da razão e na natureza humana, ou seja, a ordem do individualismo e dos direitos naturais<sup>59</sup>.

Como consequência da secularização, o naturalismo se contrapõe à explicação transcendente do mundo, oriunda da mentalidade religiosa, trazendo de volta o interesse pela observação da natureza. A descoberta das leis naturais aumentou o conhecimento real obtido através da análise da natureza, proporcionando imensos progressos nas ciências físicas e naturais. Esse êxito fez com que se pensasse que a realidade estável do homem era a sua natureza, sendo essa capaz de reunir leis que regessem a conduta humana<sup>60</sup>.

No novo Direito, a ideia da razão e a da natureza do homem fez surgir a noção de igualdade jurídica, bem como a sua função de segurança ou

---

<sup>57</sup> (...) la progresiva soberanía de la razón y el protagonismo del hombre orientado hacia un tipo de vida puramente terrenal, al orden de la revelación y de la fe, basado em la autoridad de la Iglesia. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 127. Tradução livre.

<sup>58</sup> Por eso los derechos humanos enraizan también con la idea de seguridad, que no sólo fundamenta a algunos de ellos, como las garantías procesales, sino al conjunto del sistema. Esta constatación es um motivo para aproximar libertad e igualdad, como contenidos de la idea de justicia y raiz de los derechos, con el concepto de seguridad, que no será antagónico, sino que en realidad formará parte de la idea de justicia como justicia formal, y consiguientemente susceptible de un análisis integral con la libertad y la igualdad, y no contrapuesto a ellas. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 128-129. Tradução livre.

<sup>59</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 129. Tradução livre.

<sup>60</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 129-130. Tradução livre.

de justiça formal. A força transformadora das palavras é um exemplo claro de como essas noções foram generalizadas aos próprios interesses da burguesia e acobertadas como interesse de toda a humanidade que, gradativamente, através da evolução histórica, transformou a ficção em realidade<sup>61</sup>.

A salvação histórica dos Direitos Fundamentais ocorreu quando, no século XIX, através da porta aberta da igualdade jurídica, os interesses da classe trabalhadora começaram a ser incorporados ao sistema político do Estado de Direito, dando início ao processo de generalização<sup>62</sup>.

A concepção de um destinatário geral das normas jurídicas, em confronto com os estatutos pessoais privilegiados e próprios da Idade Média, surgiu também pela ideia do naturalismo, fortalecendo, assim, o conceito do Direito subjetivo, categoria essa que serviu, mais tarde, para a positivação dos Direitos naturais<sup>63</sup>.

O racionalismo assinalou a confiança plena no uso da razão como instrumento de conhecimento, tanto no campo da natureza física quanto no campo da vida social humana. Conhecimento este que serviu para dominar a natureza através da descoberta de suas regularidades e de suas leis<sup>64</sup>.

A ideologia da burguesia ascendente, a qual estava centrada no protagonismo do homem na história, refletiu no campo social e político a tese do subjetivismo individualista, através da promoção da busca pela autonomia do homem e de seu pensamento. O Direito justo é o Direito racional, sinônimo de Direito natural e descoberto pela razão, servindo para potencializar o poder da burguesia através do domínio e das regras jurídicas<sup>65</sup>.

O individualismo é a característica mais acentuada dos tempos modernos, influenciada e potencializada pelas anteriores (secularização, naturalismo e racionalismo), o qual representa a forma de atuação do homem burguês, que

---

<sup>61</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 130. Tradução livre.

<sup>62</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 130. Tradução livre.

<sup>63</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 130. Tradução livre.

<sup>64</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 130-131. Tradução livre.

<sup>65</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 131. Tradução livre.

pretende ser o protagonista da história em detrimento das realidades comunitárias ou corporativas medievais<sup>66</sup>.

A mentalidade individualista reproduziu o mito de Prometeo - que significa a expressão humana de que se pode fazer tudo na pretensão de igualar-se a Deus -, animada pela forma de dominar o poder e o conhecimento, transformando o ser humano em um pequeno mundo operativo, cheio de confiança em si mesmo<sup>67</sup>.

### 1.2.1 A nova Ciência

O novo espírito científico foi outro componente decisivo para o trânsito à modernidade e para o processo de formação histórica dos Direitos Fundamentais que despontou, espetacularmente, nos séculos XVI e XVII. O universo que até então atendia à finalidade da criação de Deus foi substituído pela ideia de mundo como um grande mecanismo<sup>68</sup>:

A dinâmica do capitalismo e suas necessidades contribuíram, no seu início, para o impulso e as orientações da ciência, mas já, nas origens da sociedade industrial, os progressos da ciência marcaram a orientação do capitalismo, como no caso paradigmático do aparecimento da máquina de vapor<sup>69</sup>.

A confiança na razão foi fortalecida por todo esse movimento, porém a quebra da autoridade da Igreja e as explicações dogmáticas do mundo criaram um vazio na ordem social e política que a cultura da ciência moderna ajudou a revelar. A descoberta da razão na natureza humana teve como consequência a construção de um gigantesco sistema jusnaturalista racionalista que, através da

---

<sup>66</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 132. Tradução livre.

<sup>67</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 133. Tradução livre.

<sup>68</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 133. Tradução livre.

<sup>69</sup> “La dinámica del capitalismo y sus necesidades contribuyó, en sus comienzos, al impulso y a las orientaciones de la ciencia, pero ya, en los orígenes de la sociedad industrial, los progresos de la ciencia marcaron la orientación del capitalismo, como en el caso paradigmático de la aparición de la máquina de vapor”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 134. Tradução livre.

dedução matemática, influenciou as ciências sociais e, sobretudo, o conhecimento jurídico<sup>70</sup>.

O direito de formular uma investigação racional foi uma luta dos cientistas e de uma parcela do mundo frente às resistências institucionais, principalmente da Igreja Católica. Não obstante, as grandes igrejas reformadas travaram uma luta prática pela liberdade de pensamento e de investigação. A esperança na liberdade foi um modelo de participação e autonomia extensivo, também, à economia e à política, resultante do esforço da ciência e da livre ação criadora do homem na esfera científica da sociedade dos séculos XVI e XVII<sup>71</sup>.

### 1.2.2 O novo Direito

No trânsito à modernidade, o Direito adquiriu uma nova expressão, ou seja, Direito moderno, cujo diferencial consistiu em ser, cada vez mais, resultado de uma produção estatal que em sua forma de organização da vida social ajudou na consolidação do Estado. O triunfo da evolução liberal sobre a cultura jurídica se deu progressivamente pela imposição da competência exclusiva do poder político na criação do Direito, que interessava ser estatal pela necessidade de organização e de monopólio no uso da força legítima perante o pluralismo dos poderes medievais<sup>72</sup>.

A coexistência do novo Direito com o jusnaturalismo racionalista era só aparentemente contraditória,

porque este favorecerá as tendências sistêmicas e as características das normas como gerais e abstratas, objeto e destinatários universal e também a necessidade do Direito Positivo, para a eficácia dos direitos naturais. O contratualismo, característica comum de todo o racionalismo protestante, expressará de maneira plástica essa necessidade da sociedade e de seu Direito positivo. O voluntarismo de Hobbes demonstrará mais significativamente um jusnaturalismo cuja implementação serve como único Direito<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 134. Tradução livre.

<sup>71</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 134. Tradução livre.

<sup>72</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 135. Tradução livre.

<sup>73</sup> “(...), porque este favorecerá las tendencias sistemáticas y las características de las normas como generales y abstractas, objeto y destinatario universal y también la necesidad del Derecho positivo, para la eficacia de los derechos naturales. El contractualismo, rasgo común de todo el racionalismo

A reincorporação progressiva do Direito romano na cultura jurídica demonstrou-se, também, importante para a formação do Direito moderno. No entanto, essa recepção não significou, apenas, uma simples transposição do ordenamento jurídico romano para a nova sociedade, mas sim de uma incorporação reelaborada e manipulada para servir o novo poder e a burguesia, bem como fazê-lo inteligente e prático à organização econômica, social, e aos esquemas culturais do trânsito à modernidade<sup>74</sup>.

Nessa época - que coincidiu com as revoluções do século XVIII -, surgiu o prestígio do jurista moderno que, mediante a complexidade do aparato político e jurídico criado, passou a integrar um novo tipo de nobre: a nobreza de toga. Esses juristas - que em um primeiro momento serviram à monarquia e, depois, à burguesia - passaram a ser instrumentos decisivos, inicialmente para a formação do Estado moderno e, mais tarde, para a organização do Estado liberal<sup>75</sup>.

A evolução do Direito constitucional inglês é outro componente de influência na formação do Direito moderno, ainda que suas origens sejam heterogêneas. Dois elementos fundamentais dessa evolução constitucional foram de grande importância para o Direito público moderno e para a história dos Direitos Fundamentais:

(...) a independência do Parlamento sobre a prerrogativa do rei e a dos Tribunais com a elaboração do velho e bom Direito judicial dos ingleses: o <<common law>>. Ambos incidiram na tomada de consciência da limitação do poder por meio de sua superação, um dos traços do Estado liberal e da filosofia do consenso sobre os direitos fundamentais, (...) <sup>76</sup>.

---

protestante, expresar de manera plástica esa necesidad de la sociedad y de su Derecho positivo. El voluntarismo de Hobbes será el más significativo de un iusnaturalismo que sirve a su implantación como único Derecho". PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 135. Tradução livre.

<sup>74</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 135/136. Tradução livre.

<sup>75</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 135/136. Tradução livre.

<sup>76</sup> "(...) la independencia del Parlamento respecto a la prerrogativa regia y la de los Tribunales con la elaboración del viejo y buen Derecho judicial de los ingleses: el <<common law>>. Ambos incidirán en la toma de conciencia de la limitación del poder por medio de su separación, uno de los rasgos del Estado liberal y de la filosofía del consenso sobre los derechos fundamentales, (...)". PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 136. Tradução livre.

As interpretações do Direito moderno, na França e nos países europeus, se generalizaram e adquiriram níveis de abstração e de explicação racional próprias. Essas referências contribuíram para a compreensão dos Direitos Fundamentais e

não está demais, a partir deste momento, registrar como estamos diante de um tema que, desde suas origens, tem um forte componente jurídico inseparável do ético. A pretensão de separar esse componente ético de todas as dimensões jurídicas parece não só inconveniente, mas impossível<sup>77</sup>.

Nesse contexto, o Direito moderno adquiriu características que se tornaram relevantes para o processo de formação dos Direitos Fundamentais:

1) O Direito será o Direito Estatal, fundando no Poder do Estado, e significará cada vez mais uma ordenação racional e completa da sociedade através de normas gerais e abstratas. 2) O destinatário do Direito será o “homo iuridicus”, o homem e o cidadão, diante os destinatários particulares e concretos da Idade Média. 3) O Direito se identificará com a Lei, contra a idéia medieval do Direito como “ius”, em busca do justo no caso concreto. De uma arte jurídica, com tendência a obter uma reparação justa, uma proporção, “id quod iustum est”, passa a ser regras de conduta, formalizadas por leis escritas. Assim se preparará o caminho para o constitucionalismo e também para a codificação. 4) Formação e consolidação da idéia de direito subjetivo, com origens no nominalismo medieval e suas influências estoicas e cristãs obcecadas em centrar o problema jurídico desde o valor moral do indivíduo. No campo do Direito, será o instrumento mais adequado para expressar a mentalidade antropocêntrica da época. (...). 5) a Coatividade ou coercibilidade, como consequência da relação Direito e Poder, passa a ser considerado requisito essencial do Direito, e abrirá espaço, mesmo a partir do jusnaturalismo racionalista, a idéia de que o único Direito é o positivo, que detém essa condição da coercibilidade. Será de grande importância para marcar a crise da ilusão dos Direitos naturais válidos por sua racionalidade, e abrirá caminho para o processo de positivação que se iniciará no final do século XVIII e início do século XIX. 6) A distinção entre Direito e moral, consequência do processo de secularização, que servirá para preservar a liberdade de consciência e de pensamento, para favorecer a tolerância, para evitar a imposição pela força da Direito de posições morais, com o reconhecimento conseguinte de suas de seu pluralismo. 7) A distinção entre Direito público e privado, com a hegemonia deste, como expressão jurídica da autonomia da vontade da burguesia. Assim, os direitos fundamentais na sua fase inicial eram concebidos

---

<sup>77</sup> “(...) para su comprensión, y no está de más, desde este momento, señalar cómo estamos ante um tema que, desde sus orígenes, tiene un fuerte componente jurídico inseparable del ético. La pretensión de aislar esse componente ético de todas las dimensiones jurídicas parece no sólo inconveniente, sino imposible”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 137. Tradução livre.

como direitos privados, propriedade e liberdade, como “desfrute pacífico da independência individual” no dizer de Constant, que identifica assim o que chama de liberdade dos modernos<sup>78</sup>.

Embora no primeiro momento do trânsito à modernidade a burguesia e a monarquia tivessem sido aliadas para acabar com o universo medieval, o consenso para a formação do ideal dos Direitos Fundamentais nasceu de um desacordo, em um segundo momento, sobre o regime político fechado da Monarquia absoluta, uma vez que esse era um obstáculo para a abordagem individualista da burguesia, transformando-se em ponto de partida para a discórdia entre elas<sup>79</sup>.

Do confronto entre a burguesia e a monarquia surgiu a necessidade de construir uma filosofia que limitasse, regulasse e racionalizasse o poder absoluto e arbitrário, que não respeitava a lei. No bojo do Estado moderno, o ideal dos Direitos Fundamentais surgiu para se tornar parte dessa teoria de coerência da origem, do exercício, dos limites e dos fins do poder<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> “1) El Derecho será Derecho Estatal, fundado en el Poder del Estado, y supondrá cada vez más una ordenación racional y completa de la sociedad a través de normas generales y abstractas. 2) El destinatario del Derecho será el <<homo iuridicus>>, el hombre y el ciudadano, frente a los destinatarios particulares y concretos de la Edad Media. 3) El Derecho se identificará con la ley, frente a la idea medieval del Derecho como <<ius>>, como búsqueda de lo justo en el caso concreto. De ser un arte jurídico, tendente a obtener un reparo justo, una proporción, <<id quod iustum est>>, pasará a ser unas reglas de conducta, formalizadas en leyes escritas. Así, se preparará el camino para el constitucionalismo y también para la codificación. 4) Se formará y se consolidará la idea de derecho subjetivo, con Orígenes en el nominalismo medieval y con influencias estoicas y cristianas obsesionadas por centrar el problema jurídico desde el valor moral del individuo. En el campo del Derecho, será el instrumento más adecuado para expresar la mentalidad antropocéntrica de la época. (...) 5) La coactividad o coercibilidad, como consecuencia de la relación entre Derecho e Poder, se considerará requisito esencial del Derecho, y abrirá, paso, incluso desde el propio iusnaturalismo racionalista, a la Idea de que el único Derecho es el positivo, que detenta esa condición de la coercibilidad. Tendrá gran importancia para marcar la crisis de la ilusión de los derechos naturales válidos por su racionalidad, y abrirá los caminos para el proceso de positivación que se iniciará a finales del siglo XVIII y principios del XIX. 6) La distinción entre Derecho y moral, consecuencia del proceso de secularización, que servirá para preservar la libertad de conciencia y de pensamiento, para favorecer la tolerancia, para evitar la imposición por la fuerza del Derecho de posiciones Morales, con el reconocimiento consiguiente de su pluralismo. 7) La distinción entre Derecho público y privado, con la hegemonía de este, como expresión jurídica de la autonomía de la voluntad de la burguesía. Así, los derechos fundamentales en sus primeras etapas se concebían como derecho de los privados, propiedad y libertad, como <<disfrute pacífico de la independencia individual>> al decir de Constant, que identifica así lo que llama la libertad de los modernos”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 137/138. Tradução livre.

<sup>79</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 138-139. Tradução livre.

<sup>80</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 138-139. Tradução livre.

### 1.2.3 A origem do ideal dos Direitos Fundamentais

O pacto social surgiu, com base no consenso entre os indivíduos e para dar legitimidade para que a burguesia assumisse o poder, ficando para trás o Estado de natureza da Sociedade e a discussão sobre o poder do soberano.

No século XVIII, Rousseau formulou a concepção mais célebre do contrato social. A teoria dele justificava toda forma de poder no livre consentimento dos membros da Sociedade. Esse consentimento encontrou sua expressão na vontade geral, a qual pertencia a cada cidadão em condições de igualdade, tornando fundamento da lei entendida como instrumento para garantir e limitar a liberdade<sup>81</sup>.

No contratualismo moderno, a titularidade da soberania pertencia ao povo que, posteriormente, delegava ao governante. A reversibilidade da soberania delegada e a consideração da legitimidade do poder pelo pacto eram vinculadas ao cumprimento dos fins que justificavam a delegação, quais eram: a segurança e a defesa dos direitos naturais<sup>82</sup>.

A origem do pacto social para controlar o poder, além de ter estabelecido uma vinculação entre este e os direitos fundamentais (na época denominados direitos naturais), fez nascer, ainda, uma reflexão diretamente relacionada à origem do constitucionalismo, das concepções democráticas modernas e da participação política. A superação do idealismo jusnaturalista no século XIX acentuou a necessidade da positivação dos Direitos Fundamentais como medida relevante na relação poder e poder legitimado pelo consenso através da

elevação da filosofia dos direitos fundamentais como parte inseparável desse consenso, convertendo os valores morais em valores políticos -, e produção de um ordenamento jurídico que resguarde essas pretensões morais e políticas e as converta em

---

<sup>81</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p. 31-32. Tradução livre.

<sup>82</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 140. Tradução livre.

normas aceitáveis como direitos e, conseqüentemente, como eficazes na sociedade<sup>83</sup>.

Várias ideias e procedimentos foram elaborados pela mentalidade moderna para limitar o poder em ação, submetendo os governantes à lei e à doutrina de separação dos poderes:

Nesse novo esquema de onde a relação de poder para o Direito se converte em relação do Direito para o poder, é dizer, no Estado de Direito, um dos componentes dessa justificação será o reconhecimento dos direitos fundamentais, e será também a consagração do constitucionalismo como limitação do exercício do poder.<sup>84</sup>

A justificativa racional para o pacto social adveio da necessidade de impor limites e finalidades ao poder, por ser este garantidor dos Direitos naturais oriundos do Estado de natureza, tornando-os eficazes na Sociedade através da produção do Direito positivo. Surgiram, então, as primeiras concretizações do pensamento, da consciência e as garantias processuais vinculadas aos valores centrais da dignidade humana como a liberdade e a segurança jurídica<sup>85</sup>.

Como já visto, as primeiras manifestações históricas dos Direitos Fundamentais como filosofia nasceram da necessidade de um consenso baseado na liberdade religiosa, de pensamento e de consciência, alcançando, assim, uma criação positiva decorrente da delegação de poder, aspecto relevante para o Direito.

---

<sup>83</sup> “(...) asunción de la filosofía de los derechos fundamentales como parte inseparable de ese consenso, convirtiendo a los valores morales en valores políticos -,y producción de un ordenamiento jurídico que recoja esas pretensiones morales e políticas y las convierta em normas atribuibles como derechos y, conseqüentemente, como eficazes en la sociedad”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 140. Tradução livre.

<sup>84</sup> “En ese nuevo esquema donde la relación de poder hacia el Derecho se convierte en relación del Derecho hacia el poder, es decir, en Estado de Derecho, uno de los componentes desa justificación será el reconocimiento de derechos fundamentales, y será también la consagración del constitucionalismo como limitación del ejercicio del poder”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 141. Tradução livre.

<sup>85</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 142. Tradução livre.

### 1.2.4 Evolução dos Direitos Fundamentais

A evolução dos direitos fundamentais está relacionada aos processos de positivação, de generalização, de internacionalização e de especificação desses direitos que surgem, inicialmente, nos modelos liberais – inglês, francês e americano, sendo que esses devem ser considerados quando se tem a pretensão de buscar a resposta para o porquê dos Direitos Fundamentais<sup>86</sup>.

#### 1.2.4.1 Modelo Inglês de Direitos Fundamentais

A Carta Magna, contrato subscrito entre o Rei João Sem Terra e os Bispos e Barões da Inglaterra, no ano 1215, foi, sem dúvida, um dos documentos medievais decisivos para o desenvolvimento das liberdades inglesas e de valor simbólico para o processo de positivação dos Direitos Fundamentais<sup>87</sup>.

Esse pacto entre o rei e os nobres retirou os velhos privilégios medievais através da dupla ação parlamentar e judicial. Os direitos nasceram como consequência da preocupação de impor limites às prerrogativas do rei, diferentemente do que ocorreu com as doutrinas pacifistas de concepção jusnaturalistas racionalistas, em que a limitação do poder se deu pelo reconhecimento dos direitos.

Entre outros documentos de expressão concreta da luta para limitar o poder real, o *Bill of Rights* (1689) foi redigido como lembrança das violações produzidas contra as leis e as liberdades dos ingleses por Jacob II que, a partir daí, formalizou-se um catálogo de proibições que a coroa não poderia realizar,

(...) é um sinal de que estamos mais diante de limitações ao poder real, e somente como consequência, diante da lembrança de liberdades históricas, que surgem de um pacto que arranca da Idade Média, como o pacto dos estamentos com o Rei. O passo dos direitos estamentais a direitos dos indivíduos ingleses marca a chegada do Estado Liberal<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 139. Tradução livre.

<sup>87</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 34. Tradução livre.

<sup>88</sup> “(...) es un signo de que estamos más ante limitaciones al poder regio, y sólo como consecuencia, ante el recuerdo de libertades históricas, que surgen de un pacto que arranca de la Edad Media, como pacto de los estamentos con el Rey. El paso de los derechos estamentales a derechos de los individuos ingleses marca la llegada del Estado Liberal”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de**

Todavia, a burguesia só conquistou uma participação significativa no poder depois da reforma eleitoral de 1832, ainda que, desde o trânsito à modernidade, buscasse garantir a liberdade de pensamento e de imprensa, a segurança pessoal, as garantias processuais e a participação política através da representação individual em detrimento da dimensão estamental<sup>89</sup>.

A liberdade religiosa não fez parte dos direitos dos ingleses, pois a Igreja da Inglaterra foi separada da de Roma por Enrique VIII e, desde então, o chefe da Igreja passou a ser o titular da coroa. No entanto, os católicos e “papistas” foram perseguidos e considerados cidadãos de segunda classe até o século XIX<sup>90</sup>.

A experiência das Cartas ou Declarações de direitos se ampliou de forma relevante para o processo de positivação das liberdades nas colônias americanas, porém, em condições distintas.

#### **1.2.4.2 Modelo Americano de Direitos Fundamentais**

A revolução dos colonos ingleses na América, que deflagrou a independência da colônia, decorreu do amadurecimento dos ideais de liberdade constituídos nas Cartas inglesas. Conquanto - os textos norte-americanos foram inspirados em pressupostos jusnaturalistas e individualistas; os direitos reconhecidos, principalmente, na Declaração de Independência e o *Bill of Rights* do Bom Povo de Virgínia (ambos de 1776) -, esses não eram direitos restritos aos estamentos ou a um determinado país<sup>91</sup>.

Os direitos à liberdade, à propriedade e à busca da felicidade constituíam faculdades universais, invioláveis e imprescritíveis, porque eram reconhecidos como direitos oriundos da própria lei da natureza, logo, o Direito positivo não poderia contradizer, nem criar ou conceder, apenas declarar ou reconhecer e garantir. Ainda que, em sua origem, o modelo americano tenha sido influenciado pelo modelo inglês, em um processo de evolução posterior assumiu

---

**Derechos Fundamentales.** p. 147. Tradução livre.

<sup>89</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** p. 147. Tradução livre.

<sup>90</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales.** p. 147. Tradução Livre.

<sup>91</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** p. 35.

traços comuns com o modelo francês: “Se pode dizer que a ética que influenciou principalmente os textos americanos é a ética da graça, enquanto que no modelo Francês é a ética laica da liberdade”<sup>92</sup>. Assim, a explicação da origem do poder pelo contratualismo por analogia ao pacto de Deus com seu povo na interpretação bíblica concretizou a influência religiosa presente nos textos que faziam referência a Deus e ao dever de honrá-lo<sup>93</sup>.

#### **1.2.4.3 Modelo Francês de Direitos Fundamentais**

O modelo francês difere na sua origem do modelo inglês porque é produto de uma situação revolucionária, de ruptura e não de reforma. A distinção com o modelo americano decorreu do nascimento de um Estado novo, enquanto a França tinha uma velha tradição política unitária:

No modelo americano, o racionalismo abstrato é utilizado na independência para separar-se da tradição pragmática do Direito dos ingleses, enquanto que no modelo francês o racionalismo abstrato se afirma frente a as próprias leis fundamentais da monarquia francesa<sup>94</sup>.

Os traços do modelo francês de Direitos Humanos foram um exemplo puro de formulação racionalista e abstrata dos Direitos, como Direitos naturais, em rompimento total com a tradição histórica das leis fundamentais da monarquia. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 foi influenciada e condicionada pela situação histórica do início da Revolução Francesa e pela forma de seus debates concretos, breves, porém, intensos, com aprovação, em menos de um mês, de um único texto, diferentemente da pluralidade de textos do modelo americano, consistindo em

um paradigma da influência liberal ao reconhecer os direitos de opinião e de pensamento, as garantias processuais, o direito de participação política e o direito de propriedade, mas este

---

<sup>92</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 149.

<sup>93</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 149.

<sup>94</sup> En el modelo americano, el racionalismo abstracto es utilizado en la independencia para separarse de la tradición pragmática del Derecho de los ingleses, mientras que en el modelo francés el racionalismo abstracto se afirma frente a las propias leyes fundamentales de la monarquia francesa. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 151.

acrescentado ao final dos debates e sem vinculação ao núcleo central da discussão<sup>95</sup>.

Esse documento não significou apenas uma Declaração de Direitos, mas a essência do constitucionalismo moderno, ao reconhecer a vinculação dos Direitos com a Constituição. O reconhecimento da lei como garantia de liberdade abre espaço para o Estado social que, até 1789, pelo menos, não se concebia,

(...) posto que a ação positiva dos poderes públicos, satisfazendo as necessidades dos indivíduos, através do Direito, não é, senão, uma nova dimensão da relação entre a Lei e a liberdade: a que utiliza lei para uma função promocional, que coloca o indivíduo com vantagens que não conseguiria por si mesmo e sem as quais não pode ser plenamente livre. A lei emancipa o indivíduo do controle religioso e do controle político pelo Estado liberal, e pretende emancipá-los da subordinação econômica e cultural através do Estado social<sup>96</sup>.

O reconhecimento de uma nova legitimidade - o Estado liberal - configurou a distinção do modelo francês para os modelos inglês e americano. A França representou uma vocação de transcender sua origem histórica, ultrapassando os problemas do antigo regime e se tornando modelo para toda a humanidade. A vocação da universalidade dos Direitos do Homem, embora tivesse uma conotação quase religiosa pela referência ao Ser Supremo e aos Direitos naturais, representou um teor laico, em que o sagrado era o homem e as ideias religiosas se situavam como uma dimensão mais de pensamento e de opinião<sup>97</sup>.

### 1.2.5 Positivização dos Direitos Fundamentais

Na evolução dos direitos naturais, a positivização representa um processo que tem início com os modelos antes estudados e que segue até os dias

<sup>95</sup> Es un paradigma de la influencia liberal al recoger los derechos de opinión y de pensamiento, las garantías procesales, el derecho de participación política y el derecho de propiedad, aunque este al final de los debates y sin vinculación al núcleo central de la discusión como el único añadido al finalizar áquel. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 151-152.

<sup>96</sup> “(...) puesto que la acción positiva de los poderes públicos, satisfaciendo necesidades de los individuos, a través del Derecho, no es sino una nueva dimensión de la relación entre la Ley y la libertad: la que utiliza a la ley para una función promocional, que sitúa al individuo con unas ventajas que no obtendría por si mismo y sin las cuales no puede ser plenamente libre. La ley emancipa al individuo del control religioso y del control político con el Estado liberal, y pretende emanciparle de los condicionamientos económicos y culturales con el Estado social”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales** p. 153. Tradução livre.

