UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FRANCISCO GERLANDIO GOMES DOS SANTOS

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: avanços legislativos e jurisprudenciais

ARACAJU
2021

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: avanços legislativos e jurisprudenciais

FRANCISCO GERLANDIO GOMES DOS SANTOS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações sociais e empresariais.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado

ARACAJU
2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

Francisco Gerlandio Gomes dos Santos

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: avanços legislativos e jurisprudenciais

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do gral de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Sergipe, linha de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações sociais e empresariais.

Aprovada em: _____ de _____de 2021.

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado
Universidade Federal de Sergipe
(Orientador – Presidente)

_____

Prof. Dr. Reynaldo Soares da Fonseca – EXTERNO
Universidade Federal do Maranhão
Universidade de Brasília

_____

Profa. Dra. Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Universidade Federal de Sergipe

_____

Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso
Universidade Federal de Sergipe

DEDICATÓRIA

À professora Zélia Gomes, de quem tenho a honra de ser aluno e a alegria de ser filho. A Silas, Lara, Ludmila e Joaquim, dos quais espero ser professor também, e aos quais devoto a honrosa e prazerosa missão da paternidade.

AGRADECIMENTOS

Por ser esta uma dissertação sobre a juridicidade de um princípio tido por originalmente religioso, talvez inaugurar o rol de gratidão citando Jesus de Nazaré pareça indiciário de que se caminhará por trilhas teológicas, e não jurídicas. Mas não o é! É tão só não incorrer numa omissão imperdoável, que seria abrir as cortinas desse trabalho sem agradecer àquele que nos ensina a respeitar mais a autoridade do argumento do que o argumento da autoridade.

Desvencilhado do dever de agradecer ao Mestre dos mestres, rendo minha gratidão também ao Prof. Dr. Carlos Augusto Alcântara Machado, professor de Direito, orientador de vida, de quem recebi, em meio a tantas lições, o exemplo de quem chegou ao ápice professoral, mas não deixou de ser um eterno estudante. A lição paternal repetida tantas vezes pelo grande professor – fazer o que pode é o fazer o que deve – busquei concretizar no presente trabalho: fiz tudo o que podia para realizar um estudo, decerto não exauriente, mas pretensamente um seguro indicador de que o Princípio da Fraternidade impõe deveres e assegura possibilidades na esfera penal brasileira.

Sinceros agradecimentos também ao Juiz de Direito de Sergipe, Dr. Roberto Alcântara, pela gentil cessão de sua biblioteca particular, na qual fui consultar muitas das lições que me conduziram nesta pesquisa.

Por último, dedico minha última parte de gratidão à minha professora particular e companheira, Emiliana Rezende Neta, cuja rigidez estudantil, espero, tenha transcendido ao presente trabalho.

Muito obrigado!

RESUMO

O estudo demonstra a aplicação apriorística do Princípio da Fraternidade no Direito Penal brasileiro, e almeja apontar que o instituto substancializa a racionalidade penal moderna, ao assegurar a proteção penal de bens jurídicos imprescindíveis à convivência coletiva harmoniosa, enquanto neutraliza os excessos punitivos do Estado. Para tanto, adota-se uma metodologia fenomenológica indutiva: a partir da análise das inovações legislativas e jurisprudenciais brasileiras, enfocam-se as repercussões dessas medidas na esfera de direitos dos atingidos. A metodologia da pesquisa não se reproduz na apresentação do estudo. Iniciou-se com a exposição do quadro evolutivo do Princípio, demonstrando-se que o ideal de Fraternidade é comum aos helenos e cristãos mais antigos, evidenciando-se que tanto no espectro filosófico, quanto na esfera religiosa, o desabrochar do Princípio já prenunciava sua natureza humanitariamente inclusiva, que foi mantida, senão aperfeiçoada, pelo contorno político dado na Revolução Francesa. Observou-se, contudo, que a politização do instituto não coincide inusitadamente com a mesma densificação dada às demais bases da tríade revolucionária – Igualdade, Liberdade e Fraternidade. Parte-se em seguida para uma análise da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 e, levando em conta decisão do Supremo Tribunal Federal adiante perlustrada, demonstra-se que a evocação da Fraternidade no Preâmbulo da Carta transcende aos enunciados do corpo normativo superior, sendo fundante do desenvolvimento social. Reveladas algumas disposições constitucionais que são essencialmente fraternais, verificou-se que, entre essas disposições, há algumas de imediata aplicação no campo do Direito Penal, assim compreendido não apenas as disposições materialmente punitivas, mas também as normas de natureza essencialmente processual e de execução penal, vez que, conforme aponta doutrina acolhida no trabalho, é preciso entender a dinâmica do *jus puniendi* como uma sequência de atos estatais sancionatórios, limitados pela dignidade humana, esta que deve nortear desde as escolhas dos bens jurídicos destinatários de proteção penal, até as regras processualistas e da execução da pena legítima. Compendiando a legislação infraconstitucional e a jurisprudência das Cortes Superiores, cotejam-se estes institutos com a base teórica do princípio, e se busca responder às seguintes questões: é possível adensar a incidência do princípio da fraternidade na seara do Direito Penal? Sua incidência conduz ao implemento de direitos e garantias? Serve de fundamento para a eleição de bens jurídicos à proteção penal? Em sede de conclusão, aponta-se indutivamente a resposta positiva a cada um dos questionamentos, ao passo em que se revela que, *a contrario sensu*, o preterimento dessa carga jurídico-hermenêutica redunda no que se chamará de punições-obstáculos do desenvolvimento social.

Palavras-chave: Princípio da Fraternidade. Direito Penal. *Jus puniendi*. Humanismo. Desenvolvimento Social. Igualdade. Liberdade.

ABSTRACT

The study demonstrates the aprioristic application of the Principle of Fraternity in Brazilian Criminal Law, and aims to point out that the institute substantiates modern criminal rationality, by ensuring the criminal protection of legal assets essential to harmonious collective coexistence, while neutralizing the State's punitive excesses. Therefore, an inductive phenomenological methodology is adopted: from the analysis of legislative and jurisprudential innovations in Brazil, the repercussions of these measures in the sphere of rights of those affected are focused. The research methodology is not reproduced in the presentation of the study. It began with the exposition of the evolutionary framework of the Principle, demonstrating that the ideal of Fraternity is common to the Hellenes and older Christians, showing that both in the philosophical spectrum and in the religious sphere, the unfolding of the Principle already foreshadowed its humanely inclusive nature, which was maintained, if not perfected, by the political contour given in the French Revolution. It was observed, however, that the politicization of the institute does not unusually coincide with the same densification given to the other bases of the revolutionary triad – Equality, Liberty and Fraternity. Next, an analysis of the Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil, of October 5, 1988, and taking into account the decision of the Supreme Court discussed below, it is demonstrated that the evocation of the Fraternity in the Preamble of the Charter transcends the statements of the higher normative body, being the foundation of social development. Having revealed some constitutional provisions that are essentially fraternal, it was found that, among these provisions, there are some of immediate application in the field of Criminal Law, thus including not only the materially punitive provisions, but also the essentially procedural and criminal enforcement rules , since, as the doctrine adopted in the work points out, it is necessary to understand the dynamics of the jus puniendi as a sequence of sanctioning state acts, limited by human dignity, which should guide from the choices of legal goods recipients of criminal protection, to the rules proceduralists and the execution of the legitimate penalty. Combining the infra-constitutional legislation and the jurisprudence of the Superior Courts, these institutes are compared with the theoretical basis of the principle, and an attempt is made to answer the following questions: is it possible to increase the incidence of the fraternity principle in the area of Criminal Law? Does its incidence lead to the implementation of rights and guarantees? Does it serve as a basis for the selection of legal assets for criminal protection? In conclusion, it is inductively pointed out the positive answer to each of the questions, while it is revealed that, a contrario sensu, the neglect of this legal-hermeneutic load results in what we will call punishments-obstacles to social development.

Keywords: Principle of Fraternity. Criminal Law. Jus puniendi. Humanism. Social development. Equality. Freedom.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....9

2 A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA.....14
2.1 HISTÓRICO E SECULARIZAÇÃO.....14
2.2 A FRATERNIDADE NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....21
2.3 CONTEÚDO E ALCANCE NO DIREITO PENAL 34

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE COMO *MENS LEGIS* PENAL.....42
3.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A INTEGRAÇÃO SOCIAL.....42
3.2 O ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA EVOLUÇÃO FRATERNAL PELAS LEIS DE Nº 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011 E Nº 13.769, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2018.....50

4 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE COMO *RATIO DECIDENDI* DAS CORTES SUPERIORES E FUNDAMENTO DE ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....62
4.1 O DIAGNÓSTICO DE FOUCAULT: A CERTEZA JUDICIAL NÃO FRATERNA.....62
4.2 O *HABEAS CORPUS* 94.163/RS – STF.....71
4.3 O RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS* Nº 74.123/RS – STJ.....76
4.4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26 E O MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 4733 (STF).....80
4.5 O *HABEAS CORPUS* de Nº 136.961 – RJ – STJ.....92
4.6 O AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.919.722 – SP – STJ.....94
4.7 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A ATUAÇÃO FRATERNA DO PODER JUDICIÁRIO.....97

5 CONCLUSÃO.....111

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E NORMATIVAS.....115

ANEXO ÚNICO.....124

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal previu expressamente os valores sociais de uma sociedade fraterna[1] como reitores do Estado Democrático de Direito que se descortinou em 05 de outubro de 1988.

Mais à frente, logo no terceiro artigo do Texto Maior, elege-se a busca por uma sociedade livre, justa e solidária[2] e a promoção do bens de todos como objetivos fundamentais da nossa República.

Por mais desprezo que se possa ter à fundamentação filosófico-moral da nossa Carta, é impossível conceber que tais exortações sejam mera expressão retórica, já que, em todo o texto normativo, ver-se-á ao longo deste estudo, são manifestas as orientações jurídico-fraternais.

Contudo, não se pretende aqui, entabular um pensamento ingênuo de que a aplicação do Princípio da Fraternidade florescerá nas pessoas sentimentos, comportamentos e ações tão somente fraternais, gerando uma sociedade não conflituosa.

Aliás, é exatamente regendo esses conflitos, os mais graves, inclusive, que se tem verificado a aplicação expressa, ainda casuística, do Princípio que ora se pretende recolocar na mesma ordem de importância dos que lhe ladearam no lema francês – Igualdade, Liberdade e Fraternidade.

