



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas – FAJS

FÁBIO ALECSANDRO DE MELO BONIFÁCIO

## **A FRATERNIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO**

Brasília

2015

FÁBIO ALECSANDRO DE MELO BONIFÁCIO

**A FRATERNIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL ABSOLUTO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Dr. Roberto Krauspenhar

Brasília

2015

À minha mãe, Valdisa Freire de Melo, a quem tanto amo e que me trouxe à luz e ao sentimento do mundo, à minha irmã e meus sobrinhos, aos quais também amo demais.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, por tudo.

Agradeço, também, ao meu Orientador Roberto Krauspenhar, tão humano e generoso, pela oportunidade (imerecida) de compartilhar de sua sabedoria e, como se não bastasse, pelo inestimável apoio que me deu por acréscimo de misericórdia, cuja paciência, bom humor e orientação indispensável para realização desse trabalho motivaram-me para um mundo melhor.

Agradeço, ainda, à Pró-Reitora Acadêmica Elizabeth Manzur, pela atenção e incentivo inesquecíveis ao longo dessa jornada.

Agradeço, finalmente, aos Professores e colegas do Curso de Direito e a todas as pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>6</b>
<b>1 A FRATERNIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO.....</b>	<b>9</b>
1.1 Contextualização.....	9
1.2 Mudança de Paradigma.....	11
1.3 A Essência Humana.....	14
1.4 Uma Nova Forma de Viver.....	19
<b>2 FUNDAMENTOS DO DIREITO FRATERO.....</b>	<b>22</b>
2.1 Direito e Ética.....	22
2.2 Direito e Bem Comum.....	31
2.3 Direito e Fraternidade.....	40
<b>3 DIREITO FRATERO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....</b>	<b>49</b>
<b>4 DIREITO FRATERO NO BRASIL – CASOS CONCRETOS.....</b>	<b>67</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>73</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>81</b>

## RESUMO

O presente trabalho aborda o tema da Fraternidade enquanto princípio fundamental do Direito e condição de validade de todo o ordenamento jurídico, cuja tese busca demonstrar o Direito Fraternal sob um novo paradigma, como mediador entre os demais direitos fundamentais, promotor das relações sociais e realizador sistemático do bem comum. Para tanto, problematiza-se a relação entre o Direito e a Fraternidade, a possibilidade do Direito Fraternal, a forma como esse possível direito seria posto em prática e quais seriam os reflexos do mesmo no ordenamento jurídico. A pesquisa está arremada em coleta de dados bibliográficos e documentais e o respectivo percurso teórico, por sua vez, encontra-se consubstanciado sob a lógica do método dialético. Abarca-se o contexto histórico contemporâneo no qual o tema da Fraternidade tem sido revisitado, abordando-a como princípio humano por meio da superação do antiquado realismo materialista. Discorre-se sobre os fundamentos do Direito, a virtude moral, os valores – como a justiça, o bem comum, o interesse público, o próprio Direito em si e a Fraternidade, estes dois últimos também à luz da dialética sociológica. Aborda-se o Direito Fraternal na modernidade, sua origem silenciosa e principais características, demonstrando-se, ainda, alguns reflexos da Fraternidade no ordenamento jurídico interno, à luz das ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho, citando-se alguns casos concretos da Suprema Corte brasileira.

**Palavras-chave:** Fraternidade. Direito Fraternal. Direito fundamental absoluto.

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Fraternidade tem sido um assunto revisitado pela comunidade jurídica. A globalização e, sobretudo, a altíssima evolução tecnológica dos meios de comunicação apresentam o limiar de uma nova era em que se constata, tanto no cenário interno como internacional, o inevitável e necessário entrelaçamento dos diferentes povos e suas respectivas economias, crenças e modos de vida.

É inequívoca a interdependência dos homens entre si, mas o planeta, assim como cada nação, vive hoje enormes dificuldades de harmonização jurídica em busca de uma estabilidade sustentável e solidária entre os diversos segmentos da sociedade, cujos lados chegam a ser antagônicos e os princípios da liberdade e da igualdade mostram-se insuficientes para sanar os conflitos. O indivíduo, por sua vez, vive em um ostracismo sem precedentes, ao arrepio das relações sociais, pondo em risco, dessa forma, a própria sobrevivência.

Nesse contexto, surgiu-nos a necessidade de propor uma maneira concretamente viável de harmonização jurídica entre os diferentes povos, e como a maioria dos estudantes sonhadores, desejamos oferecer uma ideia original e audaciosa que seja capaz de transformar a vida das pessoas.

Assim, após diversas conversas, além da leitura de várias obras, chegamos à pretensão de investigarmos a Fraternidade como um direito fundamental absoluto, e mais ainda, que tal direito seja capaz de harmonizar juridicamente os povos.

Essa pretensão é inovadora, pois não se trata de um direito absoluto dono da verdade, implacável e violento, trata-se, pelo contrário, de um direito absoluto tolerante, manso e pacífico. Mas como? Demonstrando-o, sob um novo paradigma, como mediador entre os demais direitos fundamentais, promotor das relações sociais e realizador sistemático do bem comum.

O tema é de grande relevância, uma vez que é interdisciplinar e alcança as áreas política, social, acadêmica, institucional, profissional e científica, cuja importância, vale salientar, dispensa maiores esforços informativos para ilustrá-la;

basta mencionar quão maravilhoso seria acabarmos definitivamente com a fome, ou com as guerras, por exemplo, por meio da Fraternidade.

Em nossa busca, problematizamos o assunto em torno da relação entre o Direito e a Fraternidade, da possibilidade do Direito Fraternal, da forma como esse possível direito seria posto em prática e quais seriam os reflexos do mesmo no ordenamento jurídico.

Essa pesquisa está sobejamente arrimada em uma ampla coleta de dados bibliográficos e documentais e o respectivo percurso teórico, por sua vez, encontra-se consubstanciado sob a lógica do método dialético, isto é, de um diálogo com foco na contraposição e contradição de ideias que levam a outras ideias.

Primeiramente, abordaremos a Fraternidade enquanto princípio, com o qual iniciaremos a construção e sustentação de nossa tese, já sinalizando uma melhor maneira de convivermos (e vivermos). Formaremos opinião a partir de uma nova filosofia avissareira de superação do antiquado realismo materialista.

Testemunharemos algumas das principais ideias e conceitos do filósofo e teólogo Leonardo Boff e de suas respectivas citações de São João da Cruz, Martin Heidegger, Freud, Jung, Adler, Rogers, Hillman, Niels Bohr, Werner Heisenberg, Daniel Goleman, Platão, Santo Agostinho, S. Boaventura, Duns Scotus, Pascal e Schleiermacher.

De posse desse conhecimento, passaremos a discorrer sobre os fundamentos do Direito. Revisitaremos a concepção de virtude moral, perpassaremos pelos mais importantes valores – como a justiça, analisaremos a significação de bem comum e interesse público e ainda definiremos o Direito e a Fraternidade à luz da dialética sociológica. Com esse cabedal, investigaremos a viabilidade jurídica do Direito Fraternal.

Nessa etapa, utilizaremos o conhecimento do filósofo André Comte-Sponville e de suas citações sobre Aristóteles, Montaigne, Kant, Epicuro, Bentham, Mill, Sócrates, Pascal, Alain, Spinoza e Hobbes; bem como as concepções do jurista Ives Gandra da Silva Martins Filho e suas citações de Aristóteles e S. Tomás de Aquino; e utilizaremos, ainda, o conhecimento do filósofo Lyra Filho e suas citações de

Radbruch, Karl Marx e Engels, como também os conhecimentos do filósofo Munir Cury, Fernando Horita, Antônio Baggio, Sandra Vial e Mahatma Gandhi.

Em sequência, abordaremos o Direito Fraternal na modernidade, sua origem silenciosa e suas principais características, respaldando-nos nas ideias do filósofo Eligio Resta e suas citações de Albert Einstein, Sigmund Freud, Hans Kelsen, Gandhi, Elias Canetti e Pascal; como também nas ideias do sociólogo Zygmunt Bauman e do professor Dr. Carlos Ayres Britto.

Por último, demonstraremos alguns reflexos da Fraternidade no ordenamento jurídico brasileiro à luz das ideias desenvolvidas ao longo deste trabalho, observando alguns julgados de relevo da Suprema Corte brasileira, como os casos do discurso do ódio e da pesquisa com células-tronco, valendo-nos, ainda, de algumas considerações do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes.

Ao final, confirmaremos a realidade de um futuro inexorável para a humanidade e concluiremos nossa tese acerca desse princípio absoluto e da viabilidade de uma harmonização jurídica entre os povos, de forma racional, sem ingenuidade e com os pés no chão.

## 1 A FRATERNIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO

### 1.1 Contextualização

O filósofo e teólogo Leonardo Boff, em seu livro “Saber Cuidar: ética do Humano – Compaixão pela Terra”, alerta sobre a situação ironicamente contraditória por que passa a sociedade contemporânea, situação essa incorporada no isolamento cada vez mais crescente entre os indivíduos em face da destacada melhoria dos meios de comunicação, especialmente no que se refere ao advento da *internet*, veja-se:

A sociedade contemporânea, chamada sociedade do conhecimento e da comunicação, está criando, contraditoriamente, cada vez mais incomunicação e solidão entre as pessoas. A Internet pode conectar-nos com milhões de pessoas sem precisarmos encontrar alguém. [...] A relação com a realidade concreta, com seus cheiros, cores, frios, calores, pesos, resistências e contradições é mediada pela imagem virtual que é somente imagem. [...] Essa anti-realidade afeta a vida humana naquilo que ela possui de mais fundamental: o cuidado e a com-paixão. (BOFF, 2008, p. 11).

Tal constatação tem sido amplamente divulgada pelos mais diversos pensadores de nosso tempo e sob os mais diferentes enfoques. Tem-se reiteradamente mencionado a ocorrência de um tipo de substituição da vivência pessoal com as pessoas e as coisas pela virtualidade, entendida esta como uma percepção audiovisual por intermédio de instrumentos tecnológicos cada vez mais avançados.

Com isso, pela primeira vez na história da humanidade, o ser humano tem a possibilidade de, à distância, fazer-se presente e se relacionar sem, no entanto, estar pessoalmente em contato com as pessoas e o ambiente à sua volta.

É como um tipo de substituição da vivência dos demais sentidos físicos, e até certo ponto psicológicos, pelos sentidos da visão e da audição; mas o que seria um instrumento de aproximação acaba ironicamente por afastar as pessoas, as quais passam a viver cada vez mais isoladas umas das outras e das coisas por causa da criação de uma “desnecessidade artificial” de estarem pessoalmente presentes e experienciarem a vida.

O surgimento dessa “desnecessidade artificial” não é difícil de ser compreendido, uma vez que é evidente o fato de que os sentidos da visão e da audição são fundamentais para a percepção de mundo e para a sobrevivência do homem na Terra.

O simples fato de podermos enxergar as cores foi decisivo para perpetuação de nossa espécie desde tempos imemoriais. Podíamos, a despeito de outros animais, identificar mais claramente o estado dos outros seres e das coisas que nos rodeavam, como, por exemplo, a existência de uma fruta e se a mesma estava em condições de ser colhida, ou o estado do meio ambiente, da saúde e da fraqueza das espécies que nos rodeavam, bem como de nós mesmos, por meio da observação de cada coloração característica. As cores permitem-nos penetrar o mundo que nos rodeia, e nesse particular o sentido da visão é fundamental.

Outrossim, é consabido que em nossa capacidade de ouvir está uma das principais razões da evolução de nossa comunicação e nossa linguagem, e com isso, de nossa própria inteligência. É certamente a nossa razão e capacidade de comunicação elevadas que nos colocam acima das outras espécies e nos permitem dominar atualmente este planeta.

Por isso, nossa visão e audição são importantíssimas e não é à toa que a evolução tecnológica de nossos meios de comunicação foi capaz de ampliá-las a ponto de praticamente substituir nossa necessidade de estarmos próximos para interagirmos e percebermos o mundo que nos rodeia.

Entretanto, essa “substituição”, em verdade, torna o homem incompleto porque não é uma substituição plena, ou seja, não é a nossa essência que se faz presente, mas apenas alguns dos nossos sentidos físicos que, por mais apreciáveis que sejam, não são capazes de nos proporcionar uma experiência plena. Isso faz com que nossa interação seja apenas aparente, pois não estamos de fato completamente ligados com os seres e o mundo à nossa volta, e sim distantes.

Daí decorre a apatia e o ostracismo diametralmente opostos à principal necessidade do ser humano, a sociabilidade, uma vez que ninguém vive sozinho e o homem é, por excelência, um ser social. É essa incompletude que tem posto em risco a atual sociedade que diferentes pensadores pretendem resolver, basicamente,

por meio de uma forma de resgate do convívio humano com os demais seres e com o mundo que os rodeia. Nesse sentido:

Formalizando a questão, podemos dizer: mais que o fim do mundo estamos assistindo ao fim de um tipo de mundo. Enfrentamos uma crise civilizacional generalizada. Precisamos de um novo paradigma de convivência que funde uma relação mais benfazeja para com a Terra e inaugure um novo pacto social entre os povos no sentido de respeito e de preservação de tudo o que existe e vive. Só a partir desta mutação faz sentido pensarmos em alternativas que representem uma nova esperança. (BOFF, 2008, p. 17-18).

Trata-se, ineludivelmente, de um mal-estar generalizado na civilização contemporânea, cuja essência humana estaria na raiz desse problema e o qual foi colocado por Leonardo Boff eminentemente sob o aspecto do descuido, confira-se:

O sintoma mais doloroso, já constatado há décadas por sérios analistas e pensadores contemporâneos, é um difuso mal-estar da civilização. Aparece sob o fenômeno do descuido, do descaso e do abandono, numa palavra, da falta de cuidado. (BOFF, 2008, p. 18).

Com efeito, diversas são as propostas de resolução, das quais encontramos inúmeras medidas meramente superficiais e não propriamente de mudança de consciência porque tais medidas são, a mais das vezes, exclusivamente impositivas. Para exemplificar, servimo-nos do resumo propugnado por esse autor:

O decisivo não são as religiões, mas a espiritualidade subjacente a elas. É a espiritualidade que une, liga e re-liga e integra. Ela e não a religião ajuda a compor as alternativas de um novo paradigma civilizatório. Ao “complexo de Deus” devemos propor o “nascimento de Deus” dentro de cada pessoa e da história da humanidade, e sua epifania no universo. Outros grupos opinam: para resolver a crise atual, deve-se reforçar a moral e a contenção dos costumes. [...] A moral é importante. Mas se não nascer de uma nova redefinição do ser humano e de sua missão no universo, no contexto de uma nova aliança de paz e de sinergia para com a Terra e com os povos que nela habitam, ela pode decair num moralismo enfadonho e farisaico e transformar-se num pesadelo das consciências. Uma ética nova pressupõe uma ótica nova. Outros pensam: precisamos de mais educação, de mais formação e de mais informação. [...] Mas a serviço de que projeto de ser humano, de sociedade e de mundo utilizamos o poder da ciência e da técnica? A resposta a essa questão pede mais que ciência e técnica. Exige [...] a sinergia, a cooperação de todos com todos e a solidariedade cósmica. (BOFF, 2008, p. 21-22).

## **1.2 Mudança de Paradigma**

Boff é certo ao constatar a necessidade de se encontrar não só uma solução consciente, espiritualizada, mas uma solução que seja completa no sentido

de abranger a inexorável comunhão dos homens entre si e com o mundo que os rodeia.

A esse respeito, o autor foi feliz ao investigar o anteparo materialista por detrás do pensamento científico-técnico que ultimamente tem dado sustentação à modernidade em que vivemos, cuja constatação é surpreendente e propõe uma mudança de paradigma, veja-se:

[...] descobrimos por detrás do edifício da modernidade científico-técnica o funcionamento de uma determinada filosofia: o realismo materialista. Chama-se de realismo a esta filosofia porque imagina que as realidades existem como objetos independentes do sujeito que as observa. Elas, na verdade, não são independentes. Não há objeto sem sujeito e sujeito sem objeto. (BOFF, 2008, p. 23).

É fácil verificar que, se o sujeito e o objeto observado são indissociáveis, então a realidade deve necessariamente incluir o fenômeno da subjetividade, isto é, a realidade é subjetiva e não objetiva, e mais ainda, a realidade é consciente, o que muda radicalmente nossa forma de pensar o mundo, o qual não mais seria um mero objeto inanimado.

Esta filosofia se entende materialista, no sentido antigo, porque pressupõe que a matéria (átomos, partículas elementares, vácuo quântico, etc.) constitui a única realidade consistente; os demais fenômenos são derivações secundárias dela. Não assimilou ainda o fato de que a matéria não é simplesmente “material” mas é energia estabilizada, cheia de interações complexas. [...] A física quântica demonstrou a profunda interconexão de tudo com tudo e a ligação indestrutível entre realidade e observador; não há realidade em si, desconectada da mente que a pensa. [...] O universo é consciente. (BOFF, 2008, p. 23-24).

Leonardo Boff traz um dos pensamentos mais reveladores de nosso tempo: o de que a realidade, ao contrário do que se entendia, é como um oceano de energia, um corpo fluídico do qual faz parte o material e o imaterial. Nessa concepção, tudo está interligado e tanto as coisas que consideramos concretas, palpáveis aos nossos sentidos físicos, quanto o próprio pensamento que entendíamos ser algo abstrato, fazem parte dessa energia cósmica em diferentes estados transitórios.

É bem verdade que a causa primária dessa energia, ou seja, do universo, do qual fazemos parte, ainda nos é desconhecida, ou pelo menos inalcançável, bem como se há ou não limites e qual o propósito e a razão de ser de todo esse movimento. Mas não é difícil entender que o fato incontestável de que há harmonia

no universo já é sobejamente suficiente para comprovarmos que há necessariamente uma inteligência suprema que tudo governa com uma lógica inclusivista de que as coisas são interdependentes porque tudo está interligado.

Logo:

A nova filosofia apresenta-se holística, ecológica e espiritual. Ela funda uma alternativa ao realismo materialista, com capacidade de devolver ao ser humano o sentimento de pertença à família humana, à Terra, ao universo e ao propósito divino. Assim, se supera o dado mais grave que se esconde por detrás da falta de cuidado: a perda da conexão com o Todo; o vazio da consciência que não mais se percebe parte e parcela do universo; a dissolução do sentimento do sagrado face ao cosmos e a cada um dos seres; e a ausência da percepção da unidade de todas as coisas, ancoradas no mistério do Supremo Criador e Provedor de tudo. (BOFF, 2008, p. 24).

Diante desse pensamento alvissareiro, é possível sustentarmos com profundidade e garantirmos uma solução segura e duradoura para a questão da desunião do homem com seus semelhantes, com o mundo à sua volta e, em última análise, consigo mesmo.

E como se trata de um pensamento construído com base no estudo da física quântica, que sabemos, é produto da evolução científica e tecnológica de nossa era, não podemos deixar passar a oportunidade de salientarmos que são as próprias investigações evoluídas a partir de uma ciência centrada na filosofia de uma realidade incompleta – a de que a matéria constituía a única realidade consistente – que nos oferecem a comprovação inequívoca de uma realidade espiritualizada, e com isso, curiosamente, também os cientistas tornam-se, sem o esperar, apóstolos de Deus.

Também não podemos deixar de mencionar que, independentemente da concepção de mundo que se adote, pois há outros conhecimentos que também possibilitam uma visão de mundo inclusivista, o fato é que aumenta desmesuradamente, na consciência das massas, a necessidade de uma nova forma de ver o mundo que nos permita uma convivência plena, saudável e feliz; e Boff é sensato ao mencionar que:

Com efeito, cresce seminalmente um novo paradigma de re-ligação, de re-encantamento pela natureza e de com-paixão pelos que sofrem; inaugura-se uma nova ternura para com a vida e um sentimento autêntico de pertença amorosa à Mãe-Terra. [...] Por toda a parte se formulam ânsias por uma nova aliança de paz perene com as demais espécies e com a Terra.

Esse novo contrato social se assenta na participação respeitosa do maior número possível, na valorização das diferenças, na acolhida das complementaridades e na convergência construída a partir da diversidade de culturas, de modos de produção, de tradições e de sentidos de vida. (2008, p. 25-26).

É público e notório que, ao longo da História, as mudanças de paradigma acontecem como um movimento cíclico, aparecendo de tempos em tempos, avolumando-se aos poucos no imaginário comum até que um ou outro pensador ou líder mais ou menos preparado consiga traduzir satisfatoriamente tal estado de coisas, oferecendo caminhos para um novo rumo.