<sup>97</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 153-154. Tradução livre.

atuais. A positivação dos Direitos Fundamentais é definida por Canotilho como “a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo”<sup>98</sup>.

Ainda que a positivação tenha apresentado algumas variações substanciais no decorrer do processo de evolução dos Direitos Fundamentais, a partir do século XIX esse processo se torna uma condição essencial para a existência dos direitos com eficácia social, não sendo possível implantá-los à margem da positivação:

Todos os textos constitucionais, expressão de um poder político democrático, que interioriza as pretensões morais justificadas como valores ou princípios políticos, reconhecem como Direito positivo os direitos fundamentais, que se desenvolvem, se aplicam e se garantem por outras formas de produção normativa como a Lei e a Jurisprudência<sup>99</sup>.

Também, no século XIX e, especialmente, no século XX, a evolução do sentido de Direito fez crescer o protagonismo do Direito judicial na positivação dos Direitos Fundamentais:

(...), o dinamismo da relação, criação, interpretação, aplicação dos direitos modifica a idéia de um direito reconhecido na lei que se aplica mecanicamente, no velho esquema do positivismo estatal. Por outra parte, se chega a mesma consequência, desde o ponto de vista de que os direitos devem ser garantidos no caso de violação pela ação dos tribunais de justiça. A garantia judicial dos direitos, ao permitir de fato sua eficácia, forma assim parte do processo de positivação<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377.

<sup>99</sup> “Todos los textos constitucionales, expresión de un poder político democrático, que interioriza las pretensiones morales justificadas como valores o principios políticos, recogen como Derecho positivo a los derechos fundamentales, que se desarrollan, se aplican y se garantizan por otras formas de producción normativa como la Ley y la Jurisprudencia”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 159. Tradução livre.

<sup>100</sup> “(...)”, el dinamismo de la relación, creación, interpretación, aplicación de los derechos, desplaza a la idea de un Derecho recogido en la ley que se aplica mecánicamente, en el viejo esquema del positivismo estatalista. Por otra parte, se llega a la misma consecuencia, desde el punto de vista de que los derechos deben ser garantizados en caso de violación por la acción de los tribunales de justicia. La garantía judicial de los derechos, al permitir de hecho su eficacia, forma si parte del proceso de positivación”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 159. Tradução livre.

A filosofia dos Direitos Fundamentais consiste em um processo paralelo de reflexão moral, política e jurídica sobre o conteúdo e as formas de positividade, consideradas a partir de abordagens liberais, democráticas e socialistas e das formas derivadas de compreensão dos Direitos e as correspondentes obrigações e comportamentos dos poderes públicos<sup>101</sup>.

A teoria jurídica dos Direitos Fundamentais tem se demonstrado cada vez mais importante e adquirido maior autonomia, através do interesse despertado na Filosofia do Direito e nos diferentes ramos da ciência do Direito, tornando-se um fenômeno de estudo inseparável da teoria moral e da teoria política<sup>102</sup>.

Na perspectiva atual dos Direitos Fundamentais, a positividade faz parte da ideia desses Direitos, enquanto significa o ponto de chegada de um processo que é - a história não cessa - o ponto de partida de um ordenamento projetado para o futuro, sendo que esse futuro é hoje(!):

Só tem sentido como moralidade crítica se pretendem ser Direito positivo, e se tem uma possibilidade, ainda que seja remota, de sê-lo alguma vez. Se esta possibilidade não existe, não podemos falar de direitos fundamentais<sup>103</sup>.

Também não basta qualquer positividade, “é necessário assinar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais”<sup>104</sup>. Portanto, sem a positividade, os Direitos são incompletos, significando apenas valores morais que não criam vínculos com a realidade.

### **1.2.6 Generalização dos Direitos Fundamentais**

A generalização dos Direitos Fundamentais consiste no progressivo, porém, não definitivo ajuste entre as afirmações de que os Direitos são

---

<sup>101</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 159. Tradução livre.

<sup>102</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 159-160. Tradução livre.

<sup>103</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 160

<sup>104</sup> CANOTILHO, J. J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. p. 377.

naturais - ou seja, correspondem a todos os seres humanos - e a prática restritiva que limitava o desfrute desses direitos a uma classe social: a burguesia<sup>105</sup>.

A igualdade natural de todos os seres humanos e, por influência do racionalismo, a consideração de que todos eram titulares de Direitos consistem nas primeiras formulações históricas de Direitos reconhecidos como Direitos naturais, sendo que a generalização

envolverá, também, a aceitação da inicial categoria liberal dos direitos, como capaz de transcender sua origem histórica, e o interesses que os produziram, para se tornar uma instância válida, com um teor suficientemente generalizável para servir a realização da autonomia moral, máxima expressão da dignidade humana<sup>106</sup>.

É, provavelmente, o processo de generalização que aperfeiçoa a identificação dos Direitos Fundamentais através de um processo da compreensão sobre a

potência do teor racional dos direitos e sua capacidade de transcender a sua criação e as forças sociais que tornaram possível para converter-se em uma ferramenta ética, a moralidade dos direitos fundamentais, com vocação de eficácia social na busca da liberdade e da igualdade, o Direito dos Direitos Fundamentais. Mas, é também, o resultado de sua impossível ruptura com a realidade da cultura política e jurídica de cada tempo histórico, em cujo seio se incuba seu desenvolvimento e progresso, e no qual se convertem em idéias que ficam no ar, ou o que é pior, em instrumentos de legitimação das realidades históricas injustas que se ignoram olímpicamente. Isso ocorreu nas origens do Estado liberal e foi a conexão razão-história, de onde se desenvolve o processo de generalização, o que permitiu sair da contradição<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 160.

<sup>106</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 160.

<sup>107</sup> “(...) potencia del tenor racional de los derechos y su capacidad de trascender a su creación y a las fuerzas sociales que la hicieron posible para convertirse en una herramienta ética, la moralidad de los derechos fundamentales, con vocación de eficacia social en la búsqueda de la libertad y de la igualdad, el Derecho de los derechos fundamentales. Pero es asimismo la consecuencia de su imposible ruptura con la realidad de la cultura política e jurídica de cada tiempo histórico, en cuyo seno se incuba, se desarrolla e progresa, y sin la cual se convierten en ideas que flotan en el aire, o lo que es peor, en instrumentos de legitimación de realidades históricas injustas que se ignoran olímpicamente. Eso ocurrió en los orígenes del Estado liberal, y fue la conexión razón-historia, donde se desenvuelve el proceso de generalización, lo que permitió salir de la contradicción”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. p. 161-162. Tradução livre.

Os protagonistas do processo de generalização formularam uma ação conjunta e complementar da razão e da história, apostando nesta perante os que pretendiam esconder seus interesses em uma razão abstrata e, naquela, diante dos escravos da história e dos grupos sociais que os fizeram<sup>108</sup>.

A superação das contradições existentes se deu pelo objetivo de construir uma nova geração de Direitos e para excluir aqueles que eram inseparáveis dos interesses de determinada classe social e que fossem incompatíveis com o ideal da igualdade. Mais tarde, por uma abertura de setores progressistas do pensamento liberal e do pensamento socialista, espaços foram criados para posições democráticas<sup>109</sup>.

As transformações sociais têm acontecido de forma acelerada e constante, de maneira que, não somente, têm ampliado o âmbito dos Direitos Fundamentais como, também, da sua eficácia<sup>110</sup>. A realidade conflituosa só faz aumentar a extensão da incidência dos Direitos Fundamentais nos ordenamentos jurídicos, confirmando o surgimento progressivo desses novos Direitos Fundamentais, os quais têm “o caráter de um processo cumulativo e de complementariedade”<sup>111</sup>.

Ainda que o processo de mutação histórica dos Direitos Fundamentais seja reconhecido e, muitas vezes, tem sido dividido em dimensões ou gerações, acompanha-se o pensamento de Brandão pela preocupação que defere à possibilidade de erro que daí pode decorrer:

Tem também importância observar que as gerações de direitos terminam por induzir o errôneo entendimento de que a evolução se dá sempre no sentido da coletivização do exercício dos direitos, o que não corresponde à realidade, posto que, se efetivamente existe uma nova ordem conflitiva que faz nascerem direitos que somente se manifestam – no sentido de que são exercitáveis – de forma coletiva, o espaço dos direitos de cunho individual continuam a existir plenamente, evoluem e até se ampliam, (...) <sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 161. Tradução livre.

<sup>109</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 164. Tradução livre.

<sup>110</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 23. Tradução livre.

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. p. 54.

<sup>112</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. 2. ed.

Desta forma, não se entrará nessa seara da divisão ou identificação dos Direitos Fundamentais em gerações ou dimensões, uma vez que não trará prejuízo ao objetivo desse estudo, ainda que muitos autores acreditem que as diversas gerações ou dimensões marquem um importante processo de evolução e afirmação dos Direitos Fundamentais<sup>113</sup>.

### 1.2.7 Internacionalização dos Direito Fundamentais

O fenômeno da internacionalização é outro ponto nesse cenário de identificação dos Direitos Fundamentais e que deve ser considerado como um aspecto muito importante para a positivação desses direitos. Trata-se de um processo relacionado com o reconhecimento da subjetividade jurídica do indivíduo no âmbito do Direito internacional<sup>114</sup>.

É um processo incompleto porque carece de um poder político que garanta plenamente a eficácia desse ordenamento, sendo que este só poderá ser reconhecimento se for admitida a possibilidade de que a comunidade internacional possa interferir em questões que afetem não só os Estados como tal, mas aquelas referentes, também, aos seus membros<sup>115</sup>.

Para tanto, é necessário “partir da premissa de que qualquer atentado contra os direitos e liberdades da pessoa não é uma ‘questão doméstica’ dos Estados, mas um problema de relevância internacional”<sup>116</sup>.

Ainda que, atualmente, seja inegável a existência de um Direito internacional, essas normas decorrem de fontes distintas e são muito primitivas em relação ao ordenamento jurídico interno dos Estados: na Sociedade internacional contemporânea não existe legislador, juiz, nem governo centralizado, de modo que regras internacionais se aplicam em um meio descentralizado, plural e muito

---

Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006, p. 155.

<sup>113</sup> Nesse sentido, SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. p. 62-68.

<sup>114</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 41. Tradução livre.

<sup>115</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 41. Tradução livre.

<sup>116</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 41. Tradução livre.

heterogêneo, o que dificulta notavelmente o controle do cumprimento das normas internacionais e a sanção em caso de descumprimento dos Direitos Humanos<sup>117</sup>.

O processo de afirmação internacional dos Direitos Humanos não acontece de forma linear, há avanços e retrocessos, principalmente pela política dos blocos econômicos, porém representam um resquício de esperança em uma humanidade liberada do temor de ter seus direitos mais essenciais violados<sup>118</sup>.

A busca da paz mundial passa necessariamente pela internacionalização dos Direitos Fundamentais, que significa:

(...) a luta pela tolerância contra o fanatismo, pela razão contra a irracionalidade, pela esperança e contra o fanatismo, pela unidade do mundo e contra o nacionalismo, pela igualdade no desfrute das necessidades básicas e contra a exploração, pela liberdade contra o despotismo (...) <sup>119</sup>.

Essa conquista, além de um caminho para a paz, é um código ético de validade e eficácia jurídica, cujo desafio deve ser irrenunciável para os espíritos comprometidos com a causa da emancipação integral da humanidade<sup>120</sup>.

### 1.2.8 Especificação dos Direitos Fundamentais

O quarto fenômeno do processo de evolução histórica dos Direitos Fundamentais produz importantes mudanças em seus modelos iniciais, pelo que envolve não só a seleção e a qualificação daqueles já existentes, mas pela contribuição de novos elementos que enriquecem e os completam<sup>121</sup>.

A especificação ou concretização decorre da “progressão ininterrupta que procede até hoje”<sup>122</sup>, no que diz respeito ao conteúdo e aos titulares dos Direitos Fundamentais e

---

<sup>117</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 177. Tradução livre.

<sup>118</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 42. Tradução livre.

<sup>119</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 179. Tradução livre.

<sup>120</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. p. 42. Tradução livre.

<sup>121</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 180. Tradução livre.

<sup>122</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 78.

tem uma ligação clara com a sua consideração como um conceito histórico, isto é, inserido na política moderna e cultura jurídica. Finalmente, pode alcançar o mesmo sentido de consenso que integra a tradicional moralidade dos direitos<sup>123</sup>.

Em relação aos titulares, a especificação, em vez de considerar o homem ou o cidadão de forma genérica, passa a considerar o direito mais vinculado às pessoas concretas, “com relação seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais na existência humana”<sup>124</sup>.

Essas circunstâncias ou situações se tornam relevantes para determinar a titularidade dos direitos fundamentais, tais como: a) condição social ou cultural em relação às pessoas que se encontram em situação de inferioridade na esfera social e que precisam de uma proteção especial, uma garantia ou uma promoção para superar a discriminação, o desequilíbrio ou a desigualdade; b) condição física de pessoas que por algum motivo se encontram em uma situação de inferioridade nas relações sociais e necessitam de uma proteção especial não vinculada à igualdade, mas à solidariedade e/ou à fraternidade<sup>125</sup>, em respeito não só a direitos de saúde, seguridade, acesso ao trabalho, mas também a direitos clássicos como a liberdade de circulação; c) situação concreta que os homens em geral podem se encontrar em relação à outra parte que tem um papel preponderante, hegemônico ou de superioridade que, para equilibrar a relação, é necessário uma proteção reforçada<sup>126</sup>.

Nessas três circunstâncias, o Direito tenta corrigir ou diminuir uma suposta debilidade do sujeito, utilizando a

técnica da igualdade como diferenciação, considerando-se titulares apenas aqueles que têm a carência e não a todos, (a diferença dos clássicos direitos do homem e do cidadão que partem da igualdade como equiparação e são direitos de todos). Neste caso a

---

<sup>123</sup> “(...) y tiene una conexión indudable con su consideración como un concepto histórico, es decir, inserto en la cultura política y jurídica moderna. Finalmente, pueden alcanzar al sentido mismo del consenso que integra la moralidad tradicional de los derechos”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 180. Tradução livre.

<sup>124</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 79.

<sup>125</sup> A distinção entre as palavras solidariedade e Fraternidade será assunto abordado no segundo capítulo.

<sup>126</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 182. Tradução livre.

equiparação é uma meta e a diferenciação uma técnica para alcançar essa equiparação<sup>127</sup>.

Parte-se, então, de uma desigualdade considerada relevante para atingir a finalidade do Direito, que pode decorrer de uma dificuldade ou de um impedimento da pessoa em seu o pleno desenvolvimento que, através da intervenção, busca-se compensar ou alcançar as necessidades que impedem a igualdade mínima.

### **1.2.9 Sentido e Conteúdo das Influências Ideológicas na Formação Histórica dos Direitos Fundamentais**

No contexto da formação histórica dos Direitos Fundamentais, faz-se necessário, ainda - para compreender o sentido e o conteúdo desses Direitos Fundamentais -, verificar o processo de formação deles através de pensamento liberal, democrático e socialista.

#### **1.2.9.1 Modelo Liberal**

O modelo liberal tem raízes na ideologia do jusnaturalismo racional que, embora ensejasse justificativas de pretensões morais, tinha o processo de representação objetiva e racional impulsionado pelas exigências históricas e, também, pelos interesses da burguesia em limitar o poder, através de regras fixadas, estabelecendo a relação deste com a autonomia dos cidadãos.

O Direito tornou-se instrumento regulador do poder político, criando um espaço livre de manifestação, através da não interferência na autonomia da vontade privada. Eram direitos que nasciam de uma resposta provocada pela dissonância entre situações de fato, gerando uma reação racional que determinava valores para fundamentar cada direito: “A racionalização ou a busca de uma síntese

---

<sup>127</sup> “Para ello se utiliza la técnica de la igualdad como diferenciación, considerándose titulares sólo a quienes tienen la carencia y no a todos, (a diferencia de los clásicos derechos del hombre e del ciudadano que parten de la igualdad como equiparación y son derechos de todos). En este caso la equiparación es una meta y la diferenciación una técnica para alcanzar a equiparación”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 182. Tradução livre.

racional nas racionalidades parciais de cada direito, após a reflexão a partir da realidade, mais tarde como uma reflexão global”<sup>128</sup>.

A construção teórica fundamentada no jusnaturalismo racionalista e desligada do mundo da história concedeu legitimidade aos titulares de direitos autônomos e racionais em detrimento do valor do homem real e histórico. Com esse método, os Direitos Fundamentais eram concebidos de forma fechada e definitiva, dificultando, assim, a admissão do processo de evolução e a da incorporação de novos Direitos Humanos<sup>129</sup>.

Esses Direitos eram oriundos desde a liberdade de consciência e de pensamento até as garantias processuais que, formulados nas Declarações de Direitos e surgindo, paralelamente, no modelo de Estado liberal, tinham no Direito Fundamental à propriedade a expressão mais visível dos interesses da burguesia<sup>130</sup>.

### **1.2.9.2 Modelo Socialista**

O modelo socialista de Direitos Humanos pretendeu agregar elementos igualitários à liberdade, excluindo dela as dimensões com conteúdos incompatíveis com a igualdade (tal como a propriedade), visando criar condições para que todos pudessem desfrutar dos direitos de liberdade<sup>131</sup>.

Esse modelo foi identificado pela distribuição de bens escassos e, principalmente, sobre aqueles bens que nem todos podiam obter a partir da autonomia da sua vontade e que, sem dúvida, eram essenciais para o desenvolvimento integral da condição de homem, ou seja, a dignidade da pessoa humana<sup>132</sup>.

A premissa de buscar a extensão dos benefícios oriundos da revolução liberal, principalmente, para a classe trabalhadora, uma vez que

---

<sup>128</sup> “La racionalización o la búsqueda de una síntesis racional en las racionalidades parciales de cada derecho, tras la reflexión a partir de la realidad, es posterior como pretensión de legitimidad global”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 201. Tradução livre.

<sup>129</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 201. Tradução livre.

<sup>130</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 201. Tradução livre.

<sup>131</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 203. Tradução livre.

<sup>132</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 203. Tradução livre.

determinadas necessidades deveriam ser estabelecidas como Direitos Fundamentais por afetarem a possibilidade de uma pessoa se desenvolver como tal, foi o ponto de partida para o modelo socialista<sup>133</sup>.

A pretensão desse modelo social - não obstante as condições de usufruto da liberdade - não se tornou incompatível com os modelos liberais e democráticos (que será visto na sequência), sendo que neste se faz possível pela generalização da participação e, com aquele, pela conscientização dos limites impostos pelo modelo liberal para desfrutar efetivamente dos direitos individuais.

### **1.2.9.3 Modelo Democrático**

Enquanto no modelo liberal buscou-se estabelecer formas e limites para atuação do poder com o escopo de estabelecer um espaço para as ações dos particulares e com a preocupação de, tão somente, responder a pergunta “Como fazer as coisas?”; no modelo democrático se terá a tarefa de responder a pergunta “Quem faz as coisas?”, ou seja, quem governa?<sup>134</sup>.

Embora o contratualismo como princípio de organização tenha sido a base da ideologia liberal, a participação política não foi concebida como um Direito Fundamental, sendo que a liberdade política só foi possível baseada na liberdade-igualitária e no socialismo-liberal<sup>135</sup>.

O modelo democrático tem a pretensão de responder a pergunta “quem governa”, fundamentando e organizando a participação no poder político dos membros da sociedade civil:

É uma das dimensões críticas de comunicação entre a sociedade civil e o Estado, sugerindo as contradições de um modelo liberal de participação limitada por razões de cultura e de riqueza. Sua finalidade não é limitar o poder, mas prolongá-lo, envolvendo os cidadãos na elaboração de sua vontade<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 203. Tradução livre.

<sup>134</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 202. Tradução livre.

<sup>135</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 202. Tradução livre.

<sup>136</sup> “Supone una de las dimensiones decisivas de la comunicación entre la sociedad civil y el Estado, y sugiere las contradicciones de un modelo liberal de participación limitada por razones de cultura e riqueza. Su finalidad no es limitar el poder, sino extenderlo, haciendo participar a los ciudadanos en la formación de su voluntad”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p.

A legitimidade democrática se dá pela repercussão objetiva dos direitos democráticos no poder, sendo que eles significam o nexo de união entre os direitos do modelo liberal (liberdade de fazer o que se quer - direitos de não interferência) e os direitos do modelo socialista (criar condições para que todos possam se beneficiar da liberdade – direitos de prestação)<sup>137</sup>.

### 1.2.10 Função dos Direitos Fundamentais

É possível, pela evolução histórica até aqui traçada, perceber o vínculo entre a razão e a história, bem como avançar na compreensão do “por quê” e “para quê” dos Direitos Fundamentais. Através, principalmente, das etapas de positivação, generalização, internacionalização e especificação e dos modelos liberais, sociais e democráticos, foi possível, além de uma reconstrução racional e histórica, perceber a existência de “valores como a liberdade, a igualdade, a segurança ou a solidariedade, que poderíamos também chamar, como os revolucionários franceses de 1789, fraternidade”<sup>138</sup>.

Pelo percurso histórico percorrido, pode-se avaliar que as funções dos Direitos Fundamentais não se restringem a limitar o poder e a reclamar benefícios, ou seja, direitos de interferência ou prestação, pois:

Além de limitar o poder, a análise histórica nos mostra como o objetivo de alguns direitos é o de compartilhar o poder, de estender ao maior número de pessoas possíveis a cota de poder, reservada até então a uma minoria. Neste caso, o poder não é só algo externo a deter, mas algo que queremos incorporar, e irá somar novas vontades para a formação da vontade do poder. São os direitos de participação<sup>139</sup>.

---

202. Tradução livre.

<sup>137</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 202. Tradução livre.

<sup>138</sup> “(...) valores como la libertad, la igualdad, la seguridad o la solidaridad, que podríamos también llamar, como los revolucionários franceses de 1789, fraternidad, y que permiten la reconstrucción racional”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 197. Tradução livre.

<sup>139</sup> “Además de limitar al poder, el análisis histórico nos muestra cómo el objetivo de algunos derechos es el de compartir el poder, de extender al mayor número de personas posibles la cuota de poder, reservada hasta entonces a una minoria. Em este caso, el poder no es sólo algo externo a detener, sino algo a lo que nos queremos incorporar, y sumar nuevas voluntades a la formación de la voluntad del poder. Son los derechos participación”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 198. Tradução livre.

Os direitos de participação decorrem da função dos Direitos Fundamentais de partilhar o poder que, inicialmente, se dará na política através dos direitos de participação política e que, mais tarde se estenderá na esfera do poder económico e cultural, pelos direitos económicos, culturais e sociais, podendo-se afirmar que na atualidade,

os destinatários do poder participam também na formação dos critérios para sua constituição, substituindo o monopólio da cultura, e inclusive da riqueza que gera, com a valorização do trabalho e não somente do capital<sup>140</sup>.

A resposta do “para quê” nos Direitos Fundamentais, diante dessa perspectiva histórica, decorre da função de não interferência, de participação e de prestação, no entanto, para que essas funções possam ter eficácia social, é necessário que haja um regramento forte que se dá pelo Direito positivo:

Esta função não pode ser realizada com conselhos ou discursos, nem com boas intenções; é necessário por a seu serviço o sistema normativo, apoiado em um aparato coativo do Estado para aqueles que não têm entre seus objetivos o respeito aos direitos. A dimensão jurídica não é um acréscimo a uns direitos que são autosuficientes somente com seu aspecto ético, mas que é um elemento inseparável para a mesma existência destes<sup>141</sup>.

Com visto no início desse capítulo, as sementes de liberdade, que surgiram com a tolerância religiosa e a reforma protestante, difundiram a distinção entre Direito e moral: a limitação do poder deixou pistas para o surgimento do Estado liberal, sendo este considerado o berço dos Direitos Fundamentais<sup>142</sup>. Os Direitos Fundamentais nasceram com a formação do Estado e, a partir daí, foram surgindo em um processo de conquista histórica, pela necessidade, primeiramente,

---

<sup>140</sup> “(...) los destinatarios de los beneficios del poder participan también em la formación de los criterios para su constitución, supliendo el monopolio de la cultura, e incluso de la riqueza que los genera, com la valorización del trabajo y no sólo del capital”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 199. Tradução livre.

<sup>141</sup> “Esta función no se puede hacer con consejos o prédicas, ni con buenas intenciones; es necesario poner a su servicio al sistema normativo, apoyado en el aparato coactivo del Estado para aquellos que no consideren entre sus objetivos el respecto a los derechos. La dimensión jurídica no es un añadido a unos derechos que son autosuficientes sólo com su aspecto ético, sino que es un elemento inseparable para la misma existencia de éstos”. PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 199. Tradução livre.

<sup>142</sup> PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**. p. 126/127.

de limitar as ações do Estado; em um segundo momento, para exigir do Estado prestações; e, em um terceiro momento, para obter participação no poder do Estado.

O panorama histórico até aqui projetado teve o objetivo de estudar a origem e a evolução dos Direitos Fundamentais, decorrente das mudanças que ocorrerão no mundo ocidental a partir do trânsito à modernidade, sem qualquer compromisso de estabelecer uma justificativa racional sobre o fundamento teórico em relação à natureza divina ou racional dos Direitos Fundamentais.

### 1.3 UNIVERSALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS<sup>143</sup>

A abordagem histórica dos Direitos Fundamentais permite a reflexão sobre os sentimentos contraditórios que surgiram a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos, ou seja, o contraponto se deu entre o compromisso cívico assumido pelos homens e pelos povos e a exclusão da maior parte da humanidade dos direitos e liberdades ali proclamados.

Ainda que o “problema fundamental”, na atualidade, não seja a justificativa dos Direitos Fundamentais, mas sim a proteção desses Direitos<sup>144</sup>, há que ser avaliado o caráter da universalidade desses Direitos<sup>145</sup>. A questão da universalidade é uma questão difícil e controvertida, que deve ser analisada em pelo menos três aspectos.

Um dos aspectos de avaliação da universalidade consiste em verificar o alcance dos principais elementos na formação histórica na origem da ideia de Direitos Humanos, que nascem na modernidade como fruto intelectual inspirado pelas revoluções liberais do século XVIII, em relação a duas concepções doutrinárias: a jusnaturalista racionalista e a contratualista. A primeira entende que é natural aos seres humanos possuir alguns direitos naturais, comum a todos e que esses direitos decorrem da racionalidade e se manifestam através do direito positivo.

---

<sup>143</sup> Nesse tópico é fundamental a distinção entre Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, o que restará evidente, pois a distinção será um dos aspectos de análise do conteúdo proposto. O alerta é no sentido de não faltar como o compromisso assumido no início do capítulo.

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p.43.

<sup>145</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. (Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho nº 23). p. 21-55.

De outra forma, a segunda argumenta que as normas jurídicas e as instituições políticas são resultado do consenso e da vontade popular, não podendo ser entendidas como produto da vontade dos governantes<sup>146</sup>. O ponto em comum das duas correntes consiste em garantir capacidade jurídica básica para todos os homens, portanto, explica Pérez Luño, o “elemento básico que marca a origem dos direitos humanos na modernidade é precisamente o seu carácter universal; que são faculdades que devem ser reconhecidas à todos os homens sem exclusão”<sup>147</sup>. Os Direitos Humanos decorrem dessa ampliação de titularidade dos Direitos a todos os homens, sendo que esses se colocam em posições jurídicas ativas, o que se constitui no “grande invento jurídico-político da modernidade”<sup>148</sup>.

Embora no contexto atual a ideia da universalidade seja um tanto quanto controvertida, nunca pareceu tão importante, como no tempo presente, concebê-la na origem dos Direitos Humanos e reconhecer os “valores e direitos da pessoa como garantias universais, independentemente das contingências da razão, da língua, do sexo, das religiões ou das convicções ideológicas”<sup>149</sup>.