Reconhecer a natureza constitucional do Princípio da Fraternidade impõe reconhecer sua força normativa, tanto para garantir direitos quanto para orientar a exigência de deveres ou, pelo menos, impor responsabilidades.

Ter estatura constitucional não assegura a um princípio natureza de absoluto, cabendo ao estudioso do Direito delimitar o espectro de incidência, havendo princípios de natureza eminentemente penal, civil, consumerista, tributária ou administrativista, mas também há princípios cuja carga jurídica se espraia por dois ou mais campos do Direito, podendo assumir conteúdo semântico distinto, de acordo com o ramo do Direito atingido.

---

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

2 CF, Art. 3º: "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

O princípio da Legalidade, por exemplo, alterna o conteúdo semântico conforme o campo de incidência: na esfera cível, é estar livre para fazer o que a lei não veda; porém, na seara administrativista, é condicionar os atos da Administração Pública ao que a lei expressamente determinar; além disso, o mesmo princípio da legalidade, já no Direito Penal, é condicionar a punição por um fato a uma prévia cominação legal.

Assim, embora de conteúdo semântico diverso para cada ramo do Direito, a Legalidade preserva seu conteúdo jurídico para fixar a lei como instrumento adequado para limitar direitos e garantir responsabilidades.

Nessa perspectiva, não se exclui a aplicação do Princípio da Fraternidade a outros ramos do Direito, aliás, até se reconhece sua natureza meta-jurídica, de ressignificação da Igualdade de Liberdade, e sua implicação em humanismo e desenvolvimento social.

Assumindo posição de vanguarda no reconhecimento da fraternidade jurídica, a Universidade Federal de Sergipe, por meio do Departamento de Pós-Graduação, oferta a Disciplina Direito ao Desenvolvimento, Humanismo e Fraternidade[3], no Mestrado em Direito, dentro da linha de pesquisa Eficácia dos Direitos Fundamentais e seus Reflexos nas Relações Sociais e Empresariais.

Apesar da nomenclatura sugerir uma abordagem cronológica iniciada pelo Desenvolvimento Social, seguido do Humanismo e da Fraternidade, o roteiro é exatamente o inverso: primeiro se tem em conta a Fraternidade, seguida do Humanismo e do Desenvolvimento Social. E assim o é em razão da natureza fundante de cada tema: a Fraternidade apresenta uma estrutura teórica que permite incrementar humanismo e, consequentemente, o desenvolvimento social.

Ao fim da Disciplina ressoa indubitável a conclusão de que a Fraternidade tem tessitura constitucional, com previsão expressa no Preâmbulo e, numa das dimensões – a solidariedade – no próprio articulado normativo, além de constar implicitamente em diversos outros dispositivos da Constituição Federal, como adiante se especificará.

Também nessa trilha, em 2009, a Universidade Federal de Santa Catarina instituiu Núcleo de Estudo de Direito e Fraternidade, no qual podem interagir tanto os alunos da graduação quanto da pós-graduação (VERONESE, 2014).

---

3 Na grade curricular do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe consta a ementa da Disciplina: Do Estado Liberal ao Estado Fraternal. Os Direitos de Terceira Dimensão. Humanismo Jurídico. Humanismo Integral e Fraternidade. Direito e desenvolvimento. Direito do e direito ao desenvolvimento. Desenvolvimento e direitos humanos. O direito ao desenvolvimento no plano internacional (convenções internacionais). Dimensões e sujeitos (titularidade) do Direito ao Desenvolvimento. Capitalismo humanista e desenvolvimento humano. Fraternidade, humanismo e desenvolvimento humano (Da Declaração Universal dos Direitos humanos à Constituição Federal do Brasil de 1988). (UFS, 2018)

Essa atenção que a Academia brasileira vem dando paulatinamente ao tema já produziu estudos que deram sustentação a decisões dos Tribunais Superiores, no âmbito criminal, inclusive. A contenção da transcendência dos efeitos negativos do processo penal efetivada no trato das prisões cautelares de mulheres, por exemplo, traduz efetiva aplicação do Princípio ora em debate.

Adotando-se uma metodologia fenomenológica indutiva, após cotejar decisões de Tribunais Superiores e instintos legais, vai-se à conclusão de que a aplicação do Princípio está em consonância com o aporte teórico que lhe fundamenta e traz incremento de direitos, na mesma medida que impõe mais limites ao poder punitivo estatal.

Como este trabalho não tem a pretensão de inovar o Direito, reserva-se a um estudo posterior a delimitação teórica do princípio em matéria penal, a fim de divisá-lo de outros princípios já existentes. Busca-se apenas demonstrar que o Princípio da Fraternidade já tem incidência implícita nos textos legais, e já foi expressamente evocado em decisões dos Tribunais Superiores, no campo do Direito Penal.

Não se pretende, ademais, apontar a Fraternidade como um princípio exclusivamente penal, já que a irradiação da Fraternidade a outros ramos do Direito não está excluída pela sua incidência no Direito Penal.

Tendo em vista uma certa predominância no senso comum de que a Fraternidade esteja circunscrita à dogmática religiosa, buscou-se demonstrar que embora a origem do Princípio perpasse pelos ensinamentos cristãos, não há exclusividade teológica no nascedouro do instituto.

Na verdade, a invocação à fraternidade já remonta a poetas, filósofos e religiosos da Antiguidade. Assim, o primeiro capítulo desta pesquisa aponta estudos anteriores e, na medida do necessário, analisa os próprios textos que prenunciaram a natureza jurídica do instituto em foco.

Antígona, Ética a Nicômaco e a Bíblia estarão no enfoque preambular deste estudo, já que, seja pela beleza que colore as artes, seja pela inquietude dos que questionam tudo sobre tudo, ou, até mesmo, seja pela dogmática teológica, é possível perceber que a Fraternidade emergiu como instituto necessário ao aprimoramento da convivência humana.

O presente estudo, já na sua primeira parte, expõe que a perspectiva religiosa da Fraternidade, apesar de ser a mais difundida, não é a única. Compendiando os estudos feitos por Antonio Maria Baggio – *in* O Princípio Esquecido – expõe-se em seguida que a Revolução Francesa 1789 foi o marco histórico de transmudação da Fraternidade, vez que sua face religiosa passou a ser neutralizada, enquanto sua dimensão política se substanciou com o ideal iluminista.

No entanto, embora o princípio tenha estampado a bandeira da Revolução de 89, percebeu-se que o instituto não teve a aplicação que se esperava, já que a mesma França, que se dizia igualitária e libertária, preservava a escravidão na colônia do Haiti.

Baggio (2008, p. 25-55) expõe como a fraternidade esteve presente nas revoluções francesa, de 1789, e haitiana, de 1791: paradoxalmente, o instituto conviveu com a escravidão humana.

Em que pese o poder econômico seja o fio condutor de vários cenários sociais ao longo da História, observou-se que não foi o único a legitimar a escravidão humana debaixo da bandeira da liberdade e da igualdade fraternas.

O próprio Baggio (2008, p. 48) ressalta que "componentes culturais", a exemplo da crença, dominante até mesmo no minoria abolicionista, de que os povos africanos eram naturalmente inferiores, também fizeram eco entre os brados daqueles que viam economicamente vantajoso o tríptico iluminista.

A observação do autor revela a importância de se sedimentar o princípio no meio acadêmico, como bem faz a Universidade Federal de Sergipe, gerando uma cultura jurídica que intensifique o debate judicial, de modo que os julgadores sejam instados hodiernamente a enfrentar a invocação do princípio como garantia de direitos dos processados e apenados criminalmente.

Neste trilhar, os estudos de Machado e Fonseca são trazidos neste trabalho como lastro de que o Princípio da Fraternidade já assumiu a forma de categoria jurídica, vindo a se constituir no elemento fundante do constitucionalismo fraternal anunciado por Britto.

Evidencia-se então a tessitura constitucional do princípio, a partir da previsão expressa no preâmbulo constitucional, além de disposições constantes do próprio articulado normativo superior, como a previsão de uma de suas dimensões – a solidariedade – além de outros dispositivos constitucionais que, implicitamente, condensam a essência normativo-jurídico da Fraternidade.

Desvencilhado do ônus de apresentar a origem, evolução e natureza eminentemente jurídica do princípio em foco, o estudo caminha para demonstrar o alcance do instituto ao Direito Penal no Brasil, tendo em vista dispositivos constitucionais de natureza penal que limitam, condicionam ou direcionam o *jus puniendi* estatal a uma proteção a bens jurídicos eminentemente transindividuais, a exemplo do meio ambiente, bem como os mandados de incriminação de condutas que, ainda que firam apenas uma pessoa em específico, são destruidoras de qualquer noção de sociedade desenvolvida, a exemplo da nefasta tortura e dos crimes de preconceito de raça, cor, origem e preferência sexual.

Expõe-se ainda que o elenco de sujeitos a quem a Constituição Federal endereça pontualmente proteção fraternal, a exemplo de crianças e adolescentes, e idosos, não é exaustivo, tendo em vista que algumas disposições constitucionais expressam, de forma genérica, impedimentos a exclusões sociais de qualquer ordem.

Para atender ao método indutivo da pesquisa, após o traçado desse panorama histórico e jurídico do instituto em análise, buscou-se apontar leis e decisões de Tribunais Superiores que revelam a incidência principiológica da fraternidade, o que demonstra já haver uma aplicação apriorística, porém, de consideráveis efeitos sociais, neutralizando excessos processuais e punitivos, estes que se configuram em verdadeiros obstáculos ao desenvolvimento social.

Assim, o estudo demonstra que o Princípio da Fraternidade já teve aplicação tanto na elaboração da lei penal, quanto na sua aplicação, e revela que isso já vem ocorrendo no Brasil, com importantes avanços na proteção de direitos fundamentais potencialmente atingíveis pela pena estatal.

A análise de cada instrumento normativo e da jurisprudência é entremeada de cotejos teóricos, no sentido de se esclarecer se a decisão judicial ou a regra normativa em foco se amolda ao contorno do Princípio, e se é possível indutivamente afirmar se essas aplicações representam fortalecimento da esfera de direitos individuais fundamentais.

Em sede de conclusão, denota-se o Princípio da Fraternidade como garantia de proteção de bens jurídicos essencialmente transindividuais e como neutralizante dos efeitos excessivos do processo penal, impedido sua irradiação indevida ao espectro de direitos do próprio acusado e de terceiros.