Verificamos, ainda, que cedo ou tarde as distorções sociais ocorridas em uma determinada época chegam de alguma forma a uma nova configuração, pois tudo tende ao equilíbrio, como já sabemos... por isso essa ânsia generalizada em busca do bem-estar quedará irremediavelmente debelada, a nosso ver, ou pelo amor ou pela dor. E esperamos que finalmente seja pelo amor.

Seja como for, filiamo-nos ao pensamento de Leonardo Boff, segundo o qual uma mudança de paradigma com base no princípio da essência humana que deva ser observada por todos evidentemente trará como fruto uma nova ética:

Devemos todos beber da própria fonte. [...] essa dimensão fontal será a base para um novo sentimento religioso. Criará um novo sentido ético e moral. Propiciará uma nova razão, instrumental, emocional e espiritual que transformará a ciência, a tecnologia e a crítica em medicina para a Terra e para a humanidade. Uma nova ética nascerá de uma nova ótica. (BOFF, 2008, p. 28).

Assim, resta-nos analisar o que seria a essência humana, o que fazemos com fulcro no axioma de que todo efeito tem uma causa, e iniciamos nossa análise identificando que esse autor parte do efeito em direção à causa ao tomar como ponto de partida o problema do distanciamento entre os homens como sendo o efeito do descuido e do descaso.

### **1.3 A Essência Humana**

Leonardo Boff assevera que “[...] o que se opõe ao descuido e ao descaso é o cuidado. Cuidar é mais que um ato; é uma atitude.” (2008, p. 33). E põe o cuidado como um princípio humano ao mencionar que, para ele, “[...] a atitude é uma fonte,

gera muitos atos que expressam a atitude de fundo.” (2008, p. 33). E arremata sua ideia propondo o cuidado da seguinte forma:

[...] o cuidado se encontra na raiz primeira do ser humano, antes que ele faça qualquer coisa. E, se fizer, ela sempre vem acompanhada de cuidado e imbuída de cuidado. Significa reconhecer o cuidado como um modo-de-ser essencial, sempre presente e irreduzível à outra realidade anterior. É uma dimensão fontal, originária, ontológica, impossível de ser desvirtuada. (BOFF, 2008, p. 34).

Mas não é só. Boff é profícuo ao relatar ainda várias outras maneiras de se ver a essência do ser humano, quais sejam, aquelas centradas na racionalidade técnico-científica, no modo de produção capitalista, no ideal democrático, na luta pelos direitos humanos, no projeto técnico-científico de dominação da natureza e no olhar místico de São João da Cruz; mostrando a essência do ser humano, ora como algo abstrato, ora como algo concreto. (BOFF, 2008, p. 34-36).

Mas será que uma essência seria a própria atividade em si? Ou essa atividade teria como essência algo que a precede, algo mais profundo, enfim, algo do qual promana, uma vez que uma coisa, em tese, não poderia ser originalmente criada por si mesma?

É de sabença que a atitude se caracteriza como um comportamento orquestrado por uma disposição interior do ser, mas esse autor coloca essa disposição interior no cuidado que, entretanto, também pode ser uma atividade, e aí surge a seguinte reflexão:

Será que a essência de alguém estaria em sua própria atividade, isto é, em sua própria concretização? Ou a essência seria necessariamente algo abstrato, imaterial, tão básico que seu caráter absoluto impossibilitaria comprovarmos quando, onde, para quê, como e porque uma atitude (atividade) nasceria daí? Ou, ainda, se mesmo sem podermos comprovar materialmente a ligação entre essa essência absoluta e sua concretização, poderíamos ao menos demonstrar que uma atividade necessariamente nasceria dessa e não de outra fonte e assim comprovarmos que essa e não outra seria realmente sua essência?

A terceira via acima parece ser a mais apropriada.

Isso porque o raciocínio de Boff fundado na física quântica – de que há uma ligação, e não separação, entre a realidade e o observador, isto é, entre o sujeito e o objeto que este observa – pode ser combinado com o raciocínio da lógica dialética sociológica, segundo a qual a síntese alcançada pelo confronto da tese com a antítese comprova a essência de algo como sendo a resultante de um processo histórico. E como não haveria realidade dissociada da mente que a pensa, o universo inteiro seria consciente porque tudo estaria interligado.

Com isso, é possível estabelecermos uma dialética robusta, entre a alegação de que a essência de algo está relacionada à sua própria concretização e a alegação de que tal essência é uma coisa absoluta e abstrata, para chegarmos à ideia de que:

Mesmo diante de uma impossibilidade de domínio sobre a ligação que há entre o que seria concreto (material) e abstrato (imaterial), podemos comprovar que a essência de algo é determinada coisa e não outra porque tal essência está relacionada à sua concretização enquanto resultante de um processo histórico, uma vez que tudo está interligado e não há separação entre a realidade e a mente que a pensa.

Com base nessa premissa podemos então dar continuidade ao nosso diálogo em busca do princípio humano, colocado por Boff, com singular propriedade, como sendo o cuidado. Para tanto, conversaremos com as considerações desse autor sobre o tema, partindo do mesmo ponto do qual ele partiu, ou seja, do efeito em direção à causa, e iniciaremos nosso diálogo com a seguinte dúvida:

Será que o problema do distanciamento entre os homens é mesmo o efeito do descuido e do descaso, ou seria o efeito de uma causa anterior? Em outras palavras, a inter-relação entre os seres humanos teria como causa primária o cuidado ou outra coisa?

Ao discorrer sobre a natureza do cuidado, Boff pondera que a realização humana no querer e no desejar está enraizada no cuidado essencial, arrimando-se, para tanto, no pensamento do filósofo Martin Heidegger:

Em ser e tempo, Martin Heidegger (1889-1976), por excelência o filósofo do cuidado, mostrou que realidades tão fundamentais como o querer e o

desejar se encontram enraizadas no cuidado essencial. Somente a partir da dimensão do cuidado elas emergem como realizações do humano. (2008, p. 89).

Vemos, então, que o autor põe o cuidado como essência humana porque o querer ou o desejar, que já é algo internalizado (uma intenção), concretiza-se por meio do cuidado. Podemos depreender daí uma concepção de princípio relacionado a algo já fundamental, mas intermediário, isto é, anterior a uma concretização.

Já no que tange à natureza do cuidado, esse autor o põe de duas formas, sendo uma concreta e outra abstrata, mas que são intensamente vinculadas, confira-se:

Por sua natureza, cuidado inclui pois duas significações básicas, intimamente ligadas entre si. A primeira, a atitude de desvelo, de solicitude e de atenção para com o outro. A segunda, de preocupação e de inquietação, porque a pessoa que tem cuidado se sente envolvida e afetivamente ligada ao outro. (BOFF, 2008, p. 91-92).

Observamos que a atitude de desvelo, solicitude e atenção refere-se à realização do cuidado em si, enquanto a preocupação e a inquietação estariam eminentemente relacionadas à internalização do indivíduo, mormente consubstanciada no querer e no desejar, e Boff expõe a causa dessa internalização como sendo um sentimento de envolvimento e afeto na ligação com o outro. Eis então a causa primária: o sentimento!

A fonte causal centrada no sentimento é justificada com muita propriedade e maestria pelo filósofo e teólogo:

A reflexão contemporânea resgatou a centralidade do sentimento, a importância da ternura, da compaixão e do cuidado, especialmente a partir da psicologia profunda de Freud, Jung, Adler, Rogers e Hillman, e hodiernamente a partir da biologia genética e das implicações antropológicas da física quântica à la Niels Bohr (1885-1962) e à la Werner Heisenberg (1901-1976). (BOFF, 2008, p. 100).

Mais do que o cartesiano *cogito ergo sum*: penso, logo existo, vale o *sentio ergo sum*: sinto, logo existo. O livro de Daniel Goleman, *Inteligência Emocional*, transformou-se num best-seller mundial porque, à base de investigações empíricas sobre o cérebro e a neurologia, mostrou aquilo que já Platão (427-347 aC), Santo Agostinho (354-430), a escola franciscana medieval com S. Boaventura e Duns Scotus no século XIII, Pascal (1623-1662), Schleiermacher (1768-1834) e Heidegger (1889-1976) ensinaram há muito tempo: a dinâmica básica do ser humano é o *pathos\**, é o sentimento, é o cuidado, é a lógica do coração. “A mente racional” – conclui Goleman – “leva um ou dois momentos mais para registrar e reagir do que a mente

emocional; o primeiro impulso... é do coração, não da cabeça". (BOFF, 2008, p. 100).

Encontramos, então, na atitude, a concretização de algo intencionalizado, cuja causa primária é um sentimento, este último propugnado por Boff como sendo de envolvimento e afeto na ligação com o outro. E esta ligação, como já vimos, é um fato comprovado pela física quântica, bem como pela dialética sociológica.

Portanto, o sentimento é certamente o princípio humano do qual sucede a intencionalidade do indivíduo, a qual, por sua vez, concretiza-se por meio da atitude do homem em função de sua ligação com o outro.

Esse sentimento de envolvimento e afeto na ligação existente entre os homens não pode ser outro senão um sentimento de afeição de laços de sangue ou de relações sociais. Leonardo Boff menciona o amor e a ternura de acordo com o esse entendimento, conquanto venha considerá-los como uma ressonância do cuidado:

O amor é o fundamento do fenômeno social e não uma consequência dele. Em outras palavras, é o amor que dá origem à sociedade; a sociedade existe porque existe o amor e não ao contrário, como convencionalmente se acredita. Se, não obstante, o social persistir, ganha a forma de agregação forçada, de dominação e de violência de uns contra os outros, coagidos a encaixar-se. [...] Sem o cuidado essencial, o encaixe do amor não ocorre, não se conserva, não se expande nem permite a consorciação entre os seres. Sem o cuidado não há atmosfera que propicie o florescimento daquilo que verdadeiramente humaniza: o sentimento profundo, a vontade de partilha e a busca do amor. (BOFF, 2008, p. 111-112).

A ternura vital é sinônimo de cuidado essencial. A ternura é o afeto que devotamos às pessoas e o cuidado que aplicamos às situações existenciais. É um conhecimento que vai além da razão, pois mostra-se como inteligência que intui, vê fundo e estabelece comunhão. [...] A ternura emerge do próprio ato de existir no mundo com os outros. Não existimos, co-existimos, com-vivemos e co-mungamos com as realidades mais imediatas. Sentimos nossa ligação fundamental como a totalidade do mundo. (BOFF, 2008, p. 118).

Observamos que o autor associa o amor ao fenômeno social e a ternura ao convívio dos homens entre si, dando-os, de certa forma, a feição de sentimentos agregadores em diferentes escalas. Nesse ponto de vista, a carência de amor advinda de uma sobreposição do social acarreta uma coletividade forçada, de dominação e de violência.

E como a base de uma coletividade está na interligação dos indivíduos entre si, o sentimento de amor e ternura – podendo-se aceitar que ambos até se confundem – traduz-se na Fraternidade enquanto princípio das relações humanas.

Nesse sentido, verificamos que a Fraternidade é o princípio humano (sentimento) do qual emana a intencionalidade (querer, desejo, vontade) e sua respectiva concretização por meio da atitude (comportamento).

#### **1.4 Uma Nova Forma de Viver**

Com base nesse entendimento, superamos o paradigma da dualidade, inspirada no arcaico realismo materialista, por meio do seguinte raciocínio: se uma atitude for considerada má ou inadequada, é que na verdade a Fraternidade estaria ausente, e se for considerada boa ou adequada, é que a Fraternidade estaria mais presente; assim como a sombra não é senão a ausência de luz.

Dessa forma, deixaríamos de pensar em termos separatistas, de forças opostas, certo/errado, amigo/inimigo, bem/mal, e seríamos mais inclusivos.

Também comprovamos essa maneira de pensar inclusivista observando o estudo de Boff sobre o que ele chama de “[...] dois modos de ser no mundo: o trabalho e o cuidado” (2008, p. 92), defendendo a superação da aparente dicotomia entre ambos, *in verbis*:

A lógica de ser no mundo no modo de trabalho configura o situar-se sobre as coisas para dominá-las e colocá-las a serviço dos interesses pessoais e coletivos. No centro de tudo se coloca o ser humano, dando origem ao antropocentrismo. [...] olvida a conexão que o próprio ser humano guarda, quer queira quer não, com a natureza e com todas as realidades, por ser parte do todo. Por fim, ignora que o sujeito derradeiro da vida, da sensibilidade, da inteligibilidade e da amortização não somos, em primeiro lugar nós, mas o próprio universo, a terra. (BOFF, 2008, p. 93-95).

Observamos o trabalho sob uma visão de comportamento calcada naquele obsoleto racionalismo objetivo (materialista), dissociando o sujeito do objeto e colocando este a serviço daquele em direção a um estado de dominação carente de sentimento. Isso leva a crer que o trabalho em função unicamente dos próprios interesses está diametralmente oposto ao sentimento de união entre os homens e entre estes e os objetos como um todo.

Essa maneira de ver as coisas é coerente apenas e tão somente à luz daquela antiga concepção de mundo em que o observador é indiferente ao objeto observado porquanto não haveria qualquer ligação entre um e outro e, não havendo ligação, não haveria sentimento, prevalecendo apenas a terrível lógica exclusivista segundo a qual o que não é certo é errado e por isso não serve, deve ser extirpado sem qualquer dúvida ou arrependimento porque é um mal, é destrutivo, é o oposto do bem e tão poderoso quanto este.

Mas essa forma de ver o mundo não procede porque tudo está interligado. O sentimento é o princípio do ser humano e por isso existe necessariamente associado ao trabalho com mais ou menos intensidade, mas não é totalmente inexistente. É por isso que Boff não opõe o cuidado ao trabalho, mas os associa, confira-se:

O cuidado não se opõe ao trabalho, mas lhe confere uma tonalidade diferente. [...] A relação não é sujeito-objeto, mas sujeito-sujeito. [...] A relação não é de domínio sobre, mas de con-vivência. [...] A centralidade não é mais ocupada pelo logos\* razão, mas pelo pathos\* sentimento. [...] permite ao ser humano viver a experiência fundamental do valor [...] Não do valor utilitarista, só para seu uso, mas do valor intrínseco às coisas. A partir desse valor substantivo emerge a dimensão de alteridade, de respeito, de sacralidade, de reciprocidade e de complementaridade. (2008, p. 95-96).

Essa associação leva a uma mudança de valores, que Boff interpreta ser mais uma mudança do valor utilitarista, do uso pelo uso, para um valor das coisas em si mesmas, o que também revela ser o grande desafio dessa mudança de paradigma.

O grande desafio para o ser humano é combinar trabalho com cuidado. Eles não se opõem, mas se compõem. O equívoco consiste em opor uma dimensão à outra e não vê-las como modos de ser do único e mesmo ser humano. [...] Não se vê outra coisa no ser humano senão sua força de trabalho a ser vendida e explorada ou sua capacidade de produção e de consumo. (2008, p. 97-98).

Mas acreditamos que tal mudança será inevitável, uma vez que o princípio humano é subjetivo e não objetivo, o que o autor reitera, dando-nos a entender que essa mudança ocorrerá mais cedo ou mais tarde, veja-se:

Tudo começa com o sentimento. É o sentimento que nos faz sensíveis ao que está à nossa volta, que nos faz gostar ou desgostar. [...] O que nossa civilização precisa é superar a ditadura do modo-de-ser-trabalho-produção-dominação. [...] não significa deixar de trabalhar e de intervir no mundo. Significa renunciar à vontade de poder que reduz tudo a objetos, desconectados da subjetividade humana. (BOFF, 2008, p. 99-102).

Ainda quanto à dificuldade dessa mudança de paradigma, podemos até perceber algumas das razões por trás de um eventual interesse de resistência. Resumindo-as em duas classes de razões básicas, uma delas seria por conveniência e a outra por autoproteção, associadas, respectivamente, a formas imediatistas de busca do prazer e de fuga da dor.

É conveniente manter o *status quo* do uso indiscriminado das pessoas e das coisas, como uma via de mão única, sem qualquer preocupação se há ou não dano resultante do uso pelo uso, porque isso significa a realização imediata das necessidades pessoais com a consequente satisfação, ainda que superficial, dos sentidos humanos, muito embora essa realização seja efêmera, até porque esse uso, por ser dissociado, não é autossustentável.

Por sua vez, a maneira de ver as pessoas e as coisas como um objeto à parte, sem ligação entre o sujeito e o objeto, destituída de sentimento, também faz com que não haja empatia. Com isso, o homem consegue uma proteção aparente e imediata de seu estado emocional porque tal estado não seria abalado pelo objeto utilizado, em que pese essa proteção também seja transitória, uma vez que as consequências da própria utilização por si só já acabam por atingir pessoalmente o sujeito.

Essas formas imediatistas, por conseguinte, mostram-se irremediavelmente inviáveis, porquanto estão dissociadas da essência humana. E se por um lado possam até promover momentaneamente o *status quo* do uso indiscriminado ou da satisfação dos sentidos humanos, por outro lado são incapazes de garantir que a ligação, isto é, o inter-relacionamento dos homens entre si e com o meio ambiente seja emocionalmente e moralmente equilibrado e duradouro.

Assim, chegamos à conclusão de que só uma realidade que inclua o fenômeno da subjetividade é capaz de manter o mundo de forma estável e duradoura, o que demanda uma mudança de paradigma com base na lógica centrada no sentimento de envolvimento e afeto na ligação existente entre os homens. Esse sentimento, esse princípio, é a Fraternidade.

## 2 FUNDAMENTOS DO DIREITO FRATERO

### 2.1 Direito e Ética

Valemo-nos do filósofo francês André Comte-Sponville para nos acercamos do conceito de ética e sua relação com o Direito, por meio do conhecimento sustentado no livro “Pequeno Tratado das Grandes Virtudes”, porque esse autor se baseia nos estudos de grandes pensadores ao longo dos últimos dois mil e quinhentos anos para traçar as virtudes nas quais se consubstanciam os valores morais da humanidade.

De início, esse autor coloca a noção de virtude enquanto poder, mas um poder especificamente centrado na ideia de funcionamento, de resultado específico, confira-se:

O que é uma virtude? É uma força que age, ou que pode agir. Assim a virtude de uma planta e de um remédio, que é tratar, de uma faca, que é cortar, ou de um homem, que é querer e agir humanamente. Esses exemplos, que vêm dos gregos, dizem suficientemente o essencial: virtude é poder, mas poder específico. (SPONVILLE, 1999, p. 1).

Sponville ainda argumenta que esse funcionamento é algo constituído de valor em si mesmo, ou seja, uma virtude, independentemente do uso que se dê a esse funcionamento, veja-se:

A virtude de um ser é o que constitui seu valor, em outras palavras, sua excelência própria: a boa faca é a que corta bem, o bom remédio é o que cura bem, o bom veneno é o que mata bem [...] nesse primeiro sentido, que é o mais geral, as virtudes são independentes do uso que delas se faz, como do fim a que visam ou servem. A faca não tem menos virtude na mão do assassino do que na do cozinheiro, nem a planta que salva mais virtude do que a que envenena. (SPONVILLE, 1999, p. 1).

Além disso, quando se refere ao homem e à moral, tal virtude se aplica, não só à vida racional, à razão humana, em que pese ser esta o que o distinguiria dos animais, mas também ao desejo, à educação, e etc. E é esse um dos pontos mais interessantes do pensamento desse filósofo, porque remete à essência humana e sua concretização nas atitudes, em conformidade com as ideias desenvolvidas no capítulo anterior.

Virtude é poder, e o poder basta à virtude. Mas ao homem não. Mas à moral não. [...] perguntemo-nos qual é a excelência própria do homem. Aristóteles respondia que é o que o distingue dos animais, ou seja, a vida racional. Mas

a razão não basta: também é necessário o desejo, a educação, o hábito, a memória [...] Toda virtude é, pois, histórica, como toda a humanidade, e ambas, no homem virtuoso, sempre coincidem: a virtude de um homem é o que o faz humano, ou antes, é o poder específico que tem o homem de afirmar sua excelência própria, isto é, sua humanidade. (SPONVILLE, 1999, p. 1).

Não menos importante é a observação acertada, em forma de retórica, da evidência de que a virtude humana ocorre necessariamente com o inter-relacionamento entre os homens, o que ratifica que o homem é, por excelência, um ser social, e que, por conseguinte, sem esse vínculo não há virtude humana.

A virtude é uma maneira de ser, explicava Aristóteles, mas adquirida e duradoura, é o que somos (logo o que podemos fazer), porque assim nos tornamos. Mas como, sem os outros homens? A virtude ocorre, assim, no cruzamento da hominização (como fato biológico) e da humanização (como exigência cultural); é nossa maneira de ser e de agir humanamente, isto é (já que a humanidade, nesse sentido, é um valor), nossa capacidade de agir bem. “Não há nada mais belo e mais legítimo do que o homem agir bem e devidamente”, dizia Montaigne. É a própria virtude. (SPONVILLE, 1999, p. 1-2).