Buscam-se, então boas razões para a ideia da universalidade dos Direitos Humanos, com o intuito de recuperar valores que foram perdidos, esquecidos ou mal interpretados por uma leitura de mundo individualista. Essas boas razões são avaliadas por Pérez Luño, que entende que um dos problemas das críticas à universalidade é compreender que as “expressões como as de ‘pós-modernidade’, a de ‘novos filósofos’” não significam que tenham uma conotação qualitativa de melhor ou mais novas e mais perfeitas. O sentido desses termos se dá, apenas<sup>150</sup>,

---

<sup>146</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 23.

<sup>147</sup> “(...) el rasgo básico que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad es precisamente el de su carácter universal; el de ser facultades que deben reconocerse a todos los hombres sin exclusión. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 24.

<sup>148</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 24-25.

<sup>149</sup> “(...) los valores y derechos de la persona como garantías universales, independientes de las contingencias de la raza, la lengua, el sexo, las religiones o las convicciones ideológicas”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 27.

<sup>150</sup> “(...) expresiones como las de ‘posmodernidad’, la de ‘neuvos filósofos’.” PEREZ LUÑO, Antonio

(...) em sua acepção cronológica e não axiológica. A pós-modernidade é um movimento cultural posterior ao da modernidade, os novos filósofos se denominam assim porque pertencem a época presente<sup>151</sup>.

Com essa compreensão, evita-se interpretar o problema sem que haja exaltação do ego, do culto excessivo às características do individualismo e da defesa obsessiva das diferenças.

No que se refere às posturas comunitaristas, Pérez Luño entende que o *ethos* social pode até ser

um marco de referência mais adequado que o reduto da moral individual para delinear determinados problemas ético-jurídicos contemporâneos: o significado e o alcance dos valores e princípio constitucionais, o fundamento das liberdades, o dever de obediência do direito<sup>152</sup>.

No entanto, o autor tem preocupação que essas interpretações mais progressistas do comunitarismo atual não sejam extensivas àqueles “enfoques conservadores que concebem o *ethos* social comunitário como uma volta das identidades coletivas nacionalistas ou tribais”<sup>153</sup>. Ele acredita que é necessário, agora, mais do que nunca, de uma

fundamentação dos sistemas constitucionais e dos direitos humanos baseada em um *ethos* universal síntese de valores multinacionais e multiculturais; um *ethos* que seja possível a comunicação intersubjetiva, a solidariedade e a paz<sup>154</sup>.

---

Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p.37.

<sup>151</sup> “(...) en su acepción cronológica y no axiológica. La posmodernidad es un movimiento cultural posterior a la modernidad, los nuevos filósofos se denominan así porque pertenecen a la hora presente”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 37.

<sup>152</sup> “(...) un marco de referencia más adecuado que el reducto de la moral individual para plantear determinados problemas ético-jurídicos contemporâneos: el significado y el alcance de los valores y principios constitucionales, el fundamento de las liberdades, el deber de obediencia del derecho.” PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 38.

<sup>153</sup> “(...) enfoques conservadores que conciben el *ethos* social comunitario como una vuelta a las identidades colectivas nacionalistas o tribales. .” PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 38.

<sup>154</sup> (...) fundamentación de los sistemas constitucionales y de los derecho humanos basada en un *ethos* universal síntesis de valores multinacionales e multiculturales; um *ethos* que haga posible la comunicación intersubjetiva, la solidariedad y la paz. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 38.

Ainda, na ideia da universalização dos Direitos Humanos, não se pode confundir pluralismo cultural com relativismo cultural, pois enquanto este serve para ocultar violações de Direitos Humanos com o “mito de que todas as formas culturais possuem idêntico valor”<sup>155</sup>, aquele se refere ao “reconhecimento de uma realidade plural de tradições e instituições políticas e culturais”<sup>156</sup>. A história já se encarregou de comprovar que nem todas as culturas contribuíram da mesma maneira “na formação, no desenvolvimento e na defesa dos valores da humanidade”<sup>157</sup>. Esse contraponto pode ser exemplificado com os episódios nada edificantes em que foram protagonistas: a Europa - com a experiência trágica de Auschwitz -; e o Ocidente - com a queima dos hereges, a exploração das mulheres e das crianças no decorrer da primeira revolução industrial<sup>158</sup>. No entanto, não há como negar que

existe uma tradição humanista ocidental que culmina na modernidade e que é um ingrediente incontestável da ideia de universalidade dos direitos humanos e, em consequência, um elemento conformador do espírito da Declaração Universal da ONU<sup>159</sup>.

A confusão entre as categorias Direitos Humanos e Direitos Fundamentais é mais uma das causas da crítica à ideia da universalidade dos Direitos Humanos. Embora a inter-relação entre essas expressões seja muito grande, elas não têm o mesmo sentido, explica Pérez Luño:

Os direitos humanos possuem uma incontestável dimensão deontológica. Referem-se aquelas faculdades inerentes à pessoa que devem ser reconhecidas pelo direito positivo. Quando esse reconhecimento é produzido surgem os direitos fundamentais, cujo

<sup>155</sup> “(...) mito de que todas as formas culturales poseen idêntico valor”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 41.

<sup>156</sup> “(...) reconocimiento de una realidad plural de tradiciones e instituciones políticas y culturales.”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 41.

<sup>157</sup> “(...) a la formación, el desarrollo y la defensa de los valores de la humanidad”.. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 41-42.

<sup>158</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 42.

<sup>159</sup> “(...) existe una tradición humanista occidental que culmina en la modernidad y que é un ingrediente insoslayable de la Idea de universalidad de los derechos humanos y, en consecuencia, un elemento conformador del espíritu de la Declaración Universal de la ONU”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 42.

nome invoca sua função fundamentadora do ordenamento jurídico dos Estados de direito<sup>160</sup>.

O caráter da universalidade em relação aos Direitos Humanos se percebe pela percepção e compreensão de que nem todos eles são recepcionados pelos ordenamentos jurídicos estatais, ainda que sejam Estados de direito e

inclusive os Direitos humanos reconhecidos como direitos fundamentais possam gozar de distintos mecanismos de garantias. Por isso, o caráter da universalidade se postula como condição deontológica dos direitos humanos, mas não dos direitos fundamentais<sup>161</sup>.

Para que fique ainda mais claro a condição da universalidade dos Direitos Humanos, Pérez Luño distingue a universalidade *nos* e *dos* Direitos Humanos. O sentido extensivo e descritivo seria característica *nos* Direitos Humanos, porque esses teriam sido acolhidos em todos os ordenamentos jurídicos; enquanto que a universalidade *dos* Direitos Humanos teria um sentido ativo e prescritivo, esboçando se é um traço inerente ou constitutivo do conceito dos Direitos Humanos. Logo, para ele, a crítica só tem validade quando se reporta à universalidade *nos* Direitos Humanos, mas não produz efeito quando se fala *dos* Direitos Humanos<sup>162</sup>.

Para concluir seu posicionamento em defesa da universalidade *dos Direitos Humanos*, Pérez Luño alerta para o esforço que se impõe à construção da universalidade, sendo que esta não deve permanecer restrita às exigências

---

<sup>160</sup> “Los derechos humanos poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los derechos fundamentales, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 42-43.

<sup>161</sup> “(...) , incluso los derechos humanos reconocidos como derechos fundamentales pueden gozar de distintos mecanismos de garantías. Por eso, el carácter de la universalidad se postula como condición deontológica de los seres humanos, pero no de los derechos fundamentales”. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 43.

<sup>162</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 43-44.

imaginárias. A tarefa de construção da universalidade se dará através de amplos debates multinacionais e multiculturais<sup>163</sup>.

A questão da universalidade *dos Direitos Humanos* é pertinente para esse estudo, principalmente, pela abordagem que se fará em relação à proteção desses Direitos e dos Direitos Fundamentais, como também deixa um caminho aberto para o tema central dos dois capítulos que seguem. Acredita-se que a distinção, no corpo deste estudo, de Direitos Humanos e Direitos Fundamentais que, embora possa parecer tardia, uma vez que se traçou todo o cenário histórico sem observar rigidamente esse cuidado terminológico, encontra só agora pertinência, uma vez que a origem e a evolução dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais estão entrelaçadas.

#### **1.4 A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais se dá pela compreensão sobre o que, de certa forma, o desenvolvimento histórico já provou, ou seja, é possível chegar a um acordo sobre certas verdades práticas relativas ao bem comum:

Como o demonstrou de modo muito claro a Declaração Internacional de Direitos publicada pelas Nações Unidas em 1948, não é fácil, sem dúvidas, mas é possível estabelecer uma formulação comum dessas *conclusões práticas* ou, por outras palavras, dos vários direitos possuídos pelo homem em sua experiência pessoal e social. Seria, entretanto, completamente fútil procurar uma *justificação racional* comum para essas conclusões práticas e para esses direitos<sup>164</sup>.

Se a história já demonstrou que é possível aos homens, com concepções teóricas diferentes, chegarem a um acordo prático, não se pode descartar a possibilidade de que é aceitável, também, buscar a universalidade dos Direitos Humanos e a efetividade desses e dos Direitos Fundamentais, através de um ponto comum, ainda que se tenham lugares diferentes para o ponto de partida

---

<sup>163</sup> PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. p. 46.

<sup>164</sup> MARITAIN, Jacques. **O Homem e o Estado**. Tradução Alceu de Amoroso Lima. 3 ed.. Rio de Janeiro: Agir, 1959. p. 90-91.

desses Direitos, ou seja, a questão não pode ficar limitada na disputa teórica, que consiste em saber se os Direitos Humanos têm como ponto de partida *o homem bom, temente a Deus* ou se nascem *da racionalidade do homem que tem o destino em suas mãos*. O objetivo principal é criar possibilidades de dar proteção aos Direitos Humanos, garantindo assim a efetividade desses e dos Direitos Fundamentais.

Acredita-se que uma das formas de concretizar a proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais segue no sentido de alcançar uma formulação comum, válida para todos os homens, independentemente de crenças - religiosas, ideologias culturais, políticas, sociais ou econômicas -, que não estabeleçam diferenças e não causem prejuízo ao reconhecimento de valores essenciais relacionados à dignidade da pessoa humana. Para tanto, é necessário ultrapassar a principal característica histórica e racional dos Direitos Fundamentais: o individualismo (firmado primeiro na liberdade do indivíduo do e perante o Estado, depois em relação à liberdade intermediada pelo Estado), pois, na atualidade, a titularidade dos Direitos Humanos e, muitas vezes dos Direitos Fundamentais, é transindividual, indefinida ou indeterminável e de implicação universal.

É preciso perceber, também, que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, que nasceram no contexto do Estado Moderno ou em outras realidades sociais e/ou políticas anteriores, não, necessariamente, guardam relação com os direitos individuais que hoje se contemplam nos Estados Contemporâneos e que, mesmo esses que nascem no contexto atual, têm a possibilidade de, no momento da sua efetivação, não guardar nenhuma relação de correspondência com a sua origem<sup>165</sup>.

Percebe-se que o período atual é de inquietação em relação à proteção e à efetividade dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, pelo complicador de que esses Direitos são aqueles “que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor, também aqui, senão

---

<sup>165</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “Novos” Direitos e Acesso à Justiça**. p. 153-156.

graças à própria humanidade”. A humanidade “despojada do seu conteúdo metafísico” não possui garantias para a autoproteção<sup>166</sup>.

É preciso pensar em uma dinâmica de proteção dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, que nasça do equilíbrio entre valores morais, poder político e Direito positivo e, para que ocorra a concretização desses direitos, há que ter esforços e responsabilidades, até mesmo em escala mundial, para que, além de um caminho traçado em busca da paz, seja um código ético de validade e eficácia jurídica para a emancipação integral da humanidade, resguardado em um ordenamento projetado para o futuro como resultado de uma ação conjunta e complementar entre a razão e a história.

Para que isso ocorra, os Direitos Fundamentais deverão ser percebidos como Direitos de todos os homens, com sentido de “esperanças, aspirações, ideais, impulso, ou, até, por vezes, mera retórica política”<sup>167</sup>, porém com perspectivas de efetividade e que possam ter consequências jurídicas a partir do momento que forem positivados.

Se a intenção fosse conceituar, seria possível seguir a percepção e dizer que Direitos Humanos e Direitos Fundamentais são aqueles Direitos que guardam relação de correspondência com valores universais como a Liberdade, Igualdade e Fraternidade, enquanto contribuem para dar e manter a dignidade da pessoa humana no alcance dos valores e princípios reconhecidamente comum a todos os homens e, em específico, para os Direitos Fundamentais, no alcance daqueles valores e princípios reconhecidos na ordem constitucional de cada Estado.

Como dito anteriormente, mais importante do que justificar os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais é protegê-los. E, para protegê-los não basta, somente, proclamá-los, é necessário buscar uma maneira de efetivá-los<sup>168</sup>. E, mais importante que conceituá-los, é compreendê-los como instrumentos capazes de assegurar e proteger a dignidade da pessoa humana, de forma que a única

---

<sup>166</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 13.

<sup>167</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. p. 377.

<sup>168</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 56-57.

interpretação possível desses Direitos seja dar continuidade ao projeto da modernidade naquilo que eles têm de melhor, pois

Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos. Decerto, todas essas novas perspectivas fazem parte (...) da história profética da humanidade(...)<sup>169</sup>.

A proposta que surge, então, para buscar a proteção e a efetividade dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, ainda, pode estar no projeto da modernidade, considerando que este nasceu da relação de interdependência entre os princípios proclamados da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade:

Com relação às grandes aspirações dos homens de boa vontade, já estamos demasiadamente atrasados. Busquemos não aumentar esse atraso com nossa incredulidade, com nossa indolência, com nosso ceticismo. Não temos muito tempo a perder<sup>170</sup>.

Ainda que não se tenha esgotado o tema sobre os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, acredita-se que o panorama traçado até aqui permita entrever elementos que ajudem a estabelecer uma aproximação entre a teoria que dá justificativa a esses direitos na sua essência, - ou seja, naquilo que eles têm de melhor para dar e manter a dignidade do homem e para a preservação da vida no planeta terra - e a prática desses direitos, ou seja, a concretização que deve ser um compromisso, que só pode ser assumido pelo próprio homem.

Então, a Fraternidade, desaparecida do cenário político quase que imediatamente após a Revolução Francesa, teria deixado um espaço aberto que possibilitaria alcançar as grandes aspirações - à plena dignidade da existência na terra, à realização do homem e dos relacionamentos por ele construído -, pela proteção e concretização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, assunto que será abordado nos capítulos seguintes.

---

<sup>169</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 79.

<sup>170</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 81.

## CAPÍTULO 2

### O VALOR UNIVERSAL DA FRATERNIDADE

*“como se vê, vive de apostas, e, talvez por isso, conta com a inesperada chance de transformar as improbabilidades normais em probabilidade anormal”.* Eligio Resta

#### 2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Idade Moderna é o marco de referência para a ideia de Fraternidade como princípio de interpretação e prática política, através do lema consagrado na Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. Aí, justamente, constitui-se a novidade: a dimensão política da Fraternidade que, ao lado da Liberdade e da Igualdade, compôs os três princípios ideais constitutivos para a introdução de um mundo novo<sup>171</sup>.

No processo de evolução histórica, a Liberdade e a Igualdade foram consideradas “autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como idéias-força de movimentos políticos. A idéia da Fraternidade não teve a mesma sorte”<sup>172</sup>.

A Liberdade e a Igualdade, comumente, foram estudadas como princípios e ideais antagônicos, em vez de se completarem. O pensamento da Fraternidade no terreno político permaneceu silencioso(ado), não obstante, na trilogia de 1789 o termo ter a mesma conotação política dos outros dois princípios que, atualmente, caracterizam as democracias atuais.

---

<sup>171</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Alemida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008. p. 8.

<sup>172</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 8.

Abre-se, então, um espaço para retirar a Fraternidade do anonimato, partindo da constatação de que o projeto de sociedade inédita e desejável da modernidade não se concretizou completamente.

Os estudos deste capítulo trilham o caminho que marca a presença da Fraternidade na história política do mundo ocidental e, também, de ultrapassar os (pré)conceitos relacionados com a origem da palavra. Busca-se, então, encontrar na Fraternidade o sentido de valor universal, na expectativa de criar condições para construí-la através da conscientização do homem e do seu compromisso com o bem-estar comum na vida em Sociedade.

Não se pretende, então, estudar o tema em uma perspectiva de construir um conceito de Fraternidade, mas com o propósito de retirá-la do esquecimento que se encontra no mundo da vida real.

Nesse sentido, é preciso sedimentar a Fraternidade como um princípio de envergadura política e jurídica, tal como os Princípios da Liberdade e Igualdade, a fim de alcançar a ideia de que a relação dinâmica entre esses três princípios confere condições de possibilidades para dar efetividade aos Direitos Fundamentais na atualidade.

## **2.2 REVOLUÇÃO FRANCESA E A TRILOGIA: LIBERDADE, IGUALDADE, FRATERNIDADE**

A presença da Fraternidade na história política e cultural do mundo ocidental pode ser identificada pelo lema emblemático da Revolução Francesa - Liberdade, Igualdade e Fraternidade -, que representou a sinalização de uma virada histórica e apenas tornou-se oficial na República Revolucionária de 1848<sup>173</sup>, pois:

A Revolução de 1789 destacou, inicialmente, apenas o primeiro princípio da trilogia, a liberdade. E esta nem era, quando começaram a surgir os lemas, o ponto de referência de todos que queriam mudar a situação vigente. A lei de 22 de dezembro de 1789, por exemplo,

---

<sup>173</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 7.

ainda impunha o juramento por “a Nação, a Lei, o Rei”. Depois de 1789, os franceses foram aprendendo aos poucos a se sentirem livres; mas, enquanto durou a monarquia, não se sentiam de forma alguma, iguais. Até o golpe de Estado de 10 de agosto de 1792, que derrubou Luís XVI, vigorava um regime censitário, que conferia o direito ao voto somente à metade da população, relegando a outra metade à condição de subclasse de cidadãos<sup>174</sup>.

Em 1790, os distritos de Paris expressavam os princípios que resumiam a Revolução através de bandeiras que

Num conjunto de sessenta bandeiras – segundo o historiador Alphonse Aulard –, apenas uma fazia referência à fraternidade, a do Distrito de Valde-Grâce: “Viver como irmãos, sob o império das leis”. Nenhuma palavra alusiva à igualdade, ao passo que apareciam com frequência liberdade, união, lei, pátria e rei.(...)<sup>175</sup>.

Consta que a Fraternidade foi oficialmente mencionada em 1790 em forma de:

(...) de juramento dos deputados eleitos para a Federação; em quatro de julho de 1790, a Constituição decreta que eles devem jurar que “permanecerão unidos a todos os franceses pelos laços indissolúveis da fraternidade”<sup>176</sup>.

E, em 14 de julho de 1790, pela primeira vez a Fraternidade surgiu vinculada à Liberdade e a Igualdade, por ocasião da Festa da Federação, informa Baggio lembrando o relato de Camille Desmoulins:

Ele descreve os soldados-cidadãos que se abraçam prometendo liberdade, igualdade, fraternidade. Narra os preparativos da festa, a colaboração espontânea dos trabalhadores de Paris, homens e mulheres, no trabalho de construção do altar onde se faria o juramento cívico<sup>177</sup>.

<sup>174</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 25.

<sup>175</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 26.

<sup>176</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 26.

<sup>177</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 27.

Em 05 de dezembro de 1790 os três princípios foram formalmente reunidos em um discurso de Robespierre<sup>178</sup> sobre a organização das Guardas Nacionais:

Robespierre apresentou um projeto de decreto que, no Artigo 16, descrevia o emblema dos guardas: “Eles carregarão no peito estas palavras bordadas: ‘O povo francês’, e acima: ‘Liberdade, Igualdade, Fraternidade’. Essas palavras serão escritas em suas bandeiras, que trarão as três cores da Nação<sup>179</sup>”.

O discurso do jornalista francês Emile de Girardin<sup>180</sup>, explica Baggio, foi um dos instrumentos de divulgação da Fraternidade, o qual foi enviado para todas as associações patrióticas, departamentos e municipalidades, solicitando a adequação do uniforme nacional à condição de todos os cidadãos. Deveriam ser simples, resistentes, da mesma cor e com “uma placa na altura do coração que traga os seguintes dizeres: ‘Liberdade, Igualdade e Fraternidade’ (GIRARDIN, 1791, p.6-7)”<sup>181</sup>.

A Fraternidade, além dos discursos de Robespierre e Girardin, estava presente nos movimentos que agitavam a política revolucionária, as Sociétés Populaires: 1. Club des Amis de la Constitution acolhia personalidades politicamente democráticas; 2. Clube dos Cordeliers reunia cidadãos passivos e mulheres; 3. Sociétés Fraternelles des Deux Sexes agrupava homens e mulheres, burgueses e proletários. Essas sociedades desenvolviam um papel político na elaboração da democracia e da república, porquanto, a Fraternidade permitia juntar setores sociais

<sup>178</sup> Maximilien François Marie Isidore de Robespierre (6 de maio de 1758, Arras — 28 de julho de 1794, Paris), advogado e político francês, foi uma das personalidades mais importantes da Revolução Francesa. MAXIMILIEN de Robespierre. Wikipédia: a enciclopédia livre. Artigo. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Maximilien\\_de\\_Robespierre](http://pt.wikipedia.org/wiki/Maximilien_de_Robespierre)>. Acesso em: 11 de maio 2009.

<sup>179</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 28.

<sup>180</sup> GIRARDIN, Emile de (1806-1881) - Jornalista francês, nascido em Paris, que transformou a imprensa periódica, baixando o preço dos jornais e fazendo deles grandes órgãos de publicidade. Foi um vigoroso polemista tendo sido por isso levado a bater-se com Armand Cannard. Fundou diversos jornais como o La Mode (1829) e o La Presse (1836). Publicou, entre outras, várias obras sobre imprensa como "De la Presse Périodique au XIX" (1837) e "De la Liberté de la Presse et du Journalisme" (1842). EMILE de Girardin. Museu Virtual da Imprensa. Personalidades. Porto, Portugal. Disponível em: <<http://www.imultimedia.pt/museuvirtpress/port/persona/g-h.html>>. Acesso em: 12 de maio 2009.

<sup>181</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 29/30.

que até então eram separados, desenvolvendo: 1. a ideia do sufrágio universal; 2. instrução cívica e política do povo; 3. vigilância e denúncia contra funcionários; 4. revolução linguística, substituindo o vós pelo tu e Senhor(a) por irmão(ã); 5. uma ideia mais ampla de cidadania, antes limitada aos cidadãos ativos; 6. reconhecimento dos domésticos como homens<sup>182</sup>.

As sementes lançadas pelas sociedades fraternas logo foram difundidas e não passaram despercebidas por Robespierre que, em abril de 1791, publicou um discurso de apoio ao sufrágio universal - um verdadeiro elogio ao povo -, transformando, assim, o povo em um “novo sujeito político, bem mais amplo e plural do que a burguesia, que até então identificava a nação como sendo ela mesma”<sup>183</sup>.

Com esse gesto de Robespierre, começou o abandono, por parte dos revolucionários, do desdém com que os *philosophes* sempre tratavam o povo e se foi consolidando o hábito de elogiar os pobres nas publicações revolucionárias<sup>184</sup>.

A definição de povo e a superação das divisões censitárias, que se tornaram base do processo de democratização nos anos de 1790 e 1791, foram sustentadas pela ideia de Fraternidade encontrada no seio das sociedades populares<sup>185</sup>.

Pontua-se que os três princípios referenciados comumente como lema da Revolução Francesa não são causa da mesma, mas dela decorrem: são consequências de uma “fenomenal síntese cultural e política”. “A trilogia, em sua expressão política, é, sobretudo, criação coletiva de uma época”<sup>186</sup>.

---

<sup>182</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 30/31.

<sup>183</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 32.

<sup>184</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 32.

<sup>185</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 32.

<sup>186</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 36.

No entanto, a Fraternidade não conseguiu permanecer no cenário político por muito tempo, ainda que completasse a trilogia dos ideais perseguidos pelos franceses revolucionários.

### 2.3 FRATERNIDADE: O PRINCÍPIO ESQUECIDO<sup>187</sup>

A Fraternidade no contexto da Revolução Francesa teve dois papéis distintos que se apresentaram de forma sucessiva: Unir e, depois, dividir.

O propósito da união para a construção de uma nova nação, no primeiro momento, adveio da “ambição central da Revolução – em sua leitura jacobina” -, de “criar um homem novo”:

Era essa a razão do esforço pedagógico dos revolucionários, que assumiram deliberadamente a missão de dar formação coletiva, de identificar o “espírito público” ou a “consciência pública” capaz de criar a unidade dos cidadãos, agora individualmente livres e, portanto, separados<sup>188</sup>.

No desenrolar dos acontecimentos, o papel da Fraternidade na história da Revolução Francesa foi sendo decodificado de duas formas diferentes, resultando na divisão e no enfraquecimento desse ideal, pelo confronto entre a interpretação da Fraternidade como uma conquista e a Fraternidade recebida pela “dádiva das origens”<sup>189</sup>.

Embora houvesse divergência na interpretação da Fraternidade, a síntese sobre seu sentido só foi teorizada pelos padres patriotas, os quais entendiam que a tarefa da Revolução

seria reconduzir a Igreja às condições originais de igualdade e fraternidade apontadas no Evangelho, que concebia, justamente,

<sup>187</sup> A Fraternidade, denominada como “O Princípio Esquecido”, é o título da obra organizada por Antônio Maria Antonio Maria: - O Princípio Esquecido/1. Traduções Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Editora Cidade Nova, 2008. 200p. -, a qual foi objeto de inspiração para o tema desta dissertação, após a participação na I Jornada Sul Brasileira Direito e Fraternidade, realizada pelo Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, na data de 11 de setembro de 2008.

<sup>188</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 33.

<sup>189</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 33.

todos os homens como membros de uma única família, ligados por laços da Fraternidade<sup>190</sup>.

A fragilidade dessa teoria residia, justamente, em estabelecer a relação da Fraternidade como objeto de contrato em contraposição à ideia estabelecida como dádiva de Deus aos homens, porque, assim, precederia à liberdade e à igualdade. Esse, porém, não era o principal óbice para a teoria. A dificuldade girava, sobretudo, em torno da liberdade: os “padres patriotas entendiam essa Fraternidade, também, no sentido dinâmico e inovador, capaz de levar à mais plena realização da igualdade efetiva, e não apenas formal”<sup>191</sup>, ainda que fosse precedente aos outros dois princípios.

A vinculação conceitual com o cristianismo foi um dos aspectos que contribuiu para o enfraquecimento da Fraternidade como expressão política. A primeira referência histórica da Revolução Francesa foi a obra *Discours de la servitude volontaire*, de autoria do humanista cristão Étienne de la Boétie<sup>192</sup>. Essa obra foi

pontualmente reeditada a cada grande reviravolta política, toda vez que na França surgia a necessidade de dar fundamento sólido à crítica antitirânica; é o que acontece em 1789, em 1835, em 1857. Assim, desaparece a distância histórica de La Boétie, e ele se torna contemporâneo de todo combatente da liberdade. Segundo esse jurista de Sarlat, a razão natural permite aos homens reconhecerem os laços naturais de submissão – como aqueles em relação aos pais -, sem que com isso alguém seja escravo do outro; (...) <sup>193</sup>.

Baggio explica que, no pensamento de La Boétie, a Liberdade é permitida se “a fraternidade, reconhecida e vivida pela razão como laço natural,

<sup>190</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 34.

<sup>191</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 34.

<sup>192</sup> (...) Étienne de la Boétie, (...). Seu *Contr'um*, ou *Discours de la servitude volontaire*, que escrevera, ao que parece, antes dos 20 anos de idade (portanto, por volta de 1550), foi publicado postumamente – incompleto e anônimo – em 1574 em *Le Réveille-Matin des Français*. BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 36.