2 A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

Ao escaneamento acadêmico ora empreendido, este capítulo apresenta, ainda que abreviadamente, as notas seminais e a evolução do paradigma fraternal, da fase embrionária à transmutação política e jurídica, para, assim, demonstrar que o instituto, desde a origem, sempre teve potencial para conduzir à substancial de direitos fundamentais, fixando domicílio na Constituição Federal de 1988, de onde se irradia e alcança a aridez do sistema penal brasileiro.

2.1 HISTÓRICO E SECULARIZAÇÃO

Embora não se possa afirmar com a precisão exigida para um estudo acadêmico, é razoável considerar que um dos motivos do preterimento da Fraternidade, numa perspectiva jurídica, esteja na associação que o senso comum faz do instituto ao cristianismo.

Essa compreensão não deixa de se irradiar ao ambiente acadêmico, inclusive. Embora não se tenha verificado estudos que pretendam negar o instituto, ou lhe atribuir uma essência ainda cristã, também não se pode afirmar que a carga jurídica desse princípio seja objeto de constante atenção acadêmica.

O receio de um entrelaçamento entre Igreja e Estado, fortalecido na Idade Média e rompido com o Iluminismo, justifica em grande parte qualquer desconfiança quanto a institutos de alegada origem religiosa.

No entanto, essa vigilância incessante pela necessária separação de Estado e Igreja não permite dar ao laicismo uma dimensão tão ampla, que se possa desconsiderar um instituto jurídicos apenas por sua origem religiosa.

Embora o casamento civil seja um típico exemplo de que os institutos podem cambiar entre os espectros jurídico e religioso sem ofensas ao laicismo, é preciso reconhecer que a Fraternidade ainda não recebe a mesma atenção dos juristas, ainda que igualmente credora desta consideração.

Barreto (2013a, p.77), ao refletir sobre a existência de Deus e, especificamente, quanto à suposição de que “o Sermão da Montanha corria as ruas de Jerusalém muito antes que ele o tivesse pregado”, assentou com razão que, “como fato histórico, não deixa de ser bem conjectural e hipotético”, enquanto “como argumento, não oferece melhores garantias”

Em arremate, o próprio Barreto exemplifica: embora impróprio, não é possível desconsiderar quem suponha que a imortalidade da alma já tivesse eco teórico nas ruas de Atenas, antes mesmo que Platão transpusesse as divagações socráticas no *Phedon*; e, ainda, eventuais considerações sobre *belo* podem ter sido pronunciadas, antes mesmo que Platão

houvesse reverberado os ensinamentos de Sócrates em *Hippias*.

O que o autor sergipano busca demonstrar é que importam mais as lições do cristianismo do que a própria biografia do Nazareno, não que esta mereça desprezo. O instituto da Fraternidade deve então receber a mesma importância, não que os fatos históricos que lhe condensam possam ser relegados.

Portanto, para não repetir os mesmos erros dos que mantêm uma "atitude hostil ante o fundador do cristianismo" (BARRETO, 2013a, p. 77) e o negam em vez de reconhecer "os méritos que o elevam acima de todos os reformadores" (*idem*), o presente estudo não abandona a perspectiva histórica, porém, não privilegia digressões sobre os fatos políticos e sociais, desnecessárias que são à conclusão que se pretende chegar.

O que este breve histórico procura demonstrar é que a origem da Fraternidade não é exclusivamente religiosa, já que a necessidade de relações mutuamente respeitosas floresceu igualmente no campo da Arte e da Filosofia.

No campo da Arte, em 442 a.C., Sófocles já compunha uma tragédia em torno de Antígona, uma mulher que experimentara, a um só tempo, a morte de dois irmãos: Etéocles e Polinice, mortos um pelo outro.

Ambos os irmãos haviam herdado o reino de Tebas e deveriam governá-lo alternadamente, no entanto, Etéocles se recusou a passar o reinado ao irmão Polinice, que montou um exército para continuar o poder, pois era o primeiro na designação paterna.

No confronto entre os dois irmãos, ambos findaram assassinos e vítimas, um do outro. Creontes, tio deles, assume o reinado e manda render homenagens póstumas a Etéocles, enquanto determina que o corpo de Polinice seja deixado às aves de rapina e hienas, proibindo que se fizesse qualquer cerimônia de luto e o sepultamento do considerado traidor.

Antígona se insurge contra a decisão do governante e sepulta o irmão, indo a julgamento por isso. Ao ser interpelada pelo ato, Antígona se defende alegando que o decreto de um homem não pode ser tão forte a ponto de desconsiderar as "inescritas e indeléveis leis divinas" (SÓFOCLES, 2006, p. 49-50). Embora, Antígona tenha invocado leis sobre-humanas, o que subjaz do seu discurso é a defesa do humanismo.

Ela defende, na verdade, que não há superioridade humana, e que mesmo o detentor do poder não se sobressai aos demais humanos, tendo o governante que também se submeter aos princípios humanitários que mandam dar um tratamento digno até mesmo aos considerados indignos pelas leis da ocasião.

Wolkmer (2005, p. 4) considerou Antígona "símbolo de um humanismo de resistência". Para além dessa consideração acerca da protagonista, a tragédia em si revela também indicativos de que já quatro séculos antes do início da contagem gregoriana do tempo, era

possível perceber a importância da legitimação coletiva dos direitos e deveres. Pela voz de Hémon, um conselheiro do rei Creontes, Sófocles já propunha que "não há estado algum que pertença a um único homem".

A narrativa contida em Antígona não é uma mera alegoria artística, que se restrinja ao campo do lúdico, mas sim uma densa obra de conscientização política, levada a efeito no palco do teatro.

O sepulcro de Polinice é apenas o pano de fundo de uma discussão mais profunda acerca da fixação do ser humano como destinatário de uma carga mínima de direitos intangíveis, direitos esses que impõem considerar o humano além de seu aspecto meramente biológico, cujo fim se dá com o evento morte.

Na verdade, o indivíduo precisa ter reconhecida o aspecto substancial de toda a humanidade – a dignidade – um atributo moral que o acompanha mesmo após seu falecimento, pela memória de seus parentes e amigos.

Ao se reconhecer uma parcela intangível de dignidade em toda e qualquer pessoa humana, expõe-se uma ideia essencialmente fraterna, que aponta todos os indivíduos em coletivo e cada um considerado individualmente como credores e devedores de ações, direitos e deveres recíprocos, mas também imunes a determinadas ofensas coletivas, sejam estatais ou não, independentemente de seus atos estarem em consonância com a ordem normativa vigente.

No campo da Filosofia, vem de Aristóteles (2003, p. 127-215) as primeiras reflexões sobre a amizade. O fundador do Liceu[4] refletiu sobre os benefícios da amizade – "ajuda os jovens a evitar o erro e a amparar os mais velhos em suas necessidades" – e concluiu que "dois que andam juntos" são "pessoas mais capazes de agir e de pensar".

A *philía* aristotélica foi objeto de reflexões filosóficas nos Livros VIII e IX da obra *Ética a Nicômaco* (2003, p. 127-215), tendo o autor concluído que são três os móveis de enlaces interpessoais: o interesse, o prazer e o caráter.

A amizade por interesse é aquela que se constrói quando uma pessoa almeja bens ou a utilidade que uma pessoa pode dar à outra; move-se por prazer aquele que privilegia a agradabilidade do outro, não necessariamente suas virtudes; estas, sim, o móvel dos que são amigos em razão do caráter.

As amizades por utilidade ou por agradabilidade são efêmeras, pois satisfeita a necessidade de quem almeja o bem ou verificado que ninguém é agradável o tempo todo,

4 O *lykeion* (liceu) era o local em que Aristóteles dividia seus conhecimentos com jovens atenienses. A par dos benefícios à educação, essa iniciativa aristotélica revela indiretamente um aspecto de fraternidade, na medida em que ele se punha à disposição do coletivismo, rompendo com o tradicional esquema de aprendizagem – Mestre x Discípulo, a exemplo de Sócrates e Platão.

falecem os motivos da persistência do vínculo.

Somente o vínculo pelo caráter sustenta a amizade perene, tida por perfeita no conceito aristotélico. Essa noção pode levar à errônea conclusão de que só é possível relegar consideração e respeito a quem é virtuoso.

Em outras palavras, aquele que não tem nada a oferecer, nem torna sua companhia agradável e, pior do que isso, é desprovido de caráter, seria desmerecedor de amizade. No entanto, a evolução do conhecimento, sobretudo no campo da Psicologia, faz considerar que, até mesmo o mais nefasto e violento criminoso, ainda este, é merecedor de consideração e respeito, pois não é possível limitar o ser humano a uma dicotomia binária do tipo bom *versus* mau.

Mas ainda que hipoteticamente se tenha uma pessoa integralmente má, ainda assim as virtudes dos demais, não as dela, continuam sendo o norte para um tratamento humanitariamente digno.

Vale pontuar que não se adota neste estudo a defesa do abolicionismo penal, nem se pretende defender um tratamento condescendente, mas tão só limitar a resposta estatal punitiva a uma ordem de valores humanistas.

A amizade aristotélica não é enfocada aqui pela relação entre duas ou mais pessoas, como originariamente o autor estabelece, mas sim como fundamento filosófico a que todos busquem preservar o próprio caráter nas relações com os demais.

Por esse caminho, vai-se exigir dos protagonistas do Sistema de Justiça Criminal que preservem virtudes objetivas no trato de todos os atingidos, até mesmo os considerados mais indignos de consideração e respeito.

Essa exigência não perpassa pelo campo da vontade individual, não sendo possível sindicar a intimidade dos agentes da Justiça criminal, suas crenças e modo de pensar o mundo, mas orienta que suas externalidades funcionais – ações e comportamentos – sejam objetivamente virtuosas, exigindo-se que se afastem de preconceitos, evitem a violência física e moral e tratem seus atingidos com o mesmo respeito de que se acham merecedores.

Evidenciado brevemente que traços da Fraternidade já haviam sido rabiscados na Arte e na Filosofia, é a ocasião de apontar os mesmos traços no campo da Religião. Neste ponto, é preciso esclarecer que será focado especialmente o cristianismo, mais precisamente, a Bíblia sagrada, não por desconsiderar as diversas matizes religiosas nem o pensamento oriental, mas apenas porque essa breve análise é o que se comporta nos limites e objetivos deste estudo.