Daí o autor é feliz ao comprovar a virtude, ou seja, os valores morais, como sendo uma realização e não uma mera abstração desatrelada e independente do objeto observado. Nesse diapasão, podemos afirmar que a ética, assim como o Direito, pode ser vista como resultante de um processo histórico.

Virtude, no sentido geral, é poder; no sentido particular, poder humano ou poder de humanidade. É o que também chamamos as virtudes morais [...]. Trata-se de não ser indigno do que a humanidade fez de si, e de nós. A virtude, repete-se desde Aristóteles, é uma disposição adquirida de fazer o bem. É preciso dizer mais, porém: ela é o próprio bem, em espírito e em verdade. Não o Bem absoluto, não o Bem em si, que bastaria conhecer ou aplicar. O bem não é para se contemplar, é para se fazer. [...] A virtude ou, antes, as virtudes (pois há várias, visto que não se poderia reduzir todas elas a uma só, nem se contentar com uma delas) são nossos valores morais, se quiserem, mas encarnados, tanto quanto quisermos, mas vividos, mas em ato. (SPONVILLE, 1999, p. 2-3).

E não é só. O filósofo também enxerga a virtude como um bem, como algo mais elevado a ser alcançado entre dois extremos menos elevados, ao afirmar que:

[...] toda virtude é um ápice, entre dois vícios, uma cumeada entre dois abismos: assim a coragem, entre covardia e temeridade, a dignidade, entre complacência e egoísmo, ou a doçura, entre cólera e apatia (SPONVILLE, 1999, p. 4).

Isso denota o entendimento de que o melhor estaria entre uma coisa e outra, entendimento esse análogo ao de que um princípio de referência, isto é, um

princípio mais elevado e ao qual se pretende chegar, estaria entre extremos menos elevados que este. Portanto, poderíamos considerar que um princípio absoluto poderia estar entre dois princípios relativos, assim como a Fraternidade poderia estar entre a igualdade e a liberdade e ser então absoluta enquanto referência, em outras palavras, ser absoluta enquanto mediadora.

Igualmente interessante é a ideia de se chegar ao ideal fazendo o caminho inverso, o que também se coaduna com pensamento anteriormente esposado de que através da atitude (comportamento) educamos a intencionalidade (querer, desejo) e alcançamos a essência (sentimento). Um caminho (de causa e efeito) que pode ser trilhado como uma via de mão dupla, podendo-se, então, partir do efeito em direção à causa.

Tal ideia foi apresentada pelo autor ao tratar sobre a primeira das virtudes comentadas em seu livro, a polidez, mencionando-a à guisa de um exercício de disciplina comportamental, de uma educação, capaz de viabilizar em um indivíduo a prevalência de uma virtude humana que não se verificava de início, *in verbis*:

Nenhuma virtude é natural; logo é preciso tornar-se virtuoso. Mas como, se já não somos? “As coisas que é preciso ter aprendido para fazê-las”, explicava Aristóteles, “é fazendo que aprendemos.” Como fazê-las, porém, sem as ter aprendido? Há um círculo vicioso aqui, do qual só podemos sair pelo a priori ou pela polidez. Mas o a priori não está a nosso alcance, a polidez sim. “É praticando as ações justas que nos tornamos justos”, continuava Aristóteles, “praticando as ações moderadas que nos tornamos moderados e praticando as ações corajosas que nos tornamos corajosos.” Mas como agir justamente sem ser justo? Com moderação sem ser moderado? Com coragem sem ser corajoso? E como, então, vir a sê-lo? Pelo hábito, parece responder Aristóteles, mas a resposta é evidentemente insuficiente: o hábito supõe a existência antecedente daquilo a que nos habituamos e, portanto, não poderia explicá-lo. Kant nos esclarece melhor, ao explicar esses primeiros simulacros da virtude pela disciplina. (SPONVILLE, 1999, p. 7).

É bem verdade que Sponville recorre ao exagero ao considerar a virtude como algo não natural, o que chega a ser até um tanto quanto contraditório com a fundamentação de virtude (poder, funcionalidade) exarada no início de seu livro; mas isso, temos a forte impressão, talvez tenha sido sua maneira de enfatizar a dificuldade, quase impossível, santificante mesmo, de os homens alcançarem a virtude plena.

O mais importante é a demonstração cabal e inequívoca que esse autor apresenta, com singular maestria, de que é possível partirmos do efeito em direção à causa e, trabalhando em nós mesmos, transformarmo-nos naquilo que devemos ser. São demonstrações de ordem teórica e prática, as quais esse filósofo fundamenta-se exaustivamente em pensadores consagrados e das quais conclui que:

A polidez é essa aparência de virtude, de que as virtudes provêm. Portanto, a polidez salva a moral do círculo vicioso (sem a polidez, seria necessário ser virtuoso para poder tornar-se virtuoso) criando as condições necessárias para seu surgimento e, mesmo, em parte, para seu pleno desenvolvimento. (SPONVILLE, 1999, p. 7).

E combinando a fundamentação de virtude, centrada na ideia de funcionalidade, com o axioma básico da relação de causa e efeito, podemos constatar a possibilidade de alcançarmos o que a humanidade busca freneticamente ao longo da História: a segurança.

É que, no que se refere ao homem, podemos afirmar que todo efeito virtuoso tem uma causa virtuosa porque a virtude humana está, dentre outros aspectos, permeada de inteligência, uma vez que se concretiza pelo comportamento humano; o que equivale a dizer que: se todo efeito tem uma causa, então todo efeito inteligente tem necessariamente uma causa inteligente.

Logo: podemos garantir que um resultado humano será sempre bom, bastando, para tanto, que o concretizemos cumprindo a função para a qual se destina. Aí está a segurança.

Disso também resta evidente que, se com a polidez (efeito) somos capazes de nos tornarmos virtuosos (causa), então é certo que com a prática da Fraternidade também podemos nos tornar fraternos. Do efeito em direção à causa assim como da causa em direção ao efeito, pois ambos estão interligados.

Essa prática pode ser promovida e regulada por meio do Direito Fraternal e das resoluções de conflito com uma justiça mais humana, isto é, uma justiça que funcione, uma justiça equânime. E por falar em justiça:

Das quatro virtudes cardeais, a justiça é sem dúvida a única que é absolutamente boa. A prudência, a temperança ou a coragem só são

virtudes a serviço do bem, ou relativamente a valores – por exemplo, a justiça – que as superam ou as motivam. A serviço do mal ou da injustiça, prudência, temperança e coragem não seriam virtudes, mas simples talentos ou qualidades do espírito ou do temperamento, como diz Kant. (SPONVILLE, 1999, p. 32).

Ao elevar a justiça (merecidamente) ao posto de valor absoluto em relação às principais virtudes morais, Sponville trás à baila uma das mais fervorosas e fascinantes discussões sobre fazer o mal àqueles a quem não seria devido se isso fizesse bem ao interesse da maioria, colocando em xeque-mate o utilitarismo, conforme se comprova com a citação abaixo:

O utilitarismo chega aqui a seu limite. Se a justiça fosse apenas um contrato de utilidade, como queria por exemplo Epicuro, apenas uma otimização do bem-estar coletivo, como queriam Bentham ou Mill, poderia ser justo, para a felicidade de quase todos, sacrificar alguns, sem seu acordo e ainda que fossem perfeitamente inocentes e indefesos. (SPONVILLE, 1999, p. 33).

Depreende-se daí que até o bem comum (bem da maioria – interesse público) não seria bom, isto é, não teria valor de bondade, se não houvesse justiça; e para que haja justiça seu fundamento de validade não poderia ser mitigado, uma vez que se trata de um valor absoluto.

A que, aliás, se poderia sacrificar legitimamente a justiça, uma vez que sem ela não haveria legitimidade nem ilegitimidade? E em nome de que, uma vez que mesmo a humanidade, mesmo a felicidade, mesmo o amor não valeriam absolutamente nada sem a justiça? (SPONVILLE, 1999, p. 33).

Eis acima uma alegação, com a qual concordamos, que fulmina o utilitarismo, relembando que o autor entende que a justiça é uma virtude absoluta considerando essa virtude sob uma ótica de valor centrado na ideia de funcionamento, como algo que se presta ao fim a que se destina.

Esse filósofo também discute a justiça em dois sentidos distintos, os quais, quando contrapostos, nos oferece outra interessante discussão, duelada desde tempos imemoriais, acerca do antagonismo entre a legalidade e a igualdade:

A justiça se diz em dois sentidos: como conformidade ao direito (jus, em latim) e como igualdade ou proporção [...] Esses dois sentidos, embora ligados (é justo que os indivíduos sejam iguais diante da lei), são, contudo, diferentes [...] Quando a igualdade e a legalidade se opõem, onde está a justiça? (SPONVILLE, 1999, p. 33-34).

Nessa contraposição, a justiça como conformidade com a lei é considerada como fato e a justiça como igualdade é entendida como valor, isto é, na opinião do autor, como virtude.

Lei é lei, seja justa ou não. Mas ela não é, portanto, a justiça, o que nos remete ao segundo sentido. Não mais a justiça como fato (a legalidade), mas a justiça como valor (a igualdade, a equidade) ou, aí estamos, como virtude. (SPONVILLE, 1999, p. 34).

A solução não parece fácil, até mesmo porque do contrário não seria tão revisitada ao longo de mais de dois mil e quinhentos anos de história conhecida. Nesse particular, ao citar o caso de Sócrates, o autor afirma que só ele mesmo poderia se recusar a cumprir a lei em detrimento do que seria o certo, e se a recusasse, estaria ele correto em decidir descumprir a lei que lhe foi injustamente imposta, mas isso só caberia a ele, Sócrates, e não aos outros, sob o argumento de que o valor moral antecede o fato (lei posta).

Respeitar as leis, sim, ou pelo menos obedecer a elas e defendê-las. Mas não à custa da justiça, não à custa da vida de um inocente! Para quem podia salvar Sócrates, mesmo que ilegalmente, era justo tentar – e só Sócrates podia legitimamente recusar a tentativa. A moral vem antes, a justiça vem antes, pelo menos quando se trata do essencial, e é por aí, talvez, que se reconhece o essencial. O essencial? A liberdade de todos, a dignidade de cada um e os direitos, primeiramente, do outro [...] Questão de grau, que não se pode resolver de uma vez por todas. É o domínio da casuística, exatamente, no bom sentido do termo. (SPONVILLE, 1999, p. 34).

Todavia, correlacionamos a seguinte ponderação: e nisso, onde fica a segurança jurídica? Não seria isso o que se espera do funcionamento do ordenamento jurídico, ou seja, tanto da lei quanto da justiça?

A segurança jurídica se aplica tanto à lei quanto à justiça, pois não há segurança em uma determinação legal sem limites, como não há segurança em se relativizar a justiça. Mas também não há como atender a esses dois sentidos distintos (lei e igualdade) apenas por meio do antiquado e insuficiente paradigma da dicotomia.

Das duas uma: ou um desses sentidos deve necessariamente sempre prevalecer sobre o outro, ou dessa contraposição os dois devem ser superados, sintetizados para algo que os transcenda dessa dicotomia sem solução, exclusivista e, portanto, dissociada da totalidade, e da realidade.

A primeira opção acima se mostra inviável porque, se de um lado uma lei injusta não teria valor, de outro lado, a justiça sem parâmetro de aplicação (sem lei) seria apenas mera arbitrariedade. Resta, então, a segunda opção.

A esse respeito, não há uma solução estática, pronta e acabada, porque o resultado a ser encontrado deve ser bom, isto é, deve se prestar ao fim a que se destina; deve funcionar, uma vez que, funcionando, haverá segurança.

É interessante notarmos que essa linha de pensamento sugere que a solução seja dinâmica, e é bem isso mesmo. A humanidade é dinâmica porque o universo é um todo em movimento, conforme se comprova com a física quântica e a ciência experimental.

Então, é certo que a garantia da segurança jurídica não está na imposição repetida de um mesmo tipo de solução para diferentes situações específicas, o que gera apenas uma falsa impressão de estabilidade quanto ao resultado esperado, uma vez que não é suficiente apenas saber de antemão qual solução será dada, pois também é preciso que a solução efetivamente funcione, isto é, seja boa.

Por isso, no caso de Sócrates, parece-nos acertada a escolha que o mesmo fez em seguir aquela lei injusta, mas isso sob a justificativa de que: se os homens bons respeitarem algumas leis más os homens maus respeitarão as leis boas e, com isso, todos os homens respeitarão todas as leis, assegurando-se assim o bom funcionamento do sistema jurídico.

Essa é uma solução fraterna (abrindo-se mão de algo em determinado caso concreto em prol da segurança, ou seja, do bom funcionamento do sistema jurídico) e transcende a dicotomia insolúvel entre lei e justiça, interligando-os na totalidade maior. Assim, a solução será boa se for uma solução fraterna.

Também podemos observar que a justiça, assim como o Direito, não seriam eminentemente coercitivos sob a ótica de que não há violência no fato de os homens submeterem-se voluntariamente às regras que regem uma sociedade, visto ser essa uma necessidade, é da natureza humana, ocorre espontaneamente porque o homem é um ser social.

Da mesma forma, não é a justiça e o Direito que seriam violentos se, ao quebrarem essas regras, alguns desses mesmos homens, ao se recusarem repará-las, tiverem de ser obrigados para tanto. Haveria apenas o bom funcionamento do mecanismo (jurídico) de ação e reação a que todos voluntariamente aderiram e precisam dar cumprimento, pelo qual só serão coagidos na medida em que eles mesmos forem os violadores.

Nesse diapasão, sob o enfoque da visão contratualista, podemos até admitir a possibilidade de o Estado viabilizar, de forma legítima, o Direito Fraternal, por meio da interpretação da lei e da aplicação (e até mesmo da reconstrução) de uma justiça equânime, fundamentando-se no princípio absoluto da Fraternidade.

Outro ponto muito discutido diz respeito a quem teria envergadura moral, quem seria justo, em suma, quem teria legitimidade para aplicar a justiça:

A justiça só existe e só é um valor, inclusive, quando há justos para defendê-la. Mas o que é um justo? Aí está o mais difícil, talvez. Aquele que respeita a legalidade? Não, pois ela pode ser injusta. Aquele que respeita a lei moral? É o que podemos ler em Kant, que, no entanto, apenas recua o problema: o que é a lei moral? Conheci vários justos que não pretendiam conhecê-la, ou mesmo que negavam totalmente sua existência. (SPONVILLE, 1999, p. 35).

É preciso aceitar que somos imperfeitos, porquanto sujeitos a erro, mas isso não nos impede de traçarmos um modelo a ser seguido:

Cabe aqui citar novamente Pascal: “Só há dois tipos de homens: os justos que se crêem pecadores e os pecadores que se crêem justos.” Mas nunca sabemos em qual dessas categorias nos classificamos – se soubéssemos já estaríamos na outra! No entanto, é necessário um critério, ainda que aproximativo, e um princípio, ainda que incerto. (SPONVILLE, 1999, p. 35).

A esse respeito, Sponville nos apresenta uma regra ideal, regra esta, na visão do filósofo, praticamente impossível de ser seguida, por exigir que os homens sejam integralmente e infalivelmente livres e iguais, veja-se:

Isso também fornece o critério ou, como diz Alain, a regra de ouro da justiça: “Em todo contrato e em toda troca ponha-se no lugar do outro, mas com tudo o que você sabe e, supondo-se tão livre das necessidades quanto um homem pode sê-lo, veja se, no lugar dele, você aprovaria essa troca ou esse contrato.” Regra de ouro, lei de bronze: há coerção mais rigorosa e mais exigente? É querer a troca apenas entre sujeitos iguais e livres, e é nisso que a justiça, mesmo como valor, tem a ver tanto com a política como com a moral. (SPONVILLE, 1999, p. 37).

Mas se essa regra não é possível de ser plenamente seguida em toda a sua inteireza, pelo mesmo fato de os homens serem imperfeitos, estando, por isso, sujeitos a erro, identificamos aí a necessidade de um princípio absoluto que sirva de referência para aquilatar as relações humanas quando do imbricamento entre a igualdade e a liberdade.

Para Spinoza, como para Hobbes, o justo e o injusto são “noções extrínsecas” que só descrevem “qualidades relativas ao homem em sociedade, não ao homem solitário”. Isso não impede, decerto, que a justiça também seja uma virtude, mas essa virtude só é possível quando direito e propriedade estão estabelecidos. E como, senão pelo consentimento, livre ou forçado, dos indivíduos? A justiça só existe na medida em que os homens a querem, de comum acordo, e a fazem. Portanto, não há justiça no estado natural, nem justiça natural. Toda justiça é humana, toda justiça é histórica: não há justiça (no sentido jurídico do termo) sem leis, nem (no sentido moral) sem cultura – não há justiça sem sociedade. (SPONVILLE, 1999, p. 39).

E considerando-se que não há justiça sem sociedade, esse princípio absoluto deve se refletir no processo histórico da humanidade, pelo que não restaria senão a alternativa de trabalhá-lo como um mediador entre os demais princípios, como os a igualdade e o da liberdade, especificamente para cada caso concreto.

Verificamos que o filósofo também chega ao sentimento como sendo a fonte da justiça, sob a forma de doçura e compaixão, fazendo uso desse conceito para dar ênfase à preeminência da proteção que se deve aos mais fracos para que haja equilíbrio. Nesse ponto, o filósofo parece até ultrapassar o entendimento de virtude, daquilo que é bom, pautado na ideia de funcionamento, de resultado, ao arrimar a justiça em uma origem.

A doçura e a compaixão não fazem as vezes da justiça, nem assinalam seu fim; elas são antes sua origem, e é por isso que a justiça, que vale primeiro em relação aos mais fracos, em caso algum os excluiria de seu campo, nem nos dispensaria do dever de respeitá-la, diante deles. É evidente que a justiça é socialmente útil e, até, socialmente indispensável, é evidente; mas essa utilidade ou essa necessidade sociais não poderiam limitar totalmente seu alcance. Uma justiça que só valesse para os fortes seria injusta, e isso mostra o essencial da justiça como virtude: ela é o respeito à igualdade de direitos, não de forças, e aos indivíduos, não às potências. (SPONVILLE, 1999, p. 43-44).

Também aqui verificamos que a doçura e a compaixão traduzem-se no sentimento de fraternidade enquanto vistas sob o aspecto do inter-relacionamento dos homens entre si. E seria justamente a interpretação da lei à luz desse princípio

de valor que dá origem à justiça que nos permitiria resolver os casos concretos de forma equânime, mesmo nas situações em que as leis não forem justas.

O desejável, dizia eu, é evidentemente que leis e justiça caminhem no mesmo sentido [...] Aristóteles já mostrara que a justiça não poderia estar toda contida nas disposições necessariamente gerais de uma legislação. É por isso que, em seu ápice, ela é equidade [...] “O equitativo”, explica Aristóteles, “embora sendo justo, não é o justo de acordo com a lei, mas um corretivo da justiça legal”, o qual permite adaptar a generalidade da lei à complexidade cambiante das circunstâncias e à irreduzível singularidade das situações concretas. (SPONVILLE, 1999, p. 44).

Seria justamente essa capacidade de resolver os diferentes conflitos com equidade que indicaria quem é justo, isto é, quem detém legitimidade para defender a justiça, confira-se:

O que é um justo? É alguém que põe sua força a serviço do direito, e dos direitos, e que, decretando nele a igualdade de todo homem com todo outro, apesar das desigualdades de fato ou de talentos, que são inúmeras, instaura uma ordem que não existe, mas sem a qual nenhuma ordem jamais poderia nos satisfazer. (SPONVILLE, 1999, p. 44-45).

Isso não é tudo. Ao falar sobre o amor, o filósofo denota que ao nos dirigirmos em direção à causa essencial (sentimento) terminaremos por agir com bondade sem a necessidade de obrigações, de maneira que prescindiremos de qualquer imposição para fazer o que é bom.

“O que fazemos por coerção”, escreve Kant, “não fazemos por amor.” Isso se inverte: o que fazemos por amor não fazemos por coerção, nem, portanto, por dever. Todos sabemos disso, e sabemos também que algumas de nossas experiências mais evidentemente éticas não têm, por isso, nada a ver com a moral, não porque a contradizem, é claro, mas porque não precisam de suas obrigações. (SPONVILLE, 1999, p. 119).

Com isso, nos aperfeiçoaremos e o mecanismo (jurídico) de ação e reação estará sempre ao nosso favor na medida em que fizermos sempre o bem, sem violação dos direitos dos nossos semelhantes e, em última análise, de nós mesmos. A paz será finalmente alcançada e com ela, pois só com ela, haverá efetivamente a garantia do bem comum.