<sup>193</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 36.

cria a ‘*compagnie*’, que mais tarde seria chamado de igualdade”<sup>194</sup>. Para ele, a palavra *compagnie* tem um sentido mais intenso do que *igualdade*:

(...), porque, enquanto esta última expressa apenas aquilo que se assemelha, *compaigne* indica também a diferença existente até entre os que são pares. Assim, a “trilogia” é enunciada não de forma estática, mas mediante uma relação dinâmica entre os três princípios, baseada no papel fundamentador da fraternidade, entendida não como simples sentimento, mas como racionalidade fraterna, ou seja, como interpretação correta da igualdade e da diversidade humanas<sup>195</sup>.

Outros autores católicos do século XVII escreveram sobre os três princípios, com destaque a obra de François Fénelon, *Aventuras de Telêmaco*, que versava sobre “uma fórmula que permitia entrever a possibilidade de uma ordem social diferente, organizada de baixo para cima, que Fénelon certamente não pregava, mas cujos pressupostos culturais lançou”, explica Baggio<sup>196</sup>.

Pode-se, facilmente, chegar a uma conclusão simplista que o motivo de a Fraternidade não ter permanecido no cenário político teria sido, justamente, as suas raízes cristãs. No entanto, é oportuno lembrar que não foi só a Fraternidade que teve origem no cristianismo, mas todos os princípios da trilogia foram inseridos no circuito europeu pelos cristãos, inobstante ela foi a única a “pagar a conta” quando os iluministas buscaram fundamentar os três princípios na cultura pagã pré-cristã:

A reflexão política iluminista tomava como ponto de referência a cidade antiga, na qual podemos encontrar referências – nos limites da cultura da época – à liberdade e à igualdade, mas não decerto à fraternidade<sup>197</sup>.

Para os iluministas, a ideia de Fraternidade universal enfraquecia a união patriótica, ela deixava entrever muitas coisas, “ia em direção de outras nações. Abria, portanto, o cenário do cosmopolitismo, mas o fechava

<sup>194</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 37.

<sup>195</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 37-38.

<sup>196</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 39.

<sup>197</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 40.

imediatamente dentro do recinto das pertenças a famílias nacionais”<sup>198</sup>. Para eles, ela deveria ser dirigida aos concidadãos e deveria ficar limitada às fronteiras dos Estados<sup>199</sup>.

A Fraternidade iluminista, inserida na complexidade do primado do justo sobre o bom, não conseguiu superar o limite do interesse interesseiro e individualista do homem que, em uma visão pessimista

inspirou o Código Napoleônico, cuja cultura de fundo expressava as atitudes fundamentais do iluminismo herdado da geração dos “*idéologues*”, em que os comportamentos generosos e desinteressados eram vistos com suspeição e os irmãos, no seio da família, eram considerados estranhos<sup>200</sup>.

Uma grande provação histórica da Fraternidade, segundo Baggio, ocorreu pela situação insustentável no Haiti - na época, Colônia da França<sup>201</sup> -, com o estouro da Revolução Negra. Os escravos lançaram o desafio aos franceses, “o direito de aplicar, no Haiti, os mesmos princípios que valiam em Paris”<sup>202</sup>.

---

<sup>198</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 10.

<sup>199</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 40.

<sup>200</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 40-41.

<sup>201</sup> No momento da Revolução Francesa, em 1789, a colônia francesa das Índias Ocidentais de Santo Domingo representava dois terços do comércio exterior da França e era o maior mercado individual para o tráfico negreiro europeu. Era a maior colônia do mundo, o orgulho da França. Sua estrutura era sustentada pelo trabalho de meio milhão de escravos. Dois anos após a Revolução Francesa, com seus reflexos em Santo Domingo, os escravos se revoltaram. Numa luta que se estendeu por 12 anos, eles derrotaram os brancos locais e os soldados da monarquia francesa, debelando também uma invasão espanhola, uma tentativa de invasão britânica com cerca de 60 mil homens e uma expedição francesa de tamanho similar comandada pelo cunhado de Napoleão. A grande liderança desse movimento foi Toussaint L'Ouverture. A revolução haitiana foi o maior movimento negro de rebeldia contra a exploração e a dominação colonial das Américas. Mesmo com o assassinato de Toussaint, a revolução triunfou e fez realidade, contra a França, os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A abolição da escravidão, não contemplada pelos revolucionários de 1789, foi conquistada pelos “jacobinos negros” do Haiti. SADER, Emir. **A grande revolução negra**. *Jornal do Brasil*, 4 de jan. 2004. Disponível em: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/sader-haiti.html>. Acesso em: 16 de maio 2009.

<sup>202</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 41.

A Revolução Haitiana<sup>203</sup> passou a ser considerada a outra face da Revolução Francesa. A situação dos escravos na colônia era tão precária que:

As cerimônias fúnebres eram motivo de festa para os parentes e amigos do finado, pois a morte o havia libertado das correntes. Além disso, era muito consistente o fenômeno do *marronage*, isto é, dos escravos fugitivos que viviam na clandestinidade. Os escravos estavam disponíveis para a revolução, mas não tinham idéia de como realizá-la<sup>204</sup>.

A Declaração dos Direitos do Homem, em seu artigo 1º, proclamava que todos os homens nasciam livres e eram iguais diante da lei. A interpretação de *todos*, na Colônia, incluía os negros também, causando agitação:

De um lado, os escravos; do outro, os mulatos livres, também eles proprietários, aspiravam usufruir dos direitos políticos e ter voz ativa nas Assembléias coloniais, das quais eram excluídos. Nem uns nem outros tinham a menor intenção de libertar os escravos<sup>205</sup>.

A base fundamental da economia francesa no decorrer do século XVIII e também durante a Revolução Francesa era a o tráfico de negros:

A ilha de São Domingo, o primeiro importante atracadouro de Cristovão Colombo, fora dividida pela metade entre espanhóis (porção oriental) e franceses (o atual Haiti). No fatídico ano de 1789, chegaram aos portos da ilha 1578 navios mercantes. A colônia representava dois terços dos lucros comerciais da França. (...). (...), nos três primeiros anos da Revolução Francesa, os negreiros de Nantes e Bordeaux transportaram cem mil africanos submetidos à escravidão em quinhentos navios. A Assembléia Nacional declarou “culpado de crime contra a Nação quem tentar organizar oposição a qualquer ramo do comércio com as colônias, direta ou indiretamente”. O tráfico de negros, considerado “comércio nacional” foi incentivado. Até 1793, os negreiros recebiam um prêmio de sessenta francos por africano deportado<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> Não se pretende aprofundar o estudo da história da Revolução Negra no Haiti, apenas evidenciar alguns aspectos que expressem a noção do paradoxo entre o lema proclamado na Revolução Francesa: *Liberdade, Igualdade, Fraternidade* e a realidade dos negros da colônia francesa.

<sup>204</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 42.

<sup>205</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 45.

<sup>206</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 44.

Os motivos para que a revolução na mãe-pátria não estendesse as discussões sobre a escravidão nas colônias advinham não só do interesse econômico, mas também do modelo cultural europeu, pois “até aqueles que queriam abolir a escravidão – e eram uma minoria – acreditavam, quase todos eles, na inferioridade natural dos povos africanos”<sup>207</sup>.

Essa limitação de pensamento impossibilitou a universalização dos princípios da Revolução Francesa que, segundo Laënnec Hurbon<sup>208</sup>:

Os Direitos do homem proclamados na Revolução Francesa implicam uma visão eurocêntrica do homem. Não é que haja uma orientação racista na Revolução. Mas seu assentamento histórico numa região do mundo específica e, sobretudo, a influência dos iluministas não eram capazes de dar espaço a uma dialética da universalidade e da particularidade, da identidade e da alteridade. É nisso que consiste o caráter incompleto, inconcluso, da Revolução Francesa.

Os iluministas censuravam a matriz cristã, que denominavam de *pré-conceito* e colocavam em oposição às *luzes*, rejeitando, assim, a antropologia neo-escolástica, o que, para Baggio, representa um retrocesso, pois essa continha, embora baseada na Bíblia, a concepção da igual dignidade de cada homem<sup>209</sup>.

Enquanto que a antropológica neo-escolástica, segundo Baggio, não aceitava a condição do homem-escravo, a antropologia nova, desenvolvida pelos iluministas, baseada no empirismo, no pensamento e na experimentação, mantinha a escravidão, acreditando que os negros eram seres para serem aperfeiçoados e, eventualmente, libertados<sup>210</sup>.

A recuperação da interpretação universal da Fraternidade como princípio em contraposição aos limites impostos pela Revolução Francesa se deu com fundamento na Bíblia. O Padre Grégoire era considerado o mais convicto

<sup>207</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 48.

<sup>208</sup> HURBON, Laënnec *apud* BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 48-49.

<sup>209</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 49.

<sup>210</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 50.

apoiador da libertação dos escravos, pois ele não fazia distinção entre brancos e negros, igualando-os em qualidade. Para ele, conta Baggio, o fundamento da Fraternidade universal era encontrado na Bíblia, “baseada no fato de todos serem filhos do mesmo Pai celeste” e a Fraternidade era “um caminho a ser percorrido”<sup>211</sup>.

Assim, os limites que a Revolução Francesa foi impondo aos seus princípios foram sendo recuperados com base na Bíblia, embora o próprio Padre Grégoire não conseguisse vislumbrar e admitir as diversidades culturais, que, para ele, esclarece Baggio,

(...) a universalidade dos direitos consistia em estender a todo o mundo a perspectiva e os conteúdos da Revolução Francesa. Os negros, na opinião dele, precisavam ser educados e introduzidos na civilização da Revolução<sup>212</sup>.

A emancipação dos escravos no Haiti, na apreciação do Padre Grégoire, dependeria de três condições que são identificadas por Baggio como: cognição da cultura iluminista, permuta entre a crença nas religiões de origem africana pela religião católica e o aprendizado da língua francesa em detrimento da língua nativa<sup>213</sup>.

A luta pela libertação dos escravos no Haiti é considerada por Baggio um exemplo concreto de que não há como compor o projeto da modernidade apenas pela conquista da Liberdade e da Igualdade:

Para levar a termo o projeto da modernidade deve-se reconhecer o outro homem não só como igual abstratamente, mas aceitá-lo em sua especificidade, ou seja, reconhecer o igual na diferença. O Haiti é o testemunho vivo de que a liberdade e a igualdade, sem essa fraternidade, podem voltar-se numa situação contrária e que só a fraternidade permite o alcance do humano<sup>214</sup>.

<sup>211</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 50.

<sup>212</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 51.

<sup>213</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 51.

<sup>214</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791.** In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 52.

A Fraternidade faz nascer um Estado<sup>215</sup>, como no caso do Haiti, mas ela tende a ser rapidamente esquecida, assim que se forma uma estrutura institucional e normativa, que acaba criando dificuldades para sentimento de proximidade compartilhado, remetendo a Fraternidade para uma condição excluída, mas não, necessariamente, eliminada.

O projeto da modernidade influenciou os acontecimentos após a Revolução Francesa, definiu políticas e indicou princípios normativos através do racionalismo puro, identificados como positivismo. A Fraternidade, que havia entrado para a história ao lado Igualdade e Liberdade, não teve espaço nesse contexto, mantendo-se, então, inédita e irresolvida<sup>216</sup>.

A Fraternidade acena ao anacronismo, explica Resta, que pode ser entendido na “linguagem da vida cotidiana” como contratempo:

Exatamente como quando dizemos “faltei ao compromisso, porque tive um contratempo”, Indica um andar contra o tempo, um remar em sentido contrário à corrente, um interromper a linearidade ditada pela direção que vai do início ao fim, da partida à chegada. O anacronismo é a condição de possibilidades contra o mundo de contingências que vencem; (...)<sup>217</sup>.

Assim, o próximo desafio consiste em deslocar a Fraternidade dessa posição de inferioridade em relação aos temas da Liberdade e da Igualdade, com os quais teve contemporaneidade sem se tornar contemporânea a eles<sup>218</sup>.

## 2.4 FRATERNIDADE: SENTIDOS REDUCIONISTAS

Um primeiro passo para que a Fraternidade deixe de ser contratempo e se torne presente nesse tempo é, justamente, resgatá-la da condição de excluída do projeto da modernidade, ultrapassando interpretações reducionistas que decorrem da origem da palavra, em busca de uma verdade não mais contestada

---

<sup>215</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A idéia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 53.

<sup>216</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 10.

<sup>217</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 11-12.

<sup>218</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 11.

ou colocada em dúvida. Uma verdade capaz de contribuir para o aperfeiçoamento da humanidade e de fazer crescer o bem-estar humano.

A Fraternidade não se constitui mera categoria teórica. Logo, a proposta não será de desencadear conceitos, mas construir significantes que permitam restabelecer a confiança na Fraternidade de forma a inscrevê-la no mundo da vida, guardando íntima correlação com as reais condições de existencialidade da Sociedade humana.

A intenção é criar possibilidades de transformar a Fraternidade em um princípio político de equilíbrio para a coexistência da Liberdade e da Igualdade em prol da efetivação dos Direitos Fundamentais:

Na Idade Moderna, o valor fraternidade foi proclamado, pela Revolução Francesa, em simbiose com os da liberdade e da igualdade. Ora, ninguém contesta que estes últimos transformaram-se em importantes valores jurídicos (mesmo que não sejam tais), reconhecidos de modo explícito por muitas constituições modernas. Pode-se então pensar que a fraternidade deva ser posta apenas num plano moral e social? Ou não será que ela talvez constitua, de certo modo, o equilíbrio da liberdade e da igualdade, podendo esta última, por sua vez, concordar em deter a própria expansão a fim de não comprimir demasiado a primeira<sup>219</sup>.

Para pensar sobre essas perspectivas, faz-se necessário, primeiro, abstrair as interpretações reducionistas do termo, indicando quais os sentidos que não coadunam com a proposta de Fraternidade que se persegue nesse trabalho.

Ainda que o referencial da Fraternidade possa ser encontrado na Bíblia Sagrada (Antigo e Novo Testamento), a abordagem que se pretende não tem qualquer vínculo religioso, uma vez que o tema, para o momento, diz respeito à “vida temporal dos homens com o seu bem comum temporal”<sup>220</sup>, dada a autonomia e a independência que deve ser preservada na organização política da Sociedade Humana:

---

<sup>219</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito**. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*: São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 26.

<sup>220</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959. p. 177.

Nesse reino das coisas temporais, como acentuou o Papa Leão XIII, o corpo político é plenamente autônomo. O Estado, o Estado moderno, em sua própria ordem, não obedece ao comando de nenhuma autoridade superior. A ordem da vida eterna, porém, é em si superior à ordem temporal da vida temporal<sup>221</sup>.

Para que o termo Fraternidade não seja limitado a uma interpretação religiosa, é necessário esclarecer que o “Estado não tem autoridade para impor qualquer espécie de fé ao domínio íntimo da consciência nem tampouco para extirpar qualquer espécie de fé do aludido domínio”<sup>222</sup>, sendo que, no âmbito estatal, o assunto sobre matérias religiosas deve ser tratado no limite “da paz civil e do bem-estar, e considerando-as do seu ponto de vista, que é o ponto de vista do bem comum temporal”<sup>223</sup>.

Para este fim, poder-se-á trabalhar com a ideia de homem dividido em três dimensões -, individual, social e espiritual -, nesse sentido, estar-se-á considerando a dimensão individual e social seccionada da espiritual, ou seja, o despertar de uma consciência comum no plano da existência temporal<sup>224</sup>.

Não se pretende, também, dar ao termo uma conotação correligionária ou o mesmo sentido que “no âmbito das organizações secretas, ou que colocam níveis de segredo ao lado de outros de caráter público – como a maçonaria – e que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político”<sup>225. 226</sup>

<sup>221</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 177-178.

<sup>222</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 203.

<sup>223</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 204.

<sup>224</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 206-207.

<sup>225</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**/1. p. 20.

<sup>226</sup> Na literatura maçônica, (...) três princípios representados pelos lados de um triângulo equilátero, sendo que nos dois que descem do vértice, inscreveram-se liberdade e igualdade, termos antitéticos que tendem a se afastar um do outro, cada vez mais, em toda a esfera da experiência política da humanidade. Essa fuga dos lados antagônicos seria interrompida pelo lado da base do triângulo. E nesse lado se inscreveria a palavra fraternidade. Pretendia-se, então, por essa simbologia, significar que somente um princípio ético de notável força espiritual poderia provocar o equilíbrio necessário à convivência de dois princípios sócio-políticos que se revelavam incompatíveis. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Sobre Direitos e Deveres de Solidariedade**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 96.

Outro risco que se deve evitar, ainda, é dar à Fraternidade uma forma exclusivamente individualista, com tendências nacionalistas ou de classes que prejudicam a construção de um significante que a impulse para além das relações particulares:

Todavia, mesmo quando utilizado como mote, o termo fraternidade não é isento de ambigüidades no percurso revolucionário francês. Ele parece empregado às vezes como embasamento para tendências nacionalistas, outras vezes, para tendências classistas, o que ocorre, enfim, é que a fraternidade é percebida e construída a partir de diferenças e exclusões, e não valorizada em seu alcance universal intrínseco. Em todo caso, como demonstrou um recente estudo, muito aprofundado, ao longo da evolução do ordenamento jurídico francês a fraternidade só parece ser praticada por intervenção direta do Estado. Parece, enfim, existir tamanho processo de “excisão” da carga moral do conceito, que a fraternidade acaba sendo confundida com uma solidariedade, cujo instrumento essencial e insubstituível é o Estado<sup>227</sup>.

Outro sentido que não se pretende atribuir ao conceito de Fraternidade é torná-la sinônimo de Solidariedade, distinção essa que constitui um dos pontos-chaves para o objetivo desse trabalho.

#### **2.4.1 Fraternidade e Solidariedade**

No período que antecedeu à Revolução Francesa, a Fraternidade era “sentida como um valor que qualificava determinadas relações e que podia ser traduzida em conseqüências jurídicas”<sup>228</sup>.

No decorrer dos anos, após a Revolução Francesa, a palavra foi gradativamente sendo substituída por solidariedade e, então, comumente, Fraternidade e Solidariedade passaram a ser utilizadas como sinônimos.

Embora seja muito estreita a ligação entre as duas palavras, é possível diferenciá-las, pois o vocábulo Fraternidade detém uma carga significativa mais ampla que solidariedade: este tem suporte nas ações e aquele atua no campo das ações e das intenções.

---

<sup>227</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido*/1. p. 112.

<sup>228</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo:Cidade Nova: LTr, 2008.p. 27.

Tal pensamento é sustentado pela observação de que uma ação solidária não, necessariamente, traduz um comportamento fraterno de quem a pratica:

Uma coisa é ser solidário com um outro, associando-me á sua causa; outra é ser seu irmão. Sou irmão de alguém por nascimento, e por isso implica uma relação pessoal, não com a causa do outro, mas com o outro enquanto pessoa, enquanto membro da mesma e única família humana<sup>229</sup>.

A Fraternidade é “como uma forma intensa de solidariedade que une pessoas que, por se identificarem por algo profundo, sentem-se irmãos”<sup>230</sup>, constituindo a ideia mais abrangente de uma efetivada paridade dos sujeitos que se relacionam. Reside aí o ponto mais relevante da distinção, pois, para Pizzolato<sup>231</sup>, a Fraternidade é “uma forma de solidariedade que se realiza entre ‘iguais’, ou seja, entre elementos que se colocam no mesmo plano”, como membros de uma família humana universal. Seria incoerente

(...) falar de fraternidade para descrever o socorro que um pai presta a seu filho, bem como, de maneira mais geral, as manifestações de solidariedade que brotam do paternalismo de quem está numa posição de supremacia e se volta benevolente para quem está numa posição de sujeição<sup>232</sup>.

Uma forma eficiente de distinção entre a Fraternidade e a Solidariedade pode se dar pelo ponto de vista das linhas horizontal e vertical: A Solidariedade, representada pela linha vertical, enseja que a ajuda das necessidades são fundamentadas na ação do Estado; na linha horizontal, a Fraternidade representa a ajuda recíproca que se dá entre as pessoas que se colocam lado a lado<sup>233</sup>. Em outras palavras:

<sup>229</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 138.

<sup>230</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 113.

<sup>231</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 113.

<sup>232</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 113.

<sup>233</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 113.

A solidariedade vertical se expressa nas formas tradicionais de intervenção e ação do Estado social, ou seja, alude à ação direta dos poderes públicos com a intenção de reduzir as desigualdades sociais e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A solidariedade horizontal, por sua vez, diz respeito a um princípio que pode ser deduzido da Constituição, o de um necessário “socorro mútuo” entre os próprios cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo<sup>234</sup>.

A Fraternidade na linha horizontal não pode ser interpretada de forma simplista, acreditando que àquelas ações que se dão espontaneamente entre cidadãos, serão positivadas sem qualquer imposição ou incentivo previsto em lei. Se assim ocorresse, esse tipo de socorro mútuo teria apenas importância moral ou fática, porém não haveria nenhum efeito jurídico, uma vez que não teria o condão de transformar significativamente as relações sociais<sup>235</sup>. Nesse campo, entre

as expressões de solidariedade horizontal, poderão, portanto, ser mais uma vez incluídas as tarefas ou deveres de socorro previsto pela legislação, seja esta de caráter apenas premiador (incentivador) ou também obrigatório, a cargo diretamente de sujeitos particulares<sup>236</sup>.

Pela influência do Estado moderno e suas vicissitudes, o entendimento que tem prevalecido na atualidade é, certamente, o de que a Solidariedade está atrelada ao papel de Estado e que este atua como sustentáculo fundamental na formação da Sociedade. Essa limitação de sentido da Solidariedade não dá a ela o significado interpretativo necessário para alcançar o mesmo patamar político e jurídico que a Liberdade e a Igualdade têm para a democracia.

A retomada do real significado da Fraternidade no cenário político parte da premissa de que os valores universais da Liberdade e da Igualdade, tidos como princípios gerais e imutáveis na criação dos Estados - constitucionais e democráticos - e instituidores de numerosos direitos, têm se mostrado insuficientes para atribuir ao projeto da modernidade o compromisso com a realização e a proteção dos Direitos Fundamentais.

---

<sup>234</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 114.

<sup>235</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 114.

<sup>236</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 114.

A Fraternidade não precisa ser, então, inventada ou tão somente redescoberta; mas sim precisa ser construída<sup>237</sup> como condição de possibilidade para a efetivação dos Direitos Fundamentais com raízes na dignidade da pessoa humana<sup>238</sup>.

## 2.5 FRATERNIDADE: VALOR UNIVERSAL

Para uma proposta de (re)construção da Fraternidade, há que elevá-la, inicialmente, para a condição de valor universal. Para tanto, é preciso estabelecer contornos essenciais para o significado do termo valor, isentando-o de outras ambiguidades, face à relatividade e ao sentido polissêmico que daí advém.

O que se persegue parte do pressuposto que a Fraternidade nunca será apenas teoria<sup>239</sup>. Busca-se, então, encontrar elementos que possibilitem uma interpretação teórica e prática para a Fraternidade que – no contexto desse mundo que se encontra mergulhado em transformações – possa ser reconhecida como um valor universal que oriente as ações e relações humanas para a vida em Sociedade<sup>240</sup>.

O compromisso dessa tarefa demanda que o valor perseguido tenha natureza multidisciplinar e se apresente como manifestação comum à Sociedade Humana<sup>241</sup>. Nas múltiplas faces da concepção de valor, buscar-se-á

<sup>237</sup> “A Fraternidade não deve ser nem redescoberta e nem inventada, deve ser construída”. Pensamento formulado por Paulo de Tarso Brandão na orientação desse trabalho, em 18.05.2009, completando a ideia inicial: A Fraternidade não deve ser inventada, mas redescoberta, que surgiu após a leitura do comentário de Baggio (BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido**/1. p. 34.) sobre um dos aspectos das diferentes interpretações da Fraternidade: “Essa idéia de fraternidade era muito diferente daquela do juramento do *Jeu Du Paume*, pois ela devia ser *redescoberta*, e não tanto *inventada*; (...)”.

<sup>238</sup> BERNHARD, Agnes. **Elementos do conceito fraternidade e de Direito constitucional**. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 61-62.

<sup>239</sup> CURY, Munir. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>240</sup> “Na *sociedade*, a consciência pessoal conserva a sua prioridade, o grupo social é moldado pelos homens, procedendo às relações sociais de uma determinada iniciativa, de uma determinada idéia e da determinação voluntária das pessoas”. MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 12.

<sup>240</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.p. 107.

<sup>241</sup> No contexto da Fraternidade, a sociedade humana é formada por homens que juntam suas forças individuais para salvaguardar o direito de ser humano: é “uma ordenação e regulação das vontades

trabalhar com ideias que permitam - uma vez identificada a Fraternidade como valor universal - estabelecer a conexão dessas com o Direito e, conseqüentemente, com a efetivação dos Direitos Fundamentais.

O sentido de importância da palavra valor tem raízes

no bem, na virtude, na justiça, no universal, na paz, em oposição ao mal, ao vício, à injustiça, ao particular, ao conflito. O ser humano constitui o centro de irradiação e de convergência do(s) valor(es). Nenhuma espécie de valor, por maior força de argumento, supera o valor da pessoa humana<sup>242</sup>.

No plano ideal da existência humana, a forma de significação de valor consiste naquilo que afeta o sentimento do homem: “O valor como ente ideal representa o modelo perfeito, completo, capaz de ser realizado”<sup>243</sup>. Não se deve entender o valor ideal como algo inalcançável, mas como algo que se constitui por “pensamentos factíveis pela ação do Ser humano”, bastando-lhe boa vontade<sup>244</sup>.

A compreensão do sentido do valor no plano ideal torna possível o estudo de valores no plano real. Na esfera da realidade, valor é uma manifestação da cultura humana<sup>245</sup>:

Nesta linha de entendimento, o valor assume natureza real, por representar práticas culturais. Valor em relação às pessoas. Valor sobre a pessoa tem por objeto sua forma de pensar, de agir de relacionar-se em Sociedade. Valor tem por parâmetro o bem em relação ao vício. Estes modelos são buscados, como síntese, nos

---

dos indivíduos conscientes, organizados numa sociedade humana, num estado-de-ser-humano, ou seja, como um exercício de poder para a sonhável implementação da justiça entre os homens, com fome de pão e de livros, com sede d'água e de liberdade, com fome e sede de potencialidades e possibilidades, porque estas são as finalidades da existência do homem, como indivíduo que se propõe ao direito de ser humano”. LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p.162.

<sup>242</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 152.

<sup>243</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 152.

<sup>244</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 172.

<sup>245</sup> “conjunto de valores representados pela ação do ser humano em Sociedade, correspondente a tudo aquilo que é incorporado à sua condição social”. SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 171.

costumes, nas práticas sociais, nos modos de convivência humana aceitos pela Sociedade<sup>246</sup>.

É o ser humano que emite juízos de valor, os quais refletem a realidade em que vivem de forma positiva ou negativa. O valor positivo vem do reconhecimento de qualidades que contribuem para o bem de toda a Sociedade, enquanto que o “valor negativo, ao contrário, quando a idéia do bem, embora satisfaça certa minoria, confronta com o bem no sentido da Sociedade”<sup>247</sup>.

Os valores individuais de uma só pessoa não geram a ideia de valores para toda sociedade humana, como também os valores não possuem padrões absolutos, pois decorrem de manifestações sociais que “variam segundo o tempo, o espaço, e as condições culturais de cada sociedade”<sup>248</sup>.

Na relação valor e cultura, o estudo do contexto histórico deve ultrapassar aos meros registros de informação e de leituras de acontecimentos fracionados. O homem deve se tornar agente da história:

A historiografia é o espelho no qual o homem temporal se contempla, adquirindo plena consciência de seu existir, de seu atuar. Qualquer conhecimento do homem, por conseguinte, desprovido da dimensão histórica, seria equívoco e mutilado. O mesmo se diga do direito, que é uma expressão de viver e conviver do homem<sup>249</sup>.