Mas “o que a Bíblia tem a dizer sobre assuntos como crime e justiça?”, pergunta Howard Zehr (2005, p. 120). Para o autor, realmente há certa dificuldade em se extrair da Bíblia uma interpretação imune a contraditas: ora, a retribuição surge como resposta às ações humanas

tidas por violadoras dos preceitos divinos; ora, o ideal restaurativo ecoa diante dos comportamentos desviantes.

O autor observa ainda que algumas respostas "fazem sentido" para a mente do século XX. Outras parecem completamente estranhas e até bárbaras. Dada a impossibilidade de se adotar simultaneamente ideais tão díspares, a busca pela confluência, não pela cisão, é o caminho a ser trilhado na seara da racionalidade penal moderna (ZEHR, 2005, p. 121).

Essa dificuldade de conciliar gramaticalmente os textos faz o próprio Howard Zehr advertir que seria muito cômodo considerar a cisão entre os Testamentos – O Novo e o Velho – para autorizar a equivocada percepção de que o Novo e pretere o Antigo.

No entanto, não é esta a relação entre os documentos, mas sim de complementariedade. O próprio Zehr reconhece que, à evidência, o Novo Testamento deve ser paradigma básico. Mas isso não remete à desconsideração do Antigo Testamento, que, observa o autor, apresenta um "riquíssimo material que, em sua maioria, deu sustentação ao Novo Testamento", e que pode levar à "compreender mais plenamente as dimensões da justiça e das intenções do Deus da Bíblia para a humanidade" (2005, p. 122).

Os ensinamentos bíblicos não podem ser desprezados quando sua carga semântica relevar humanismo e racionalidade punitiva. Nessa perspectiva, a regra do "olho por olho", insculpida no Velho Testamento[5], não deve ser interpretada como imposição de que, a cada vez que a cada vez que uma pessoa seja ferida no olho, o respectivo agressor também deva sê-lo.

Ao contrário, a regra impede que se retirem os braços, as pernas ou os dois olhos do agressor; no máximo, outro olho. Traz, embora de forma rudimentar, uma noção de proporcionalidade punitiva.

Machado também encontra na Bíblia episódios e "textos que se caracterizam por destacar o universalismo nas relações das pessoas" (2017, p. 45). Nessa esteira de pensamento, os dogmas religiosos não podem ser os limites para a aplicação de vetores morais constantes do texto bíblico que já estejam secularizados.

A "nova ética da fraternidade", que foi inaugurada pelo cristianismo, conduz a uma "ética de responsabilidade pelo outro", o "outro universal". É dizer: a dignidade do ser humano, nas relações interpessoais, deve prevalecer independentemente das fronteiras que os separem. Na lição do autor sergipano: "vivendo o cristianismo, todos – todos realmente – se tornaram *concidadãos* e, assim, a dicotomia nacional/estrangeiro perdeu todo o sentido" (MACHADO, 2017, p. 46-48).

---

5 Levítico, 24-20: Quebradura por quebradura, olho por olho, dente por dente; como ele tiver desfigurado a algum homem, assim se lhe fará.

Embora o texto bíblico seja repleto de lições humanitárias, não se desconsidera a necessidade de se preservar a Religião em compartimento estanque do Direito. Em que pese toda a relevância do Direito Canônico, não é possível manter a comunhão entre Estado – de onde emanam as ordens jurídicas – e Igreja, posto que o direito à liberdade religiosa compreende também o direito de não professar fé nenhuma e não se submeter a nenhum dogma religioso.

Essa ruptura se deu com o Iluminismo, o ideário filosófico que culminou com a Revolução Francesa de 1789, movimento político levado a efeito com a tríade da Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Baggio (2008, p. 7) aponta que o notável lema "Liberdade, Igualdade e Fraternidade" não resume todos os "motes" que se sucederam na Revolução Francesa, de 1789, no lustro que transcorreu entre a convocação dos Estados Gerais e a reação termidoriana.

Aliás, o lema nem era oficial antes da República revolucionária de 1848. As diversas intercorrências históricas levaram o ideal triplo, ora a uma zona de esquecimento, ora a momentos de intenso brilho político, vindo a se impor no final do século, com a vitória dos republicanos em 1879.

Contudo, no regime de Vichy[6], o lema vigente é "Trabalho, família, pátria", o que não viria a ser um mera mudança retórica, já que entre as medidas impostas pelos alemães aos franceses estavam a obrigação de entrega aos primeiros de todos os judeus da França, medida evidentemente contrária às ideias de Liberdade, Igualdade e de Fraternidade, que continuaram apenas no discurso dos resistentes.

Embora, o preâmbulo da Constituição Francesas de 1848 tenha referência expressa à fraternidade (MACHADO, 2017, p. 31), somente no Art. 2º[7] da Constituição Francesa de 27 de outubro de 1946, a tríade revolucionária foi enfim sedimentada no articulado de um documento eminentemente jurídico, não só isso, mas no documento fundante de toda a ordem jurídica francesa.

É dizer: o pós-guerra levou a sociedade francesa transpor a fraternidade, levando-a do preâmbulo ao próprio plexo normativo, alicerce de todas as demais leis do país.

Assim, embora se possam encontrar formulações da Fraternidade na Arte e na Filosofia,

---

6 O também chamado Governo de Vichy, corresponde à forma como os alemães, a partir da cidade de Vichy, administraram parte da França ocupada na Segunda Guerra Mundial, impondo limitações administrativas, políticas, econômicas e ideológicas.

7"Article 2. - L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge à trois bandes verticales d'égales dimensions. L'hymne national est *la Marseillaise*. La devise de la République est : Liberté, Egalité, Fraternité. Son principe est : gouvernement du peuple, pour le peuple et par le peuple." (FRANÇA, 1946). Em tradução livre, do original: "ARTIGO 2º A língua da República é o francês. O emblema nacional é a bandeira tricolor: azul, branco, vermelho. O hino nacional é a "Marselhesa". O lema da República é: "Liberdade, Igualdade, Fraternidade". O seu princípio é: governo do povo, pelo povo e para o povo."

a noção religiosa foi a que mais se difundiu, com uma significação teológica "'forte' de Fraternidade 'em Cristo'", resultando "uma miríade de manifestações práticas" (BAGGIO, 2008, p. 8). A dação de esmolas é tida como exemplo dessas manifestações que sedimentaram a noção religiosa do Instituto.

Contudo, como se viu acima, foi no movimento revolucionário francês que a dimensão política Fraternidade veio à tona, conforme escólio de BAGGIO (2008, p. 8). A inovação na trilogia de 1789 é a dimensão política da fraternidade, verificando-se uma interação com os outros dois princípios, a liberdade e a igualdade, estes os delineadores das democracias atuais.

Até antes de 1789 fala-se de fraternidade, mas não se a vincula à liberdade e à igualdade civis, políticas e sociais; quando pior, fala-se de fraternidade como substitutos delas.

O ineditismo reside na fraternidade, par e par com os outros princípios, assume a feição de remodeladora de interpretações tradicionais, conduzindo a um contexto totalmente novo, no qual a trilogia passa ser constitutiva de uma nova ordem política.

Baggio (2008) reconhece, contudo, que a novidade foi anunciada, mas rapidamente entrou em decadência, quase desaparecendo, por completo, do cenário coletivo. A liberdade e a igualdade se solidificaram, porém, mais antagonizadas do que conciliadas, exatamente pela míngua da fraternidade.

Esse preterimento da fraternidade levou a sistemas democráticos pautados no extremismo, ora da igualdade, ora da liberdade, conduzindo a agenda dos que viriam a disputar o poder a partir de então. Somente com a ocorrência de outros dois "89", foi possível reavivar o princípio olvidado:

O autor denomina segundo "89" ao período de prevalência das ideologias nacionalistas que fomentaram a mortandade do quadriênio 1914-18, cujos atos de violência se estenderam por mais duas décadas.

Por terceiro "terceiro 89", o autor denomina o ano da queda do muro de Berlim, momento considerado como a "mais recente grande chance que a história nos deu de abandonarmos o terreno ideológico da ilusão e tomarmos o caminho real da esperança" (BAGGIO, 2008, p. 21).

Mesmo tendo ocorrido essas três oportunidades de fortalecimento da Fraternidade, o que se viu foram novas formas ideológicas perpetuarem a contraposição entre liberdade e igualdade, numa dicotomia na qual estava completamente inserto o pensamento político.

Essa sequência de fatos históricos concorreram para o desabrochar político da fraternidade, que se materializa quando duas condições são satisfeitas (BAGGIO, 2008, p. 23): 1. A fraternidade passa a fazer parte constitutiva do critério de decisão política; 2. Consegue influir na interpretação das outras duas categorias políticas, a igualdade e a liberdade.

Considerando que ficou evidenciado acima a natureza política do instituto, já completamente secularizado, tendo sido demonstrado ainda que o instituto não tem nascedouro único não Religião, já que recebera traços da Filosofia e da Arte, é preciso indagar: o Princípio da Fraternidade apresenta atualmente uma dimensão jurídica ou se restringe ao espectro da política? É o que se responde no item a seguir.

2.2 A FRATERNIDADE NO TEXTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

De pronto, cabe indagar se o princípio da Fraternidade preserva a essência coercitiva do Direito. Questionamentos sobre a possibilidade de exigir a fraternidade, e sobre quem pode figurar como devedor ou como credor dessa exigência, reclamam uma adequada formulação.

Para os fins deste estudo, a perspectiva positivista kelseniana (KELSEN, 2000, p. 35) serve de fundamento para se reconhecer que as "ordens sociais" compreendidas no Direito realmente "são ordens coativas".

No entanto, essas ordens coativas não se resumem a mandamentos que fixem uma prestação, um devedor e um credor. A sistemática normativa contempla a incidência de princípios jurídicos que se irradiam sobre toda a ordem jurídica, condicionando a formulação das regras, compreendidas estas como mandamentos objetivos, como as que estabelecem alguma prestação estatal e identificam o respectivo credor.

Assim, quando o constituinte abraça o princípio da igualdade, ele não quis regular uma prestação exigível, como se alguém pudesse exigir de alguém ou do Estado uma "porção" de igualdade, como se fosse possível mensurar o instituto individualmente.

O que o constituinte estabelece é que nem o Estado nem os particulares podem, nas exigências das prestações de que sejam devedores ou credores, impor a pessoas na mesma situação um tratamento distinto, ou que, em situações distintas, seja a igualdade um argumento para tratamentos não isonômicos.

No mesmo sentido, quando se fala em liberdade, não se pretende fixar o Estado como devedor do direito de todas as pessoas serem plenamente livres. O que se exige é que as regras que limitem a liberdade sejam tais que todos – sociedade e Estado – convirjam para o fomento de relações intersubjetivamente livres.