## **2.2 Direito e Bem Comum**

O jurista Ives Gandra da Silva Martins Filho, atualmente ocupante do cargo de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião da palestra proferida no

*Workshop* Internacional sobre "Eficiência e Ética na Administração Pública", realizado em Brasília no ano de 2000, no Centro de Convenções Corporate Financial Center, mencionou que "[...] para fundamentar qualquer teoria social, é peça de fundamental importância o Princípio do Bem Comum" (MARTINS FILHO, 2000, p. 1).

O jurista deu uma aula ao apresentar cinco noções básicas (de finalidade, bondade, participação, comunidade e ordem) para dominarmos a concepção do que seja bem comum:

Ao se perquirir sobre o que seja o Bem Comum, 5 noções básicas devem ser aprofundadas, como instrumental indispensável para sua compreensão: são as noções de Finalidade, de Bondade, de Participação, de Comunidade e de Ordem. Da conjugação desses conceitos fundamentais é que se extrairá a noção de Bem Comum. (MARTINS FILHO, 2000, p. 1).

A noção de finalidade é colocada sob a ótica aristotélica da causa final, a qual, apesar do nome, não significa propriamente uma causa primária e sim uma consequência por ser um fim a que se destina a coisa, confira-se:

ARISTÓTELES, quando estudava o tema da causalidade, como explicativa do ser das coisas (a ciência seria o conhecimento certo através das causas), reduziu todas as possíveis causas a 4 espécies: Causa Material - do que a coisa é feita (matéria, como princípio comum); Causa Formal - qual a essência da coisa (o que a distingue das demais); Causa Eficiente - qual a origem ou motor que colocou a coisa em movimento; Causa Final - qual o fim ou objetivo da coisa. Destaca entre as 4 precisamente a última, a causa final [...] para se compreender a noção de bem (bondade das coisas). (MARTINS FILHO, 2000, p. 1-2).

E é com fundamento na concepção acima que Martins Filho se apoia na sabedoria de S. Tomás de Aquino para chegar à ideia de bondade como sendo aquilo que atende a uma finalidade, veja-se:

S. TOMÁS DE AQUINO diz que "Bem é aquilo que a todos apetece". Apetece porque possui uma perfeição, capaz de atrair. Assim, o bem é o fim buscado pelo agente, porque o atrai [...] a perfeição atua como fim para o qual tende o ente: o bem que busca possuir. (MARTINS FILHO, 2000, p. 2).

Nesse particular, salientamos que a noção de bondade apresentada pelo jurista corrobora com a já susmencionada ideia de virtude esposada pelo filósofo Sponville, o que reforça o pensamento de que algo será bom na medida em que funcione – que atinja o resultado esperado prestando-se ao fim a que se destina.

Com isso, constatamos, uma vez mais, a irremediável comprovação que o aspecto da segurança decorre da bondade, como já vimos anteriormente, porque bondade é alcançar a finalidade almejada. Em suma: se há bondade, então haverá segurança, pois a finalidade estará cumprida, e disso podemos afirmar que o bem garante a segurança.

O contrário também é verdadeiro: se não há bondade, isto é, em não se alcançando a finalidade esperada, então não haverá segurança. Mas como o ser humano é imperfeito e sujeito a erro, surge aí a seguinte indagação: como superar nossos erros para alcançarmos a bondade? A resposta a essa questão parece revelar-nos algo, de fato, fascinante.

É que embora os homens estejam sujeitos a erro, somos seres sociais, é da nossa natureza e precisamos nos relacionar para a nossa própria sobrevivência. Também é consabido que é por meio do convívio social que compensamos e superamos as nossas fraquezas, vícios e deficiências, combinando entre nós as nossas forças, virtudes e talentos, e com a experiência desse intercâmbio melhoramos individualmente e em conjunto.

Logo, nossos erros são corrigidos e superados pela nossa união e assim progredimos em beleza, arte, espiritualidade, moral, ciência, tecnologia, e etc. E disso retorquimos se o fato de que podemos errar não seria antes uma bênção que um mal propriamente dito, se é que o mal existe (pois haveria apenas a ausência do bem, assim como a sombra não é senão ausência de luz); e mesmo que o erro seja considerado um mal, se não seria esse um mal necessário.

O poder de errarmos e de nos relacionarmos não seria antes a prova de que temos livre arbítrio e de que o progresso está em nossa finalidade? E como o progresso é infinito, não nos tornaremos, por conseguinte, infinitamente melhores? Com isso, nosso destino não se revelaria divino?

Não podíamos deixar passar a oportunidade de diálogo acima, a qual ainda reforça o aspecto de condição *sinequanon* que a próxima noção, apresentada por Martins Filho, tem para a realização da bondade e compreensão do bem comum; trata-se da noção de participação:

Etimologicamente, participar significa tomar uma parte [...] Daí os dois sentidos básicos da palavra participação: Sentido Material (latino) - dividir um todo material entre aqueles que dele participarão: o todo desaparecerá e cada sujeito participante terá uma parte do objeto participado [...] Sentido Espiritual (grego) - ter parcialmente o que outro possui integralmente. (MARTINS FILHO, 2000, p. 2).

A concepção de participação propugnada pelo autor tem referência com a necessária inter-relação entre os homens e é vista sob a ótica de dois sentidos básicos: um material e outro espiritual, ambos remontando a duas formas básicas de interação do indivíduo com o todo, ora tomando para si uma parte do todo, ora também possuindo o que o outro tem sem, no entanto, subtrair-lhe a sua parte.

Essa noção de participação é ampla, transcendendo até mesmo a ideia de coletividade, pois sugere não ter limites, o que nos leva a concluir, em concordância com esse jurista, que “[...] o bem é difusivo por si só, porque atua como causa final que atrai a que outros participem de sua bondade” (MARTINS FILHO, 2000, p. 2).

Daí a noção de comunidade, e não de apenas coletividade, que Martins Filho coloca com muita propriedade, citando São Tomás de Aquino para enfatizar o aspecto de unidade das pessoas com um todo, reafirmando, com isso, que o bem comum seria algo pertencente à vários, veja-se:

A participação implica uma comunidade entre os participantes em função do participado [...] está nominal e umbilicalmente ligada à própria expressão bem comum. Diz S. TOMÁS DE AQUINO que "a comunidade é um certo todo". Há uma certa unidade entre os participantes, como integrantes de um todo [...] Assim, a noção de comum refere-se àquilo que pertence ou que se predica de vários. (MARTINS FILHO, 2000, p. 2).

A última das cinco noções necessárias para concepção de bem comum é a noção de ordem, sobre a qual o jurista discorre que:

Para haver ordem, são necessárias 3 coisas: Distinção com conveniência - que haja multiplicidade de indivíduos, com um elemento semelhante que os aglutina [...] Cooperação - que aquilo que falta a um seja suprido pelo que possui o outro [...] Fim - que exista um objetivo comum em torno do qual se aglutinem todos os membros da comunidade. Assim, uma comunidade não é um aglomerado de pessoas, mas um todo orgânico, com uma ordem entre as partes, onde deve imperar a harmonia e concórdia. (MARTINS FILHO, 2000, p. 2-3).

A ordem apresenta-se, então, como condição lógica para a união de uma comunidade. Para tal união deve haver, ainda, harmonia e concórdia, o que remonta

ao diálogo anterior (ao falarmos sobre Direito e ética) sobre se a natureza das regras é ou não coercitiva e se as mesmas poderiam prover a garantia da manutenção de algo, garantia essa assegurada espontaneamente, pela primazia da não violência.

A noção de ordem apresentada por Martins Filho reforça a ideia de não violência ao dispor que se deve imperar a harmonia e a concórdia, o qual afirma, ainda, que existem duas espécies de ordem:

Ordem das partes entre si (intrínseca) - subordinação de umas a outras, conforme uma hierarquia; Ordem do todo ao fim (extrínseca) - busca de todos pelo bem comum. A ordem intrínseca se subordina à extrínseca, como as partes se subordinam ao todo [...] A própria ordem do Universo somente se explica em face dessa dupla ordenação. (MARTINS FILHO, 2000, p. 3).

E nessa toada, o jurista põe o bem comum hierarquicamente superior ao bem particular, mas não dissociado deste último, porquanto formado pela plêiade de bens particulares, e demonstra que para se alcançar o fim particular é preciso uma colaboração mútua rumo ao fim comum do qual cada um de nós fazemos parte.

O objetivo que une os homens em sociedade e determina o modo como se organizarão é o bem comum que pretendem alcançar, que se distingue do bem particular buscado por cada indivíduo isoladamente [...] Assim, verifica-se que nenhum indivíduo possa alcançar seu fim particular senão como parte ou co-partícipe de um todo no qual está inserido. Daí que apenas colaborando na consecução do fim comum e ajudando aos demais membros da comunidade a alcançar seu bem particular, é que se atinge o próprio bem, uma vez que se trata de um bem comum. (MARTINS FILHO, 2000, p. 3).

Finalmente, desse encadeamento lógico o autor nos apresenta o conceito de bem comum, confira-se:

Bem Comum nada mais é do que o próprio bem particular de cada indivíduo, enquanto este é parte de um todo ou de uma comunidade [...] Ou seja, o bem da comunidade é o bem do próprio indivíduo que a compõe. O indivíduo deseja o bem da comunidade, na medida em que ele representa o seu próprio bem. Assim, o bem dos demais não é alheio ao bem próprio. (MARTINS FILHO, 2000, p. 3).

Esse conceito, à primeira vista, traz à lembrança a concepção egoística de Adam Smith sobre a chamada “mão invisível” na economia, equivocadamente justificada pela afirmação de que o egoísmo do indivíduo resultaria no bem de todos, de maneira que, ao indivíduo buscar seu bem particular estaria realizando o bem de todos.

Felizmente, a busca pelo bem particular que Martins Filho propõe não é egoística, a uma porque está subordinada ao bem comum e a duas porque não é uma busca dissociada, separatista, violenta, e sim uma busca interligada e em regime de cooperação comum e, portanto, pacífica entre os indivíduos.

Essa busca está ligada à noção de interesse, este considerado como sendo “[...] a relação existente entre uma pessoa e um bem, na qual este se mostra capaz de satisfazer uma necessidade daquela” (MARTINS FILHO, 2000, p. 4). Nesse diapasão, temos a seguinte denominação de interesse público:

Quando o sujeito que busca um bem é uma comunidade, está-se diante do que se denomina de interesse público, que aparece como a relação entre a sociedade e o bem comum que ela almeja, perseguido por aqueles que, na comunidade, estão investidos de autoridade. (MARTINS FILHO, 2000, p. 4).

Depreende-se da supracitada alegação que a relação entre a sociedade e o bem comum que ela almeja seria, então, uma intencionalidade (querer, desejo, vontade) satisfativa, isto é, de se alcançar um bem que satisfaça a necessidade de uma comunidade.

Então, conforme vimos até aqui, temos o bem comum como sendo o valor finalístico (causa final) de uma comunidade e o interesse público como sendo a intencionalidade de se alcançar uma finalidade (bem comum) que satisfaça as necessidades dessa comunidade.

Nesse ponto, perguntamo-nos se bem comum e interesse público seriam sempre intrinsecamente correspondentes, isto é: se a plena satisfação das necessidades da comunidade seria sempre alcançada pela finalidade (bem comum) pretendida; e se aqueles investidos de autoridade pela comunidade seriam infalíveis, ou seja, sempre identificariam as exatas necessidades dessa comunidade.

O insigne jurista nos apresenta uma pedagógica classificação moderna do ampliado rol de interesses de uma sociedade:

A moderna teoria dos interesses veio a ampliar o rol dos interesses existentes na sociedade, fixando uma gradação entre o interesse público e o privado [...] Interesse público - o que diz respeito a toda a coletividade (Ex: segurança pública); Interesse difuso - que afeta a parcela indeterminada da sociedade (Ex: meio ambiente, direitos do consumidor); Interesse coletivo - que afeta a um grupo definido da sociedade (Ex: condições de trabalho numa empresa); Interesse individual homogêneo - que diz respeito a

peças em situações semelhantes (Ex: empregados acidentados por desobediência de normas de segurança no trabalho por uma empresa); Interesse privado - que diz respeito exclusivamente ao indivíduo (Ex: filho natural que pretende o reconhecimento de paternidade através do teste de DNA). (MARTINS FILHO, 2000, p. 4).

Com essa classificação em mente, Martins Filho nos relembra a função do poder judiciário em um Estado Democrático de Direito, qual seja, a de dizer o Direito e defender o ordenamento jurídico por ocasião dos conflitos de interesses, veja-se:

Num Estado Democrático de Direito, cabe ao Poder Judiciário dirimir os conflitos de interesses existentes na sociedade [...] a correspondência entre bem e interesse se dá conforme a proteção jurídica efetiva ao interesse da parte (interesse privado) ou da comunidade como um todo (interesse público). (MARTINS FILHO, 2000, p. 5).

E traz à baila o aspecto da primazia do bem comum sobre o bem particular, como um princípio de preferência, com a seguinte alegação:

Se, por um lado, o bem comum é a potencialização do bem particular, por outro, tem primazia sobre o bem particular, pois o bem de muitos é melhor do que o bem de um só [...] Na verdade, ao se buscar o bem comum, busca-se necessária e conseqüentemente o próprio bem, pelo benefício que a parte recebe do todo. (MARTINS FILHO, 2000, p. 5-6).

A respeito dessa alegação, aproveitamos para refletirmos se a primazia (preferência) do bem comum sobre o bem particular seria absoluta. Em não sendo, não poderíamos utilizar tal axioma para fulminar todo e qualquer interesse particular com o mero argumento de que tal ou qual interesse público sempre prevaleceria sobre o individual apenas pelo simples fato de ser público.

Do contrário estaremos indevidamente validando o utilitarismo e inviabilizando a justiça, esta sim, absoluta, conforme já vimos no subtópico anterior deste capítulo. Ademais, quem garante que determinada finalidade (bem comum) pretendida pelas autoridades seria sempre mais condizente com as necessidades e objetivos de uma comunidade do que este ou aquele bem particular?

Além disso, onde a união e a ordem (conveniência, cooperação e fim comuns) no caso de uma imposição unilateral coercitiva, dissociativa e, portanto, exclusivista de um interesse público por sobre um interesse particular que é condizente com os objetivos da comunidade?

Talvez como forma de superação dessas dificuldades, Martins Filho pautou limites de proporcionalidade e razoabilidade para o princípio do bem comum (o que sugere que tal princípio já não seria absoluto por haver limites), por intermédio de dois critérios distintos, um de ordem quantitativa e outro de ordem qualitativa, confira-se:

Pelo princípio da preferência, o bem comum tem primazia sobre o bem particular. No entanto, essa primazia tem seus limites, impostos pelo princípio da proporcionalidade, segundo dupla vertente: Limite qualitativo - a primazia do bem comum sobre o particular só vale dentro da mesma categoria de bens [...] Limite quantitativo - a prevalência do todo sobre a parte depende da quantidade de indivíduos afetados pelo sacrifício do bem próprio ao comum. [...] Assim, na relação entre o bem comum e o bem particular, há uma proporção conveniente" ... "ainda que buscasse o bem comum, seria injusta uma lei que distribuisse desigualmente suas cargas entre os componentes da sociedade. (MARTINS FILHO, 2000, p. 7).

Tais critérios, apresentados pelo autor com muita propriedade, a nosso ver, por si sós não são suficientes para sanar a questão da falibilidade das autoridades e do caráter injusto e desagregador ao se fulminar um bem particular condizente com os objetivos (e valores) da comunidade. Quanto a esta questão, observamos que o ilustre jurista discorre sobre a contribuição particular para o bem comum expondo a seguinte inquietação:

Talvez o que explique uma visão conflituosa entre bem comum e bem particular seja a postura de considerar o bem dos demais como alheio ao próprio [...] Assim, uma vez perdida a comunhão que se estabelece por se participar de um mesmo bem, chega-se à desunião, em que o bem do próximo passa a ser considerado como mal próprio. Numa sociedade em que imperasse tal postura, não haveria comunidade, mas mera agregação material de seres com apetites contrapostos. (MARTINS FILHO, 2000, p. 7).

No que se refere à questão da falibilidade das autoridades, constatamos que o autor não se reporta especificamente a esse assunto, mas nos oferece uma pista para que as coisas deem certo:

É fundamental, portanto, que cada membro da sociedade veja no bem comum a sua própria realização e para isso colabore [...] o que pode ser concretizado através das seguintes condutas: Adquirir e praticar as virtudes morais (bom convívio social); Exercer de forma competente a própria profissão ou ofício (serviço ao próximo); Participar direta ou indiretamente na vida pública (cumprimento dos deveres cívicos); Fomentar a união na vida social (respeito à liberdade). (MARTINS FILHO, 2000, p. 7).

Entendemos que Martins Filho foi feliz ao falar das boas condutas para concretização do bem comum, uma das quais entendemos que é capital para o

equacionamento das supracitadas questões por nós colocadas em discussão, em especial da questão da falibilidade das autoridades. Trata-se da “participação”.

É que para tal equacionamento é preciso que bem comum e interesse público sejam ineludivelmente correspondentes, o que não se daria de outra forma senão com a plena satisfação das necessidades da comunidade pelo alcance da finalidade pretendida (bem comum) mais condizente. Para isso, tanto a aferição dessa satisfação quanto da finalidade e das necessidades da comunidade precisa necessariamente se dar por meio da participação dos integrantes da comunidade.

Isso porque a participação e controle popular (dos membros da comunidade) têm que ser prévios, concomitantes e posteriores à realização e respectiva motivação dos atos das autoridades para que haja efetivamente comum acordo quanto à correspondência entre interesse público e bem comum. Não basta que a autoridade seja apenas previamente legitimada à prática de tais atos.

A legitimidade da autoridade investida nessa função seria um voto de confiança, voto de confiança, repita-se, e não uma carta branca para fazer o que bem entenda (por mais que essa autoridade seja sábia) sem a respectiva participação e aprovação do feito por parte daqueles que a legitimaram, ou seja, sem a confirmação de que se atingiu a finalidade almejada por todos.

Assim, verificamos que essa aprovação seria a efetivação da participação, em outras palavras, da condição *sinequanon* sem a qual não há comunidade e tampouco progresso na humanidade. Do contrário tampouco haveria a segurança de que se alcançou ou de que se está mantendo o bem comum.

Essa linha de pensamento centrada na noção de participação – juntamente com os critérios apresentados pelo autor para limitar a primazia do bem comum sobre o bem particular – revela-se útil (necessária e adequada) para construção de uma forma segura de determinação de um interesse público condizente com o bem comum, em atendimento à nobre consideração do jurista ao final de sua obra:

Ainda que tais conclusões sejam de caráter muito geral, não são despidas de interesse, na medida em que o princípio do bem comum, como conceito gêmeo ao de interesse público, é esgrimido para fundamentar toda espécie de exigências aos membros da sociedade, sem que se saiba, ao certo, o

fundamento de sua obrigatoriedade e os limites e condições de sua aplicação. (MARTINS FILHO, 2000, p. 9).

Por fim, é importante salientar que a prática da participação fortalece os laços entre os membros de uma comunidade, remontando, assim, ao princípio fraterno, como também assegura o progresso individual e coletivo pela troca de ideias e consequente compensação e superação dos erros, e ainda consolida a democracia.

### **2.3 Direito e Fraternidade**

Em sua obra “O que é Direito”, Lyra Filho traz um conceito pautado na ontologia histórica de Karl Marx, a qual superou a antiga ontologia greco-medieval, de centramento objetivo, e a ontologia moderna, de centramento subjetivo, ao considerar que é possível determinar a essência de algo enquanto resultante do que surge de constante em um processo histórico.

Lyra Filho (1982, p. 6) diz que “[...] nada é, num sentido perfeito e acabado; que tudo é, sendo”, e explica, com isso, que “[...] as coisas não obedecem a essências ideais, criadas por certos filósofos, como espécie de modelo fixo, um cabide metafísico, em que penduram a realidade dos fenômenos naturais e sociais”.

Por se tratar de um processo histórico, é cediço concordar com a consideração do autor de que “[...] a maior dificuldade, numa apresentação do direito, não será mostrar o que ele é, mas dissolver as imagens falsas ou distorcidas que muita gente aceita como retrato fiel”. (LYRA FILHO, 1982, p. 4).

E que para saber o que é Direito, antes é preciso observar as ideologias jurídicas, uma vez que nessas ideologias, segundo o autor, “[...] a ‘essência’ do direito vai transparecendo, embora de forma incompleta ou distorcida”. (LYRA FILHO, 1982, p. 7).