Não se pode pensar a história como algo pronto e acabado que retrata fatos do passado sem qualquer relação com o futuro,

pois a categoria do passado só existe enquanto há possibilidade de futuro, o qual dá sentido ao presente que em passado se converte. O presente, como tensão entre passado e futuro, o *dever ser* a dar peso e significado ao que se é e se foi, leva-me a estabelecer uma correlação fundamental entre *valor e tempo, axiologia e história*<sup>250</sup>.

<sup>246</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 171.

<sup>247</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 172.

<sup>248</sup> SILVA, Moacir Motta da. **A Idéia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos *et al.* Política Jurídica e Pós-Modernidade. p. 174.

<sup>249</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 80.

<sup>250</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. p. 81.

O valor que representa o espírito universal e integra a história pela experiência dos ciclos culturais revela o homem a si mesmo e nisso se constitui o maior dos valores, possibilitando concluir que: “somente o homem, de uma forma *originária e fundante, é e deve ser*, e, mais ainda, que o *ser* homem é o seu *dever ser*”<sup>251</sup>.

É através de uma leitura do mundo histórico e cultural que o homem adquire a consciência do(s) valor(es) nuclear(es) que embasa(m) o conjunto de Direitos Fundamentais que garantem a dignidade da pessoa humana, o bem comum e a convivência pacífica em Sociedade.

O inegável reconhecimento histórico e cultural da Fraternidade dá a ela a ideia de valor universal que tem, no homem, o agente construtor da sua própria dignidade de ser humano, representando, assim, não só um papel de aplicação política, mas de fundamentação relacional.

A Fraternidade se revela como condição de possibilidade comum para todas as formas de Sociedade nos diferentes campos de atuação da atividade humana, em uma verdadeira resposta da conjugação de unidade que anseia a humanidade e que foi sinalizada pela trilogia: *Liberté, égalité, fraternité*.

Considerar o caráter profético anunciado no lema da Revolução Francesa<sup>252</sup> e pensar a Fraternidade como elo entre os princípios da liberdade e da igualdade<sup>253</sup> - que durante mais de dois séculos reinaram como núcleos normativos e critérios interpretativos - constitui reconhecer seu valor universal<sup>254</sup> e prepara o terreno para a edificação da Fraternidade na perspectiva teórica e prática de realização do projeto da modernidade.

---

<sup>251</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. p. 81.

<sup>252</sup> STRECK, Lênio Luiz Streck. **O Pan-Principiologismo e a Autonomia do Direito: Uma Abordagem a Luz da Hermenêutica Filosófica**. Aula Inaugural do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí-SC., 20 mar. 2009.

<sup>253</sup> “Note-se que os valores liberdade e igualdade, embora fossem, nos Estados democráticos e constitucionais, elevados à dignidade de princípios indisponíveis e fundamentassem inúmeros direitos políticos, econômicos e sociais, ainda não seriam suficientes para responder satisfatoriamente a todos os tipos de necessidades legítimas do ser humano”. MELO, Osvaldo Ferreira de. **Sobre Direitos e Deveres de Solidariedade**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. *Política Jurídica e Pós-Modernidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. p. 97.

<sup>254</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In:

## 2.6 FRATERNIDADE: UM VALOR A SER CONSTRUÍDO

A grande esquecida da trilogia republicana “não se apresenta como enunciado de um conceito, mas como um princípio atuante, motor do comportamento dos homens”<sup>255</sup> que, atrelada aos princípios de Liberdade e Igualdade, forma o tripé necessário para sustentar uma estrutura social democrática: “Os princípios da trilogia francesa poderiam ser comparados às pernas de uma mesa: são necessárias todas as três para que ela se sustente”<sup>256</sup>.

A proposta dessa construção parte da compreensão que o movimento circular de interdependência mútua entre os três princípios se dará a partir da vivência no contexto das relações humanas, gerando compromissos novos e adequados para resolução de problemas que envolvem o bem-estar dos outros e que, direta e indiretamente, por consequência, acabam preservando o próprio bem.

Busca-se, então, um modelo comum de relações éticas, não limitadas 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 (por isso) 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<sup>257</sup>.

Então, a Fraternidade volta a ser colocada em evidência em um momento histórico em que se percebe o desgaste da “forma estatal das pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido. p.13.

<sup>255</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense. p. 42.

<sup>256</sup> BAGGIO, Antonio Maria. **A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 8.

<sup>257</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 126.

todos os outros”<sup>258</sup>, em que o próprio homem é o protagonista, tanto da ameaça, como também da efetivação dos Direitos Fundamentais.

A Fraternidade abre espaço para colocar em discussão “a comunhão de pactos entre sujeitos concretos com as suas histórias e as suas diferenças”<sup>259</sup>, em oposição aos “poderes e as rendas de posições que escondem o egoísmo através da abstração (dos procedimentos neutros, do poder de definição, da escolha da relevância dos temas da decisão, da cidadania)”<sup>260</sup>.

A construção de uma mentalidade fraterna não depende, nesse primeiro momento, de estabelecer filosoficamente se a natureza do homem é ser justo ou ser bom, mas de superar os seus próprios limites interesseiros e individualistas que a pedagogia moderna não conseguiu superar.

Essa perspectiva, aliada à proposta inicial - que a Fraternidade nunca será só teoria -, torna-se condição para sua construção. O ponto de partida para a construção da Fraternidade é a conscientização do homem em relação a si mesmo e aos outros, ou seja, o direito de ser homem e de se comprometer com a vida em Sociedade, buscando realizar o projeto moderno de uma Sociedade desejável.

### **2.6.1 Fraternidade: Direito de Ser Humano**<sup>261</sup>

Embora possa parecer inócua a distinção entre Direitos Humanos e direito de *ser* humano, esse é um cuidado que traz substancialidade a esta parte do trabalho, pois, enquanto os Direitos Humanos são reconhecidos

como uma forma de defesa dos chamados direitos fundamentais do homem, o direito que se pretende reconhecido é o de cada ser humano, para que, antes de reivindicar seus direitos legiferados,

---

<sup>258</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 12.

<sup>259</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 16.

<sup>260</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 16.

<sup>261</sup> Título do subitem foi inspirado no título da obra de Adão Longo. **O Direito de Ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, 262 p.

possa ter o direito mínimo de se tornar uma humanidade, isso é, de possuir uma dignidade de vida<sup>262</sup>.

Para direcionar essa parte do trabalho, entender-se-á que o homem é “um ser humano que se propõe à realização de um fim consciente e justo”, ou, ainda, “um ente humano que se determina à dignificação de ser”<sup>263</sup>.

Não se tem a ilusão que ante a tamanha complexidade do homem um enunciado esgote as suas possibilidades, porque nunca foi e nunca será tarefa fácil conceituá-lo. Muitos pensadores dedicaram-se à tarefa de responder as perguntas: - O que é o homem? Quem é o homem? Qual a sua essência? É fruto do meio?, assim por diante. Visto como um ser animal, racional, social e político, muitas foram as qualificações que o pensamento original ou dissidente utilizaram para defini-lo em suas peculiaridades de “ser humano, ainda que existencialmente individualizado, é um ser plural, complexo, híbrido”<sup>264</sup>.

A caracterização do homem como um ser concreto, não se dá pelo simples fato da sua existência em substância,

(...) ou seja, percebido como essência necessária, o homem é uma profunda e imensa possibilidade de ser. Ainda que se saiba que a *possibilidade* esteja colocada, ao lado da *existência* e da *duração*, como uma característica do Ser, em essência há de ser percebida como uma *razão de ser*, não como um *destino de ser*. Seria, quanto muito, um destino *para ser*<sup>265</sup>.

A possibilidade de ser do homem só se constitui quando ele tem a compreensão de si mesmo e se torna consciente da condição íntegra de construir a si mesmo: “Assim como o homem só se constitui como tal na possibilidade de ser, a sua representação como homem só se qualificará na dignidade de fazer-se”<sup>266</sup>.

---

<sup>262</sup> LONGO, Adão. **O Direito de Ser Humano**. p. 162.

<sup>263</sup> LONGO, Adão. **O Direito de Ser Humano**. p. 52.

<sup>264</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 48-50.

<sup>265</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 50.

<sup>266</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 50-51.

O fato é: ser homem não garante a representação de um legítimo ser humano. É preciso ser imbuído daquele “sentimento de singular humanidade”<sup>267</sup>.

Para que o homem tenha a compreensão de sua humanidade, é preciso, primeiro, encontrar a sua essência:

Assim, antes de o homem construir o mundo, ele deverá construir-se, estruturar o seu mundo. Assim, além de “estar aí”, na sua existência singular e concreta, como ser do existente humano, como *Dasein* (para usar mais uma expressão heideggeriana), o homem haverá de ser um mundo pleno, puro, até onde possa alcançar a pureza e a plenitude humana. Ele haverá de ser digno. Kant, dentro de sua visão como filósofo do dever, já nos prevenia de que “as coisas têm preço, mas só o homem tem dignidade”<sup>268</sup>.

A dignidade de ser homem está no direito de ser humano através da preservação da própria individualidade, sendo que esta se constitui um dos elementos do seu bem-estar. O homem não pode ser reduzido a um objeto. Ele deve buscar ingredientes não somente para ser humano, mas para progredir como tal.

---

<sup>267</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 13.

<sup>268</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 30/31.

### 2.6.1.1 Da individualidade<sup>269</sup> como um dos elementos do bem-estar<sup>270</sup>

A preservação da individualidade do homem é um dos elementos do bem-estar e essencial para o aperfeiçoamento da humanidade, “pois não se determina ao homem livre que seja feliz, mas se propõe que ele seja ele mesmo”<sup>271</sup>.

A individualidade faz com que o homem se reconheça singular e original, capaz de se conhecer e de compreender a si mesmo e aos outros. À medida que a individualidade é desenvolvida,

(...) cada pessoa se torna mais valiosa para si mesma e, portanto, capaz de ser mais valiosa para os outros. Há uma maior plenitude de vida na sua existência e, quando há mais vida nas unidades, há mais vida no todo que delas se compõe<sup>272</sup>.

Na estrutural social da atualidade, a espontaneidade individual, valor intrínseco da individualidade, não tem sido muito reconhecida, pois a grande maioria se conforma e se submete à minoria que,

(...) satisfeita com os procedimentos atuais da humanidade (pois é ela que os faz o que são), não pode compreender por que tais procedimentos não são suficientemente bons para alguém. E, o que é mais, a espontaneidade não participa do ideal da maioria dos

---

<sup>269</sup> Aqui não é mais a conotação do individualismo da modernidade, visto no primeiro capítulo, subitem 1.1.4.4 e que foi trabalhado por correntes conservadoras e reacionárias ou revolucionárias: “A concepção custou a abrir caminho, já que foi geralmente considerada como fomentadora de desunião, de discórdia, de ruptura da ordem constituída. (...). Concepção individualista significa que primeiro vem o indivíduo (o indivíduo singular, deve-se observar), que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado, e não vice-versa, já que o Estado é feito pelo indivíduo e este não é feito pelo Estado; (...). (...); na concepção individualista, (...), justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer as próprias necessidades e atingir os próprios fins, antes de mais nada a felicidade, que é um fim individual por excelência. É hoje dominante nas ciências sociais a orientação de estudos chamada de ‘individualismo metodológico’, segundo a qual o estudo da sociedade deve partir do estudo das ações do indivíduo.(...); mas há duas outras formas de individualismo sem os quais o ponto de vista dos direitos do homem se torna incompreensível: individualismo ontológico, que parte do pressuposto (que eu não saberia dizer se é mais metafísico ou teológico) da autonomia de cada indivíduo com relação a todos os outros e da igual dignidade de cada um deles; e o individualismo ético, segundo o qual todo indivíduo é uma pessoa moral. Todas as três versões do individualismo contribuem para dar conotação positiva (...). O individualismo é a base filosófica da democracia: cada cabeça, um voto”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. p. 76-77.

<sup>270</sup> Para esse tópico utilizar-se-á o mesmo nome do Capítulo III do livro de John Stuart Mill. Sobre Liberdade, p. 97-116. MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. Trad. de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991. 158 p.

<sup>271</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 160.

<sup>272</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 104.

reformadores sociais e morais, mas é antes olhada com desconfiança, como obstrução, fonte de perturbações e de rebeldia, acolhida geral do que esses reformadores têm como o melhor para a humanidade<sup>273</sup>.

O problema é que os homens têm sido levados a acreditar que individualmente são pequenos e que a capacidade de alcançar algo grande só acontece na forma de associação. A associação é uma das causas do “grande volume de influência hostis à individualidade”<sup>274</sup>. O homem tem dificuldades para discernir quando está agindo por sua própria convicção ou pela opinião pública:

Há na presente orientação da opinião pública uma característica particularmente adequada a torná-la intolerante para com qualquer manifestação mais viva de individualidade. Os homens em geral, não são moderados só de inteligência, mas ainda de inclinações. Não possuem gostos nem desejos suficientemente fortes para incliná-los a fazer o inusitado, e, em consequência, não compreendem os que os possuem, aos quais classificam entre os extravagantes e imoderados a que costumam encarar com desprezo<sup>275</sup>.

A modernidade trouxe a perfeição de seus métodos e práticas que - sem qualquer desprezo para os benefícios que daí decorreram - contribuíram para que o homem se tornasse incapaz de aceitar a diversidade e de conceber que a essencialidade de ser humano consiste em aceitar que pessoas diferentes possam viver vidas diferentes<sup>276</sup>, que “*homens mutuamente opostos em suas concepções teóricas*” não possam chegar a um acordo prático<sup>277</sup>.

Nesse contexto, o homem não consegue mais discernir sobre a necessidade de buscar novas verdades, pois seu conhecimento foi compartimentalizado e se tornou simples produto de uma correlação discursiva da razão, sem maiores reflexões sobre as relações sociais, levando-o a viver na mediocridade imposta pelo poder dominante que manipula a opinião pública com verdades presumidas de acordo com os interesses que pretende impor.

---

<sup>273</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 98-99.

<sup>274</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 105.

<sup>275</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 110.

<sup>276</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 105.

<sup>277</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 91.

O homem atual se encontra perdido na multidão, porque a única força que pode ser identificada é a força das massas e dos governos. A originalidade do homem precisa ser recuperada para que ele não se torne mera parte da massa.

Mas nem sempre a mediocridade foi uma tendência geral. Tanto na Idade Antiga como na Idade Média o indivíduo foi uma força em si mesmo: “quando possuía grandes talentos ou uma alta posição, ele era uma força considerável”<sup>278</sup>.

É preciso que o homem se coloque em uma atitude de aprender sempre que possível, em respeito a si próprio e aos outros, em um verdadeiro processo de construção, que se dá pela soma do estudo e das experiências:

Há sempre necessidade de pessoas que não só descubram verdades novas e indiquem quando o que foi verdade deixou de o ser, como ainda iniciem novas práticas e dêem o exemplo de um melhor gosto e senso da vida humana. Isso não o pode desconhecer quem não acredite tenha já o mundo atingido a perfeição em todos os seus métodos e práticas. É verdade que não é qualquer um que pode prestar esse benefício: há apenas alguns poucos, no conjunto da humanidade, cujos experimentos, se adotados pelos outros, constituíram um aperfeiçoamento da prática estabelecida. Mas esses poucos são o sal do mundo, sem eles a vida humana se tornaria uma lagoa estagnada. Não somente introduzem as boas coisas anteriormente inexistentes, como ainda conservam a vida nas que já existem. Se nada de novo houvesse a fazer, deixaria o intelecto humano de ser necessário? Seria isso uma razão para que os que fazem velhas coisas esquecessem por que se fazem e as fizesse como se fossem gado, e não seres humanos?<sup>279</sup>.

O homem deve retomar a confiança em si mesmo e se tornar consciente das suas possibilidades em ser e, sendo, seja responsável por si mesmo e pelo próprio progresso que, pelo

cultivo da individualidade é que produz ou pode produzir seres humanos bem desenvolvidos, (...) - que mais e melhor se pode dizer

---

<sup>278</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 107.

<sup>279</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 105-106.

de qualquer condição dos negócios humanos do que afirmar leva ela os homens para mais próximo do melhor que podem ser<sup>280</sup> (*sic*).

O reconhecimento da individualidade e do pleno direito de bem-estar faz nascer o compromisso com o bem-estar dos outros. O fato de ser homem não é garantia de representação para um legítimo ser humano. É preciso ser imbuído daquele “sentimento de singular humanidade”<sup>281</sup>. Para isso, não basta apenas se conhecer e se reconhecer na sua individualidade, é necessário um despertar pessoal.

### **2.6.1.2 Personalismo: despertar para ser humano**

O personalismo é a condição para o homem despertar e assumir a sua humanidade através de uma identidade construída por si e pela interação como os outros, em uma verdadeira conquista relacional que irá evidenciar

o caráter naturalmente social e político da pessoa, cuja identidade só se constrói na relação social com o diferente de si, no pertencimento histórico e no enraizamento cultural<sup>282</sup>.

Inspirado no pensamento de Emmanuel Mounier, Pizzolato explica que “a identidade humana é *situada*, ou seja, está constitutivamente inserida no sistema estruturado e solidário das relações sociais, interagindo com o *ethos* que precede o indivíduo e o socializa”<sup>283</sup>.

O homem tem como características não só a autonomia e a independência, mas também a interdependência estrutural que, segundo o autor, na visão “antropológica personalista, o homem, todo o homem, é um ser estruturalmente carente e aberto ao diferente de si”<sup>284</sup>.

Nesse sentido, a Sociedade e suas estruturas são capazes de influenciar o processo de constituição e aperfeiçoamento da personalidade,

<sup>280</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 105.

<sup>281</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 13.

<sup>282</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 117.

<sup>283</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*, p. 117.

<sup>284</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*, p. 117.

desenvolvendo um sentimento próprio da identidade humana que é o de pertencer a uma só comunidade<sup>285</sup>.

Pensar numa espécie de *dívida antropológica* do indivíduo para com a comunidade que – este é o ponto crítico - se reflete nas formas de reconhecimento e de garantia da liberdade individual. Portanto, antes do indivíduo existe necessariamente uma comunidade, entendida como rede de relacionamentos, tecido de relações, quadro de solidariedade que sustenta o próprio indivíduo e permite seu desenvolvimento<sup>286</sup>.

As estruturas da Sociedade influenciam no desenvolvimento e no aperfeiçoamento do processo de formação da personalidade. Assim, “pertencer a uma comunidade é constitutivo e estrutural da identidade humana, não é um dado acessório ou opção eventual, voluntarista”<sup>287</sup>.

O personalismo não se confunde com o assistencialismo que identifica a fraqueza do homem com a necessidade de um Estado paternalista:

O personalismo não corre o risco, ao menos no campo teórico, de cair no assistencialismo, pois não há nele uma separação entre categorias dos “fortes” que, de maneira paternalista, deve prestar socorro, e uma categoria de “fracos”, destinatário do socorro. O que há é uma interdependência e uma fraternidade, na qual “todo cidadão tem o dever de desenvolver (...) uma atividade ou uma função que concorra para o progresso (...) da sociedade”<sup>288</sup>.

É pela interdependência e pela Fraternidade, somada à autonomia e à independência individual, que o homem se define como *ser humano*. Logo, à sua individualidade deve pertencer a parte da vida na qual ele é o principal interessado e, à Sociedade, a parte da vida que a ela verdadeiramente interessa<sup>289</sup>.

A Sociedade passa, então, a ser o limite da individualidade do homem que progride como pessoa humana e que se torna responsável e

<sup>285</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 117-118.

<sup>286</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 118.

<sup>287</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 118.

<sup>288</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. p. 119.

<sup>289</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 117.

comprometido não só com os direitos, mas também com os deveres que decorrem do bem-estar comum, entre ele e os outros, em um verdadeiro exercício relacional de reciprocidade:

(...) o indivíduo deve incluir novamente entre suas opções de vida não apenas seu próprio bem, mas o bem comum; pois, causando dano à comunidade, na realidade danifica o tecido de solidariedade do qual ele mesmo extrai a seiva vital. Uma liberdade não comunitária é uma liberdade suicida, pois destrói o mecanismo reprodutivo do humano. Explica-se assim a correlação inseparável, pretendida pela constituição, entre direitos e deveres, entre liberdade e solidariedade. Direitos e deveres não devem, pois, formar inventários distintos ou fileiras de soldados que se combatem em frentes opostas, mas são aspectos complementares de uma liberdade que assume a solidariedade como seu horizonte, defensora de uma mesma visão de homem e sociedade<sup>290</sup>.

Em uma Sociedade democrática, o bem-estar comum

requer, ao mesmo tempo, um respeito particular pelas forças íntimas e pela consciência da pessoa humana, assim como um cuidado particular em não impor pela força da lei regras de moralidade estritas demais para a capacidade moral de numerosos grupos da população<sup>291</sup>.

O despertar do homem para sua humanidade é condição de possibilidade que só se constitui quando ele tem a compreensão de si mesmo e do outro, consciente da sua condição íntegra de se (re)construir infinitamente para se tornar capaz de gozar pacificamente de todos os seus direitos e de se comprometer livremente com todos os seus deveres, em um desenvolvimento relacional completo para viver e conviver em Sociedade.

### **2.6.1.3 Fraternidade e a Dimensão Relacional do Homem**

A dimensão relacional que se dá na Fraternidade consiste em considerar esta “um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos”<sup>292</sup>, em uma vivência da lei do amor mútuo.

<sup>290</sup> PIZZOLATO, Filippo. **A Fraternidade no Ordenamento Jurídico**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1, p.119/120.

<sup>291</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 197.

<sup>292</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. p. 137.

A ideia é de paridade entre sujeitos que se relacionam de forma pessoal, porque se reconhecem como membros de uma mesma e única família humana universal.

O pensamento filosófico sempre assentiu que o homem é um ser social. Ele convive com outros seres e deles precisa. Pode-se deduzir certa influência do modo como os homens se relacionam entre eles mesmos com a forma que assumem os compromissos relacionados à vida em Sociedade. Seria difícil imaginar que

no tempo e no espaço, o sentimento primordial que deve ter unido uma comunidade “grupo” tenha sido o da pertença-fraternidade? E que esse sentimento basilar, aos poucos diluído, perdido na aspereza e nos contrastes do ambiente natural e antropológico, não tenha desaparecido, mas que possa e deva ser hoje redescoberto? Paradoxalmente, é na fase atual de globalização, cheia de inquietações e contradições, que tal sentimento pode mais facilmente ser reencontrado e alimentado. Precisamente no Direito, que, talvez ainda mais do que a religião (...), é a produção relacional que mais evoluiu e mediante a qual a humanidade conscientiza, defende e encaminha a si própria<sup>293</sup>.

A Fraternidade significa viver o amor recíproco que, em termos humanos, consiste em viver como pessoas mais autênticas e em comunhão cada vez mais profunda, a unidade.

O sentido de responsabilidade interpessoal harmoniosa evocado pela Fraternidade, na relação viva entre um eu e um tu, “gera círculos virtuosos e novos encontros” e promove “a mais autêntica reciprocidade, numa relação que é, ao mesmo tempo, dar e receber, ir ao encontro do outro e abrir-se para escutá-lo”<sup>294</sup>.

### 2.6.2 Fraternidade e Diálogo

A máxima da reciprocidade permite que homens e esses, como governo, possam agir conforme a sua melhor capacidade, mesmo que não exista

<sup>293</sup> FRANCESCO, Ennio Di. **Reflexões de um agente de polícia**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 158.

<sup>294</sup> PATTO, Pero Vaz. **A execução da pena no horizonte da fraternidade**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 52.

“certeza absoluta, existe segurança suficiente para os propósitos da vida humana”<sup>295</sup>.

O diálogo se torna um importante instrumento para que a verdade seja conquistada, não, apenas, estabelecida. Existe uma grande distinção entre uma verdade presumida

de uma opinião que não foi refutada, apesar de existirem todas as oportunidades para a contestar, e presumir a sua verdade com o propósito de não permitir sua refutação. A completa liberdade de contestar e refutar a nossa opinião é o que verdadeiramente nos justifica presumir a sua verdade para os propósitos práticos, e só nesses termos pode o homem, com as faculdades que tem, possuir uma segurança racional de estar certo<sup>296</sup>.

O homem, investido na qualidade do espírito humano, como ser intelectual e ético, é capaz

de retificar os seus enganos pela discussão e pela experiência. As opiniões e práticas erradas se submetem gradualmente ao fato e ao argumento, mas fatos e argumentos, para produzirem algum efeito no espírito, devem ser trazidos diante dele. Muitos poucos fatos são eloqüentes por si dispensando comentários que lhes revelem o significado<sup>297</sup>.

O homem conquista a sabedoria e alcança o merecimento da confiança em si e dos outros pelo firme hábito de corrigir e completar sua própria opinião, que se dá pela conservação do

o espírito aberto às críticas de suas opiniões e da sua conduta, atendendo a tudo quanto se tenha dito ao contrário, aproveitando essa crítica na medida da sua justeza, e reconhecendo ante si mesmo, e ocasionalmente ante outros, a falácia do que era falacioso. E sentindo que o único meio de um ser humano aproximar-se do conhecimento completo de um assunto é ouvir o que sobre ele digam representantes de cada variedade de opinião, e considerar todas as formas por que cada classe de espíritos o possa encarar<sup>298</sup>.

---

<sup>295</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 62.

<sup>296</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 63.

<sup>297</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 63.

<sup>298</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 64.

À medida que o homem conhece a verdade - quer na vida individual, quer na vida social -, tem obrigação para com ela, aderindo conscientemente a ela<sup>299</sup>.

O diálogo é um instrumento que permite a aproximação do homem com a verdade. Ele é a representação da esperança na Fraternidade, porque faz com que os homens sejam forçados a ouvirem uns aos outros<sup>300</sup>. Para que o diálogo aconteça, é necessário que haja: 1. Escuta: sem um efetivo processo de escuta, que representa um 'vazio' profundo, não existe o estar a frente e com o outro; 2. Paridade entre as partes: uma atitude de horizontalidade entre as partes, que se colocam no mesmo plano, demonstra a paridade entre as partes que dialogam (não há espaço para imposição de verdades, como ocorre na verticalização); 3. Respeito: a verdade surge à medida que o diálogo for respeitoso<sup>301</sup>.

A Fraternidade chama a “atenção para a comunidade e para a plena realização da personalidade do indivíduo em seu interior”, em um espaço de diálogo “fecundo com as culturas que valorizam em sua tradição o papel do contexto social no qual cada indivíduo está inserido, sem, todavia, condescender como visões massificadoras ou que anula a personalidade individual”<sup>302</sup>.

É pelo diálogo que o homem percebe que não pode se tornar ele mesmo, sem a presença do outro. E a vida relacional do homem com outro(s) homem(ns) é o tecido que constrói a Sociedade: o fenômeno social não é a emanção de um sujeito, mas a relação de reciprocidade entre os homens.

---

<sup>299</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 192.

<sup>300</sup> MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. p. 94.

<sup>301</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proposta doutrinária de Chiara Lubich: Comunhão e Direito**. Palestra proferida na sessão solene de instalação oficial do Núcleo Comunhão e Direito, no auditório do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, no dia 5 de junho de 2009.

<sup>302</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. p. 135/136.

## 2.7 FRATERNIDADE: VALOR JURÍDICO

Como visto até aqui, não há dúvidas sobre a presença da Fraternidade como um valor síntese das aspirações sociais, culturais e políticas do projeto social da modernidade.

A característica da universalidade da Fraternidade requer, ainda, para seu reconhecimento teórico e prático, a real compreensão do seu valor jurídico.

O compromisso do homem com a realização do bem-estar comum na Sociedade humana e, em contrapartida, a responsabilidade da Sociedade humana com a vida e o bem-estar comum dos homens, diz respeito à realização e aspirações da pessoa humana em sua dignidade, na esperança que a personalidade possa ser influenciada por valores constitucionais.