Quanto à Fraternidade, o raciocínio a ser respeitado é o mesmo: não é nada além de pueril defender uma paradoxal sociedade de santos, como anunciada por Durkheim (1990, p. 69), na qual todos os indivíduos seriam mutuamente fraternos.

É exatamente o contrário: considera-se a sociedade um complexo grupo de indivíduos,

para cujas inter-relações se faz necessário uma ordenação (coativa) que não se pode limitar a estabelecer que todos são iguais e livres, é preciso mais. É preciso determinar que todos os iguais e livres sejam mutuamente responsáveis pela liberdade e pela igualdade uns dos outros. Eis a Fraternidade Jurídica!

Superada a questão quanto natureza principiológica da Fraternidade, segue-se com a busca de sua alocação na ordem jurídica positivada, observando-se que os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte, reunidos em 1988, enquanto representantes do povo brasileiro, instituíram um Estado Democrático de Direito, para uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Diz o texto preambular[8] que os "representantes do povo brasileiro", reunidos com o desiderato de instituir um Estado Democrático, em que seja possível assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como "valores supremos" de uma "sociedade fraterna", pluralista e sem preconceitos.

Portanto, o exercício de qualquer dos direitos assegurados no Texto Maior está limitada pela construção da sociedade fraterna. Desconsiderar essa exegese equivaleria a preterir a escolha fundamental do próprio povo brasileiro, expressa por seus legítimos representantes.

Por essa ordem de ideias, aponta-se, de logo, que a concessão, a garantia e o exercício de direitos, sejam individuais, sejam sociais, para além de assegurar liberdade e igualdade, só serão constitucionalmente assegurados se voltados ao fortalecimento da fraternidade no corpo social.

No entanto, não se desconsidera a e argumentos no sentido de que o texto preambular é desprovido de carga jurídica, já que a exortação a Deus poderia ser compreendida como contrária ao laicismo.

Na verdade, o laicismo leva a raciocínio diametralmente contrário: o preâmbulo é indicativo seguro da principiologia humanitária que a Constituição abraçou. A invocação a Deus não vincula o Estado a nenhuma igreja; antes, reconhece o direito de todos os brasileiros a ter sua crença individual respeitada. Ademais, como já se disse antes neste trabalho, não há nenhum inconveniente em se extrair do texto bíblico os ensinamentos consoantes com a racionalidade

---

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

penal moderna.

Silvério Júnior (2014, p. 37), argumenta que a mudança paradigmática ocorrida em 1988 não se limitou a embasar o Estado democrático de direito, mas, sobretudo, porque reconheceu que esse Estado democrático deve fomentar a fraternidade social.

Ainda de acordo com o autor, a revelação foi feita tanto no preâmbulo quanto nos quatro primeiros artigos da Constituição Federal vigente.

Os objetivos fundamentais da República brasileira, ainda na lição de Silvério Júnior, mostram-se como "um projeto de construir uma sociedade fraterna, solidaria e sem preconceitos", que assume o compromisso de privilegiar a solução pacífica das controvérsias, na ordem interna e internacional.

Embora se verifique que o próprio texto normativo impõe o aprofundamento no estudo da fraternidade, que já consta nos textos de constituições e tratados internacionais, observa-se que o princípio tem sobrelevada função sintática, e mínima força semântica.

Constar no texto constitucional, seja no preâmbulo, seja no próprio articulado normativo, garante à fraternidade um sentido sintático, porém, insuficiente para a concreção dos direitos. Tem-se um texto, uma ordem de ideias, que se mostra a base para a coesão e coerência de todos os demais textos, leiam-se: as leis e decisões judiciais.

Porém, somente a efetiva incidência da fraternidade no plano fático é o que traduzirá a força semântica que se espera dela. A injustiça de uma decisão, ou, em outras palavras, a falta de coesão ou de coerência com a Constituição, não deve ser identificada apenas na falta de consideração expressa do princípio. É preciso mais.

É necessário que as leis e decisões judiciais efetivamente reconheçam o princípio como vetor de reordenação social.

Não é em outro contexto que a Constituição do Brasil de 1988 descortinou a fraternidade logo no seu preâmbulo, restaurando a importância de se estudar o instituto, corrigindo a omissão cognitiva pretérita.

Ainda com aporte nas lições do autor, pontua-se que a consolidação da democracia reclama implementação de fraternidade, sob pena de se constituir uma sociedade movida pelo sacrifício coletivo, submetida ao Estado forte defendido por Hobbes (1983), em vez de se ter uma sociedade pautada pelo bem de todos.

Não é possível dissociar democracia de fraternidade. Considerando que o regime político visa à escolha do governante pelo sufrágio universal, é preciso assegurar o protagonismo ativo de todos, bem como a oportunidade de que todos tenham as mesmas condições de se colocar à escolha coletiva.

Como o legislador não diz palavras em vão, a menção expressa à fraternidade no

preâmbulo do Texto Superior revela que o Princípio da Fraternidade induz a reconhecer, sem maiores dificuldades, que o constituinte abraçou o instituto, tanto que foi expressamente condensado numa de suas dimensões – a solidariedade – no art. 3º, inc. I, CF/88.

O constitucionalismo fraternal, antevisto por Britto (2003, pp. 207 e seguintes), é o que tem potencial de dimensionar a sociedade e o próprio Estado. Machado (2013, p. 31) identifica vários preâmbulos constitucionais nacionais anteriores, bem como os preâmbulos de constituições estaduais.

Dessa análise, é possível inferir que, há muito tempo, a comunidade jurídica vem atendendo à função sintática do instituto, conduzindo a produção de normas e decisões judiciais que formalmente se encaixam na linguística constitucional.

Porém, a efetiva aplicação semântica, como real garantia de direitos, é dizer, só tem se verificado após o reconhecimento, pelos operadores do Direito, de que o princípio constitucional da fraternidade, além da condição de paradigma textual, é o parâmetro das ações e políticas públicas, no âmbito penal, inclusive.

Ou seja, a menção à fraternidade na Constituição de 1988 reflete exatamente a *mens legis* do constituinte que elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, estabeleceu como um dos objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de nenhuma natureza e conferiu trato especializado ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, além de identificar certas fases da vida humana como destinatárias de especial proteção, a exemplo da infância, adolescência e velhice.

Não apenas isso: abominou a tortura (art. 5º, incisos III e XLIII, CF); repudiou o terrorismo e o racismo e, especificamente quanto ao racismo, ainda impôs que nem mesmo decurso do tempo (art. 4º, VIII, e art. 5º, LXII, CF) é suficiente para que o Estado não o reprima.

Como se percebe, o constituinte não se limitou a estabelecer um Estado meramente social. Passou a exigir que a remodelação estatal tivesse como fôrma única os vetores da fraternidade. Machado (2017), nesse sentido, afirma que o objetivo do legislador constituinte é a "construção de uma SOCIEDADE FRATERNA pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social".

O autor refere ainda que, na era pós-moderna, o constituinte não permite que o Estado se limite tão só a uma ideologia liberal (Estado Liberal), nem mesmo social (*Welfare State*), sendo insuficiente o hibridismo liberal-social. A exigência do constituinte é a construção efetiva de um Estado Fraternal.

Assim, todos, Estado e sociedade civil, passam a ser mutuamente responsáveis pela construção de uma convivência coletiva harmoniosa, de forma que cada indivíduo seja instado a agir, dentro de suas possibilidades, numa perspectiva de respeito aos demais cidadãos, na

mesma medida em que estes, ainda que componham uma maioria, respeitem os direitos fundamentais de cada indivíduo, pessoalmente considerado ou em grupos minoritários por circunstâncias várias que lhes impeçam de estar entre a maioria.

A tônica do constitucionalismo fraternal não é mera exortação retórica, mas sim um condicionante do próprio Estado, que passa a ter mais limites no seu legítimo direito de punir, bem como é orientado a conceder proteção penal para bens jurídicos que reforcem a sociedade livre, justa e solidária, almejada pelo constituinte (art. 3º, I, CF).

Na ADI 2649-6/DF[9], sob a relatoria da Ministra Carmen Lúcia, o entendimento de que o preâmbulo padecia de míngua normativa, assentado na ADI 2076/AC[10], foi alterado, tendo sido reconhecido que os valores constantes do preâmbulo, em forma de princípio, são projetados no articulado normativo, como por exemplo no art. 3º, que aduz expressamente à solidariedade, uma das dimensões da Fraternidade

As duas menções expressas à fraternidade – no preâmbulo, literalmente – e numa de suas dimensões – a solidariedade – no art. 3º, I, CF, não esgotam as referências ao Princípio no texto constitucional, que faz diversas referências implícitas ao instituto.

Nesse sentido, Machado (2017, p. 129), após reconhecer que a fraternidade está plasmada no texto constitucional, identifica referências mais específicas do conteúdo fraternal

---

9 STF. ADI Nº 2.649-6-DF, Tribunal Pleno, Relatora: Min. Cármen Lúcia, j. 20.01.2003. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL, INTERESTADUAL E INTERNACIONAL DE PASSAGEIROS - ABRATI. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 8.899, DE 29 DE JUNHO DE 1994, QUE CONCEDE PASSE LIVRE ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA, DA ISONOMIA, DA LIVRE INICIATIVA E DO DIREITO DE PROPRIEDADE, ALÉM DE AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE FONTE DE CUSTEIO (ARTS. 1º, INC. IV, 5º, INC. XXII, E 170 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): IMPROCEDÊNCIA. 1. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9.9.2005. 2. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. 3. Em 30.3.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. 4. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados. 5. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL, 2008)

10 STF – ADI Nº. 2.076-AC, Tribunal Pleno, Relator: Min. Carlos Velloso, j. 15.08.2002. A ementa do julgado é a seguinte: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL, 2003).

.

nas menções à cláusula do "bem-estar": no art. 23, parágrafo único (bem-estar nacional); no art. 182, *caput* (bem-estar dos habitantes da cidade); art. 186, IV (bem-estar dos proprietários e trabalhadores – requisito para aferição da função social da propriedade rural); art. 193, *caput* (bem-estar social); art. 219, *caput* (bem-estar da população); art. 230, *caput* (bem-estar dos idosos) e art. 231, § 1º (bem-estar dos índios).