Isso se explica pelo fato de que a ideologia, resumidamente, é uma ideia, ou melhor, uma série de opiniões que não correspondem totalmente à realidade. Notemos, contudo, que a ideologia não corresponde totalmente à realidade, mas traz em si elementos-chave para entendê-la.

Dada a prolixidade em discorrer sobre as mais diversas ideologias jurídicas existentes e, ao mesmo tempo, corroborando com o pensamento do autor de que a maior parte delas situa-se entre o direito natural e o positivo, é mais profícuo termos como referências as concepções jusnaturalista e juspositivista do Direito, uma vez que estas são consideradas básicas por estarem nos dois extremos das diversas ideologias existentes.

Assim, quanto a essas duas concepções, o autor é feliz ao observar que embora o jusnaturalismo seja a posição mais antiga, é o positivismo que hoje predomina. Por outro lado, em que pese ser predominante, não é a melhor maneira de se dizer o que é o Direito, e para isso Lyra Filho tece as seguintes críticas (1982, p. 22-23):

[...] Radbruch apontou um limite: é que, mesmo no plano ideológico, o positivismo [...] “pressupõe um preceito jurídico de direito natural, na base de todas as suas construções” [...] O que se pretende afirmar assim é que, ou o positivismo se descobre como não-jurídico, fazendo derivar o Direito do simples fato de dominação, ou, para tentar a legitimação da ordem e do poder que nela se entroniza, recorre a um princípio que não é o direito positivo.

Junto à questão do Estado emerge a da segurança jurídica [...]. Afirma-se que há segurança para os cidadãos, tendo-se em vista que as preceituações legais estabelecem como todos devem pautar a sua conduta [...]. Mas haverá maior insegurança do que uma determinação sem limites, através da legislação, do que é permitido ou proibido, além do mais realizada por um certo poder que se dispensa de provar a própria legitimidade?

As críticas acima se mostram irrefutáveis, pelo que nos quedamos à aceitação de que o positivismo é insatisfatório para dizer o que é o Direito.

O naturalismo, por sua vez, também não dá conta de dizer o que é o Direito, pelo que concordamos, ainda uma vez, com a lucidez de Lyra Filho (1982, p. 26-270) quando este assevera que:

[...] as questões vêm tratadas no plano ideal, da abstração, no sentido de que não conseguem ligar a elaboração teórica aos grupos, classes, dominações e impulsos libertários [...] Por outro lado, o direito natural fica preso à noção de princípios “imortais” [...] e, quando eles descem à “particularização”, tendem a confundir-se com o direito positivo.

Daí é importante observar que há uma necessidade de superação dessas concepções (naturalismo e positivismo), o que se dá por meio da dialética. Filiamo-

nos às palavras do autor de que a dialética “[...] não tolera aquela antinomia e contradição insolúveis de direito positivo e natural, tomados como unidades isoladas, estanques e desligadas da totalidade jurídica, na totalidade maior, histórico-social”. (LYRA FILHO, 1982, p. 29).

Com essa constatação, de que a dialética é a solução para se definir o que é o Direito, esse autor parte de uma dialética social, defendendo que “[...] o caminho para corrigir as distorções das ideologias começa no exame não do que o homem pensa sobre o Direito, mas do que juridicamente ele faz” (LYRA FILHO, 1982, p. 29).

Para essa tarefa, Lyra Filho (1982, p. 29) chega então ao convencimento de que “[...] a Sociologia Jurídica é a única base sólida para iniciarmos a nova reflexão, a nova Filosofia Jurídica”, com o qual concordamos.

Por outro lado, discordamos com a definição de Direito a que chegou o autor, o qual foi sobejamente influenciado por Karl Marx por ter colocado o Direito como uma constante luta de classes. Vejam-se, a respeito, os nove pontos do que supostamente seria esse direito enquanto dialética social:

I - O Direito não se limita ao aspecto interno do processo histórico. Ele tem raiz internacional, pois é nesta perspectiva que se definem os padrões de atualização jurídica, segundo os critérios mais avançados. II - A verdade, entretanto, é que o direito entre nações luta para não ficar preso ao sistema de forças dominantes [...] III - IV - Afora as comunidades primitivas, [...] cada sociedade, em particular, no instante mesmo em que estabelece o seu modo de produção, inaugura, com cisão em classes, uma dialética, jurídica também, [...] A oposição começa na infra-estrutura. V - A organização social, que padroniza o conjunto de instituições dominantes, adquire também um perfil jurídico, na medida em que apresente um arranjo legítimo ou ilegítimo, espoliativo, opressor, esmagando direitos de classes e grupos dominados. VI - O controle social global, isto é [...] a central de operações das normas dominantes [...] dinamiza em aspectos, não isentos de contradições, a organização social militante. VII – [...] se persiste a cisão de grupos e classes em dominadores e dominados, a dialética vem a criar, paralelamente à organização social, um processo de desorganização [...] mostrando a ineficácia relativa e a ilegitimidade das normas dominantes e propondo outras. VIII – [...] a coexistência conflitual de séries de normas jurídicas, dentro da estrutura social (pluralismo dialético), leva à atividade anômica (de contestação) [...] em desafio às normas dominantes (anomia). IX - Radica neste ponto o critério de avaliação dos produtos jurídicos contrastantes, na competição de ordenamentos. (LYRA FILHO, 1982, p. 46-50).

É fácil ver que a significação do Direito enquanto dialética social a que chegou Lyra Filho é beligerante e exclusivista. Perguntamo-nos o porquê disso e

observamos, então, que esse autor põe a essência do Direito apenas no princípio da liberdade, veja-se:

O que é “essencial” no homem é a sua capacidade de libertação, que se realiza quando ele, conscientizado, descobre quais são as forças da natureza e da sociedade que o “determinariam”, se ele se deixasse levar por elas. [...] O processo social, a História, é um processo de libertação constante [...] Dentro do processo histórico, o aspecto jurídico representa a articulação dos princípios básicos da Justiça Social atualizada, segundo padrões de reorganização da liberdade que se desenvolvem nas lutas sociais do homem. Quando falamos em Justiça, entretanto, não nos estamos referindo àquela imagem ideológica da Justiça ideal [...] (LYRA FILHO, 1982, p. 52-53).

Marx dizia, com humor, que “ninguém luta contra a liberdade; no máximo, luta contra a liberdade dos outros...” E aí está o que faz toda sociedade espoliativa e opressora, em que classes e grupos dominadores cuidam de si, à custa dos demais. Porém o princípio jurídico fundamental [...] Foi Marx igualmente quem o registrou, assinando juntamente com Engels um documento célebre, no qual se lê: “o livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos”. Isto é que é Direito, na “essência”, modelo e finalidade. Tudo o mais, ou é consequência, a determinar no itinerário evolutivo, ou é deturpação, a combater como obstáculo ao progresso jurídico da humanidade. (LYRA FILHO, 1982, p. 59).

Ao fazer isso, Lyra Filho desvirtua o Direito a ponto de resumi-lo à luta pela liberdade e, ironicamente, ao invés de libertar o homem, acaba por escravizá-lo, levando-o inadvertidamente a um extremo violento e desumano ao colocar a essência do Direito em um princípio não absoluto.

Pois bem. Mas se não é a liberdade, então qual seria o princípio no qual estaria a essência do Direito?

É certo que, em sendo absoluto, tal princípio possibilitaria elevarmos dialeticamente o Direito ao extremo sem, no entanto, desvirtuá-lo, ou seja, fazendo-se a paz e não a luta. Para tanto, não vislumbramos um direito com uma segurança jurídica que garanta a paz social de outra forma senão com primazia na não-violência, porque, como já demonstramos nos capítulos anteriores, é evidente que só a não-violência, e não a luta, pode garantir a paz.

Mas aí surge outro problema: como é que um direito absoluto, mas não violento, isto é, não-coercitivo, seria obedecido, concretizado?

A resposta encontrada revela-se surpreendente, conforme se comprova com o capítulo 1 deste trabalho, pois ela contempla uma mudança de paradigma, qual

seja: a superação da dicotomia. E essa superação da dicotomia, como veremos, dar-se-á por intermédio da mediação.

Ao contrapormos as ideias de Lyra Filho com as de Munir Cury, vemos que ambos põem o Direito como um fenômeno social, só que este último coloca a raiz do Direito como única relação inteiramente social, confira-se:

Conforme classicamente tem sido assinalado, é o direito a única relação inteiramente determinada pela coexistência humana e que se exaure de homem para homem [...] até a propriedade que, sob o aspecto econômico comporta domínio, apropriação do homem sobre a coisa, não se explica do ponto de vista jurídico senão como relação puramente humana, a saber. Relação entre a propriedade de um lado e todos os demais homens, de outro. (1950 apud CURY, 2013, p. 2).

Daí chegamos à constatação de que o Direito é um fenômeno social, contudo, não é um fenômeno libertário no sentido de luta, de separação, de exclusivismo, e sim no sentido de cooperação, de união, de coexistência. Isso porque somos verdadeiramente livres apenas na medida em que nos relacionamos, pois somos imperfeitos e limitados e só podemos evoluir ou fazer tudo o que se pode fazer necessariamente por meio das outras pessoas.

Isso se confirma de forma inequívoca ao levarmos em conta que os homens são interdependentes entre si pelo simples fato de que ninguém vive sozinho – ninguém sequer nasce sozinho. Essa nossa ideia se reflete na concepção de bem comum, sobre o qual também coadunamos com o seguinte pensamento:

[...] o ser humano não vive só. Por isso é um “ser social”, pois precisa se irmanar ao outro para se aperfeiçoar. [...] tem uma tendência natural a buscar seu próprio bem, seu bem individual, vivendo em sociedade, buscando nela o que não pode conseguir sozinho. Atua, dessa forma, conjunta e solidariamente com o outro, para si e para o outro, realizando-se em comum, ou seja, na busca comum do seu próprio bem e do bem do outro. [...] Daí a exatidão da afirmação segundo a qual o bem comum é um caminho, um meio indispensável para a realização do bem particular. (CURY, 2013, p. 7).

Entendemos, com isso, que o princípio no qual estaria a essência do Direito não poderia ser outro senão um princípio coletivizador. Por conseguinte, se esse princípio atender apenas a grupos determinados terminará por ser ainda um princípio individualizador de determinados grupos e, portanto, ainda separatista. Logo, é preciso que tal princípio contemple a humanidade inteira para que seja um princípio não exclusivista.

Daí chegamos, então, à conclusão de que a Fraternidade é a essência do Direito enquanto dialética social, e que por isso o Direito deve estar nela fundamentado.

Fernando Horita, por sua vez, ao estudar a origem e características do Direito Fraternal, trata a questão da Revolução Francesa como ponto chave do estudo da Fraternidade pelo fato de que nessa revolução foram proclamados os três princípios fundamentais dos direitos humanos, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade, citando, quanto a este último, o seguinte estudo de Baggio:

[...] O que é novo na trilogia de 1789 é a fraternidade adquirir uma dimensão política, pela sua aproximação e sua interação com os outros dois princípios que caracterizam as democracias atuais: a liberdade e a igualdade. Porque, de fato, até antes de 1789 fala-se de fraternidade sem a liberdade e a igualdade civis, políticas e sociais; ou fala-se de fraternidade em lugar delas. A trilogia da revolucionária arranca a fraternidade do âmbito das interpretações – ainda que bem matizadas – da tradição e insere-a num contexto totalmente novo, ao lado da liberdade e da igualdade, compondo três princípios e ideais constitutivos de uma perspectiva política inédita [...]. (2008 apud HORITA, 2013a, p. 18).

Esse autor ratifica o entendimento de Pezzimenti no sentido de que o princípio da fraternidade é o mais difícil de ser concretizado por ganhar diversas vezes uma conotação religiosa e assistencialista, e não jurídica, e que após a Revolução Francesa

[...] o princípio da fraternidade, quase todo o tempo, se quedou como princípio da solidariedade social, a partir da ideia de que um laço fraternal une todos os homens numa só família, a partir de uma base religiosa [...]. (2010 apud HORITA, 2013a, p. 19).

Em seu estudo, Fernando Horita também admite que a solidariedade permita que alguns indivíduos possuam mais direitos que outros e sustenta essa distinção entre a solidariedade e a Fraternidade com o seguinte pensamento do filósofo Baggio, com o qual acedemos:

De fato, a solidariedade dá uma aplicação parcial aos conteúdos da fraternidade. Mas esta, creio eu, tem um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhe uma aplicação. Por exemplo, a solidariedade – tal como historicamente tem sido muitas vezes realizada – permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação ‘vertical’ que vai do forte ao fraco [...]. (2008 apud HORITA, 2013a, p. 20).

Assim, podemos verificar que a Fraternidade vai mais além que a solidariedade por não ser impositiva e por consignar uma igualdade de dignidade entre os homens que é independente da organização política de uma comunidade. E isso confirma que só a Fraternidade é capaz de fundamentar o Direito de forma plena e imparcial.

Passando à discussão sobre a possibilidade do Direito Fraternal, é importante ressaltar que esse é um assunto recente. Nesse particular, filiamo-nos às ideias de Sandra Vial (2006, p. 122-124) baseadas no estudo do jurista e filósofo italiano Eligio Resta sobre quais seriam os pressupostos do Direito Fraternal, que seguem abaixo:

1 - é um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*, ou seja, é um direito que não parte da decisão de um soberano (de qualquer espécie), mas é *giurato insieme*. É fundamentalmente um acordo estabelecido entre partes iguais, é um pacto acordado a partir de regras mínimas de convivência. É o oposto do direito paterno, imposto por algum tipo de soberano; [...] 2 - é um direito livre da obsessão de uma identidade que deve legitimá-lo. [...] Deste modo, o direito fraternal encontra-se em um espaço político mais aberto, independente das delimitações políticas e ou geográficas. [...] 3 - coloca em questionamento a ideia de cidadania, já que esta, muitas vezes, se apresenta como excludente; por isso, o direito fraternal centra suas observações nos direitos humanos, na humanidade como um lugar comum. [...] 4 - um outro fundamento importante para o direito fraternal deriva deste terceiro ponto, onde se identifica o paradoxo da humanidade ou desumanidade da sociedade. Mais do que isto, Resta resalta que existe uma grande distância entre ser homem e ter humanidade. Este aspecto aponta para a necessidade de uma análise antropológica dos deveres contidos na gramática dos direitos, porque os direitos humanos são o lugar da responsabilidade e não da delegação. Daí a ideia do cosmopolitismo discutida pelo autor; [...] 5 - este fundamento é seguramente um dos aspectos mais fascinantes do direito fraternal: ele é um direito não violento, destitui o binômio amigo/inimigo. [...] Assim, a minimização da violência leva também a uma jurisdição mínima, a um conciliar conjunto, a um mediar com pressupostos de igualdade na diferença; 6 - o sexto pressuposto do direito fraternal é muito complexo, pois elimina algumas “seguranças”, alguns dogmas, algumas verdades: [...] *è contro i poteri, de tutti i tipi, di una maggioranza, di uno Stato, di un governo, che, si as, esercitano dominio sulla «nuda vita»*; [...] 7 - é um direito que pretende incluir, busca uma inclusão sem limitações. Neste aspecto, Resta questiona a propriedade privada de alguns (talvez muitos) bens comuns; [...] 8 - é a aposta na diferença, com relação aos outros códigos já superados pela sua ineficácia, pois estes dizem sempre respeito ao binômio amigo-inimigo, enquanto o direito fraternal propõe sua ruptura.

A leitura atenta dos conceitos acima também revela com clareza cristalina uma possibilidade de mudança de paradigma ao contrapormos tais concepções com a argumentação dialética libertária de Lyra Filho.

É que os pressupostos do Direito Fraternal, por abrangerem a humanidade inteira, permitem a eliminação do dogma de que há necessariamente dois lados opostos, um certo e outro errado, um bom e outro mal, e com isso tornam viável a superação do paradigma da dicotomia – que limita e desumaniza o Direito – substituindo-a por um novo paradigma, cuja técnica da mediação viabiliza a possibilidade de um direito não-coercitivo, ou seja, não violento.

Com isso, o bem comum finalmente estaria garantido pela paz social, porquanto passaria a estar eminentemente sustentado pela não-violência, cujas características foram tão bem explanadas por Mahatma Gandhi (1996 apud VIAL, 2006, p. 129-130):

A paz não é uma nova via, mas é a única via para a construção de um outro mundo possível. [...] As características da não-violência de Gandhi podem ser resumidas em alguns aspectos: ela não está relacionada com a defesa de ganhos ilegítimos, e sim com a defesa e o respeito ao homem; é incompatível com o domínio de países e povos; é um poder que pode ser possuído por todos, por isso deve ser aceito como lei de vida, deve estar no centro de todo o ser. [...] o Direito Fraternal [...] para Resta, [...] ultrapassa os limites do Estado-nação; é cosmopolita; não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais; é um direito que inclui e que não aceita a possibilidade da exclusão.

Vemos, uma vez mais, que o Direito Fraternal é o caminho. Tanto esse caminho é necessário que o mesmo ainda se justifica de forma empírica, isto é, em casos concretos, pelo fato de que, nas constatações de Fernando Horita (2013a, p. 23-24):

[...] vê-se calibrado um equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, por meio da fraternidade, levando à efetividade das normas constitucionais, abrindo caminhos para se buscar uma dimensão fraterna e poder perseguir um Estado Fraternal. Desse modo expressa o ministro Ayres Britto afirmando que o Estado, assumiu o clímax do constitucionalismo, terceira e possivelmente última fase do constitucionalismo. Fase que se situa no plano do respeito, de conteúdo fraternal, colocando a fraternidade como um favor que o Direito pode e deve (re) construir o valor da Justiça, que é alicerce mais sólido da paz.

Assim, diante da irremediável comprovação, tanto no âmbito teórico quanto prático, da necessidade de utilização do princípio fraternal para conquista efetiva do bem comum e, sobretudo, da paz, acreditamos que tal utilização é inexorável, plenamente viável e ocorrerá em larga escala, mais cedo ou mais tarde, como já dito

anteriormente, por se tratar de a Fraternidade ser a essência humana por excelência.

### 3 DIREITO FRATERO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

O jurista e filósofo italiano Eligio Resta, em seu livro “O Direito Fraternal”, afirma que o surgimento da Fraternidade foi silencioso, porquanto abafado pelos princípios da liberdade e da igualdade, pelo motivo de que:

[...] ligava separando, incluía excluindo: o sentimento de fraternidade ia na direção de outras nações, do povo de uma nação, ao povo de outras nações. Abria, portanto, o cenário do cosmopolitismo, mas o fechava imediatamente dentro do recinto das pertenças a famílias nacionais. (RESTA, 2004, p. 10).

Esse anacronismo da fraternidade iluminista, segundo o autor, transfere, concomitantemente, o modelo de amizade à dimensão da Fraternidade, mas cuja regra também comporta as aberturas daí decorrentes, e explica que por essa razão “[...] é direito fraternal que se configura, então, em época iluminista, vivendo, daquele momento em diante, como condição excluída, mas não eliminada, deixada de lado e, ao mesmo tempo, presente.” (RESTA, 2004, p. 11).

Resta assevera que “[...] o hoje indica uma época em que vê desgastar-se a forma estatal das pertenças fechadas, governadas por um mecanismo ambíguo que inclui os cidadãos, excluindo todos os outros” (2004, p. 12), com isso afirma que atualmente “[...] se torna sempre mais concreta a tentativa de pensar o direito em relação à *civitas máximas* e não às pequenas pátrias dos Estados.” (RESTA, 2004, p. 12), e chega então ao raciocínio de que:

O direito fraternal coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos Direitos Humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. (RESTA, 2004, p. 13).

Eis aí uma constatação ousada, com base na qual é possível afirmarmos que o Direito Fraternal não seria apenas uma linguagem social – entendendo-se como tal aquela delimitada por segmentos sociais – mas sim uma linguagem da humanidade como um todo.

Resta menciona o binômio constituído pelo Direito e a Fraternidade da seguinte forma:

[...] trata-se de um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que a sua sombra governam e decidem. (RESTA, 2004, p. 15-16).

Depreende-se daí um Direito Fraternal jurado reciprocamente e, portanto, não violento. Só que tal modelo não estaria restrito apenas à esfera geopolítica da mundialização, alcançaria também os conflitos individuais e necessitaria de uma ligação mais estreita com as relações internacionais e menos estreita com o próprio Estado.

Também é interessante observar que esse autor propõe uma jurisdição mínima como remédio contra uma “expansão hipertrófica” do papel do juiz, porque “[...] é bem possível que o direito colonize toda a vida, e que o juiz acabe acreditando que deva ser o julgador das virtudes e, portanto, seu único detentor legítimo”. (RESTA, 2004, p. 17).