A Fraternidade 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 a dimensão de reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos"<sup>303</sup>.

O valor jurídico da Fraternidade, no tempo presente<sup>304</sup>, favorece o sentimento de justiça para com todos e de amor por todos, permitindo a busca da verdade digna em todas as esferas e níveis do conhecimento"<sup>305</sup>.

Então, qual é o papel da Constituição de um Estado, senão, a organização da vida útil e equilibrada do corpo social e de proteção da dignidade humana, concedendo ao homem a infinita possibilidade de se (re)construir?

---

<sup>303</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Organizador). O Princípio Esquecido/1. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008. p. 137.

<sup>304</sup> "O presente é apenas um limite, uma linha de demarcação entre o passado e o futuro. Só podemos, assim, entender o presente em termos do passado ou em termos do futuro". MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Trad. Alceu de Amoroso Lima. p. 210.

<sup>305</sup> MARITAIN, Jacques. O homem e o Estado. Trad. Alceu de Amoroso Lima. p. 173.

Assim, é preciso reconhecer o valor jurídico da Fraternidade no contexto constitucional, em que se estabelece a relação da Fraternidade com o Direito, buscando a compreensão de que, quando se busca “efetivamente dar corpo e alma a ideia de que o Direito, o bom direito deve servir à Justiça, deve servir à humanidade”<sup>306</sup>, sendo esse o objeto de estudo do próximo capítulo.

---

<sup>306</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proposta doutrinária de Chiara Lubich: Comunhão e Direito**. Palestra proferida na sessão solene de instalação oficial do Núcleo Comunhão e Direito, no auditório do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, no dia 5 de junho de 2009.

# CAPÍTULO 3

## FRATERNIDADE E DIREITO

*“A pedra não tem mundo, o animal é pobre de mundo, o homem é construtor de mundos”.* Martin Heidegger

### 3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE FRATERNIDADE E DIREITO

Qual a relação entre a Fraternidade e o Direito? Essa foi a pergunta que motivou o estudo realizado nessa dissertação, mas que, de certa forma, pode ser melhorada. Então: Qual o elo que une a Fraternidade e o Direito, quando a primeira impressão é de que são realidades que operam em campos distintos? Esse questionamento nasce de

uma convicção bastante difundida: muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do Direito, a coatividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o Direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E, vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia dispensar o Direito<sup>307</sup>.

A compreensão simplista de que a natureza do Direito é conflituosa e a Fraternidade consiste na espontaneidade, embora muito propagada, não justifica que a Fraternidade caminhe em direção oposta ao Direito.

A resposta para a coexistência do Direito e da Fraternidade dependerá da forma como o Direito é concebido, exemplifica Gorja:

Por exemplo, os seguidores de teorias institucionais (...), que pensam o Direito inerente a qualquer grupo social organizado, não teriam dificuldade em admitir a sua existência também numa sociedade completamente fraterna. Segundo essa concepção, a fraternidade poderia apresentar-se como uma experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em Direito justamente para assumir caráter estável e institucional<sup>308</sup>.

---

<sup>307</sup> GORJA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovani *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 25.

<sup>308</sup> GORJA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovani *et al.* (Org.).

Talvez o caminho mais eficiente para convencer os mais reticentes em estabelecer uma relação entre Fraternidade e Direito, não seja confrontar teorias, mas lembrar que a Fraternidade já foi reconhecida pelos ordenamentos jurídicos no decorrer da história.

### 3.1.1 Fraternidade: Ela se apresenta como um enunciado no Ordenamento Jurídico?

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a dignidade humana passou a ter um papel mais importante no reconhecimento dos Direitos que o próprio Estado.<sup>309</sup> Tal assertiva pode ser conferida logo no início do 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; (...)<sup>310</sup>.

A redação do artigo 1º da Declaração Universal traz a palavra Fraternidade no sentido de responsabilidade e respeito, em relação aos deveres para com a comunidade e para com os outros: “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”<sup>311</sup>.

Tem-se uma melhor compreensão da ideia de Fraternidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a interpretação conjunta do Preâmbulo, do artigo 1º, mais, o artigo 29 em seus termos:

1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, em que o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível. 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas por lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e

---

Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 26.

<sup>309</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Fundamentais. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p. 39/40.

<sup>310</sup> CASO, Giovanni *et al.* (Org.). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008, p.179.

<sup>311</sup> CASO, Giovanni *et al.* (Org.). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. p. 180.

liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar da sociedade democrática. 3. Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas<sup>312</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Fraternidade se apresenta como um Direito e um dever a partir do Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, no qual a construção de uma Sociedade fraterna está prevista:

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. (grifado)

Ainda que a Fraternidade não se apresente na forma tradicional de um Direito posto no ordenamento jurídico, baseado nas premissas positivistas garantidoras do *status* da cientificidade, ela se configura na proposta de construir uma Sociedade fraterna. A diretriz está manifestada no Preâmbulo da Carta Constitucional, em uma verdadeira revelação de boas intenções assumidas pelo legislador em nome da Sociedade brasileira.

### 3.1.2 O Projeto Constitucional Brasileiro

Para que seja possível construir uma Sociedade fraterna, é preciso realizar o projeto constitucional brasileiro e, para tanto, é necessário “profanar” a Constituição, restituindo-a ao homem. “Profanar, então, é devolver ao uso comum”<sup>313</sup>. Para que a Constituição seja devolvida ao homem, a esta deve ser atribuída a

(...) eficácia jurídica e efetividade prática aos direitos já reconhecidos, pois, apenas, o reconhecimento político e social dos direitos e

<sup>312</sup> CASO, Giovanni *et al.* (Org.). **Direito e Fraternidade**: ensaios, prática forense. p. 185-186.

<sup>313</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 208.

garantias no texto constitucional, não é o suficiente para “a construção de um Estado Constitucional”<sup>314</sup>.

Questionar os limites é uma forma de profanar a Constituição, retirando-a do “local *sagrado* e permitir-lhe o toque humano, reconhecendo-a como resultado não só de um específico momento histórico, mas em constante construção”<sup>315</sup>.

As transformações pelas quais o projeto do Estado social passou ao longo do tempo acarretaram problemas que, vinte anos depois, o Constitucionalismo social ainda mantém e que muito decorre da fragilidade doutrinária que fica evidenciada na experiência jurídica brasileira. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

não tem a capacidade de, por si mesma, solucionar os problemas sociais, transformando o mundo da vida e os séculos de exclusão social, (...). Há um vácuo profundo, um vazio imenso, entre ter Constituição e estar em Constituição, como prefere Pablo Verdú: estar em Constituição é concretizá-la<sup>316</sup>.

A inadequação da Teoria Constitucional advém da ausência de entendimento na relação Estado, Constituição e Direitos Fundamentais, a qual é sustentada pela

exigência de se partir para uma Teoria do/para o Estado Constitucional e não de uma Teoria do Estado e de uma - outra - Teoria da Constituição que, muitas vezes, não conversam entre si. Ou seja, não há como se entender a relação *Estado-Constituição - direitos fundamentais* sem a inserção no contexto do Estado Contemporâneo que, mesmo diferido constitucionalmente como Estado Democrático de Direito - (...) - se vê confrontado com uma *religião* de crítica ao Estado Social, (...) como diz Canotilho, independentemente do modelo e da extensão que este tenha

<sup>314</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 212.

<sup>315</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 212.

<sup>316</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p.219-220.

assumido, uma vez que o Estado Social é um projeto diferenciado geograficamente e historicamente<sup>317</sup>.

Diante do “profundo descrédito do próprio constitucionalismo, do Estado Constitucional e dos elementos que lhe são peculiares” restou para a atividade jurisdicional a função de definir e realizar o projeto constitucional previsto na Constituição brasileira de 1988<sup>318</sup>.

Nesse cenário, a realização do Estado social perpassa pelos conflitos de interesses que se dá pelas disputas para ter mais acesso às promessas constitucionais e, em contrapartida, pela maior negação dessas promessas, ocasionando a falta de efetivação dos Direitos Fundamentais.

A intervenção do judiciário nas opções políticas, de ordem legislativa ou oriunda de práticas administrativas, suscita questionamentos sobre a legitimação da jurisdição, ensejando

o debate entre função de governo e função de garantia, remodelando a clássica tripartição de funções, passando, ainda, pelos limites que demarcariam a extensão destes ‘direitos’ constitucionais, em uma disputa entre o mínimo existencial e a reserva do possível, margeando pelo fundamento da dignidade humana no contexto de um Estado que, apesar de social, não rompeu com um modelo econômico cujo fundamento não é, por óbvio, o da inclusão social<sup>319</sup>.

A versão clássica dos conceitos oriundos da modernidade, tais como: povo, território, poder soberano, separação de poderes, não são mais suficientes para descrever a experiência do Estado Contemporâneo, gerando uma crise conceitual, que

traz à tona a insuficiência de uma resposta disciplinar, que busque, seja na Teoria do Estado, seja na Teoria da Constituição, elementos

---

<sup>317</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 220.

<sup>318</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 221.

<sup>319</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 223.

capazes de dar conta das circunstâncias contemporâneas, ante o desfazimento de todas as suas certezas, (...)<sup>320</sup>.

A realização da proposta constitucional depende de uma revisão na base do modelo jurídico e político, enraizado em uma modernidade focada na garantia das liberdades individuais. É preciso rever os instrumentos e postulados teóricos, de forma a torná-los capazes de possibilitar e de assegurar “a continuidade de um projeto civilizatório, corrigindo rumos, nunca retrocedendo”<sup>321</sup>.

Para a concretização do projeto constitucional brasileiro, em seus 20 anos, o desafio de profanar a Constituição - no sentido de retirá-la do lugar em que está para jogá-la no mundo da vida -, lançado por Moraes e Espíndola<sup>322</sup>, encontra eco no apelo que Brandão faz: “*é hora de implementar a Constituição*, ou, dito de outra forma, *é hora de fazê-la valer*”<sup>323</sup>.

O Estado e a Política não podem se afastar dos preceitos Constitucionais, alerta Bercovici: o “sentido da Constituição dirigente no Brasil está vinculado, (...), à concepção da constituição como um projeto de construção nacional”<sup>324</sup>. Entre os vários significados e funções atribuídos à Constituição, o referido autor destaca que ela constitui “um símbolo da unidade nacional” e, indo mais além, “um projeto de integração nacional”. Frisa que, no caso da Constituição brasileira, “seria interessante compreender a idéia da constituição como um projeto nacional de desenvolvimento”<sup>325</sup>.

---

<sup>320</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 233.

<sup>321</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 233.

<sup>322</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. **O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 207/238.

<sup>323</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Vinte Anos de Constituição, É Hora de Fazê-la Valer**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.p. 367-382.

<sup>324</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Ainda faz sentido a Constituição dirigente?** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 149-162.

<sup>325</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Ainda faz sentido a Constituição dirigente?** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 158.

A dimensão normativo-jurídica dos Direitos Fundamentais, em uma interpretação construtiva da Constituição, explica Cheueri, implica em “Ihe impor um propósito ou intenção que a torne a melhor possível”<sup>326</sup>. A estrutura e a prática constitucional no seio de uma comunidade são possíveis de serem ajustadas e justificadas pelo ideal político da integridade, ou seja:

a integridade é um princípio central para uma comunidade política liberal-igualitária, pois impõe sentidos fraternais, comunitários, às obrigações que se estabelecem entre cidadãos. Vale dizer, os cidadãos aceitam ser governados por normas, pois resultantes do tipo de compromisso e obrigações que eles próprios construíram e reconstruíram ao longo do tempo. A integridade é uma base política e moralmente progressista para um conceito liberal-igualitário do direito. Daí conceber o direito como integridade como uma tentativa (hercúlea) de se assegurar, de um lado e, na medida do possível, respostas consistentes do direito que evitam o perigo da auto-referência e da insegurança e, de outro, de estabilizar a tensão entre direitos e democracia<sup>327</sup>.

Há um equívoco no pensamento que coloca a Constituição entre o Estado e a Sociedade, em função dos mecanismos constitucionais disponibilizados aos cidadãos e as instituições com o fulcro de controlar a ação dos poderes públicos. A Constituição

além de ser elo contudístico que une “política e direito” em um determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra maiorias, circunstância que, de modo algum, coloca abismo entre democracia e constitucionalismo. E, ao se constituir em remédio contra maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado a partir de uma ruptura institucional<sup>328</sup>.

A relação Estado e Direito no cenário do “Estado Democrático (e Social)”<sup>329</sup> deve ser entendida com base na legitimidade da relação “constitucionalismo-democracia”<sup>330</sup>. Nesse contexto, a compreensão do Direito

<sup>326</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. **A Constituição Brasileira de 1988: Entre o Constitucionalismo e Democracia**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 416.

<sup>327</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. **A Constituição Brasileira de 1988: Entre Constitucionalismo e Democracia**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 426.

<sup>328</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas corretas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 86.

<sup>329</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas corretas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 273.

<sup>330</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas**

ultrapassa a ideia ordenadora e provedora do Estado liberal e Estado Social respectivamente:

na verdade o direito, em tempos de Estado Democrático de Direito, é mais do que um *plus* normativo em relação às fases anteriores, constituindo-se em um elemento qualificativo para a sua própria legitimidade, uma vez que impulsiona o processo de transformação da realidade”. (...): a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia<sup>331</sup>.

O papel do Direito dentro do objetivo do constitucionalismo no Estado Democrático de Direito é o de resgatar o mundo da vida através de um “saber prático e que deve servir para resolver problemas e concretizar os direitos fundamentais sociais que ganharam espaço nos textos constitucionais”<sup>332</sup>. Um dos desafios consiste em vencer a resistência que se tem de entender os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais protegidos pela Carta Política de 1988 e, conseqüentemente, dar eficácia e efetivação desses direitos como condição essencial para a democracia. O esforço reflexivo sobre o tema passa pela percepção que o

Direito foi transformado em instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo. Logo, submetido a uma racionalidade diversa, manifestadamente pragmática de “custos e benefícios” (*pragmatic turn*), capaz de refundar os alicerces do pensamento jurídico, não sem ranhuras democráticas<sup>333</sup>.

A falácia do crescimento econômico, a qualquer custo, transformou a Constituição em um mero mercado jurídico, que através do

discurso da *Law and Economics* procura controlar as possibilidades de enunciação das pretensões de verdade para, em nome da neutralidade e objetividade econômicas, constranger, pelo critério da

---

**corretas.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 273/274.

<sup>331</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas corretas.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 279.

<sup>332</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas corretas.** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p. 285.

<sup>333</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (*Law and Economics*).** Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p.19.

maximização da riqueza (lugar do mito, lógico), a efetivação do Estado Democrático de Direito<sup>334</sup>.

A ruptura com a farsa neoliberal deve ocorrer através do “compromisso com o projeto constitucional brasileiro de uma democracia e uma cidadania fundada em uma sociedade plural e multicultural”, em uma “proposta de fraternidade de um direito jurado em conjunto por sujeitos fraternos, quanto irmãos são iguais”<sup>335</sup> e por meio das relações de reciprocidade se tornam capazes de construir um país a partir do texto constitucional.

Para fazer valer a Constituição, é preciso buscar sementes de Fraternidade nas relações jurídicas no mundo da vida e, para tanto, o Direito precisa mudar. Então, que o Direito precisa mudar, todos concordam. Mas, por que o Direito precisa mudar? Poucos são os que sabem.

### 3.1.3 Por que o Direito precisa mudar?

De alguma forma a pergunta formulada já foi respondida no tópico antecedente, ainda que não fosse o propósito delineado. O Direito que se conhece atualmente é fruto do projeto da modernidade que institucionalizou e limitou sua atuação à razão instrumental do positivismo jurídico.

O positivismo jurídico nasceu “do esforço de transformar o estudo do Direito em uma verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais”.<sup>336</sup> O caráter de cientificidade, enquanto afastou o Direito da realidade valorativa, não permitiu que ele fosse submetido a discussões mais livres, criativas e menos dogmáticas. A ciência tem como principal característica a “*avaloratividade*, isto é, na distinção entre

---

<sup>334</sup> ROSA, Alexandre Morais da. **A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (*Law and Economics*)**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p.30.

<sup>335</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. **A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008. p.147.

<sup>336</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 135.

*juízos de fato e juízo de valor* e na rigorosa exclusão desses últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato<sup>337</sup>.

Quando a ciência abstrai do Direito o *juízo de valor*, ela acaba interferindo diretamente na posição que o Direito assume frente à realidade, pois, enquanto

o *juízo de fato* representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o *juízo de valor* representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual à minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas<sup>338</sup>.

A ciência, ao abstrair o valor do Direito, transforma o conhecimento desse em um conhecimento objetivo, que aceita a realidade tal como ela se apresenta, em uma concepção puramente experimental. Essa postura científica do Direito é assumida pelo positivismo jurídico que estuda o Direito como fato e não como valor<sup>339</sup>.

O Direito estudado na concepção positivista neutraliza a sua interpretação, que passa a ser meramente uma “reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que fez as normas”, sem que haja qualquer preocupação em adequar as normas “às condições e exigências histórico-sociais variadas”<sup>340</sup>.

#### A versão clássica do positivismo

dominou de forma quase totalizante o mundo da assim chamada Ciência Jurídica, impregnando-a com grande parte de seus axiomas. É justamente destes axiomas como a harmonia institucional, a univocidade metodológica e a neutralidade científica que surge o grande arcabouço daquilo que conhecemos como a *dogmática jurídica*<sup>341</sup>.

<sup>337</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. p. 135.

<sup>338</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. p. 135.

<sup>339</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 135-136.

<sup>340</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214.

<sup>341</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética**. Fundamentos para um Direito Humanístico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p.130.

A dogmática jurídica - teoria positiva do Direito positivo - <sup>342</sup> traduz a ideia inspirada em princípios positivistas e edificada ao “longo da modernidade como a defesa de um direito separado da política e independente dela, fundamentado inteiramente na razão”<sup>343</sup>.

No positivismo jurídico, a definição de Direito não comporta mais qualquer denominação que seja “fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto”.<sup>344</sup> O Direito passa a ser, então, mera técnica de aplicação de regras, baseado em uma ordem jurídica coercitiva regulada internamente “através de um sistema jurídico estático e hierarquizado, fundamentado na ideia de um Estado de Direito previsível e seguro dada sua ‘neutralidade’ e ‘legalidade’”<sup>345</sup>.

O modelo dogmático estabelece conceitos pretensamente verdadeiros e prescinde do sujeito, sendo este o traço comum de todas as teorias positivistas.

O cabedal científico da teoria positivista formulado em um contexto social e histórico visava garantir as liberdades individuais de uma classe social cujos interesses nasciam da pretensão de alcançar o poder e preservar os próprios interesses (como visto no primeiro capítulo). O Direito, então, tornou-se monopólio do Estado e passou a ser utilizado como sistema de controle e manutenção de comportamentos, através de conceitos pretensamente verdadeiros e de atitudes conservadoras em nome da segurança jurídica, favorecendo apenas os grupos dominantes que, por sua vez, com anuência do Estado, transformam o Direito em mero instrumento econômico.

Dessa forma, esse Direito, autônomo e técnico, mostra-se cada vez mais insuficiente para regular e resolver as transformações sociais que afetam diretamente a sua teoria e a sua prática e, principalmente, a concretização dos Direitos Fundamentais. O reconhecimento dos Direitos Fundamentais nos textos

---

<sup>342</sup> REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 120.

<sup>343</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética**. p. 130.

<sup>344</sup> BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. p. 214.

<sup>345</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética**. p. 131.

constitucionais do(s) Estado(s) social(ais) e democrático(s) demanda reações especiais para as quais a teoria positivista, em sua concepção fechada e finalizada, não consegue dar respostas satisfatórias.

Porquanto, para que haja a realização do projeto constitucional, o Direito não poderá ser, apenas, fruto de uma razão instrumental,

(...) mas sim abrir-se às novas situações concretas experimentadas a cada dia, e em cada uma delas instituir níveis de convivência radicalmente livres, igualitários e justos, a partir de uma compreensão racional e sensível da problemática apresentada<sup>346</sup>.

Não é mais possível, hodiernamente, confundir a rápida evolução das relações sociais com aquelas reações necessárias para outros períodos, pois esse equívoco provoca uma enorme defasagem no debate teórico sobre os Direitos Fundamentais e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção desses no contexto dos Estados de Direito social(ais) e democrático(s).

Como dito no início, o Direito é fruto do projeto da modernidade, no entanto, não é porque o Direito que daí nasceu, precisa mudar, significa que esse projeto seja, no todo, ruim. O Direito precisa mudar porque, há muito, não consegue mais dar respostas convincentes e capazes de dar efetividade ao projeto constitucional brasileiro.

### 3.1.4 Direito Fraternal: Futuro do Direito

Nessa quadra da história, o que existe é uma grande lacuna na relação Direito e Sociedade. O Direito se transformou em um mero reproduzidor dos fundamentos da realidade e não consegue mais dar respostas compreensíveis a uma Sociedade desigual e carente de realização dos Direitos Fundamentais como a brasileira.

Ainda que os tempos sejam de “enfretamentos entre neoconstitucionalismo e positivismo (e vários positivismos)”<sup>347</sup>, é possível pensar no futuro do Direito sem, necessariamente, confrontar teorias jurídicas ou enfrentar

---

<sup>346</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética**. p. 130

<sup>347</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p.1.

questões metodológicas do Direito<sup>348</sup>, não querendo com essa opção desprezar a importância fundamental desses estudos para a solução da

profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir da dogmática jurídica refém de um positivismo exegético-normativista, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto<sup>349</sup>.

Sabe-se que, ao final, o que todos buscam é superar o Direito reprodutor da realidade e encontrar um Direito capaz de transformar a Sociedade<sup>350</sup> humana, capaz de realizar o projeto constitucional brasileiro, construindo uma Sociedade fraterna. A base para a construção do novo Direito é possível na relação da Fraternidade com o Direito, através de um Direito Fraternal<sup>351</sup>.

A proposta que parte da Fraternidade para o futuro do Direito é da não violência, que encontrará a legitimidade em um ambiente axiologicamente pluralista e mundializado, buscando superar os dogmas jurídicos da modernidade.

A construção de um Direito Fraternal requer algumas condições mínimas para firmar sua estrutura fundamental. O diagnóstico dessa estrutura foi trabalhado por Resta<sup>352</sup> e suas ideias foram referenciadas por Marrafon<sup>353</sup>, tema que ora se explora.

O Direito não violento se pautará pela Fraternidade, enquanto essa for considerada “um valor a ser juridicamente protegido e, mais do que isso,

<sup>348</sup> “(...) para uma sociedade dispar e carente de realização de direitos como a brasileira, é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição (...)”. STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p.1.

<sup>349</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p.1.

<sup>350</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p.1.

<sup>351</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 435.

<sup>352</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 132-136.

<sup>353</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 431-444.

promovido”<sup>354</sup>. O primeiro passo para entender o Direito Fraternal é vê-lo como um Direito convencional entre irmãos que pactuam partilhar regras mínimas de viver e conviver, com vistas para o futuro e, em oposição ao Direito imposto, ou seja, menos Direito paterno (pai,soberano, tirano, senhor da terra, inimigo), mais Direito Fraternal<sup>355</sup>. Essa ideia de “códigos fraternos” permite desviar o pensamento do “código do amigo/inimigo”, revertendo-se em “uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes” e de buscar novos horizontes pela aquisição da liberdade em relação à ideia simplista de que a política é a neutralização da hostilidade humana<sup>356</sup>.

Ainda que na modernidade a “regra da comunidade política” não tenha sido um modelo vencedor, isso não significa que esse modelo não seja possível<sup>357</sup>. Essa possibilidade se apresenta viável pelo binômio Fraternidade e Direito que traz à baila

um modelo *convencional* de direito, “jurado conjuntamente” entre irmãos e não imposto, como se diz, pelo “pai senhor da guerra”. Jurado conjuntamente, mas não produzido por um “conluio”. Por isso é decisivamente não violento – isto é, capaz de não apropriar-se daquela violência que diz querer combater<sup>358</sup>.

A questão da soberania nacional é um dos aspectos que merecem atenção no estudo sobre o futuro do Direito. No liame da Fraternidade com o Direito, a transcendência se dá em relação à soberania, nas estruturas políticas nacionais e seus sistemas normativos, sugerindo uma percepção de responsabilidade e não de delegação:

Propõe uma *espécie cross-cultural* de realização do direito numa perspectiva cosmopolita através da universalização da divisão dos bens comuns necessários à sobrevivência. Nesta dimensão, ela

---

<sup>354</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 435.

<sup>355</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 439-444.

<sup>356</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.14/15.

<sup>357</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.15.

<sup>358</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.15.

repele a mera universalização do mercado e as ações ilegais, as quais não devem escapar a regulação transnacional<sup>359</sup>.

O Direito Fraternal não é legitimado por uma só identidade, pois tem raízes em espaços políticos abertos, justificando-se na comunidade<sup>360</sup>, na comunhão de pactos entre sujeitos concretos e que são respeitados nas suas histórias e diferenças, indo além da ideia de cidadania:

A “vida” será sempre excedente em relação ao Direito, e um bom modelo de convivência jurídica deve evitar colonizar sempre, e a toda custa, a intimidade, deixando espaço à “soberania” de cada um sobre si mesmo: não a soberania centralizante de um Estado, de uma maioria, de um poder de governo, mas aquela dissipada de cada um sobre a própria vida<sup>361</sup>.

Nessa perspectiva, o Direito Fraternal se refere aos pequenos problemas do cotidiano, o que significa dizer que ele não se estabelece “somente na dimensão dos grandes espaços cosmopolitas onde atuam geopolíticas e mundializações sempre suspeitas”<sup>362</sup>. O modelo do Direito Fraternal busca um lugar comum que abraça a dimensão ecológica dos Direitos Humanos, compreendendo que esses podem ser sempre e somente tutelados quanto ameaçados, pela própria humanidade, ou seja, não faz o jogo do amigo-inimigo, protegendo Direitos Humanos, enquanto viola outros, também, fundamentais:

Quanto mais a amizade perde seu caráter de argamassa espontânea da sociedade, mais ela tem necessidade de ser prescrita por uma lei que não contenha apenas imperativos éticos-religiosos, mas estritamente jurídicos. Justamente a presença de uma lei da amizade reclama a necessidade de sua prescrição enquanto, paradoxalmente, sanciona a sua interdição<sup>363</sup>.

<sup>359</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 439.

<sup>360</sup> “Comunidade que abre espaço “para a plena realização da personalidade do indivíduo em seu interior, a Declaração nos abre a um diálogo fecundo com as culturas que valorizam em sua tradição o papel do contexto social no qual cada indivíduo esta inserido, sem, todavia, condescender com visões massificadoras ou que anulam a personalidade individual”. AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). O Princípio Esquecido/1. São Paulo: Editora Cidade Nova, 2008. p.135-136.

<sup>361</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.15.

<sup>362</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.16.

<sup>363</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 20.

A legitimidade da obrigação comum gerada pelo Direito Fraternal se justifica pelo seu desenvolvimento em um espaço político aberto com a pretensão de “construir um demos graças ao pacto da fraternidade”<sup>364</sup>, buscando a inclusão através da escolha dos Direitos Fundamentais, pelo acesso universal e compartilhado a esses direitos e aos bens comuns<sup>365</sup>:

Os amigos são também desconhecidos, não vistos, não avizinados. Eles se furtam o vínculo da reciprocidade cotidiana, construída a partir de um ar comum que se respira. Pode-se compartilhar a vida sem compartilhá-la<sup>366</sup>.

O vínculo da reciprocidade cotidiana, “tanto as pretensões de Direitos Humanos como os deveres humanos efetivam-se somente pelo desempenho recíproco dos homens”, baseado no princípio da Fraternidade, é um modelo positivo que

acentua uma concepção dos direitos fundamentais que seja capaz de reconciliar uma perspectiva liberal (preservação da identidade e da liberdade das escolhas) com outra comunitária (consiste na obrigação de partilhar a responsabilidade pelo gozo dos bens comuns)<sup>367</sup>.