E arremata: "Os direitos de fraternidade foram, dessa forma, reconhecidos, possibilitando o advento do constitucionalismo fraternal." (MACHADO, 2017, p. 129)

A enumeração do professor sergipano não é exaustiva, nem pretende sê-lo. É, a toda vista, parametrizada pelo enfoque constitucionalista, sem se prender a nenhum das divisões pedagógicas (ramos) do Direito, portanto, incindíveis nas relações privadas (Direito Civil), nas relações entre o Estado e seu corpo funcional (Direito Administrativo), entre outros ramos, funcionando como regras gerais constitucionais, de ordenação de políticas públicas e escolhas políticas.

Para os fins do presente trabalho, citam-se apenas alguns dispositivos que diretamente se aplicam à racionalidade penal moderna, como se passa a demonstrar neste primeiro momento e como se apontará nas análises específicas dos dispositivos legais e decisões judiciais. São eles: art. 5º, LXII, LXIII, LXIV, Art. 225, Art. 226, *caput*, e §8º e Art. 227, todos da CF.

Considerando o alcance dos dispositivos, convém iniciar a análise pelo dispositivo de maior espectro fundante, que é o art. 226/CF:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> [...]
> §8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Impende destacar que o dispositivo não privilegia a concepção tradicional de família patriarcal que prevaleceu no Brasil durante séculos. Ao contrário, determina que cada integrante da família receba a devida assistência estatal, independentemente da posição na estrutura familiar e da divisão de responsabilidades existente entre todos os membros.

Os mais diversos tipos de famílias são destinatárias dessa assistência, cuidando o constituinte de expressamente determinação a criação de mecanismos de coibição da violência no seio familiar.

Estado deve fomentar a fraternidade a partir das relações familiares, mas isso não significa que o Estado possa restringir ou condicionar as escolhas morais, políticas e religiosas das famílias, nas suas mais diversas formas, não sendo possível a tentativa de uniformizar essas escolhas pelos membros de cada família.

Além disso, não é possível imaginar um Estado sectarista, no qual castas familiares

venham a prevalecer no domínio das escolhas políticas. Ao contrário disso, o constituinte deixa implícito que toda a sociedade deve ser vista como uma grande família, em que as relações de respeito e de cordialidade devem ser estimuladas ao passo que os atos de agressão e violência devem ser rechaçados, penalmente, inclusive.

Assim, é obrigação do Estado impedir que as relações familiares venham a se pautar pela violência, física ou moral, o que quebraria o vínculo fraterno pretendido pelo constituinte.

Nesse ponto, embora não se possa dizer que haja um mandado de incriminação no dispositivo em foco, a Carta Magna condiciona o legislador penal a rechaçar todas as condutas intrafamiliares que impeçam o desenvolvimento e protagonismo de cada membro familiar no desenvolvimento pessoal e do próprio núcleo coletivo fundante de toda a sociedade.

A par dessa orientação constitucional ao legislador penal, o dispositivo em exame também orienta as ações de todo aparato da persecução criminal. Todos os agentes estatais envolvidos na investigação, no processo, julgamento e execução penal são condicionados a adotar medidas que neutralizem ao máximo os episódios de violência intrafamiliar.

A formação e aperfeiçoamento de profissionais para lidar com os dramas que a violência doméstica traz a reboque é um exemplo das políticas públicas que devem ser efetivadas, com fundamento na mencionada disposição constitucional.

A par dessa ordenação fundante de toda a sociedade, o constituinte elege o meio ambiente como objeto de proteção do Estado e de toda a coletividade, prevendo expressamente a imposição de sanções penais e administrativas a todos os que lesem esse bem jurídico, visto neste trabalho como a expressão da fraternidade por excelência. Assim determina o constituinte:

> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
> [...]
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

O meio ambiente se mostra um bem jurídico que não se limita à acepção adotada pela doutrina dominante quanto ao significado da expressão "bem de uso comum do povo", significado esse pautado apenas pelo critério da utilização do bem, como sintetiza Carvalho Filho (2020, p. 2039).

Sobre essa categoria de bens – os de uso comum do povo – o autor ressalta que não é conteúdo técnico do instituto propriedade, juridicamente delimitado, que prevalece. O que sobreleva é a destinação pública, compreendida na "utilização efetiva pelos membros da coletividade".

Contudo, ainda com o escólio em Carvalho Filho (2020, p. 2039), a publicitação intrínseca à destinação dos bens não subtrai do Poder Público o direito de regulamentar, restringir ou até mesmo o impedir o uso, em situações pontuais, desde que a tutela do interesse público prevaleça.

Embora a mesma expressão seja textualmente empregada pelo constituinte e tenha sido utilizada pelo legislador civilista de forma exemplificativa – art. 99, I, CC: "São bens públicos: I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;", a dimensão constitucional é mais ampla.

O constituinte não se limita a qualificar o meio ambiente pelo seu modo de fruição. A circunstância de não existirem, a princípio, exigências para o uso de bens de uso comum do povo não torna o meio ambiente indefeso.

O próprio constituinte determina que sanções, de natureza penal, inclusive, serão endereçadas a todos que praticarem condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. A fraternidade, intrínseca à preservação de condições mínimas de saúde para todos, tanto os da geração atual quanto os que ainda estão por vir, inspirou o constituinte a relegar ao bem jurídico uma sobrelevada importância.

Tratando-se de bem jurídico que condensa direito difuso[11], é impossível identificar apenas um, senão todos os titulares – a sociedade atual e as vindouras gerações. Nesse sentido, o ideário contido no binômio *homem-todos os homens* (MACHADO, 2013, p. 2) se condensa na transindividualidade (JABORANDY, 2016, p. 37) do direito meio ambiente saudável.

A par das características dos interesses e direitos difusos e transidividuais, legalmente reconhecidas no art. 81, parágrafo único, I, do CDC, Jaborandy (2016, p. 27), após condensar o pensamento de renomados autores sobre o tema, exemplifica: a propositura de ação civil pública, pelo Ministério Público federal do Estado de Sergipe, para que o Poder Público promova a demolição e a retirada dos bares e restaurantes da "orlinha da Atalaia", em Aracaju/SE, por terem sido edificadas em área de preservação permanente.

Nesse caso concreto, revela a autora, é perceptível a "conflituosidade intrínseca" nos interesses antagonizados, que revelam "intensa litigiosidade interna", espraiando-se pelos segmentos sociais sem vínculo jurídico, surgidos de "aglutinações contingenciais normalmente contrapostas entre si".

Como se percebe, no exemplo citado, tutelar o interesse difuso ao meio ambiente acarretará na extinção de estabelecimentos comerciais que geram renda e empregos, além de

---

11 Nos termos do art. 81, parágrafo único, inc. I, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), consideram-se difusos os interesses ou direitos "transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.";

impactar o turismo da região.

Nesse sentido, a aplicação do Princípio da Fraternidade não aponta para a suposição de uma sociedade sem conflitos, mas para a melhor forma de geri-los: ponderar o justo equilíbrio entre o direito e interesse individual e os interesses e direitos de todos, indistintamente.

Estas duas disposições constitucionais, portanto, são eminentemente fraternas e apresentam repercussões no sistema punitivo do País, sobretudo para a eleição de bens jurídicos destinados da proteção penal.

Apontam-se a seguir dispositivos de inspiração fraternal que se mostram protetoras de direitos fundamentais atingidos pela punição estatal. Estão no rol de direitos e garantias individuais. Diz o texto magno:

> Art. 5º.Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
> LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial

O *caput* do artigo vem anunciar uma proteção especial à dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos[12] da República Federativa do Brasil. Trata-se de um plexo mínimo de direitos fundamentais, assegurados a todas as pessoas, independentemente de sua origem geográfica ou de seu vínculo político-geográfico.

O dispositivo que encabeça o artigo é mais do que um garantidor formal de igualdade perante a lei, é uma expressão fraternal de que todos os seres humanos são dignos de, no mínimo, terem liberdade, igualdade, segurança e propriedade.

Embora do texto não conste expressamente a fraternidade como vetor de condução à igualdade perante a lei, a expressão "sem distinção de qualquer natureza" sinaliza nesse sentido. O constituinte assenta que, em termos de dignidade da pessoa humana, não há distinção de nenhuma espécie que possa diminui-la perante a ordem jurídica, leia-se a lei.

Não quer isso dizer que não se possa estabelecer diferenças entre as pessoas. Nesse ponto, alguns indivíduos apresentam especificidades que devem ser legalmente consideradas.

---

12 Constituição Federal, 1988: "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político."

Porém, apenas na exata medida dessas diferenças, não podendo o Estado acentuá-las, apenas reconhecê-las e considerá-las como ponto de equilíbrio para manter a igualdade perante a lei. Em outras palavras: a isonomia.

Daniel Sarmento (2006, pp. 132 e 133) caminha nesse mesmo sentido, fazendo inferir que as condições de vulnerabilidade humana estão entre estas diferenças que merecem atenção especial do legislador.

Na ordem de ideias do autor, o Estado Democrático de Direito não pode limitar a igualdade à isonomia formal. A sociedade que se pretende inclusiva deve promover e aplicar a igualdade real entre as pessoas, usando do Direito para, no plano dos fatos, reduzir os desníveis sociais e de poder.

Os vulneráveis despontam como credores de maior proteção da sociedade, por serem pessoas a quem se impôs historicamente déficits de isonomia real.

É impossível dar concretude ao projeto constitucional de uma sociedade livre, justa e solidária, essencialmente plúrima, se os afrodescendentes, os pobres, os deficientes físicos, os homossexuais e as mulheres continuarem a receber mera isonomia formal, enquanto suas condições reais de escolha e de efetivo exercício dos direitos fundamentais estejam à míngua de ações positivas do Estado, suficientemente capazes de colocar esses grupos sociais nos mesmo patamar das pessoas que não padecem das mesmas adversidades.

Apenas exemplificativamente: o fornecimento de rampas de acesso para deficientes nos ônibus urbanos é inócuo se o veículo não pode ingressar no estacionamento de um *shopping center*. O deficiente tem que percorrer toda a área externa do estabelecimento, enquanto pessoas sem nenhuma deficiência podem desembarcar às portas de entrada da área interna. É evidente a falta de fraternidade nessa hipótese: pessoas estão sendo deixadas para trás!