E como se trata de relações de convivência, o filósofo coloca a temática da amizade como um lugar concentrador de alguns dos paradoxos decisivos da vida dos sistemas sociais.

Entre essas dimensões, uma das mais relevantes, mas também, de fato, das mais paradoxais, é exatamente aquela definida por uma *lei da amizade* que encontra nos processos de codificação moderna a fórmula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do *amigo-inimigo* [...] O mundo moderno nada mais faz do que acelerar o processo ambivalente da amizade que se torna tanto o lugar da inclusão como da exclusão, e que, necessariamente, carrega consigo, como uma sombra extremamente inquietante, a definição do estranhamento e, conjuntamente, a tematização da inimizade. (RESTA, 2004, p. 19-25).

Fundamentando-se nos estudos de Canetti (1981), Resta sugere que tal paradoxo (do amigo/inimigo) se dá em um movimento entre a solidariedade e a solidão, da seguinte forma:

O movimento aparentemente se desenvolveria em mão única, se não existissem estímulos contraditórios e ambivalentes: buscamos distâncias e diferenciações, mas as chamamos de volta, com prepotência, buscando e prestando solidariedade, juntando as nossas solidões através de processos não apenas simbólicos que “nos unem” aos outros. (RESTA, 2004, p. 27).

O filósofo faz uma analogia à formação dos cristais para descrever o mecanismo de formação das massas, em que os indivíduos se agregam sem, no entanto, perderem sua individualidade:

[...] todos juntos e não isoladamente podem tornar-se massa e, portanto, renunciar à individualidade sem perder tudo [...]. A amizade está, com efeito, nesse patamar, que deve reconhecer a sua paradoxalidade para poder-lhe revelar as virtudes. É como os cristais de massa que atraem partículas isoladas, tornam-nas coesas e, concomitantemente, separam-nas das outras massas. (RESTA, 2004, p. 29-30).

Esse mecanismo “[...] vincula a uma obediência em troca de cidadania: por essa via é possível ser, em caso de transgressão ou de dissenso, no máximo criminoso, mas nunca inimigo” (RESTA, 2004, p. 34-35). Nisso, a amizade seria então exportada ao exterior.

Resta afirma que a Fraternidade retorna para a história das instituições modernas como amizade política, e diz que:

Quando o código moderno por excelência, que é o código da Revolução Francesa, sanciona a igualdade de todos os cidadãos perante a lei (*nomos ou fyse*), a fraternidade política já havia feito, há tempo, o seu ingresso na história, e já havia encontrado nas Constituições nascentes a sua formulação jurídica. (RESTA, 2004, p. 35).

Mas a fraternidade das Constituições votadas não elimina o paradoxo da amizade política, porque, se por um lado “[...] a constituição entre iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos”. (RESTA, 2004, p. 36).

Por outro lado “[...] a razão de ser da vontade geral [...] acaba, inclusive a quem dela foi vítima, generalizando a força que vence ou a maioria que sustenta.”. E com isso:

A igualdade fraterna é, ao mesmo tempo, pressuposta da forma jurídica da democracia e fim político último a ser alcançado através dos princípios normativos: mais uma vez se proíbe aquilo que se prescreve e se prescreve aquilo que se proíbe. (RESTA, 2004, p. 36).

Talvez como forma de equacionar tal paradoxo, esse filósofo remonta ao diálogo entre Albert Einstein e Sigmund Freud nos anos 30 acerca do “porque a guerra?”, diálogo esse que faz luz aos dias de hoje. Resta narra que Freud chega à conclusão de que:

[...] a rivalidade e a inimizade estão dentro de nós mesmos [...] que na guerra a humanidade nada pode fazer a não ser ameaçar-se a si mesma, e que [...] tudo depende do fato de que ser homens não corresponde, de forma alguma, a ter humanidade. (2004, p. 41-42).

Dessas premissas, esse filósofo chega à conclusão de que:

Amigo da humanidade é, portanto, o indivíduo moral e racional que, conscientemente, conhece os riscos, mas, gandhianamente, aposta na existência de um bem comum, que é o bem da humanidade em si mesmo. Paradoxalmente [...] é quem compartilha o sentido de humanidade e dela se sente parte, assumindo, também, a existência do inimigo; não o demoniza, nem o descarta, jogando-o em “outro” mundo, mas assume inteiramente o seu problema. A rivalidade reside, portanto, em nós mesmos, dentro da própria humanidade: assim, o amigo da humanidade não é simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças a sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranoico da oposição. (RESTA, 2004, p. 50).

Aí estaria uma forma de superação do paradoxo amigo/inimigo presente na relação de amizade a que o filósofo propunha como fundação da fraternidade. Superação essa que se coaduna com a noção de bem comum, que inclui o indivíduo e transcende o paradigma da ambivalência.

Para Resta (2004, p. 45), “[...] o sentido de identificação prontamente radicaliza-se em um sentido de pertença, e essa, sabemos, é a ocasião de inclusões e exclusões, de solidariedade e de hostilidade, de amizades e de inimizades.”.

O autor segue analisando o estudo de Freud sobre a “fatalidade” da guerra, a qual, segundo o insigne psicanalista, estaria enraizada no mundo das pulsões; o que Einstein reconhece e sugere a seguinte solução para enfrentar o aspecto externo da guerra: “[...] renunciar a quotas de violência por parte dos Estados e investir em uma autoridade legislativa e judiciária capaz de compor juridicamente as contendas, impondo-as às decisões.” (RESTA, 2004, p. 53).

Essa proposta de Einstein guarda consonância com a solução Kelseniana de criação de um ordenamento jurídico supra estatal:

Também para Einstein, como para Kelsen, a soberania dos Estados é verdadeiro obstáculo ao pacifismo “jurídico” e é, portanto, “tarefa infinita” do jurista e do político decompor a categoria da “soberania”, na qual reside o egoísmo possessivo, e, assim, a rivalidade externa das instituições políticas. (RESTA, 2004, p. 55).

Já Freud, por sua vez, afirma que “[...] ao invés de falar sobre a relação entre o direito e a força, necessita-se, em termos mais gerais discutir a relação entre direito e violência”, porque esta “[...] indica formas agressivas de comportamento, não reguladas” (RESTA, 2004, p. 60).

A esse respeito, Resta chega a asseverar que “[...] o direito encontra sua gênese em um ato de violência originária capaz de impor uma regra” e que “dessa falta de fundamento dessa violência originária o direito conservará traços.” (RESTA, 2004, p. 60-61).

Eis a violência, e sempre ela a inviabilizar a felicidade dos homens. Freud também a põe na origem da composição dos conflitos entre os homens, e essa mesma violência tem sido utilizada como o instrumento por meio do qual se tem reiteradamente (e insuficientemente) buscado garantir a paz.

Resta se apresenta diante de um beco sem saída ao considerar as práticas do Direito como de natureza violenta. Pudera! Como poderia a violência gerar algo tão diferente de si própria e, por isso mesmo, impraticável de ser por ela mesma mantida? É ineludível que a violência não viabiliza a paz.

Endossar uma continuidade inesperada entre direito e violência significa limpar o campo das ilusões excessivas acerca do denominado pacifismo jurídico [...]. A posição de Freud é clara: o problema da guerra não pode ser relegado exclusivamente a sua regulamentação jurídica, pelo fato de que a violência reaparece também dentre as formas e práticas do direito. (RESTA, 2004, p. 63).

O filósofo parece não encontrar uma solução derradeira para esse problema ao afirmar que “[...] uma norma que impeça a guerra, é cediço, não pode abolir a realidade da guerra, mas da neutralização da *desilusão* talvez pode nascer, senão um diverso ‘princípio de esperança’, pelo menos uma melhor consciência.” (RESTA, 2004, p. 64).

Porém, a nosso ver, não é a violência e sim o egoísmo exacerbado a origem do mal. A violência não é a causa e sim o efeito cuja causa primária é o egoísmo, e estamos convictos de que não é pela violência que se garantirá a paz, e sim pela neutralização desse egoísmo entre os homens.

Egoísmo esse considerado como a falta do sentimento de fraternidade, ou melhor, como o desvirtuamento do amor voltando-o exclusivamente para si próprio ao invés de direcioná-lo também para o próximo. Aí a causa da violência, da dicotomia, do exclusivismo; aí o impedimento de se alcançar o bem comum, tampouco a paz.

Aproxima-se muito do egoísmo a ideia de ambivalência (*Eros e Tânatos*) promanada por Freud e reconstruída por Resta por meio do sentimento da inveja, do qual a guerra seria um arquétipo, confira-se:

[...] se deseja estar no lugar de, ou possuir as mesmas coisas, de um outro, mas não se o desejaria se o outro não existisse ou não tivesse aquelas coisas. Se nós possuímos as coisas, elas são um valor, ao passo que se os outros as possuem elas são algo sem valor. A guerra é o arquétipo do modelo da inveja porque quem a ela recorre sempre aduz que o faz por um motivo justo, imputando injustiça aos outros que a ela também recorrem. Se alguém possui as armas, elas são garantias de segurança, mas se outros as possuem elas representam agressividade e injustiça; se alguém se utiliza das armas dirá que o faz para assegurar a paz, mas se outrem recorre às armas será porque é um “provocador de guerras” que “combate” contra a paz. E a mesma coisa vale para o “desarmamento”: começa o desarmamento apenas quando, e se, o outro já se desarmou, porque se pensa que, enquanto o nosso desarmamento é verdadeiro e autêntico, o dos outros é falso e estratégico. (RESTA, 2004, p. 67).

De acordo com a concepção acima, já que um lado não quer abrir mão de sua posse se o outro não abrir mão primeiro, não bastaria apenas tomar a iniciativa para que tudo se resolva? Talvez essa inveja na verdade vá mais além, no sentido de que mesmo que um lado abrisse mão de sua posse o outro não faria o mesmo. Seja como for, ainda assim é preciso que alguém dê o primeiro passo.

Só que Freud não sugere um pacifismo pautado em uma linha lógica de raciocínio, mas sim com fulcro nas sensações estéticas que o homem possui acerca da civilidade, pela qual repudia a guerra por esta ser horrenda, isto é, não civilizada, e não por ser ilógica.

O pacifismo de Freud não é argumentado na base de raciocínios dedutivos, mas na base de sensações estéticas (da *aisthesis*) as quais derivam diretamente, quase de maneira elitista, da interiorização de modelos de civilidade [...] que não encontram na guerra, nos seus horrores, na sua barbárie, alguma cidadania. (RESTA, 2004, p. 71).

Lembramos que os estudos de Freud são experimentais, empíricos, e por isso são incontestáveis. Assim, é verdade que a humanidade repudia a guerra por senso

estético. Mas aí nos perguntamos: há garantias de que essa estética de civilidade tenha valor de bondade? E se essa estética for uma estética egoísta? Poderia até repudiar a guerra, mas certamente não alcançaria a paz.

Assim, identificamos que é preciso que uma estética de civilidade adequada deve corresponder ao bem comum, e para isso precisa contemplar a prática de condutas voltadas à Fraternidade. O mundo certamente se tornaria verdadeiramente belo e isso seria mais um poderoso instrumento de garantia da paz.

O eminente filósofo Eligio Resta fala de um pacifismo – por ele considerado frágil – de recusa à violência, na tentativa de quebrar essa cadeia cíclica, pacifismo este consubstanciado em dois modelos:

O primeiro é aquele gandhiano que não vive de imperativos éticos nem confia nas sanções, mas assume para si todos os riscos da não-violência em um mundo violento. [...] aposta que o da violência não seja o único código possível [...] coloca em jogo a relação entre o agressor e a vítima, da qual consiste cada guerra [...] Ghandi trabalha sobre o sentido desta relação, indica a única via possível da transformação, que é aquela de colocar-se em discussão como vítima e como opressor. Aposta que o opressor pode ser diferente e, afim de que o seja, deve, como vítima arriscar-se ao encontro com a desilusão [...] deixa de recorrer à violência. (RESTA, 2004, p. 73).

O segundo é o modelo descrito nas refinadas páginas de Elias Canetti que, em *Massa e Poder* reconstrói o singular mecanismo de “engano” da violência operado pelos parlamentos modernos [...] afasta-se a guerra até que se “toma seriamente” o engano, ou seja, se substituem as armas pelas palavras e o voto. (RESTA, 2004, p. 74).

O autor observa ainda que esses modelos curiosamente são muito próximos do modelo freudiano, o qual sugere que a civilização incorpore a violência controlando-a em vez de exportá-la através de um processo de negação.

Ao discorrer sobre o que seria uma Constituição sem inimigos, como forma de exemplificar a superação do paradigma do amigo/inimigo, o filósofo discute a relação entre a lei fundamental e a identidade de um corpo político, tomando como base a Europa, acreditando que lá se encontra a tendência que se realiza em outras culturas do planeta.

Na tradição dos sistemas políticos ocidentais, os direitos fundamentais constituem o eixo central das Constituições, assim, também diretamente, renova-se a necessidade de um processo constituinte no qual a Europa possa reconhecer-se [...] Tudo isso pressupõe que se deva recomençar dos conceitos políticos fundamentais que fazem parte do léxico do Estado-

nação europeu, com base nessa medição, projetar a construção europeia [...] na organização do poder por meio da força física [...] tal léxico é [...] o fruto de uma verdadeira e própria antropologia política nem sempre inspirada na fraternidade. (RESTA, 2004, p. 76-78).

Esse autor propõe “[...] em pensar uma esfera política, ‘pública’, que parta constitutivamente da dimensão de valor das diversidades ‘étnicas’ – nacionais – e as considere como reservas, ao invés de obstáculo a sua afirmação” (RESTA, 2004, p. 79), em contraponto ao pensamento de que:

Constituição como no produto de um poder constituinte que na teoria política ocidental foi sempre representado como qualquer coisa de excepcional, destinado a unificar, mas justificado exclusivamente em função da presença de um inimigo, primeiramente externo e depois interno. (RESTA, 2004, p. 80).

Para o filósofo:

[...] a redução do público ao estatal foi o fruto de uma perda e de um forte empobrecimento tanto da teoria política quanto do modelo de comunidade [...] os debates sobre a Constituição são um pouco prisioneiros desta redução [...] e pode haver um outro modo totalmente diferente de pensar a Europa e de construir-se um diferente “presente constitucional”. (RESTA, 2004, p. 80).

Isto significa remontar a um processo já existente, mas ainda não realizado, de comunidade política, a qual já havia sido sugerida na própria Europa.

Resta (2004, p. 82-83) propõe uma nova Constituição em que os direitos eram o limite do poder, fazendo emergir uma cota de “[...] excluído mas não eliminado”, em que “[...] a soberania seria deslocada do centro à periferia, do soberano a cada um dos detentores dos direitos”.

Nisso se encontrariam dois pontos não resolvidos que hoje a Constituição europeia precisa enfrentar: a lei fundamental como “[...] razão artificial na qual apostar e na qual identificar-se para além do nascimento e da pertença”; e “[...] os direitos individuais que vivem independentemente e contra as constituições estatais”.

O autor chega à conclusão de que “[...] não um ‘poder’, porquanto democrático esse queira ser, mas os ‘direitos fundamentais’ são o princípio e o fim da União.” (RESTA, 2004, p. 84). Eis aí o valor de bondade de uma Constituição inclusivista: os direitos fundamentais.

Para tanto, Resta pretende que se supere o Estado por meio da comunidade, sob o raciocínio de que pode até não existir uma Constituição sem Estado, mas pode existir uma comunidade sem Estado, e daí o cosmopolitismo moderno encontraria seu lugar em uma comunidade sem os Estados e suas “pequenas pátrias” (2004, p. 87).

Nisto, os direitos fundamentais seriam concretizados e encontrariam guarida em um sistema central de resolução de conflitos que:

[...] encontra nas Cortes de Justiça europeias o seu lugar público. Não se trata de pensar em uma nova versão da “república dos juízes”, mas em qualquer coisa que se relaciona com o problema da “custódia da Constituição”. (RESTA, 2004, p. 87).

Isso porque os direitos fundamentais do homem só poderiam ser dirigidos contra os poderes, fazendo com que as cortes sejam o lugar onde se articula a democracia. Com isso, uma Constituição sem Estado – Constituição esta da comunidade, pautada nos direitos fundamentais – ao invés de ser um lugar frágil, vacilante, disforme, da política, seria “[...] a sua afirmação mais significativa para um Estado de natureza pacífico” (RESTA, 2004, p. 87).

Portanto a Europa não seria de todo Estado nem totalmente sociedade, mas alguma coisa que tenderia a ser um Estado em vias de institucionalização, graças à e em função da paz. A condenação da violência asseguraria a paz, mas esta seria condição necessária, porém ainda insuficiente para a estatualização. Estaríamos ainda, portanto, em uma fase de sistematização das relações civis, que requerem ulteriores formalizações e progressivas construções de espaços públicos, ou melhor, de um verdadeiro e próprio “público” europeu. (RESTA, 2004, p. 87).

Reconhecer-se, então, em um projeto de democracia, liberta de qualquer identidade do ethnos, significa escolher uma outra identidade, talvez mais sólida, apostando pura e simplesmente, como sugeria Pascal, na existência do “bem público”. Nunca como neste caso, a identidade da Europa está, como para cada indivíduo, escrita na sua Carta. (RESTA, 2004, p. 91).

Resta observa que os juízes são os donos da palavra, porquanto é próprio do sistema jurisdicional dizer a última palavra em Direito e isso por si só já justificaria, ou pelo menos indicaria, o sistema judiciário como apto para garantir a aplicação dos direitos fundamentais.

Mas aí surge o problema da relação entre democracia e jurisdição, quanto à qual o autor discorre:

A minha ideia é que um sistema judiciário chamado a decidir sobre tudo, e com poderes muitas vezes discricionários e, nos fatos, pouco controláveis, é o lugar que oculta quotas fortes de irresponsabilidade: consente álibis e cobre a forte diferença entre aquilo que o sistema da jurisdição diz que é, e o que faz, e aquilo que na realidade é e faz. (RESTA, 2004, p. 97).

Na visão do autor, um judiciário hipertrofiado oculta grandes irresponsabilidades, sintetizando-se os perfis desta anomalia nos seguintes pontos: “a) o caráter onívoro da jurisdição, b) a inflação da litigiosidade, c) a redundância da cultura dos remédios, d) o caráter monopolista da jurisdição, e) uma confusa relação entre Estado, esfera pública, jurisdição.” (RESTA, 2004, p. 98).

Contra tal hipertrofia, o autor defende um sistema de jurisdição mínima sob a alegação de que “[...] é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios” (RESTA, 2004, p. 100).

O autor observa que há uma “[...] tentativa constante do nosso sistema institucional de redefinir o círculo conflito-remédio não através de ingênuas renúncias ao sistema judiciário, mas através de uma redefinição dos seus confins” (RESTA, 2004, p. 103), e defende tal observação com maestria por meio de dados empíricos e positivos pautados em:

[...] tendências e práticas legislativas recentes: das diretivas comunitárias em matéria de defesa dos consumidores até a instituição de algumas autoridades que oferecem garantia, basta ver a lei sobre as Câmaras arbitrais junto às Câmaras de comércio, até a introdução de vários “filtros” da jurisdição. (RESTA, 2004, p. 103).

Porém, adverte que:

[...] se investe no remédio sem incidir nas causas; assim, aumentam os recursos do aparato judiciário, mas continua somente a ilusão de que isto faça diminuir os conflitos. O remédio reage sobre o remédio, mas não tem nenhuma direta incidência sobre as causas, dimensões, efeitos da litigiosidade que determinam os conflitos. (RESTA, 2004, p. 105).

Resta volta à antropologia da primeira época moderna, fundada na base do medo e da necessidade, na tentativa de definir o problema do conflito visando identificar a causa da delegação ao judiciário que agora parece buscar novas soluções. De início, utiliza a palavra dissídio, diferenciando-a de conflito para explicar que há situações em que não há comunicação ou terreno comum entre as

partes, o dissídio apenas divide, mas o magistrado não pode se furtar de julgar essas situações.

Já no conflito há uma rivalidade simétrica e recíproca entre as partes em que há uma dependência entre ambas, uma forte ligação, uma verdadeira paranoia.

Como se sabe, no conflito nos “fixamos” e vivemos em função do outro conflitante. Não há tampouco a distância de segurança que cada estratégia garante, porque antes de cada estratégia existe a necessidade daquele conflito. (RESTA, 2004, p. 111).

Resta se limita a descrever sobre a existência do conflito e sugere que o mesmo, ou melhor, a dicotomia, parece ser essencial à condição humana.