Torna-se, então, possível conciliar a ideia de igualdade pela divisão dos bens comuns e a preservação da identidade, pelo entendimento de que a Fraternidade é um princípio diretivo de relacionamento<sup>368</sup>.

Ainda, na perspectiva da díade Fraternidade e Direito, busca-se reduzir a violência pela jurisdição mínima, pois é fato “que nem sempre e não em todas as partes os conflitos são resolvidos por um juiz na base de um poder

---

<sup>364</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 440.

<sup>365</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.133-135.

<sup>366</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p.20/21.

<sup>367</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 441.

<sup>368</sup> MARRAFON, Marco Aurélio. **A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito**. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda *et al.* O Direito e o Futuro – O Futuro e o Direito. p. 441.

monopolista, do tipo estatal, nem que este sistema é por definição o mais justo ou o mais racional”<sup>369</sup>.

Criam-se, então, espaços para a mediação<sup>370</sup> que, além de evitar que o conflito seja levado ao judiciário, tem sentido de uma conquista mais rica na intenção de compartilhar: o juiz assume um espaço neutro e equidistante, enquanto o mediador<sup>371</sup> se coloca no *meio* de dois extremos.

A mediação não se confunde com a conciliação. São duas formas distintas de compor conflitos. A mediação “diz respeito ao procedimento através do qual dois conflitantes reativam a comunicação através da intervenção de um mediador”; que faça orientação, “justamente, ao meio”. A Conciliação “é menos procedimento e mais efeito”<sup>372</sup>.

Um ponto fundamental na distinção entre a mediação e a conciliação na relação da Fraternidade com o Direito, reside no conteúdo desses instrumentos:

Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se por ventura ele já existe. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha, e na mediação, o mediador facilita a comunicação sem induzir as partes ao acordo. Na conciliação, se resolve o conflito exposto pelas partes sem analisá-lo com profundidade. Muitas vezes, a intervenção do conciliador ocorre no sentido de forçar o acordo<sup>373</sup>.

<sup>369</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 100.

<sup>370</sup> Mediação e Conciliação são duas formas de compor conflitos. A mediação “diz respeito ao procedimento através do qual dois conflitantes reativam a comunicação através da intervenção de um *mediador*”; que faça orientação, “justamente, ao meio”. A Conciliação “é menos procedimento e mais efeito”. RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 124.

<sup>371</sup> Mediação: “Antes de ser ‘meio’ era, no mundo antigo, *mesotes*: espaço e virtude ao mesmo tempo. Era sobretudo um estar no meio e, então, um assumir o problema, não distante de recusar o *ideos* (do qual o *idiota*) que fecha os indivíduos no egoísmo vulgar do seu ponto de vista *privado*; privado, justamente no sentido carente de alguma coisa. Então indicava sobretudo um espaço comum, participativo, que pertencia também aos extremos entre os quais se definia, mesmo os mais antagônicos e conflitantes; virtude distante da abstração de uma *terzietà* e de uma imparcialidade somente imaginárias”. Em nota de rodapé: “N.d.T. E italiano “*terzietà*” com o significado de qualidade de ser terceiro, isto é, imparcial”. RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 124-125.

<sup>372</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. p. 124.

<sup>373</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdicção em Crise e a Instituição do Consenso: por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. São Leopoldo, 2008. 477p. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

A medição permite recuperar o respeito entre as partes:

A mediação, como ética da alteridade, reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro. Isto é, um respeito absoluto pelo espaço do outro, e uma ética que repudia o mínimo de movimento invasor. É radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos. As pessoas estão tão impregnadas do espírito e da lógica da dominação que terminam, até sem saber, sendo absolutamente invasoras do espaço alheio<sup>374</sup>.

O ponto coincidente da relação e da existência entre dois opostos pelo compartilhamento das distâncias e das proximidades deve ser o objetivo da mediador:

O mediador deve ser *isto e aquilo*, deve perder a neutralidade e perde-la até o fim. Só assim se realiza a sua identidade como diferença em relação ao juiz, mas se realiza sua diferença, como identidade, em relação às partes. Enquanto as partes litigam e só vêem seu próprio ponto de vista, cada uma de maneira especular em relação à outra, o mediador pode ver as diferenças comuns aos conflitantes e recomeçar daqui, atuando com o objetivo de as partes retornarem a comunicação, exatamente o *múnus* comum a ambas<sup>375</sup>.

A diferença entre a postura de ser *isso e aquilo* do mediador e a de *não ser isso nem aquilo* do juiz, dará aquele maiores possibilidade de encontrar a solução para o conflito:

Pensar significa encontrar remédios (ou ao menos isto nos sugere uma semântica que deixou de lado outros significados). O mediador é agora meio para a pacificação, nem mais acima, nem mais abaixo, mas no seu meio; ao mesmo tempo, o mediador é aquele que exerce saber e discernimento e, por isso, julga<sup>376</sup>.

Embora o tema do Direito Fraternal possa ultrapassar os limites dos Estados nacionais, adquirindo maiores dimensões que por hora não serão objeto de ponderações, as ideias permeadas possibilitam fazer “o dever de casa”, qual seja, traçar uma conexão entre o Direito Fraternal e a concretização dos Direitos Fundamentais como a finalidade de realizar o projeto constitucional brasileiro.

---

<sup>374</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso: por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. p. 309.

<sup>375</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 126.

<sup>376</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 126-127.

### 3.1.5 Direito do Futuro: Compreender para Justificar

A compreensão do Direito como Direito Fraternal vai depender da forma como se estabelece o compromisso entre o Direito e a Sociedade humana, ou seja, reconhecer qual é o “núcleo central que define um imaginário eu coletivo”<sup>377</sup>.

A identidade de uma Sociedade é que dá a ela condições de perceber (ou não) que todos estão juntos em um projeto comum. O eixo central das Constituições, na tradição dos sistemas políticos ocidentais, é a fundamentação e a legitimação dos Direitos Fundamentais<sup>378</sup>.

A Carta Constitucional é muito mais que um sistema de regras, sendo que essa particularidade “não é obviamente apenas simbólica, tanto que na linguagem da tradição filosófica um processo constituinte é definido como resultado de um mecanismo de *autocompreensão normativa*”<sup>379</sup>.

O Direito, em uma concepção prática, precisa ser compreendido para, então, fundamentá-lo. As discussões sobre o Direito

devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelo positivismo jurídico no decorrer da história, que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade<sup>380</sup>.

Desde o início, a ideia que se persegue é libertar o Direito das amarras positivistas de um Direito posto, estático, reproduzidor da realidade, para, então, trazê-lo de volta ao mundo da vida, creditando a ele todo o potencial capaz de transformar a Sociedade humana:

O Direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de formação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de

---

<sup>377</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 89.

<sup>378</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 77.

<sup>379</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 77.

<sup>380</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 2.

políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais<sup>381</sup>.

Com o advento do novo constitucionalismo, os ordenamentos jurídicos constitucionais adquiriram, entre outras características, uma em destaque: influenciar as relações sociais. Nesse contexto, muitas teorias de discurso surgiram. O que mais importa nesse debate

está no fato de que o novo paradigma de direito instituído pelo Estado Democrático de Direito proporciona a superação do direito-enquanto-sistema-de-regras, fenômeno que (somente) *se torna possível a partir de princípios introduzidos no discurso constitucional, que representam a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo (...)*. Assim, é possível dizer que nesse mundo prático – seqüestrado metafisicamente pelas diversas posturas epistemológicas - está centrado no “teatro do sujeito auto-centrado e desdobrado sobre as palavras possíveis, coerentes, sensivelmente concebíveis”, proporcionando um “grande exorcismo da realidade”, mantendo-a distanciada, “nada querendo saber dela”<sup>382</sup>.

A determinação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi de construir um Estado Social e nisso o novo texto constitucional se constitui um marco para a “real possibilidade de ruptura com o velho modelo de direito e de Estado (liberal-individualista), a partir de uma perspectiva claramente dirigente e compromissória”<sup>383</sup>.

O constitucionalismo compromissório e dirigente teve a função de trazer para o interior da Constituição assuntos de domínio particular, publicizando espaços que antes eram da esfera privada:

(...) essa publicização somente poderia ocorrer a partir da assunção de uma materialidade, *espaço que vem a ser ocupado pelos princípios*. Com efeito, se a própria Constituição altera (substancialmente) a teoria das fontes que sustentava o positivismo e os princípios vêm a propiciar uma nova teoria da norma (atrás de cada regra há, agora, um princípio que não a deixa “desvencilhar” do mundo prático), *é porque também o modelo de conhecimento*

---

<sup>381</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 2.

<sup>382</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 4.

<sup>383</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 5-6.

*subsuntivo, próprio do esquema sujeito-objeto, tinha que ceder lugar a um novo paradigma interpretativo*<sup>384</sup>.

O novo paradigma interpretativo introduz a “circularidade virtuosa da compreensão” pela superação do “esquema sujeito-objeto”, permitindo que o espaço que tornava a realidade deficitária fosse preenchido “pelos posturas interpretativas, (...) que deixam de hipostasiar<sup>385</sup> o método e o procedimento, *colocando no modo-de-ser e na faticidade o locus da compreensão*”<sup>386</sup>:

Na interpretação não prevalece o dado acabado, universal e atemporal mas, contrariamente, se admite as contradições e fragilidades do mundo interpretado, de modo que não se trata mais de descobrir um sentido unívoco absoluto, mas ao desocultar estas contradições. Pode-se criar novos sentidos a partir dessa leitura do mundo. Uma verdadeira práxis onde o sujeito não é escravo mas livre para realizar-se a si mesmo e a seu mundo como tarefa. Abre-se uma nova dimensão utópica que vivifica a própria vida, até então mortificada pela prevalência das relações de dominação e uso, onde tudo, inclusive o homem, é reificado para ser convertido em bem descartável<sup>387</sup>.

O Direito passa a ter uma nova dimensão: de Direito fundamentado para um Direito compreendido; compreendido porque não se refere mais a um “agir do sujeito, e, sim, um modo de ser que se dá em uma intersubjetividade”<sup>388</sup>.

No entanto, a operacionalidade do Direito no Brasil, ainda, segue o velho modelo do Direito posto, fixado em métodos e procedimentos incapazes de promover um Direito vivo

como uma ciência prática, destinada a resolver problemas (sociais), mormente nesta fase da história, em que lemos, por exemplo na

<sup>384</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 6.

<sup>385</sup> Hipóstase: Na linguagem moderna e contemporânea, esse termo é usado (mas raramente) em sentido pejorativo, para indicar a transformação falaz e sub-reptícia de uma palavra ou um conceito em substância, ou seja, numa coisa ou num ente. Nesse sentido, fala-se também de hipostasiar. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 581.

<sup>386</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 6.

<sup>387</sup> CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética**. p. 134.

<sup>388</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 6-7.

Constituição, que o Brasil é uma República cujos objetivos são, entre outros, a redução da pobreza, a justiça social, etc.<sup>389</sup>.

Em tempos de constitucionalismo no Estado Democrático de Direito há a possibilidade de resgatar o mundo da vida através do Direito. No entanto, só haverá essa compreensão se for entendido que o Direito

não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador de realidade<sup>390</sup>.

Então, se a compreensão do Direito se dá pelo modo de *ser* do homem; a Fraternidade é, justamente, uma possibilidade de *ser* do homem. Ela é a relação de reciprocidade que se dá no reconhecimento do outro: a humanidade tem perdido o sentido da existência e, por conseguinte, perde, também, o valor relacional, que é a riqueza das relações interpessoais.

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<sup>391</sup>.

Na perspectiva da Fraternidade, o Direito é um conjunto de normas capazes de promover a horizontalização das relações sociais<sup>392</sup>.

Vale à pena, então, cultivar a ideia de que esse *plus* do Direito é a Fraternidade. Ainda que possa parecer uma proposta frágil, é melhor viver “de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas”<sup>393</sup>, ou, de outra forma, é melhor ter esperanças de que a indignação de poucos funcione como um efeito “de

<sup>389</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 7.

<sup>390</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. p. 7.

<sup>391</sup> AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direito Humanos**. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O Princípio Esquecido/1*, p. 138-139.

<sup>392</sup> CURY, Munir. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>393</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 16.

bola de neve” que, descendo do cume da montanha, aumente progressivamente de tamanho e se torne “massa”<sup>394</sup>. O aumento da sensibilidade social fará com que a Fraternidade no Direito possa ser traduzida em preceitos mais específicos e, quiçá, pelas experiências fraternas do cotidiano jurídico, brote a tão esperada teoria constitucional.

### 3.2 FRATERNIDADE: O DIREITO E A HUMANIZAÇÃO DA JUSTIÇA

O que é Justiça? O homem nunca encontrará uma resposta pronta, porém, poderá, sempre, elaborar melhor a pergunta.<sup>395</sup> O exercício para elaborar melhor a pergunta foi iniciado no tópico anterior: O sentido que se pretende dar à palavra Justiça está diretamente ligado à compreensão do que é Direito, ou seja, um Direito que deve servir a Justiça, buscando-a.

No entanto, como visto, o objeto do Direito tem sido a lei, então, o Direito é uma técnica de aplicação da lei? A proposta que se faz é elaborar melhor a pergunta. Mas de que forma? Ouvindo uns aos outros!<sup>396</sup>.

Não há mais dúvida, pelo menos aqui, de que “o Direito não é só a lei, a norma posta de conduta na vida social. O Direito é mais que isso: é a humanização da Justiça”<sup>397</sup>.

Nunca ficou tão evidente que os conceitos são abstratos e variáveis de acordo com o contexto social:

A Justiça é, em si, uma figura abstrata, idealizada, universal, concebida pelo homem como algo que se aspira para a plenitude da vida. Ela existe, portanto, na ânsia humana de plenificar-se, com a ampla liberdade de consciência, a igualdade efetiva de direitos e oportunidades, ou até a prática das virtudes morais. E, como tal, é feita para o homem, como um recurso instrumental teórico para uma ação pragmática do Direito. Mas é mais do que isso, é a força nativa

<sup>394</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 71.

<sup>395</sup> BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>396</sup> BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>397</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 26.

do sentimento do homem, que se manifesta na vontade do agente humano e que só se corporifica na ação jurídica<sup>398</sup>.

É possível humanizar a Justiça e, para tanto, é preciso descrever as atitudes necessárias para criar uma convivência social desejável, pois cada homem consegue perceber uma injustiça se sofre uma condição diferente ou se indivíduos em condições vulneráveis vivem uma realidade diferente da maioria<sup>399</sup>.

A felicidade deve ser o maior valor pelo qual o homem deve almejar, portanto a Justiça é a característica fundamental para alcançá-la. Então, qual é o ser humano capaz de construir um modelo jurídico mais humano? E qual o ser humano que é capaz de realizá-lo? Que características que tem esse ser humano?<sup>400</sup>:

O objetivo do Direito é a (re)construção do homem justo. Por isso mesmo, ao contrário do que vulgarmente se pensa, a lei é muito menos fortaleza de direitos e deveres e muito mais um caminho possível para a execução da justiça. Pois os pressupostos direitos podem levar privilégios e os presumidos deveres podem levar as faces carrancudas da moeda do Poder: domínio e servidão. Razão pela qual o jurista, com olhos que mergulham nos fatos e boca que aflora sentenças deve vislumbrar a norma jurídica, não apenas como uma regra imposta sob a inflexibilidade dos limites do pensamento humano, mas como uma possibilidade fecunda, inesgotável, ansiada, de realização de Justiça<sup>401</sup>.

Contudo, o homem justo não é um modelo de ser humano muito difundido no mundo atual, porque o Direito não tem conseguido realizar seu objetivo de (re)construí-lo:

O brocardo latino *dura lex sed lex* expressa mais uma idéia de força do que de justiça. O fato de ser lei dá-lhe uma força de coerção, sabidamente onipresente no corpo das normas escritas e consuetudinárias, mas não é suficiente para nomeá-la como Direito: Falta-lhe a alma inquieta da liberdade que possibilitou o legislador a criá-la. Da mesma liberdade que possibilita qualquer ser humano o

---

<sup>398</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 27.

<sup>399</sup> BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>400</sup> BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>401</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 27-28.

direito de discuti-la e, em determinadas situações, até o direito de negá-la<sup>402</sup>.

O homem justo é um ser humano que decide viver a solicitude, dar algo do seu ser para fazer brilhar de si algo inesperado, uma riqueza sem quantificação. O homem justo, ao discutir uma lei, é capaz de pensar: Os seres humanos que devem respeitar essas leis “sou eu!”<sup>403</sup> Para ele, é importante descobrir o outro, firmar raízes e ter convicção que ser pessoa é ser com os outros. O grande impulso existencial do homem se dá, justamente, no ser com os outros<sup>404</sup>.

### 3.2.1 Fraternidade e Justiça Social

Embora a Constituição Mexicana tenha sido a precursora em relação ao tema justiça social, o princípio da igualdade não foi concretizado na América Latina, onde a estrutura social ainda está marcada por grandes desigualdades sociais em virtude da grande distância que há entre a norma e as práticas sociais<sup>405</sup>.

O Brasil, especificamente, é um país de modernidade “tardia e arcaica”<sup>406</sup>, em que o Estado social ainda não se desenvolveu. No entanto,

Para as elites brasileiras, a modernidade acabou. Tudo isso parece estranho e ao mesmo tempo paradoxal. A modernidade nos legou o Estado, o Direito e as instituições. Rompendo com o medievo, o Estado Moderno surge como um avanço. Em um primeiro momento como absolutista e depois como liberal, mais tarde o Estado transforma-se, surgindo o Estado Contemporâneo sob as suas variadas faces. Essa transformação decorre justamente do

---

<sup>402</sup> LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. p. 29.

<sup>403</sup> BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>404</sup> ARAÚJO, Vera. **O Papel do Jurista na Sociedade**. 2009. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>405</sup> CURY, Munir. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>406</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 25.

acirramento das contradições sociais proporcionadas pelo liberalismo<sup>407</sup>.

Para fazer com que justiça social aconteça no Brasil é preciso olhá-lo “através de suas chagas sociais”<sup>408</sup>, em que “a globalização neoliberal-pós-moderna” - que se apresenta com “a nova face/roupagem do capitalismo internacional” - surge se colocando na contramão “das políticas *welfare state*”<sup>409</sup>:

O Estado interventor desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social foi - especialmente no Brasil – pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio superiores da sociedade, que se apropriaram/aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo/loteando com o capital internacional os monopólios e oligopólios da economia e, entre outras coisas, construindo empreendimentos imobiliários com o dinheiro do fundo de garantia (FGTS) dos trabalhadores, fundo esse que, em 1966, *custou a estabilidade no emprego para milhões de brasileiros!* Exemplo disto é que, enquanto os reais detentores/destinatários do dinheiro do FGTS não têm onde morar (ou se moram, moram em favelas ou bairros distantes), nossas classes médio superiores obtiveram financiamentos (a juros subsidiados) do Banco Nacional da Habitação (*sic*) – depositário dos recolhimentos de FGTS – para construir casa e apartamentos na cidade e na praia... Isso para dizer o mínimo!<sup>410</sup>.

Muitos são os exemplos que se poderiam dar da imensa dívida social que o Brasil tem com grande parcela da Sociedade, na qual, cada vez mais, os excluídos se tornam mais excluídos:

As promessas da modernidade só são aproveitadas por um certo tipo de brasileiros. Para os demais, o atraso! O *apartheid* social! Pesquisa recente mostra que os excluídos são 59% da população do país. Nessa categoria “excluídos” estão as pessoas que estão à margem de qualquer meio de ascensão social<sup>411</sup>.

---

<sup>407</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito.** p. 21-22.

<sup>408</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Encontro de Grupo Temático: Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>409</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 23.

<sup>410</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 24-25.

<sup>411</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise.** Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 28-29.

A modernização no Brasil foi construída independentemente do bem-estar comum. A organização da política social se tornará cada vez mais difícil, enquanto os dirigentes desse país continuarem agindo com base em uma modernidade arcaica:

Com uma indústria que só dispõe de mercado se a renda for concentrada para viabilizar a demanda; uma agricultura eficiente, mas voltada para a exportação, em um país onde 380 mil crianças morrem de fome a cada ano; megalópolis que são incapazes de oferecer os serviços para os quais elas deveriam existir; estrutura de transporte urbano nos moldes dos países ricos, mas que condena por falta de dinheiro, milhões de pessoas a caminhar, como andarilhos medievais, os quilômetros até suas casas e o trabalho<sup>412</sup>; e obriga aqueles que têm acesso à modernidade ao desperdício de tempo em engarrafamentos que seriam desnecessários em um sistema de transporte eficiente<sup>413</sup>.

Embora, no contexto do Estado Democrático de Direito como o brasileiro - o qual “representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social”<sup>414</sup> e, nisso consiste a noção indissociável ligada à concretização dos Direitos Fundamentais - o agente principal de toda a política social deva ser o Estado<sup>415</sup>, ainda assim a organização política, para dar efetividade aos Direitos Fundamentais, tem dificuldades para resgatar a imensa dívida social.

A pergunta sempre volta: O Direito é para o homem? Ou é apenas uma técnica? O Direito tem sido tradicionalmente entendido como instrumento para compor conflitos, delimitando espaços em que alguns excluem os outros<sup>416</sup>.

---

<sup>412</sup> Ou, ainda, a se aventurarem em motocicletas e bicicletas em meio a um trânsito caótico, congestionado, estradas ruins, sem acostamentos e ciclovias, que só faz aumentar o número de acidentes de trânsito, elevando, diariamente, o número de vítimas fatais ou, em melhor hipótese, de pessoas mutiladas (na grande maioria jovens).

<sup>413</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 28-29.

<sup>414</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 38.

<sup>415</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. p. 26.

<sup>416</sup> COSSÉDU, Adriana *et al.* **Introdução ao trabalho por grupo temático e área de interesse**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

Então é necessário algo mais! É preciso não só reduzir distâncias, mas exigir que haja nas relações jurídicas o reconhecimento em pé de igualdade, impregnando uma cultura em que o bem comum seja buscado<sup>417</sup>.

A globalização trouxe novas perguntas ao Direito. A fronteira não pode mais ser vista como uma divisão entre Estados, mas um espaço de comunhão. É preciso reconhecer que o interesse pessoal, particular e de grupos coloca distante o interesse do bem comum<sup>418</sup>.

A busca pela justiça social através do Direito deve ter como essência a alteridade, ou seja, aquela relação que nos coloca diante do outro<sup>419</sup>. 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<sup>420</sup>.

A Fraternidade se mostra uma prática legal de amor ao próximo que se fundamenta na ideia de que, por exemplo, os estudantes de Direito poderão ser melhor preparados se simularem as práticas dos advogados no dia a dia; o advogado tem sucesso na sua causa conservando a dignidade humana da parte adversária. O processo não deve ser necessariamente um lugar de conflito, mas um lugar onde as partes podem encontrar a verdadeira justiça. A globalização fez do mundo uma grande aldeia global, no entanto o mundo não é só feito de economia, mas de pessoas humanas<sup>421</sup>.

---

<sup>417</sup> COSSÉDU, Adriana *et al.* **Introdução ao trabalho por grupo temático e área de interesse.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>418</sup> COSSÉDU, Adriana *et al.* **Introdução ao trabalho por grupo temático e área de interesse.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>419</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>420</sup> COSSÉDU, Adriana *et al.* **Introdução ao trabalho por grupo temático e área de interesse.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>421</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade.** Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

O sentido da Justiça se dá, assim, pela construção da Fraternidade nas relações pessoais, pela ação sem presunção, pela experiência do diálogo: dialogar para escutar o outro e pela experiência da escuta nasce a resposta<sup>422</sup>.

### 3.2.2 Fraternidade e a Justa Aplicação da Lei

Para que o Direito torne a Justiça mais humana e possível de realizar a Justiça Social, tem que haver a participação da Sociedade através do envolvimento das pessoas e das funções que ocupam no contexto social. Os juristas, principalmente, têm o compromisso e a responsabilidade com a história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

Contudo, o compromisso e a responsabilidade de um Jurista com a história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais vão modificar a sua leitura em relação à hierarquia dos valores que pretendem preservar: Se a leitura fosse realizada por um Jurista de uma Sociedade liberal-individualista, este daria uma entonação diferenciada para que a dignidade humana fosse percebida, “antes e acima de tudo, no poder que tem cada pessoa de apropriar-se individualmente dos bens naturais para poder fazer livremente o que quiserem”<sup>423</sup>, finalizando rapidamente a história, porque o fim só interessaria para poucos; um jurista de uma Sociedade socialista faria a mesma leitura, porém sua entonação daria ênfase para a percepção de que a dignidade humana fosse marcada, antes e acima de tudo, pelo poder de controlar “esses mesmos bens ao comando coletivo do corpo social, de modo a ‘libertar’ o trabalho humano (submetendo-o à comunidade econômica), e conquistar assim o comando da história”<sup>424</sup>, sendo que o final dessa história seria alcançado desde o início e não teria mais sentido continuá-la contando; de outra forma, seria a leitura de um jurista que busca construir uma Sociedade fraterna. Para esse, a marca da dignidade humana estará,

---

<sup>422</sup> VERONESE, Josiane Rose Petry. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>423</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 126.

<sup>424</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 126.

antes e acima de tudo, no poder de colocar esses mesmos bens da natureza a serviço da conquista comum de bens intrinsecamente humanos, morais e espirituais e da liberdade humana da autonomia<sup>425</sup>.

A história dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais está diretamente relacionada à preservação da vida *no* e *do* Planeta Terra e, portanto, não deverá mais ser lida “como uma breve história, mas como um romance, e particularmente, como um romance em desenvolvimento”<sup>426</sup>.

O final dessa história, talvez, alguns possam imaginar, mas só acontecerá se tiver que acontecer, porque sempre será possível editar um novo capítulo, uma nova edição, um novo volume. O importante é que se continue lendo de forma a enxergar parte da história e que seus personagens estão sempre prontos para vencer as adversidades de cada página e, por se perceberem responsáveis uns pelos outros, se comprometem a encontrar, nas mesmas ou em outras páginas, a esperança de um final feliz.

Pode-se, então, imaginar que, no romance proposto, os personagens principais possam ser representados figurativamente pela Fraternidade e pelo Direito; que essa relação seja capaz de conduzir a leitura da história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais na forma de um romance em desenvolvimento; que o jurista assuma não só o papel de leitor, mas de narrador em primeira pessoa e, sobretudo, ajude a escrever esse romance, porque ele tem a convicção que o conteúdo de cada linha contada ou escrita é capaz de fazer com que a história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais se torne um *bestseller*<sup>427</sup>.

Essa postura do jurista nunca se fez tão urgente e necessária. A época é de mudança na Sociedade humana face à complexidade da situação atual nas relações sociais. Os tempos atuais não podem ser definidos pela

---

<sup>425</sup> MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. p. 126.

<sup>426</sup> HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 420.

<sup>427</sup> O *bestseller* é, portanto, definido unicamente pelo seu volume de vendas, e por sua fama adquirida. BESTSELLER. Wikipédia: a enciclopédia livre. Artigo. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bestseller>>. Acesso em: 16 de jul. 2009.

superação ou a autossuperação sem, contudo, observar a epifania, ou seja, a revelação do outro<sup>428</sup>.

O jurista, ao executar seu trabalho, primeiramente, tem que compreender que o Direito não é, simplesmente, uma mera composição de normas; que as normas devem ser aplicadas com a consciência de que ele, também, faz parte de uma única e grande família humana; que seu compromisso e sua responsabilidade profissional consistem em preservar ao máximo a união fraterna entre os homens.