Para superar essa "isonomia formal", a fraternidade surge como princípio de ressignificação hermenêutica da igualdade e da liberdade. Na lição de Jaborandy (2016, pp. 36 e 37), a ressignificação da liberdade e da igualdade se dá quando o Estado promove os pressupostos fáticos para o exercício de escolhas pessoais numa livre de determinismos governamentais ou econômica e politicamente circunstanciais; bem como quando atribui a todos a responsabilidade pela preservação do meio ambiente saudável e equilibrado, condição *sine qua non* para a construção da sociedade livre, justa e solidária – um dos objetivos da República (art. 3º, inc. I, CF).

Nesse sentido, embora Jaborandy não aponte expressamente o sistema penal como exemplo dos pressupostos fáticos necessários às livres escolhas, é preciso reconhecer que esse sistema tem o potencial de impor condicionantes às pessoas, tipificando como crimes condutas que não trazem nenhuma nocividade social, e que não passam de escolhas político-partidárias

que restringem opiniões e modo de vida substancialmente lícitos.

Assim, o exercício do *jus puniendi* estatal não pode criar distinções entre os iguais, nem pode igualar os diferentes. Como se demonstrará a diante, a Lei 11.340/2006 veio impactar o sistema penal para neutralizar o machismo imperante no país, garantindo às mulheres as mesmas possibilidades de escolha que os homens, ainda injustamente dominantes da sociedade, atribuem a si próprios.

No cenário jurídico, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) de Nº. 26 e o Mandado de Injunção Nº. 4.733, amoldou ao texto da Lei Nº. 7.716/89 as condutas discriminatórias das relações homoafetivas, nos mesmos termos dos crimes praticados em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. O Pretório Excelso, assim, assegura a liberdade de escolha sexual das pessoas, autorizando o Estado a punir todos os que se oponham.

Esta decisão será objeto de análise específica no presente trabalho, oportunidade em que se detalhará sua consonância com a fraternidade, já que não se desconsidera que a decisão em foco suscita críticas, considerando-se não ter ocorrido o integral respeito ao princípio da legalidade e ter criminalizado condutas sem o instrumento hábil, que é a lei no sentido estrito.

O mandamento contido no art. 5º, LXII, da CF, impõe que a prisão de qualquer pessoa e o local em que ela se encontra devem ser de imediato comunicadas ao juiz competente, bem como a um familiar ou pessoa indicada pelo preso.

A dupla garantia – comunicação ao julgador competente e à família ou pessoa indicada – impõe ao Estado o dever de preservar a condição gregária do ser humano, impedindo de que a limitação da liberdade individual transcenda à degradação do núcleo fundante de toda a sociedade – a família (art. 226, CF).

Ademais, assegura-se que o núcleo social mais próximo do indivíduo lhe dê o apoio necessário quando de uma passagem pelo cárcere, período que certamente traz inúmeras circunstâncias adversas, além da própria limitação de liberdade, a exemplo da convivência forçada com indivíduos inclinados à violência e da notória precariedade do sistema prisional brasileiro.

No mesmo sentido, para preservação do núcleo familiar do indivíduo, que se revela inatingível pela punição estatal, o inciso LXIII, Art. 5º, CF, preceitua que além da mera comunicação, a assistência familiar é um direito infenso à limitação da liberdade.

O constituinte diz, em outras palavras, que o Estado pode até limitar a liberdade individual, mas não pode impedir os familiares de prestarem a devida assistência. Essa assistência, contudo, não é no sentido sectário, de limitar a assistência do preso apenas a seus familiares, já que o mesmo dispositivo também garante o direito de assistência de advogado.

Assim, verifica-se uma condensação endógena de uma das dimensões da fraternidade – a solidariedade – expressamente constante do art. 3º, I, CF.

Barzotto (2018) explica que a solidariedade é uma forma de reconhecimento que transcende do núcleo familiar e se expande a toda a humanidade, passando cada indivíduo a ver o próximo como irmão.

Contudo, para o autor (2018, p. 82), a solidariedade é apenas um dos três vetores que estruturam o reconhecimento fraternal, já que o respeito a reciprocidade também se mostram presentes nesse reconhecimento. Para além do reconhecimento, o autor ainda indica que a fraternidade também e revela numa acepção relacional (2018, p. 86).

A solidariedade, como responsabilidade por outrem, leva o indivíduo a se considerar integrante de uma comunidade, e com ela responsável. Explica Barzotto (2018, p. 82): o termo "comunidade tem sua origem na palavra latina *communitas*, que pode ser decomposta nas suas raízes *cum* (com) e *unitas* (unidade). Integrar a mesma comunidade do outro – no caso dos irmãos, a mesma família – significa estar em *unidade com* ele".

A indiferença é o oposto da solidariedade (BARZOTTO, 2018, p. 82). Assim, o princípio do fraternidade não conduz ao abolicionismo penal, nem se revela uma complacência com o ilícito criminal. Ao contrário, autoriza ao Estado impor sanções àqueles que insistem em não se responsabilizar pela convivência harmoniosa.

Por exemplo, o indivíduo que despreza os efeitos nocivos das drogas nos demais indivíduos e persiste no tráfico ilícito de entorpecentes, porque foca tão somente no lucro fácil, não se mostra solidário com o corpo social, contribuindo para que as pessoas percam sua força de trabalho e a intelectualidade, e se entreguem a uma vida semivegetativa, onerando os cofres públicos em razão dos custos com saúde pública e protagonizando episódios de violência, na busca de financiar o vício.

A unidade da comunidade é a unidade no bem. O bem de cada um é condição do bem de todos. Por isso, na comunidade todos são responsáveis por todos – ou seja, impõe-se a cada membro um dever de solidariedade para com os demais.

O vetor do respeito assegura que todos tenham condições reais de escolha pessoal, e que estas escolhas sejam efetivamente respeitadas, quando não colidirem com o esquema social fraterno almejado pelo constituinte.

O desrespeito pode advir tanto de um particular, como, por exemplo, quando a liberdade sexual de alguém é violada, como também pode resultar de ações e omissões estatais, ao restringir excessivamente as escolhas ou não dar condições efetivas das pessoas terem oportunidades reais de escolha livre.

À guisa exemplificativa, as pessoas sujeitas ao sistema prisional precisam ter efetiva

estrutura para acesso ao conhecimento e à informação, não sendo a limitação de liberdade motivo justo para alijá-los do aprimoramento intelectual. Seria um contrassenso esperar das pessoas escolhas pessoais voltadas ao bem estar da comunidade e, em sentido contrário, impedi-las de acessar a própria evolução teórica acerca das relações humanas.

A terceira faceta da fraternidade exposta por Barzotto (2018) é a reciprocidade. Por ela, cabe a cada um se considerar não detentor de mais direitos do que os demais, excetuando-se tão somente as limitações juridicamente lícitas.

Ainda com olhos nos sistema prisional, é possível exemplificar como a reciprocidade pode ser violada: destinar um cardápio de baixa densidade nutricional aos detentos é colocá-los numa posição de inferioridade constitucional que antagoniza com a ideia de reciprocidade.

Ao assegurar a assistência familiar e de advogado ao preso, o constituinte não está a dizer que desconsidera ser o preso solidariamente responsável pela convivência social harmoniosa. Ao contrário, exige que mesmo àquele, cuja liberdade foi tolhida, seja garantida a assistência necessária, assim como estimula as pessoas mais próximas do preso sigam solidariamente responsáveis com ele próprio, preservando seus laços familiares íntegros e, em última instância, impõe a toda a sociedade considerar a pessoa presa como destinatária de atenção, tanto da própria família, quanto de advogado, que será garantida pela Defensoria Pública[13], se o preso não tiver condições ou não optar por advogado de sua livre escolha.

Dessa forma, o constituinte reforça os vínculos familiares, sem discriminar os de origem biológica dos que têm origem afetiva; e fortalece a noção de família que fundamenta a construção de uma sociedade fraterna. Com a mesma intensidade com que o constituinte busca preservar a estrutura familiar, tem-se o fortalecimento da própria sociedade fraterna, já que a primeira é núcleo fundante da segunda.

O art. 5º LXIV, CF, ao dispor que "o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial", reforça o reconhecimento como respeito. Embora Barzotto identifique essa modalidade de reconhecimento – o respeito – como "não ocultar a liberdade do outro, mas afirmá-la" (2018, p. 84), ou seja, como uma medida estatal que possa dar garantias reais de escolha e autonomia, ele próprio se socorre do testemunho do psiquiatra Victor Frankl, dado após uma conferência no presídio norte-americano de San-Quentin, do qual se faz literal transcrição, em respeito à pessoalidade da experiência:

---

13 Art. 134, CF: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal .

> Quando fui convidado a dirigir-me aos presos de San Quentin, me disseram posteriormente que os presos tinham se sentido compreendidos pela primeira vez.
> O que eu havia dito não era nada de extraordinário. Simplesmente lhes falei como seres humanos e não como máquinas que estavam sendo concertadas. Eu lhes mostrei como eles sempre foram livres e responsáveis. Não lhes ofereci uma fácil escapatória de seus sentimentos de culpa concebendo-os como vítimas de processos biológicos, psicológicos ou sociológicos de condicionamento. Não os concebi como peças em um tabuleiro (...). Não lhes facilitei o alívio. Não se devia tirar a sua culpa. Não se devia justifica-los. Eu os considerei como pares. (FRANKL, *in* BARZOTTO, 2018, p. 84).

Identificar-se, para além de ser uma obrigação que permite fixar responsabilização por excessos na detenção ou no interrogatório de alguém, revela-se ainda como o primeiro ato de um trato humanizado.

Realmente não há "nada de extraordinário" na auto identificação exigida dos responsáveis pela prisão ou pelo interrogatório de alguém. No entanto, a falta dessa auto identificação representa um déficit de fraternidade, na medida em que que coloca os presos e interrogados num patamar de inferioridade, como se indignos fossem de saber sequer os nomes dos pares que, apenas em razão de circunstâncias pontuais, protagonizaram sua detenção ou interrogatório.

Ainda com base na doutrina de Barzotto (2018, p. 84), a auto identificação está compreendida na noção de reciprocidade. Não é razoável exigir dos internos que se identifiquem, ao mesmo passo que os agentes omitam sua identificação pessoal.

Ao direito estatal, personificado no policial ou no interrogador, de exigir o nome do preso e do interrogado, cabe, em sentido o inverso, o dever de se auto identificar. A menos que se tolere distinções quando não há razão para distinguir, aliás, até pior. Seria admitir a inferiorização humana protagonizada por agentes estatais, razão por que a imposição constitucional não pode ser postergada.