Todavia, não concordamos com essa constatação, ou melhor, não concordamos inteiramente: anuímos quanto à existência de uma ligação necessária entre os homens, própria da natureza humana e razão de ser de sua existência, mas avalizamos que essa ligação não é essencialmente conflituosa, e sim fraterna; a causa do conflito seria apenas e tão somente uma ausência de fraternidade, conforme já vimos anteriormente.

Quanto à figura do conciliador de conflitos, o ilustre filósofo pondera que tal função não se aplicaria ao juiz, sob a seguinte alegação:

[...] ao lado das previsões de uma conciliação ou mediação fora do processo, começou-se a falar, com mecanismos de dupla ligação, de juiz conciliador. O efeito é oximoro, uma vez que normativamente a linguagem do juízo não pode ser a da conciliação [...] Enquanto no juízo tudo gira em torno da centralidade da voz terceira, a sua *auctoritas*, bem como ao seu poder de dizer a última palavra, na conciliação os atores são os próprios conflitantes. Não é necessário que exista o conciliador e, se existe, não está certamente no centro da representação; limita-se a declarar que o juízo não tem mais razão de ocorrer ou que ele perdeu a relevância. (RESTA, 2004, p. 119).

E com isso faz seu desabafo:

Ao juiz se pede tudo, da casa à saúde até a felicidade, e é por isso que, diante de desilusões anunciadas, ao juiz se imputam todas as culpas do sistema político. Creio que seja esta curva acentuada de espera e desilusão que explica tanto a crescente judicialização dos conflitos quanto a crítica crescente. (RESTA, 2004, p. 120-121).

Mas observamos que se pode ser verdade que a mediação não serve para a função jurisdicional enquanto aplicada às partes do processo, por inflar

desmesuradamente o judiciário, não é menos verdade que a mediação dos direitos relativos, tendo como fundamento absoluto o Direito Fraternal, seria a mais eficaz forma de solução jurisdicional das controvérsias. Essa mediação é plenamente aplicável em matéria de direito, em relação ao qual o juiz não estaria contaminado.

Já no caso de contato com as partes em uma mediação de conflito entre ambas, a neutralidade do juiz durante essa mediação poderia ser fiscalizada pelos advogados das partes, sendo esta a previsão do novo CPC no Brasil, o qual, salvo melhor juízo, só teria pecado em prever que o mesmo juiz que intentou a mediação ou conciliação seja o mesmo juiz que julgará a lide.

Ainda em relação às partes do processo, esse autor faz uma alusão, com a qual concordamos, entre a mediação e a *mediana* estatística (que alcança uma relação equidistante entre os valores extremos) e põe como diferença entre a mediação e o juízo o fato de que a mesma “[...] não deve concluir nem decidir nada, deve somente fazer com que as partes conflitantes estejam em condições de recomeçar a comunicação”. (RESTA, 2004, p. 129-130).

Na conclusão desse seu livro, Resta resume que o mundo cosmopolita de hoje retoma, em certo sentido, à questão da fraternidade já colocada no experimento iluminista e propõe um exercício de ir além do binômio amigo/inimigo e da política como neutralização da hostilidade. Para esse filósofo, “[...] o direito fraternal recoloca em jogo o modelo de regra da comunidade política; modelo não vencedor, mas possível.” (RESTA, 2004, p. 129-133).

Estamos certos de que se trata de um modelo vencedor sim, pois uma vez que esteja em funcionamento não mais retrogradará, porquanto se trata de um modelo de paz – conforme já demonstramos anteriormente – em que a Fraternidade é o próprio fundamento do Direito e a verdade que o move.

A necessidade de mudança de paradigma, da dicotomia para a mediação, também se justifica pela verificação do enfraquecimento dos vínculos humanos e do aumento alarmante do individualismo, ao nos depararmos com o estudo da proposta de Zygmunt Bauman acerca da compreensão do paradigma da modernidade.

Segundo esse estudo, “[...] as amizades institucionalizadas eram essencialmente formas de camaradagem, assim como a fraternidade de sangue ou companheirismo de armas” (1991 apud HORITA, 2013b, p. 126), chegando-se à constatação de que “[...] a amizade era praticamente baseada em valores de honra e sinceridade. Hoje, com as transformações da modernidade, a natureza da amizade é frequentemente um modo de reencaixe”. (HORITA, 2013b, p. 126).

A predominância da individualização, em suma, causa uma lenta desintegração da cidadania; praticamente ela é desencadeada pela suspeita em relação a outros seres humanos e pela resposta negativa em confiar no companheirismo humano. [...] e por mais que os indivíduos se sintam sozinhos, menos vale a pena investir em laços humanos [...] Evitar o outro, portanto, é uma forma radical de proteção [...] diante desse novo cenário, indaga-se uma necessidade de repensar conceitos tradicionais, pois o Direito, por lógico, não tem dado respaldo para algumas demandas. (HORITA, 2013b, p. 133-134).

Então, a partir de uma crítica a esses conceitos tradicionais que não dão conta de sanar o problema do individualismo nos dias atuais, Zygmunt Bauman foi feliz ao afirmar que:

[...] a fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo uns em relação aos outros, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. (2008 apud HORITA, 2013b, p. 136).

Consignamos, também, a perspicácia de Fernando Horita (2013b, p. 138) ao alegar que “[...] se a modernidade líquida contribui filosoficamente, à fragilidade e transitoriedade dos laços, a teoria do direito fraterno busca um horizonte que possa romper em face do dogmatismo e do autoritarismo”, restando, assim, demonstrado que:

[...] o direito e a humanidade necessitam da fraternidade; devendo, assim, ser deixada de lado a fluidez, característica predominante na modernidade líquida [...] o Direito Fraterno é uma oportunidade social, que, dele, resulta a possibilidade de se tornar um pressuposto do saber jurídico que terá certos ares de reciprocidade tanto na questão do direito, como na questão humana e que, por outro lado, justiça e dignidade serão representadas pelo Direito. (HORITA, 2013b, p. 141).

Munir Cury, por sua vez, em seu diálogo sobre Direito e Fraternidade, traz um histórico ocidental que remonta à antiguidade, asseverando que a “[...] concepção

pagã romana oscilava entre o individualismo e o coletivismo, ora limitando o bem comum ao bem do indivíduo, ora dissolvendo o indivíduo na massa, no Estado” (CURY, 2013, p. 10). Daí afirma que a superação dessa antinomia “[...] deve-se ao fato cristão, que, pelos seus horizontes doutrinários, possibilitou ao homem a visão de sua destinação própria” (1970 apud CURY, 2013, p. 10), e que hoje

[...] a solidariedade, uma das vertentes da fraternidade, dá um novo sentido à distribuição de justiça posto que, se de um lado tem como base a aplicação da lei, de outro avalia os conflitos valorizando a vida, reconhecendo o respeito e a dignidade das partes no processo, interpretando-a segundo o preceito básico de “fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a si próprio”. (CURY, 2013, p. 11).

Munir Cury chega a dizer que as exigências da Fraternidade e da solidariedade impõem-se de tal forma que não mais a soberania, e sim a solidariedade mostra-se como fundamento do direito internacional.

Nos vários corolários do Direito Público o princípio da fraternidade pode excluir o egoísmo que muitas vezes congela os relacionamentos, e passa a exigir dos cidadãos o dever de acompanhar o Estado e a comunidade. [...] Por sua vez, cabendo ao Direito Privado regular as relações jurídicas entre particulares provocadas pelo trauma da ruptura na convivência social, o princípio da fraternidade é essencial para a recomposição da harmonia das partes, assim como a pacífica coexistência das mesmas, de forma que os conflitos sejam reduzidos ao mínimo e rapidamente solucionados. E mais, a solução desses conflitos não se restringe meramente às partes envolvidas, mas se estende ao grupo e, quando não, reflete no próprio tecido social. (CURY, 2013, p. 12).

Nesse ponto, é interessante ver o afastamento do egoísmo por intermédio da ação da Fraternidade, reinserindo o indivíduo como parte integrante das relações sociais e afastando, por conseguinte, o ostracismo sem precedentes que tanto assola presentemente o mundo moderno.

Podemos, então, contrapor as concepções de Zygmunt Bauman e Munir Cury para formar a ideia de que a Fraternidade, por estar na origem de um comportamento social de reciprocidade entre os homens, afasta o egoísmo que congela os relacionamentos e leva ao individualismo, promovendo assim as relações sociais.

Nesse particular, o bem comum:

[...] deve ser concebido como um ideal possível de convivência entre os homens. [...] para alcançar esse [...] ideal [...] a opção por valores e virtudes individuais ou sociais deve estar radicada no princípio da fraternidade, cuja

regra básica de “fazer ao outro aquilo que gostaria que fosse feito a si próprio”, é fundamental e imprescindível, sob pena de fragilizar essas mesmas opções. (CURY, 2013, p. 14).

Averiguamos, então, que o Direito Fraternal se reflete internacionalmente no ordenamento jurídico, consubstanciando uma tendência de unificação em todo o ordenamento e, por via de consequência, uma harmonização jurídica entre os povos.

No que se refere especificamente ao ordenamento jurídico interno, salientamos as ideias do professor Dr. Carlos Ayres Britto, em cujo livro “Teoria da Constituição”, ao afirmar que o Direito é produto da experiência humana, isto é, uma resultante do processo histórico, informa-nos que haveria uma evolução histórica do Estado Liberal para o Social e deste para o Estado Fraternal, nos seguintes termos:

[...] Tudo começando, embrionariamente, com a *Magna Charta Libertatum* de 1215, inaugural do que depois veio a se chamar de Estado de Direito. Este, por seu turno, a figurar como o primeiro elo dessa corrente de que vieram a fazer parte, sucessivamente, o Estado Democrático de Direito (liberal por excelência), o Estado de Direito Democrático (eminentemente social) e agora o Estado de Justiça ou Estado holístico (assim nos permitimos cunhar, face à crescente densificação dos princípios constitucionais e da própria constitucionalização de temas antes reservados à legislação comum ou de segundo escalão). Que é um Estado de funcionalidade fraternal. (BRITTO, 2003, p. 210).

Nesse diapasão, as Constituições estariam sendo atualmente interpretadas, então, à luz do Estado Fraternal, mas para que tal interpretação se dê de forma que se garanta sua natureza estável, as Constituições deveriam se manter irredutíveis quanto a dois aspectos:

[...] a) primeiro, na função constitucional originária de montar o aparelho de Estado, com os respectivos órgãos de governo; b) segundo, o sentido histórico-filosófico de servir a Constituição como o único mecanismo jurídico de eficaz contenção aos excessos do poder político e, sequenciadamente, do poder social como um todo [...]. (BRITTO, 2003, p. 213-214).

Carlos Ayres Britto assevera que o Estado Fraternal seria a resultante de uma formação dialética por meio da incorporação, às Constituições atuais, das ações estatais afirmativas em busca da correção de injustiças por meio da criação de uma igualdade pela diferença, em outras palavras, por intermédio de ações estatais que privilegiem determinados grupos socialmente desfavorecidos como forma de se chegar a uma igualdade social entre estes e as classes sociais mais elevadas.

No aludido livro o professor Dr. alega que “não pode haver fraternidade senão entre os iguais”, e com base nessa premissa revela sua almejada ideologia da igualdade social. Veja-se:

Aonde queremos chegar? Na compreensão de que a ideologia da igualdade social é a mais estratégica das ideologias, por ser a igualdade social a necessária ponte entre a Liberdade e a Fraternidade. Sendo esta o ponto ômega ou o pináculo da evolução político-jurídica, tanto quanto o Amor é o ponto mais alto da evolução espiritual. (BRITTO, 2003, p. 217).

A esse respeito, concordamos avidamente com a ideia de se atingir a igualdade social, mas reflexionamos, quanto à aludida alegação, que pode haver sim Fraternidade também entre os socialmente desiguais, e seria justamente essa Fraternidade praticada diretamente entre desiguais – em que o mais forte ajuda e se eleva com o mais fraco ao invés de esmagá-lo – ainda mais excelente que as ações afirmativas impostas unilateralmente pelo Estado, e dizemos “unilateralmente” em que pese o Estado possa ser considerado como conjunto das diferentes classes sociais.

É que a inclusão (mediação), e não a exclusão (dicotomia), seria o melhor caminho, como já vimos, uma vez que por intermédio da primeira a igualdade social acabaria sendo finalmente alcançada pela não violência, pela não imposição, e como dessa forma não há vencedores ou vencidos, conseqüentemente não há humilhação ou condescendência de quem quer que seja; muito pelo contrário, estaremos todos incluídos e elevados a uma só família humana.

A nosso ver, a ação mediadora estatal seria ainda mais proveitosa que a chamada ação afirmativa porque aquela faz com que as partes consolidem a Fraternidade por meio do comportamento reiterado da ajuda mútua, por vezes abrindo mão de algo para se alcançar uma justiça equânime (equidade), tendo ou não esse algo sido conquistado de forma ilegítima.

Mas também concordamos que, a depender do caso concreto, tal prática possa mesmo ser inicialmente imposta pelo Estado para só depois ser diretamente assumida pelas partes envolvidas, entendendo-se o Estado, sob o enfoque da visão contratualista, como instituição própria para esse fim. Daí as ações afirmativas serem muito bem-vindas, desde que sejam sempre temporárias e não permanentes. Senão vejamos.

De acordo com a teoria do saudoso professor de filosofia política John Rawls, a justiça “é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas do pensamento. [...] Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos”. (1997, p. 3-4).

O modelo de justiça propugnado por Rawls (1997, p. 7-8) desmantela o utilitarismo e tem como objeto primário “[...] a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social”. As instituições sociais mais importantes seriam “[...] a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais”.

Trata-se de uma concepção de justiça por equidade, mas buscando a igualdade pelo princípio da diferença e não pelo axioma da isonomia. É uma alternativa de reconstrução da justiça. Alcança-se uma justiça equânime por meio de políticas de ações afirmativas (modelo de cotas sociais, étnicas, bolsas, e etc.), segundo a visão contratualista de que cabe ao Estado a intervenção na sociedade, em que nessas situações excepcionais a igualdade predominaria sobre a liberdade.

Como essa equidade estaria legitimando um modelo de desigualdade, esta seria a razão de o modelo de cotas ser tão polêmico. Porém, é importante atentar que tais ações destinam-se a uma compensação socioeconômica como forma de correção histórica, de classes historicamente desprivilegiadas, e por isso essas ações devem ser temporárias e não utilizadas como regra.

Assim, conferimos que há plena compatibilidade entre a ação mediadora e a ação afirmativa estatais, além da viabilidade de a mediação ser utilizada como regra. Para tanto, reafirmamos a importância da Constituição filiando-nos às seguintes palavras do professor Dr. Carlos Ayres Britto (2003, p. 218):

É por aqui mesmo que se dá a penetração do *holismo* no Direito, entendido o holismo como decidida opção existencial pela integração ou abrangência gradativa de tudo. E tinha de ser pelas portas mais largas da Constituição, visto ser ela – e somente ela – potencialmente *onitemática*. Seletivamente *onifinalista*. O que já significa uma confirmação do seu papel dirigente e da sua inamovível posição de centralidade. Ela, Constituição, a permanecer como a fundamentalidade de todo o sistema jurídico interno e até mesmo do sistema social genérico (o militar, o econômico, o financeiro, o familiar, o

técnico, etc.). A fundamentalidade das fundamentalidades, pois as próprias fontes do Direito Internacional têm de receber as *boas-vindas* da Constituição para, e só então, metamorfosear-se em normas de Direito Interno desse ou daquele Estado soberano.

#### 4 DIREITO FRATERO NO BRASIL – CASOS CONCRETOS

Podemos ter uma boa noção dos reflexos da fraternidade no ordenamento jurídico interno de um país por meio da observação de alguns julgados da Suprema Corte brasileira. Tais julgados nos oferecem vasto subsídio para que tenhamos uma ideia, ainda que superficial, das possibilidades e da necessidade de emprego da Fraternidade como um direito fundamental absoluto.

Selecionamos três julgados que consideramos pertinentes e relevantes para a demonstração em tela, quanto aos quais ressaltamos que nosso objetivo não é o de exaurirmos o assunto abordado nos mesmos, ou de estudá-los analiticamente em todas as suas nuances, e tampouco o de emitirmos juízo de análise de mérito; mas tão somente o de ilustrarmos alguns reflexos da Fraternidade em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista, ainda, a necessária concisão deste trabalho de conclusão de curso.

Esclarecemos também que nenhum dos julgamentos abaixo envolve a temática das cotas (ações afirmativas), a uma para que não sejamos repetitivos, porque esse assunto já foi demonstrado como sendo próprio do Estado Fraternal no final do capítulo anterior, e principalmente para enfatizarmos que a Fraternidade não se concretiza apenas por meio das ações afirmativas.

Iniciamos com o *Habeas Corpus* – HC 82.424/RS, no caso de um livreiro brasileiro que escreveu e publicou livros disseminando o ódio aos judeus, em que o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação imposta pelo Tribunal *a quo*, por crime de racismo, negando o pedido de *Habeas Corpus* e repudiando os discursos do ódio (BRASIL, STF, HC 82.424/RS, Plenário, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2003).

Esse mesmo caso foi citado pelo ministro Gilmar Mendes em seu artigo intitulado “A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade”, em cuja introdução esse jurista avalizou que:

No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re) pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. (MENDES, 2014, p. 2).

A análise do referido *Habeas Corpus* pelo ministro resultou no entendimento de que:

A liberdade de expressão não se afigura absoluta no texto constitucional brasileiro. Ela encontra limites também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. (MENDES, 2014, p. 4).

Podemos identificar que aqui se trata, basicamente, da necessidade de que haja uma espécie de limitação ao princípio da liberdade para que os demais princípios (no caso, o da igualdade e da tolerância) não restem fulminados e com isso caia por terra o próprio sistema democrático.

Diante disso, propomos a seguinte reflexão: é preciso que princípios constitucionalmente previstos sejam relativizados no sentido de que haja uma espécie de limitação na aplicação dos mesmos; mas no momento em que mitigamos tais valores não estaríamos relativizando a própria supremacia da Constituição?

Se a supremacia da Constituição é condição de validade da mesma, então essa supremacia não pode ser entendida como um valor passível de relativização, sob pena de não haver segurança jurídica, pois, como já vimos anteriormente, não há segurança sem valor absoluto.

Além disso, a mera “ponderação” entre os princípios relativos constitucionalmente previstos tampouco se mostra como técnica mais adequada, o que reforça a ideia de que tais princípios devem ser aplicados à luz de um princípio absoluto.

É que a técnica de ponderação de valores propugnada por Robert Alexy – em que “[...] as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência” (ALEXY, 2008, p. 99) – dá-se por meio da proporcionalidade, com a qual se deve demonstrar que determinado princípio seria o mais benéfico, e é justamente nesse aspecto que repousa a maior crítica ao eminente filósofo do Direito.

A proporcionalidade permite a entrada e até a prevalência do argumento utilitarista, porque tal ponderação se baseia na relação entre custo e benefício, e o utilitarismo, como já vimos, não se coaduna com a justiça, pois permite o sacrifício de alguns, sem seu consentimento e mesmo que inocentes e indefesos, para um pretense benefício do restante como se isso resultasse no bem comum. Esse argumento é pernicioso e destrói a justiça (que é um valor absoluto) ao relativizá-la, deixando, assim, de ser justiça, pelo que não poderia haver bem comum.

Ademais, e neste ponto nos filiamos às ideias do respeitado filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, o discurso de justificação utilitarista de custo e benefício contempla todos os tipos de argumentos (políticos, religiosos, e etc.), em outras palavras, não é um discurso eminentemente jurídico, não é próprio da ciência do Direito e, por isso, não justifica a atividade jurisdicional.

Assim, tanto a Constituição fundada apenas em princípios relativos como a técnica de solução de controvérsias que relativize todos os princípios da Constituição certamente relativiza a supremacia da mesma, caindo por terra sua condição de validade e sua condição como pressuposta de todo o ordenamento jurídico.

É preciso, então, que a Constituição detenha valor absoluto, e esse valor absoluto não poderia ser outro senão a Fraternidade, com a qual poderemos garantir a supremacia da Constituição e solucionar controvérsias envolvendo os demais princípios constitucionais à luz desse princípio absoluto.

Também é importante observar que o ministro Gilmar Mendes põe os tribunais constitucionais como órgãos cabíveis para concretizar o Direito Fraternal, o que é perfeitamente compatível com a nossa ideia, cuja operacionalização reclama a ação de operadores do Direito, e nada mais sensato que, em âmbito nacional, isso seja feito nos Tribunais Constitucionais, confira-se:

[...] é por meio das efetivas decisões tomadas pelos Tribunais Constitucionais que esses valores supremos ganham uma real dimensão diante das particularidades históricas e culturais das diferentes sociedades. [...] O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades do legislador democrático. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa

tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República. (MENDES, 2014, p. 7-8).