O jurista fraterno é aquele que entende o sentido do que é ser *ser humano* e se identifica como tal; que sabe viver e conviver em Sociedade e se reconhece no outro; que faz do diálogo um importante instrumento para conhecer as diferenças e as razões dos outros, no qual percebe a capacidade de alterar o discurso da norma; que tem noção que a vida em Sociedade se dá nas relações recíprocas de seus elementos. A atuação do jurista fraterno passa a ser relação da reciprocidade, do vínculo entre as pessoas para a realização de um bem comum<sup>429</sup>. Ao assumir essa postura, ele se torna capaz de se comprometer com a realização do projeto constitucional e de compreender os princípios constitucionais, ou seja, é capaz de ler a história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais na forma de um romance em desenvolvimento.

Alguns até podem continuar acreditando que a preocupação com o outro seja sentimental (e podem até estarem certos), contudo ela é, antes de tudo, senso de responsabilidade pela existência e preservação da existência humana na face da terra. E, mesmo que o jurista tenha a consciência de que a conjunção entre a legalidade e justiça possa ser sempre complicada, quando a norma é aplicada ao caso concreto, deve ter sempre em mente que a justiça não muda: Ela se profunde!<sup>430</sup>.

---

<sup>428</sup> ARAÚJO, Vera. **O Papel do Jurista na Sociedade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>429</sup> ARAÚJO, Vera. **O Papel do Jurista na Sociedade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>430</sup> ARAÚJO, Vera. **O Papel do Jurista na Sociedade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso

A Fraternidade relacionada ao Direito é capaz de humanizar a justiça, mas ela não é apenas um objeto de estudo, ela é uma forma de ser na vida. Então, se não sabemos como começar, por onde vamos começar? A indignação não deve desestimular a prosseguir, mas buscar sentido para ir adiante.

### **3.2.3 Aspectos Práticos da Fraternidade no Direito como Instrumento de Justiça Social**

Para que a relação da Fraternidade com o Direito não fique só na teoria - porque, como dito anteriormente, a Fraternidade nunca será só teoria, ela é, antes de tudo prática -, busca-se partilhar uma experiência profissional em que as sementes da Fraternidade estão sendo plantadas no grande canteiro de obras que é o projeto constitucional brasileiro.

A experiência que se busca partilhar teve início em um trabalho de assessoria jurídica em que uma empresa foi notificada pelo Ministério Público do Trabalho para comprovar a contratação de pessoas com deficiência, reabilitadas ou habilitadas, nos termos do art. 7º, XXXI<sup>431</sup> da CRFB/88; art. 93, da Lei nº 8.213/91<sup>432</sup> e Lei 7853/89 – integração social<sup>433</sup>.

A documentação foi encaminhada em tempo hábil para análise da Procuradoria Regional do Trabalho que, na sequência, intimou a empresa para

Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

<sup>431</sup> Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...);

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; (...).

<sup>432</sup> Art. 93, da Lei nº 8.213/91 -, as empresas que possuírem 100 (cem) ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% a 5% de seus cargos com pessoas portadoras de deficiência, reabilitadas ou habilitadas, na seguinte proporção:

até 200 empregados (2%);

de 201 a 500 empregados (3%);

de 501 a 1.000 empregados (4%);

de 1.000 empregados em diante (5%).

<sup>433</sup> Lei nº. 7.853, de 24 de outubro de 1989 - Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

uma audiência com a presença da Procuradora Regional do Trabalho e de um representante da Superintendência Regional do Trabalho (Fiscal do Trabalho). Ocasão que a empresa se fez representar por um de seus Diretores, Assessoria Jurídica e a Colaboradora responsável pelo Departamento de Recursos Humanos. Na audiência, a Procuradora do Trabalho emitiu seu parecer quanto à documentação encaminhada, comunicando que a cota legal precisava ser cumprida na integralidade: o número de pessoas deficientes contratadas até aquele momento era de 18, a legislação estabelecia o percentual de 4% sobre o número total de colaboradores da empresa, o que somaria 24 contratações.

No diálogo estabelecido na audiência, um representante da empresa pôde reiterar as informações constantes na documentação como também informar que adotava a política de contratar pessoas com deficiência antes mesmo que a legislação constitucional e as leis regulamentadoras imputassem a obrigação; que suas instalações têm sido reformadas e adequadas para atender à realidade das novas contratações e que, também, tem adotado medidas de inclusão através de palestras e atividades de integração. Na oportunidade, ainda, pôde explicar que estava com dificuldades para atingir a cota estabelecida pela legislação infraconstitucional em virtude da baixa escolaridade e da falta de qualificação para o mercado de trabalho das pessoas deficientes; justificou que tem acompanhado o trabalho de pesquisa do SESI<sup>434</sup>, realizado em forma de censo, o qual tem a finalidade de contar e identificar todos os habitantes do município do estabelecimento da empresa e que apresentem algum tipo de deficiência físico-motora, visual, auditiva e intelectual, a fim de qualificá-los e inseri-los no mercado de trabalho. Todo o relato foi ouvido atentamente pela Procuradora Regional do Trabalho que ponderou os esforços implementados pela empresa em busca do cumprimento da legislação, manifestando sua compreensão em relação às dificuldades decorrentes de fatos reais da vida cotidiana e a falta de implementação das políticas públicas para viabilizar as iniciativas privadas e, de comum acordo com o representante da Superintendência Regional do Trabalho de Santa Catarina, foi proposto um prazo de 30 (trinta) dias para análise do Termo de Ajuste de Conduta (TAC)<sup>435</sup>, estabelecido pelo prazo de 2 (dois) anos. No TAC, foram estipuladas

---

<sup>434</sup> SESI – Serviço Social da Indústria.

<sup>435</sup> TAC - Termo de Ajuste de Conduta com força, nos termos do artigo 876 da CLT, de título

condições de cumprimento da obrigação instituída não apenas de forma numérica estabelecida pela legislação infraconstitucional, mas de apresentação de ações alternativas que darão possibilidades para, se necessário, substituir de forma eficiente o critério da quantidade pela qualidade de medidas sociointegrativas e que, de outra forma, cumprem o objetivo constitucional de criar medidas que assegurem a melhoria das condições de vida das pessoas deficientes.

Embora a empresa em questão já tivesse uma política favorável à contratação de pessoas com deficiência, depois dessa audiência de iniciativa do Ministério Público do Trabalho e da Superintendência do Trabalho e do emprego outros espaços de discussão sobre o compromisso social da empresa foram abertos, dos quais se destacam dois desses momentos:

- a) Ao analisar as condições do TAC, foi constatado que o compromisso assumido pela empresa teria que ser levado ao conhecimento dos colaboradores que exerciam função de supervisão dos setores, ou seja, cargos de chefia, pois era preciso aliar condições de produtividade e do preenchimento das cotas estipuladas pela legislação. Para tanto, era necessário criar espaços de comunicação para desenvolver condutas laborais que atendessem os fins produtivos da empresa aliadas à função social de contratação de pessoas deficientes, abrindo, assim, um espaço para o diálogo entre os supervisores na busca de soluções para a problemática estabelecida;
- b) Em uma das reuniões com a consultora em responsabilidade corporativa do SESI sobre a parceria firmada para o Programa de Inclusão da Pessoa com Deficiência - em que o objetivo naquele momento era fazer um estudo específico sobre as atividades e funções que seriam mais adequadas para os diferentes tipos de deficiências -, nasceu o consenso firmado pelo grupo e argumentos que demonstravam a importância de colocar em prática os ditames da legislação no âmbito da empresa. Na oportunidade, foi possível reconhecer a validade e a riqueza do conteúdo dessa legislação para a inclusão das pessoas com deficiência na Sociedade. O exercício de se colocar no lugar do outro ganhou espaço e a sensibilização com a causa das pessoas com deficiência fez nascer o compromisso de cumprir o programa estabelecido da melhor forma. Foi, então, formada uma comissão para desenvolver o plano de ação da empresa para enfrentar o novo desafio de avançar na prática de contratação de pessoas com deficiência e continuar a estimular a capacidade e produtividade daqueles já contratados.

Esses dois momentos, somados às outras reuniões do comitê no âmbito da empresa, têm proporcionado um crescimento humano muito grande pela beleza das ideias que surgem da discussão do tema, resultando em uma experiência fraterna que, pasmem, decorre de uma imposição legal. A pergunta é: Quando, em um espaço de domínio do poder econômico, poderia surgir um momento de reflexão sobre medidas de integração social, de preocupação com o ser humano que se encontra excluído, à margem da Sociedade?

Talvez essa experiência não fosse relatada ou parecesse sem importância se fosse lida fora do contexto desse trabalho, porém ela se identifica perfeitamente com o objetivo da viagem pelo mundo das normas: é possível certificar que, no comando contido no inciso XXXI do art. 7º da CRFB/88, pode-se encontrar o “fundamento na exigência de conferir às relações sociais um caráter mais fraterno”<sup>436</sup>.

Neste exemplo, embora limitado pela vagueza das palavras, é possível observar que, quando se tem a “Fraternidade como princípio inspirador de um conjunto de normas, ela representa também um importante critério interpretativo dessas mesmas formas”<sup>437</sup>.

Destaca-se que a forma como foi conduzida a exigência do cumprimento da legislação pelo Ministério Público do Trabalho condiz com uma atitude fraterna que se estabelece pela escuta atenta das partes, buscando deter todas as suas reivindicações, sendo que tal atitude induz à reciprocidade da ação que se torna positiva para ambas as partes:

Se levarmos em consideração um organismo judiciário ou, de qualquer forma, público, o funcionário que queira ser fraterno poderá fazer uso dos próprios poderes arbitrários para ir ao encontro das exigências, mesmo que mínimas ou ligadas a situações contingentes, das pessoas interessadas. De modo geral, poderá ‘perder tempo’ para escutá-las. O resultado, muitas vezes, facilita o desempenho dos deveres de ofício pelos próprios interessados ou até mesmo de aceitar também uma decisão a eles desfavorável (fato particularmente importante, como é óbvio, quando se trata de fazer

---

<sup>436</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 27.

<sup>437</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 27.

justiça). Não é tão raro o caso no qual as atitudes desse tipo levam a inovações normativas<sup>438</sup>.

Vislumbra-se, ainda, com auxílio do exemplo trabalhado, que a perspectiva da Fraternidade não deve ser entendida em chave exclusivamente individualista:

De fato, em relação ao puro e simples relacionamento humano, o relacionamento jurídico jamais se realiza entre duas pessoas isoladas, mas subsiste sempre no cenário do grupo, do ordenamento inteiro. Este último é quem fala pelo Direito, mesmo quando reconhece posições subjetivas, ou deveres e ônus privados. É esse ordenamento inteiro que é necessário evitar ferir com uma interpretação distorcida da fraternidade<sup>439</sup>.

Contudo, há que ser observado que a Fraternidade, ao ser relacionada com o Direito, assume 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<sup>440</sup>.

Daí nasce o compromisso de alcançar a correta compreensão da teoria e da prática da Fraternidade na esfera jurídica, a fim de que se possam alcançar adequadamente os objetivos previstos, aqui, especificamente, no preâmbulo da Constituição de 1988, qual seja, de construir uma Sociedade fraterna.

Como foi possível perceber, a relação da Fraternidade com o Direito evita indicar o que *deve ser* e afirmar que é movido por uma verdade, ao contrário, como

na aposta de Pascal sobre a existência do bem comum: se tivesse existido, o benefício teria sido enormemente maior do que o custo empregado com as próprias contribuições pessoais. No caso em

---

<sup>438</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 28-29.

<sup>439</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. p. 30.

<sup>440</sup> GORIA, Fausto. **Fraternidade e Direito. Algumas reflexões**. In: CASO, Giovanni *et al.* (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*: p. 30.

que, ao contrário, não tivesse existido aquilo que se gastou, teria sido um pequeno custo em relação àquilo que se poderia ter ganho<sup>441</sup>.

A Fraternidade, então, é o Direito que pulsa, o Direito que precisa mudar, sem necessariamente ser destruído, logo, “*Convém, então, apostar na fraternidade*”<sup>442</sup>.

---

<sup>441</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 136.

<sup>442</sup> RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. p. 136.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo destacar o estudo da Fraternidade como um valor que pode e deve ser (re)construído pelo Direito, em uma abordagem à luz dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, visando criar possibilidades de proteção e concretização desses e, conseqüentemente, a realização do projeto constitucional brasileiro.

A motivação do tema dessa dissertação partiu do questionamento: qual(is) o(s) elo(s) que une(m) a Fraternidade e o Direito, quando a primeira impressão é de que são realidades que operam em campos distintos. Para o desenvolvimento lógico e melhor compreensão do tema, o trabalho foi distribuído em três capítulos, os quais seguem com as considerações mais relevantes.

No primeiro capítulo, a fundamentação dos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais foi perseguida através de um direcionamento teórico sobre a origem e a evolução histórica desses Direitos. No panorama traçado sobre a origem dos Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais, ficou evidenciado que esses Direitos surgiram em consequência de uma gradativa mudança de mentalidade anunciada, principalmente, pela humanização do Direito e pela necessidade de uma fórmula política que evitasse guerras por motivos religiosos, no que resultou o primeiro Direito Fundamental: a liberdade individual.

Pela reconstrução histórica e racional, foi possível perceber que a função dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais não é, apenas, limitar o poder e ou de reclamar prestações, mas também se refere aos direitos de participação. Ficou evidente, também, a necessidade de se buscar uma formulação comum, válida para todos os homens e que não cause prejuízo ao reconhecimento de valores essenciais relacionados à dignidade da pessoa humana. E, para tanto, os esforços e as responsabilidades devem ser implementados até mesmo em escala mundial. O resultado de uma ação conjunta e complementar, entre a história e a razão, deve traçar um caminho para além da busca pela paz. Deve ser um código ético de validade e eficácia jurídica, - pela emancipação integral da humanidade -,

resguardado em um ordenamento jurídico projetado para o futuro. No final desse capítulo, cogitou-se que a proteção e a concretização dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais possam, ainda, estar no projeto da Modernidade, considerando que este nasceu da relação de interdependência entre os princípios proclamados da Revolução Francesa: Liberdade, Igualdade, Fraternidade.

No segundo capítulo, a presença da Fraternidade na história política e cultural do mundo ocidental foi sinalizada no período após a Revolução Francesa. A partir daí, buscou-se (re)construir a Fraternidade para colocá-la ao lado da Liberdade e da Igualdade, dando-lhe a mesma condição de verdadeira categoria política tal como os outros dois princípios que caracterizam as democracias atuais. O processo de (re)construção da Fraternidade foi encaminhado a partir da verificação de que os três princípios referenciados, comumente, como lema da Revolução Francesa, não foram causa da mesma, mas ideias decorrentes de uma criação coletiva, após aquele evento histórico, os quais informaram a síntese cultural e política da época. A Fraternidade, embora tenha entrado para a história ao lado da Igualdade e da Liberdade, não conseguiu ter seu espaço no projeto da Modernidade por uma série de acontecimentos que definiram políticas e indicaram princípios normativos através do racionalismo puro, identificados como positivismo. As interpretações reducionistas do termo foram abordadas, merecendo destaque a distinção entre a Fraternidade e a Solidariedade, sendo que a opção de considerá-las palavras sinônimas, além de extremamente equivocado, acaba limitando as possibilidades de um significado interpretativo necessário para (re)construir a Fraternidade e, conseqüentemente, colocá-la no mesmo patamar político e jurídico que a Liberdade e a Igualdade têm para a democracia.

Assim, diante de um mundo mergulhado em transformações complexas, a proposta da (re)construção da Fraternidade foi encaminhada, necessariamente, pelo reconhecimento do seu valor universal, buscando demonstrar que essa é uma condição fundamental para orientar as ações e as relações humanas da vida em Sociedade que, em um movimento circular de interdependência mútua com os princípios da Liberdade e da Igualdade, novos e adequados compromissos poderão ser gerados para a resolução dos problemas que envolvem o bem-estar dos outros e, direta ou indiretamente, por consequência, acabam preservando o próprio bem. A superação pelo Homem dos próprios limites

interesseiros e individualistas fará nascer uma nova mentalidade: a mentalidade fraterna.

O homem atual se encontra perdido e precisa recuperar a sua originalidade. Ele tem sido levado a acreditar que a única força possível de ser identificada é a força das massas e dos governos. Na perspectiva da Fraternidade, o Homem se torna consciente da condição íntegra de construir a si mesmo e de se comprometer com a vida em Sociedade. O reconhecimento da dignidade do Homem se define na qualidade de ser Homem, no direito de ser *ser* humano e de progredir como tal.

No terceiro capítulo, a presença da Fraternidade na Declaração Universal dos Direitos Humanos e no Preâmbulo da Constituição brasileira demonstra a coexistência entre a Fraternidade e o Direito, tornando possível o reconhecimento daquela como um valor jurídico no contexto constitucional. Ainda que a Fraternidade não se apresente na forma tradicional de um Direito posto, baseado nas premissas positivistas garantidoras do *status* da cientificidade, ela se configura na diretriz pela proposta de construir uma Sociedade fraterna, em uma verdadeira revelação de boas intenções assumidas pelo legislador em nome do povo brasileiro.

O Direito atual foi institucionalizado e teve sua atuação limitada pela razão instrumental do positivismo jurídico. Esse caráter de cientificidade tem afastado o Direito da realidade valorativa, não permitindo que ele seja submetido a discussões mais livres, criativas e menos dogmáticas. Nesse sentido, a realização do projeto constitucional só poderá acontecer se o Direito deixar de ser apenas fruto de uma razão instrumental, o que tem provocado uma enorme defasagem no debate teórico sobre os Direitos Fundamentais e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção desses no contexto dos Estados de Direito social(ais) e democrático(s).

Nessa quadra da história, em que percebe a existência de uma grande lacuna na relação Direito e Sociedade, deve-se pensar no futuro do Direito, sem, necessariamente, confrontar teorias jurídicas ou enfrentar grandes questões metodológicas do Direito que aí está. A proposta de um Direito do futuro é um Direito

pautado na Fraternidade que, além de ser um valor juridicamente protegido, pode e deve ser um valor promovido pelo Direito, ou seja, (re)construído.

A compreensão do Direito vai depender da forma como se estabelece o compromisso entre o Direito e a Sociedade. A identidade de uma Sociedade é que dá a ela condições de perceber (ou não) se todos estão juntos em um projeto comum. Na tradição dos sistemas políticos ocidentais, o eixo central das Constituições é a fundamentação e a legitimação dos Direitos Fundamentais.

O Direito, então, em sua concepção prática, passa a ter uma nova dimensão: de Direito fundamentado para um Direito compreendido. Essa compreensão se dá pelo modo de ser do Homem; a Fraternidade é, justamente, uma possibilidade de ser do Homem. Ela é a relação de reciprocidade que se dá no reconhecimento do outro.

Na perspectiva da Fraternidade, o Direito é um conjunto de normas capaz de promover a horizontalização das relações sociais, ela se constitui um *plus* do Direito. O Direito é a humanização da Justiça, então, o sentido de Justiça está diretamente ligado à compreensão sobre o que é o Direito. O Direito deve servir à Justiça, buscando-a.

O Direito tem a função de tornar a Justiça mais humana e possibilitar a realização da Justiça Social. É preciso a participação da Sociedade através do envolvimento das pessoas e das funções que ocupam no contexto social. Os juristas, principalmente, têm o compromisso e a responsabilidade com a história dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais, os quais nunca foram tão urgentes e necessários.

A Fraternidade relacionada ao Direito é capaz de humanizar a justiça, mas ela não é apenas um objeto de estudo, ela é uma forma de ser na vida. Então, se não sabemos como começar, onde vamos começar? A indignação não deve desestimular a prosseguir, mas buscar sentido para ir adiante na relação da Fraternidade com o Direito. Isso significa não deixá-la que fique só na teoria (nunca é demais lembrar que a Fraternidade é, antes de tudo, prática). Faz-se, então, necessário partilhar experiências profissionais que fazem nascer o compromisso de alcançar a correta compreensão da teoria e da prática da Fraternidade na esfera

jurídica. Pela troca de experiências profissionais, fará brotar os objetivos previstos - aqui, especificamente, no preâmbulo da Constituição brasileira -, qual seja, construir uma Sociedade fraterna.

As hipóteses indicadas no Projeto de Pesquisa foram confirmadas, ou seja, que:

a) o estudo sobre a origem e a evolução histórica dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais cria possibilidades de os Homens chegarem a um acordo prático sobre valores comuns a todos;

b) o espaço aberto deixado pela Fraternidade no cenário político da Modernidade representa a grande dificuldade do Homem se reconhecer capaz de proteger e concretizar os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais;

c) ainda que a Fraternidade e o Direito não caminhem em direções opostas - ainda que o Direito tenha natureza conflituosa e a Fraternidade seja espontânea -, não se pode concluir que o Direito seria dispensável em uma Sociedade quanto mais a Fraternidade agisse e vice-versa.

A Fraternidade, então, começa a preencher o espaço aberto no projeto da Modernidade. Nesse sentido, é possível pensar: se a Liberdade e a Igualdade são princípios compreensíveis no nível da racionalidade e, no caso, a Fraternidade pressupõe uma racionalidade sensível, então o projeto da Modernidade, efetivamente, não se completou. Nasceram, então, três provocações: A Fraternidade seria a completude da Modernidade? A Fraternidade seria o elo que liga a Modernidade à transmodernidade? A Fraternidade é o elemento caracterizador da transmodernidade?

Diante disso, ao concluir este estudo, a mestrandia reconhece que não foi possível nessa pesquisa abordar todas as possibilidades do tema. Essa limitação se justifica, justamente, pela “novidade” do assunto em relação ao Direito. No entanto, acredita que essa pesquisa poderá disseminar o assunto e instigar novos estudos, sendo este o principal objetivo que se pretendeu alcançar com a escolha do tema.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 1210 p.

AQUINI, Marco. **Fraternidade e Direitos Humanos**. 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. 200 p.

ARAÚJO, Vera. **O Papel do Jurista na Sociedade**. 2009. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret. 2007. p. 53-77.

BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **O Princípio Esquecido 1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 200 p.

BAGGIO, Antonio Maria BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a Constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

BERNHARD, Agnes. **Em busca da Justiça**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

BERNHARD, Agnes. Elementos do conceito fraternidade e de Direito constitucional. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; MUNIR E SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). **Direito & Fraternidade**. São Paulo: LTr; Editora Cidade Nova, 2008. (Comunhão e Direito).

BESTSELLER. Wikipédia: a enciclopédia livre. Artigo. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Bestseller>>. Acesso em: 16 de jul. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 232 p.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. 239 p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais**: “Novos” Direitos e Acesso à Justiça. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. 320 p.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. Vinte anos de Constituição, é hora de fazê-la valer. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 367-382, 2008.

CANOTILHO, J. J.Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 393.

CASO, Giovanni et al. **Direito & Fraternidade**. São Paulo: LTr; Editora Cidade Nova, 2008. (Comunhão e Direito).

CHUEIRI, Vera Karam de. A Constituição Brasileira de 1988: Entre o Constitucionalismo e Democracia. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

COSSÉDU, Adriana *et al.* **Introdução ao trabalho por grupo temático e área de interesse**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

CUNHA, José Ricardo Ferreira. **Direito e Estética: Fundamentos para um Direito Humanístico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. 183 p.

CURY, Munir. **Encontro de Grupo Temático – Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Justiça e o Imaginário Social**. Florianópolis: Momento Atual, 2003. 152 p.

DIAS, Maria da Graça dos Santos, MELO, Osvaldo Ferreira de; SILVA, Moacyr Mota da. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 236 p.

EMILE de Girardin. Museu Virtual da Imprensa. Personalidades. Porto, Portugal. Disponível em: <<http://www.imultimedia.pt/museuvirtpress/port/persona/g-h.html>>. Acesso em: 12 de maio 2009.

FRANCESCO, Ennio Di. Reflexões de um agente de polícia. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; MUNIR E SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). **Direito & Fraternidade**. São Paulo: LTr; Editora Cidade Nova, 2008. (Comunhão e Direito).

GARCIA, Marcos Leite. Efetividade dos Direito Fundamentais: Notas a partir da visão integral de Gregório Peces-Barba. In: VALLE, Juliano Keller do; MARCELINO JR., Julio Cesar. **Reflexões da Pós-Modernidade: Estado, Direito e Constituição**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 189-209.

GARCIA, Marcos Leite. A contribuição de Christian Thomasius ao processo de formação do ideal dos direitos fundamentais. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 10, n. 2, p. 420-423, jul./dez. 2005.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. In: CASO, Giovani et al. (Org.). **Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense**. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008. 192p.

HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**. Tradução Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 454 p.

LONGO, Adão. **O Direito de ser Humano**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. 262 p.

MARRAFON, Marco Aurélio. A fraternidade como valor jurídico: breve diálogo com Eligio Resta sobre o futuro do direito. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **O Direito e o Futuro: o futuro e o direito**. Coimbra: Almedina, 2008. 611 p.

MARITAIN, Jacques. **O homem e o Estado**. Tradução Alceu de Amoroso Lima. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959. 251 p.

MAXIMILIEN de Robespierre. Wikipédia: a enciclopédia livre. Artigo. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Maximilien\\_de\\_Robespierre](http://pt.wikipedia.org/wiki/Maximilien_de_Robespierre)>. Acesso em: 11 de maio 2009.

MELO, Osvaldo Ferreira de. Sobre Direitos e Deveres de Solidariedade. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. **Política Jurídica e Pós-Modernidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MILL, John Stuart. **Sobre Liberdade**. Tradução de Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1991.

MORAIS, José Luis Bolzan de; ESPINDOLA, Ângela Araújo da Silveira. O Estado e seus limites: reflexões em torno dos 20 anos da Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, p. 207-238, 2008.

NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda et al. **O Direito e o Futuro: o futuro e o direito**. Coimbra: Almedina, 2008. 611 p.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica e Metodologia da Pesquisa Jurídica**. 10. ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007.

PATTO, Pero Vaz. **A execução da pena no horizonte da fraternidade**. . In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; MUNIR E SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Orgs.). **Direito & Fraternidade**. São Paulo: LTr; Editora Cidade Nova, 2008. (Comunhão e Direito).

PECES-BARBA, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales: teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. 234 p.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La Universalidad de los Derechos Humanos y El Estado Constitucional**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. (Série de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho nº 23).

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Or.). **O Princípio Esquecido/1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda

Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008. 200 p.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. 161 p.

RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. 139 p.

ROSA, Alexandre Moraes da. A Constituição no país do jeitinho: 20 anos à deriva do discurso neoliberal (*Law and Economics*). **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

SADER, Emir. **A grande revolução negra**. Jornal do Brasil, 4 de jan. 2004. Disponível em: <http://www.consciencia.net/2004/mes/01/sader-haiti.html>. Acesso em: 16 de maio 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 493 p.

SILVA, Moacir Motta da. **A Ideia de Valor como Fundamento do Direito e da Justiça**. In: DIAS, Maria da Graça dos Santos et al. Política Jurídica e Pós-Modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em Crise e a Instituição do Consenso: por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. 2008. 477 f. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **O Pan-Principiologismo e a Autonomia do Direito: Uma Abordagem a Luz da Hermenêutica Filosófica**. Aula Inaugural do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí-SC, em 20 de março de 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **A Constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental a respostas corretas**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v. 1, n. 6, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. 297 p.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 5. ed. ver. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. 342 p.

VERONESE, Josiane Rose Petry; PIERRE, Luiz Antonio Araujo. Justiça Fraternal e Social. Implicações no Direito. Disponível em: <http://comunhaoedireito.blogspot.com/2009/03/justica-fraterna-e-social-implicacoes.html> Acesso em: 28/03/2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Encontro de Grupo Temático: Língua Portuguesa: Justiça Social e Fraternidade**. Trabalho apresentado ao 1º Congresso

Internacional para Estudantes, Estudiosos e Jovens Profissionais: jovens juristas em diálogo, Roma. 2009.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **A proposta doutrinária de Chiara Lubich: Comunhão e Direito.** Palestra proferida na sessão solene de instalação oficial do Núcleo Comunhão e Direito do Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, no dia 5 de junho de 2009.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância.** Tradução Paulo Neves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 180 p. Título original: Traitê sur la tolérance.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)