Em outro caso relevante, o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF acerca das pesquisas com células tronco, foi brilhante ao discorrer sobre a legitimidade dessas pesquisas à luz do constitucionalismo fraternal, veja-se:

[...] A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, 2008, p. 2-3).

Nesse caso, constatamos a aplicação do princípio fraterno para justificar que a pesquisa com células-tronco, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.105/2005 (lei de biossegurança), não despreza o embrião in vitro e sim promove a comunhão da vida social em benefício do bem-estar.

[...] Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Min. Celso de Mello). [...] A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. (BRASIL, STF, ADI 3.510/DF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, 2008, p. 3-7).

Podemos observar claramente uma análise acerca do imbricamento de princípios relativos (do direito à vida e à dignidade humana com os direitos ao bem-estar e à felicidade) sem, no entanto, confrontá-los diretamente no sentido de ponderá-los um apenas em relação ao outro, mas mediando-os à luz da fraternidade de forma a conformá-los especificamente para o caso concreto em comento.

É importante salientar que, ainda não nos debruçando sobre quais seriam os critérios para a operacionalização e justificação da análise dos demais princípios

constitucionais tendo como parâmetro o princípio absoluto da fraternidade, o fato é que já podemos identificar a existência de uma atividade jurisdicional com base na Fraternidade.

Para não nos delongarmos muito, limitamo-nos a citar mais um terceiro caso, por nós também considerado pertinente e relevante para o presente trabalho. Trata-se da ADI 4.277/DF, também de relatoria do ex-ministro Carlos Ayres Britto, acerca da proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, em relação à união homo afetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Confira-se:

[...] A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. [...] O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de 'promover o bem de todos'. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana 'norma geral negativa', segundo a qual 'o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido'. (BRASIL, STF, ADI 4.277/DF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, 2011, p. 1-2).

Observamos a adoção da fraternidade em seu aspecto inclusivo acerca do sexo das pessoas (inclusão comunitária, não necessariamente social), trazendo para o Direito, e não mais excluindo, aqueles que possuem orientação sexual diversa daquela tradicionalmente aceita para formação de um casal.

Para tanto, foi invocado o princípio da norma geral negativa, mediante a qual não haveria distinção jurídica em relação ao sexo a não ser como exceção excepcionalíssima e obrigatoriamente expressa na Carta Magna.

Mas não é só. Ainda houve a indicação do aspecto inclusivo da Fraternidade também pela afirmação conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana, do direito à autoestima, à busca da felicidade, à liberdade, à intimidade, e etc., de modo a corroborar a superação do caráter exclusivista e violento da discriminação pelo aspecto inclusivo e não violento da inclusão, inclusão esta para a qual confluem os demais princípios constitucionais.

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da 'dignidade da pessoa humana': direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da

vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (BRASIL, STF, ADI 4.277/DF, Plenário, Rel. Min. Ayres Britto, 2011, p. 2).

Pelo exposto, verificamos, portanto, alguns reflexos da Fraternidade e a necessária operacionalização do ordenamento jurídico interno à luz desse princípio absoluto, tanto como superação do paradigma da dicotomia pela mediação, quanto como manutenção do valor da justiça e garantia da condição de validade da supremacia da Constituição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em nossa breve investigação, pudemos constatar, a nosso ver, de forma satisfatória, a realidade insofismável de que a Fraternidade de fato se constitui como um direito fundamental absoluto. E não só isso. Revela-se, ainda, na própria condição de validade de todo o ordenamento jurídico.

Para tanto, problematizamos o tema por meio da busca sobre qual seria a relação entre o Direito e a Fraternidade, pelo que corroboramos a respectiva hipótese de que o Direito é uma resultante do processo histórico cuja essência encontra-se no princípio da Fraternidade.

Também questionamos a possibilidade do Direito Fraternal, isto é, se o Direito Fraternal é mesmo possível, e confirmamos a hipótese de que, em sendo não coercitivo, tal direito é possível por meio de uma mudança de paradigma: a superação da dicotomia pela mediação.

A verificação acima também está diretamente ligada ao questionamento sobre como esse direito seria posto em prática, cuja resposta pautada na suposta tese de que o mesmo seria concretizado enquanto mediador absoluto entre os demais direitos fundamentais, especialmente entre os da liberdade e da igualdade, foi igualmente ratificada ao longo deste trabalho.

Não menos importante foi a elucubração em torno da problemática acerca de quais seriam os reflexos do Direito Fraternal no ordenamento jurídico, questão quanto à qual, diante da certificação de que só o Direito Fraternal é absoluto enquanto mediador, comprovamos a hipótese de que todo o ordenamento jurídico tenderia a uma unificação na solução de conflitos e realização da justiça.

Nesse particular, dada a singeleza do presente trabalho, o aspecto prático no que se refere a uma proposta de operacionalização e funcionamento detalhado do Direito Fraternal naturalmente ficou, então, à mercê de uma futura pesquisa sugerida, especificamente dedicada ao tratamento desse aspecto, o qual reclama um estudo mais aprofundado para que seja apresentado com seriedade.

Ao abordarmos a Fraternidade enquanto princípio, deparamo-nos com o contexto de mal-estar generalizado na civilização contemporânea. Vivemos uma apatia e ostracismo opostos à principal necessidade do ser humano, a sociabilidade, por conta da destacada melhoria dos meios de comunicação, que ao invés de aproximar os indivíduos, tem-nos afastado.

Dentre as diversas propostas de resolução desse mal-estar, filiamo-nos ao alvissareiro paradigma que fulmina o antiquado e falseado realismo materialista. Trata-se de uma visão inclusivista, cientificamente comprovada com base na física quântica, de que sujeito e o objeto observado são indissociáveis e por isso a realidade deve necessariamente incluir o fenômeno da subjetividade.

O universo é consciente, uma vez que tudo está interligado, tanto as coisas que consideramos concretas por serem palpáveis aos nossos sentidos físicos, quanto o próprio pensamento que entendíamos ser algo abstrato.

Aliado a essa perspectiva, na qual o material e o imaterial confundem-se, utilizamo-nos da dialética sociológica e comprovamos que a essência de algo seria determinada coisa e não outra porque tal essência está relacionada à sua concretização enquanto resultante de um processo histórico, uma vez que tudo está interligado e não há separação entre a realidade e a mente que a pensa.

À luz da premissa acima, viabilizamos nossa investigação partindo do efeito em direção à causa e chegamos à conclusão de que a essência humana é um sentimento (Fraternidade), do qual emana a intencionalidade (querer, desejo, vontade) e sua respectiva concretização por meio da atitude (comportamento).

Daí, superamos o paradigma da dicotomia e consignamos que se uma atitude for considerada má ou inadequada, é que a Fraternidade estaria ausente, e se for considerada boa ou adequada, é que a Fraternidade estaria mais presente; assim como a sombra não é senão a ausência de luz.

E ainda certificamos que, ao deixarmos de pensar em termos exclusivistas, de certo/errado, amigo/inimigo, esse novo paradigma implicaria uma mudança de valores, do uso pelo uso, para um valor das coisas em si mesmas. Mudança essa que, embora por um lado sua implementação se mostre sobremaneira desafiadora,

por outro lado manterá o mundo de forma estável e duradoura, sem risco de retrocesso, por ser incontestavelmente autossustentável.

Ao pesquisarmos sobre os fundamentos do Direito Fraternal, estudamos a noção de virtude centrada na ideia de funcionalidade e vimos que a relação entre Direito e ética também remete à essência humana e sua concretização nas atitudes, cuja virtude ocorre necessariamente com o inter-relacionamento entre os homens.

Essa noção de virtude nos confirmou a ideia de que podemos chegar à essência humana fazendo o caminho inverso, isto é, do efeito em direção à causa, porquanto por meio do comportamento (atitude) educamos a intencionalidade (querer, desejo, vontade) e alcançamos a essência (sentimento); o que descobrimos ser plenamente viável com a prática da polidez.

O utilitarismo foi mais uma vez colocado em xeque-mate em face da justiça enquanto valor absoluto em relação às principais virtudes morais. E o antagonismo entre lei e justiça foi devidamente superado, cuja transcendência para a Fraternidade torna-os plenamente compatíveis com o aspecto histórico-social da humanidade.

Observamos que a justiça e o Direito não seriam eminentemente coercitivos sob a ótica de que não há violência no fato de os homens, ao conviverem entre si, submeterem-se voluntariamente às regras que regem uma sociedade. Verificamos, ainda, que ao nos dirigirmos em direção à causa essencial (sentimento) terminaremos por agir com bondade sem a necessidade de sermos obrigados a isso.

Nesse sentido, sob o enfoque da visão contratualista, podemos até admitir a possibilidade de o Estado viabilizar, de forma legítima, o Direito Fraternal, por meio da interpretação da lei em conjunto com a aplicação (e até mesmo a reconstrução) de uma justiça equânime com base no princípio absoluto da Fraternidade.

No que diz respeito a quem teria legitimidade para aplicar a justiça, concluímos que, também pelo fato dos homens estarem sujeitos a erro, há necessidade de um princípio absoluto que sirva de referência, cuja capacidade de

interpretar a lei com base nesse princípio é o que indica quem detém tal legitimidade.

Chegamos ao convencimento de que o bem comum não tem precedência absoluta ante o bem particular por não ser dissociado deste último, pelo que do contrário estaríamos endossando o utilitarismo e inviabilizando a justiça, esta sim, absoluta, pois é possível que a finalidade pretendida pelas autoridades não seja mais condizente com as necessidades e objetivos de uma comunidade do que a finalidade pretendida pelo particular.

Para sanar a questão da falibilidade das autoridades, discorremos que a participação e controle popular seriam fundamentais e imprescindíveis para que haja efetivamente a correspondência entre interesse público e bem comum. Nesse sentido, a legitimidade da autoridade seria um voto de confiança e não uma carta branca para fazer o que bem entenda no que se refere ao trado do bem comum.

Revisitamos a relação entre o Direito e a Fraternidade sob o ponto de vista da dialética sociológica e avalizamos que o Direito é um fenômeno social, contudo, não um fenômeno que se resume à luta pela liberdade, o que o leva inadvertidamente a um extremo violento e desumano, e chegamos à conclusão de que a Fraternidade é a essência do Direito enquanto dialética social, e que por isso o Direito deve estar nela fundamentado.

Nesse diapasão, o Direito é libertário no sentido de cooperação, de união, de coexistência, até porque apenas somos verdadeiramente livres na medida em que nos relacionamos, pois somos imperfeitos e limitados e por isso só podemos evoluir ou fazer tudo o que se pode fazer necessariamente por meio das outras pessoas.

Verificamos também que a Fraternidade vai mais além que a solidariedade por não ser impositiva e por consignar uma igualdade de dignidade entre os homens que é independente da organização política de uma comunidade. Ademais, certificamos que a utilização do princípio fraterno ocorrerá inexoravelmente em larga escala, mais cedo ou mais tarde, por se tratar de ser essa a essência humana por excelência.

Ao estudarmos sobre o Direito Fraternal na sociedade contemporânea, constatamos que esse direito não seria apenas uma linguagem social – entendendo-se como tal aquela delimitada por segmentos sociais – mas sim uma linguagem da humanidade como um todo; e que alcançaria também os conflitos individuais, quanto aos quais a experiência jurídica precisaria ser mais estreita com as relações internacionais e menos estreita com o Estado.

Quanto à questão do caráter coercitivo do Direito e a respectiva discussão de que a violência estaria na causa da dificuldade de se garantir a paz, chegamos ao entendimento de que a violência não é a causa e sim o efeito cuja causa é o egoísmo exacerbado, e por isso estamos convictos de que não é pela violência que se garantirá a paz, e sim pela neutralização desse egoísmo entre os homens.

Como o egoísmo é a falta do sentimento de fraternidade, então é certo que o afastamento do mesmo por meio da ação fraterna reinsere o indivíduo como parte das relações sociais e resolve, de vez, o ostracismo sem precedentes que tanto assola presentemente o mundo moderno.

Não é à toa que o mundo cosmopolita de hoje retoma a questão da Fraternidade, já colocada no experimento iluminista, buscando uma forma de ir além do binômio amigo/inimigo e da política como neutralização da hostilidade.

Há outra explicação, de cunho psicológico, que justifica o repúdio à violência, bem como à guerra. Tal repúdio se dá pelo motivo de que essas formas são esteticamente inadequadas, isto é, desconformes com o modelo estético de civilidade aceito por todos, e não apenas ou necessariamente por razões lógicas.

E atendemos também a essa justificativa ao provarmos que uma estética de civilidade adequada deve corresponder ao bem comum e que, para tanto, basta promovermos a prática de condutas voltadas à Fraternidade. O mundo certamente se tornaria verdadeiramente belo e isso seria mais um poderoso instrumento de garantia da paz.

Vimos o argumento de que a mediação poderia não servir à função jurisdicional enquanto aplicada às partes do processo, pela alegada possibilidade de se inflar desmesuradamente o judiciário e contaminar o juiz pelo contato com as partes.

Mas vimos, ainda, que uma mediação de direitos relativos à luz do Direito Fraternal seria a forma mais eficaz de solução jurisdicional das controvérsias, uma vez que a mesma é plenamente aplicável em matéria de Direito, em relação ao qual o juiz não estaria contaminado.

E então concluímos que o Direito Fraternal se reflete internacionalmente no ordenamento jurídico, revelando-se como tendente a unificar todo o ordenamento e, conseqüentemente, harmonizar juridicamente os povos.

No que tange especificamente ao ordenamento jurídico interno, ante a ideia de uma formação dialética do Estado Fraternal por meio da incorporação, às Constituições atuais, das ações estatais afirmativas, ousamos afirmar a possibilidade da prática da Fraternidade diretamente entre os socialmente desiguais, e que essa prática seria ainda mais excelente para se alcançar a igualdade social que as ações afirmativas impostas unilateralmente pelo Estado.

Ao pesquisarmos alguns casos concretos no Brasil, pudemos observar, ainda que superficialmente, algumas das possibilidades e necessidades de emprego da Fraternidade como um direito fundamental absoluto.

Com a análise do *Habeas Corpus* 82.424/RS, no caso de um livreiro brasileiro que escreveu e publicou livros disseminando o ódio aos judeus, em que o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação imposta pelo Tribunal *a quo*, por crime de racismo, repudiando os discursos do ódio, constatamos que a liberdade e a igualdade devem ser revistas segundo o valor fundamental da Fraternidade.

Reflexionamos que a mitigação de princípios constitucionais, relativizando-os, seria relativizar a supremacia da Constituição, o que não poderia ocorrer, sob pena de não mais haver segurança jurídica, uma vez que não há segurança sem valor absoluto, isto é, sem bondade, sem que as coisas funcionem.

Além disso, a técnica da ponderação de valores tampouco se mostra adequada, porquanto se opera por intermédio do aspecto da proporcionalidade, o qual se revela irremediavelmente falho porque permite a ocorrência, e até mesmo a prevalência, do argumento utilitarista, fulminando a justiça ao relativizá-la, impossibilitando assim o alcance do bem comum.

Como se não bastasse, é de sabença que o discurso de justificação utilitarista contempla todos os tipos de argumentos (políticos, religiosos, e etc.), não sendo, então, um discurso eminentemente jurídico, próprio da ciência do Direito, e também por isso tal discurso não justifica a atividade jurisdicional.

São razões de sobra para nos convencer que uma Constituição arrimada apenas em princípios relativos e uma técnica de solução de controvérsias que relativize todos os princípios fulminam a condição de validade da mesma e sua condição como pressuposta de todo o ordenamento jurídico de um país.

Daí a necessidade de que a Constituição esteja fundamentada em um valor absoluto, qual seja, o da Fraternidade, com o qual poderemos garantir a supremacia constitucional e à luz do qual poderemos solucionar as controvérsias envolvendo os demais princípios.

Também vislumbramos que a operacionalização do Direito Fraternal reclama a ação de operadores do Direito, no âmbito dos Tribunais Constitucionais, no que se refere ao ordenamento jurídico nacional.

Com a análise da ADI 3.510/DF, no caso de pesquisas com células tronco envolvendo embrião *in vitro*, constatamos a utilização do princípio fraternal para justificar que tal pesquisa não desprezou ou desrespeitou os embriões congelados, mas sim promoveu a comunhão da vida social em benefício do bem-estar.

Do imbricamento do direito à vida e à dignidade humana com o direito ao bem-estar e à felicidade, confirmamos a possibilidade de, ao invés de confrontá-los diretamente, mediá-los com fulcro no princípio fraternal de modo a conformá-los especificamente para esse caso concreto, casuisticamente, homenageando o convívio social.

Com a ADI 4.277/DF, no caso do reconhecimento da união homo afetiva como instituto jurídico, verificamos a adoção da Fraternidade em seu aspecto inclusivo para contemplar as diversas orientações sexuais como juridicamente legítimas para a formação de um casal, nesse caso, enaltecendo-se a proibição da discriminação de pessoas em razão do sexo.

A indicação do aspecto inclusivo da Fraternidade também abrangeu a reafirmação conjunta dos princípios da dignidade da pessoa humana, da autoestima, da busca da felicidade, da intimidade e da privacidade como arcabouço para o argumento de que uma distinção jurídica em relação ao sexo deve ser vista não como regra e sim como exceção, a ser obrigatoriamente expressa na Lei Maior.

Em suma, verificamos com esses julgados alguns reflexos da Fraternidade e a necessária operacionalização do ordenamento jurídico interno à luz desse princípio absoluto, tanto como superação do paradigma da dicotomia pela mediação, quanto como manutenção do valor da justiça, e também como garantia da condição de validade da supremacia da Constituição.

Assim, por todas as inferências e implicações expostas no presente trabalho, podemos asseverar, sem sombra de dúvida, que a Fraternidade como um direito fundamental absoluto é juridicamente viável, capaz de harmonizar juridicamente os povos, é promotora das relações sociais e realizadora sistemática do bem comum.

Outrossim, é importante destacar que, ao falarmos da Fraternidade enquanto pressuposto e condição de validade de todo o ordenamento jurídico, abrimos espaço para uma afirmação um tanto quanto jusnaturalista, mas esclarecemos que essa seria mais propriamente uma superação.

Isso porque, à nossa tese, não se aplicam as críticas que inviabilizaram o jusnaturalismo. As questões não foram tratadas no plano ideal, do metafísico, sem que conseguíssemos ligar a teoria aos aspectos práticos libertários, tampouco nos prendemos à noção de princípio imutável, eterno e atemporal. Ademais, compatibilizamos o valor da justiça com o aspecto histórico-social da humanidade.

Eis aí mais uma razão para que nossa tese abordando a Fraternidade como princípio fundamental do Direito seja aceita com absoluta tranquilidade e desassombro.

Por derradeiro, confessamos nossa expectativa de que esse assunto ainda dê muito que falar, sobretudo no meio acadêmico, e sugerimos a feitura de uma pesquisa posterior, pautada nas ideias desenvolvidas neste trabalho, com vistas à proposição de uma forma de operacionalização e funcionamento do Direito Fraternal.

## REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria. *A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”*. In: Antonio Maria Baggio (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: ética do Humano – Compaixão pela Terra*. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 9 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF*. Plenário. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 9 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] *Habeas Corpus 82.424/RS*. Plenário. Paciente: Siegfried Ellwange. Impetrante: Werner Cantalício João Becker. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 17 de setembro de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 9 set. 2014.

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

COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CURY, Munir. *Direito e Fraternidade*. Disponível em: <<http://www.pjpp.sp.gov.br/wp-content/uploads/2013/12/39.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2014.

GORIA, Fausto. *Fraternidade e Direito*. In: CASO, Giovani et al. (Org.). *Direito e Fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: Cidade Nova: LTr, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *L'occidente diviso*. Traduzione di Mario Carpitella. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. A Fraternidade em Debate: Reflexos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *Revista Thesis Juris*, v. 2, n. 1, p. 15-31, jan./ jun. 2013.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. A Modernidade Líquida em Zygmunt Bauman: Análise da Possibilidade de Um Direito Fraternal. *Revista Em tempo*, Marília, v. 12, n. 1, p. 123-143, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio ético do bem comum e a concepção jurídica do interesse público. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_13/princ-etico.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/princ-etico.htm)>. Acesso em: 9 set. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A jurisdição Constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e igualdade*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda\\_pt\\_br/anexo/munster\\_port1.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf)>. Acesso em: 9 set. 2014.

POPPER, Karl. *A Lógica da pesquisa científica*. São Paulo: Cultrix, 1999.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. 2006.