Considerando que a noção de fraternidade está plasmada no texto constitucional e se revela em consonância com o pensamento doutrinário acerca do instituto, segue o estudo para, com mais profundidade, demonstrar a incidência direta no campo do Direito Penal.

2.3 CONTEÚDO E ALCANCE NO DIREITO PENAL

Até aqui se demonstrou que a fraternidade, embora mais associada à religiosidade, tem seus primeiros sinais também nas Artes e na Filosofia, apresentando um traço em comum: a busca por uma sociedade em que cada indivíduo seja respeitado nas suas individualidades, e se perceba irmão de todos, fazendo com que todos também o vejam como irmão.

Expôs-se também que a Constituição Federal contém uma disposição expressa (preâmbulo) e várias disposições implícitas que se espalham no seu texto articulado, algumas delas mais diretamente ligadas ao Direito Penal, como já se referiu no tópico anterior.

Demonstrou-se ainda que Barzotto (2018), ao focar as noções de reconhecimento e relação, conduz a uma aproximação conceitual do instituto.

Portanto, a grande pergunta que surge a partir destas demonstrações é: afinal, qual o conteúdo do jurídico da Fraternidade?

Preambularmente, destaque-se, tal como a Liberdade e Igualdade estampadas na bandeira política que também enunciou a Fraternidade, esta também se mostra semanticamente aberta, dada sua natureza principiológica, irreduzível a uma assertiva semântica de natureza regratória.

Para Alexy (2017, p. 90), princípios são mandados de otimização, cuja satisfação pode se dar em graus distintos, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. Já as regras "são normas que sempre são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas".

Nesse sentido, os princípios apresentam conteúdo semântico mais amplo do que as regras, estas que preservam conteúdo mandamental, com redação menos plurissignificativa.

Como a fraternidade não é uma regra, mas um princípio, seu conteúdo não pode ser reduzido a uma sentença mandamental, consistindo num determinante para que se otimize a liberdade e igualdade, conciliando-as e evitando que se antagonizem.

Fonseca dedica a primeira parte de sua obra – O Princípio Constitucional da Fraternidade (2019) – para evidenciar que a Fraternidade consiste numa ideia alocada culturalmente no Brasil e no Mundo. E aponta que a fraternidade aponta para um paradigma relacional que se atrela a esse ideário, tendo força normativa de princípio jurídico chancelada pelo constituinte.

O percurso da humanidade revela que a alteridade, ou como chamada de regra de ouro, por impor que as pessoas enderecem umas às outras somente o estrito tratamento de que se sentem destinatários, sempre esteve no centro das preocupações comunitárias.

Fonseca recorre à Bíblia, mais precisamente a Lucas 6:31: "Assim como quereis que os homens vos façam, do mesmo modo lhes fazei vós também", para revelar que a fraternidade é substancialmente um "ideário filosófico e cultural" (2019, pp. 21 e 22).

Não há que se confundir, no entanto, a axiologia presente na liberdade e na igualdade com o "reconhecimento recíproco" (FONSECA, 2019, p.22) intrínseco à fraternidade. Embora os institutos convirjam a um propósito humanitário, é a fraternidade a garantia de que igualdade e liberdade não se antagonizem.

Não se pode permitir que as pessoas sejam colocadas em situação de suposta igualdade,

a partir do retrocesso de liberdades já adquiridas. Nem se pode conceder liberdades a determinados grupos de pessoas, enquanto outros seguem com limitações.

A fraternidade vai garantir que as pessoas sejam substancialmente iguais e livres, todas elas e cada um em si considerado individualmente, de forma que mais se aproxime do modelo ideal de sociedade: todos igualmente livres!

O paradigma relacional – ou alteridade – implica que as ações estatais devem preservar ao máximo essa condição, sob pena de desobediência ao texto constitucional. Dessa forma, as intervenções estatais que limitem liberdade, por infrações criminais, não podem desconsiderar que o paradigma de consideração de um indivíduo é todos os outros indivíduos.

A aplicação da pena a um ser humano específico só se justifica se essa mesma pena fosse legitimamente a todos os demais seres humanos, sob pena de flagrante injustiça por ofensa à igualdade. Não é possível que pessoas em específico, ou um grupo delas, sejam "escolhidos" para serem penalizadas.

Eis um novo filtro para limitar o *jus puniendi* estatal: a fraternidade não tolera que todos sejam tratados igualmente apenas sob o aspecto formal. Exemplo desse trato meramente formal é o art. 59 do Decreto-Lei 3.688, de 3 de outubro de 1941, que prevê pena de prisão simples, de quinze dias a três meses à pessoa que se entregar "habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita".

À toda vista, o dispositivo, embora formalmente aplicável a todos, volta-se a reprimir apenas as pessoas desvalidas economicamente, a exemplo de moradores de rua, os quais, já não tendo o mínimo para viver dignamente, passam a receber punição do Estado, como se fossem causa e não produto da enorme desigualdade social que impera no país.

Pessoa e Santos (2016, 205), ao proceder a uma análise jurídica do capitalismo sob a perspectiva dos direitos humanos, nos termos da doutrina de Balera e Sayeg (2011), apontam as principais fontes de privação de liberdade, entre as quais está a pobreza e a escassez de oportunidades econômicas (2016, p. 216) e indicam que o regime econômico deve se coadunar com a fraternidade, considerando a previsão constitucional de ambos (2016, p. 205).

Reconhecendo que qualquer forma de exclusão social está diametralmente oposta ao enfoque humanitário do capitalismo, as autoras (PESSOA; SANTOS, 2015, p. 212) consideram que a pobreza, além de conduzir à não-cidadania, já não pode ter a criminalização como uma resposta estatal, sob pena de esvaziamento do pretendido capitalismo humanista.

Torna-se necessário então que a investigação criminal, o processo e a punição, enfim, toda a cadeia de limitações da liberdade humana seja enfrentada por um feixe de luz fraternal que venha a iluminar incessantemente a regra de ouro, assim entendida como aquela orienta

cada indivíduo a fazer ao próximo exatamente aquilo que gostaria que se lhe fizesse.

Aristóteles (2003), metaforizando no ouro a perfeição, reconheceu em Péricles a virtude de fazer ao próximo o que gostaria que lhe fizessem, aplicando a regra de ouro e, por isso, Péricles estaria apto a governar, além de sua própria casa, também o Estado.

Nessa ordem de ideais, a pilha de direitos, deveres e responsabilidades que o Estado se propõe a assegurar e exigir dos seus súditos e dos estrangeiros, residentes ou visitantes, deve considerar a carga axiológica da fraternidade, que abarca os valores da justiça, da honestidade, da responsabilidade e do respeito, entre outros.

Como produto dessa carga axiológica, surgem ações estatais humanistas, a exemplo da busca pela perspectiva restaurativa dos conflitos, da priorização da mediação e da conciliação, e da neutralização da transcendência dos efeitos do processo penal e da pena a terceiros inocentes.

Estes institutos condicionam o agir estatal, de forma a privilegiar as liberdades de cada indivíduo; não só a liberdade de locomoção, mas a liberdade de poder fazer escolhas reais, livres e conscientes, como se evidenciará à frente, ao se analisar as leis e decisões jurisprudenciais de conteúdo fraterno.

Somente condutas que redundem em graves ofensas a bens jurídicos penalmente tutelados é que autorizam o Estado a alocar um indivíduo em ambiente apartado de todos os demais irmãos da humanidade, essencialmente deficitário de fraternidade, considerando que esta não se confunde com eventuais facções que surjam no ambiente carcerário.

Embora reiterada na doutrina e na jurisprudência, a máxima "liberdade é a regra; prisão, a exceção" não tem tanto eco no Brasil. Empiricamente, é possível afirmar que quase à unanimidade, a primeira resposta aos delitos está numa fórmula de aprisionamento, assim sintetizada: "detenção, de x tempo a y tempo" ou "reclusão, de x tempo a y tempo".

O Advento da Lei nº.9.099/95[14], que instituiu os Juizados Especiais Civis e Criminais, seguida da Lei nº.10.259/2001[15], instituindo os mesmos Juizados na órbita federal, trouxe

---

14 Destacam-se a seguir alguns dispositivos da Lei referida, que afastam o cárcere imediato, dando respostas legais alternativas à prisão: Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (Redação da Lei nº11.313/2006) Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade. Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários. Parágrafo único. Ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança. Em caso de violência doméstica, o juiz poderá determinar, como medida de cautela, seu afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima.

15 Art. 2º: Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

avanços na construção de alternativas à colocação imediata de um ser humano no cárcere[16].

No que pese o advento dos mencionados instrumentos legislativos, que vieram à tona como uma tentativa de resolver o problema da superlotação dos presídios brasileiros, verificou-se que o impacto pretendido não foi atingido.

Fonseca (2019, p. 130) atesta a continuidade do aprisionamento excessivo no Brasil. Ao recordar os conflitos sangrentos do ano de 2017, demonstrando que ocorreram verdadeiras guerras dentro dos presídios brasileiros, o autor deixa inconteste a debilidade do sistema carcerário do Brasil.

Mesmo com a terceira maior população de encarcerados do mundo (FONSECA, 2019, p. 130), ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China, o Brasil parece desconsiderar o pântano movediço da criminalidade em que se encontra.

O sistema carcerário também já foi objeto de atenção de Foucault (1987, p. 292), concluindo que "as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta".

Os estudos de Foucault (1987), embora reconheçam que as prisões foram um passo importante na humanização das punições, até então cruéis, levaram-no a concluir que o sistema prisional também representa um fracasso, considerando as missões a que se propôs, seja substancialmente punitiva ou pretensamente pedagógica.

O autor aponta que os estudiosos da dinâmica punitiva só conseguem ver na própria prisão a solução – "o remédio" - (FOUCAULT, 1987, p. 296), contraditória, frise-se, para esse fracasso. Os presídios e congêneres, portanto, estão longe de ser "as instituições completas e austeras" (1987, p. 260) que pretendiam ser.

Ressalta ainda que "a prisão é um duplo erro econômico: diretamente pelo custo intrínseco de sua organização e indiretamente pelo custo da delinquência que ela não reprime" (FOUCAULT, 1987, p. 295).

Mesmo com esse atestado sociológico, o cárcere ainda não é efetivamente excepcional, e nem o será se toda a racionalidade penal continuar a correr de políticas públicas não fraternais. É evidente que não se propõe apenas e tão somente que uma mudança legislativa venha a abonar condutas criminosas ou hipotecar benefícios desmedidos, como medida irracional de esvaziamento carcerário. Aliás, isso seria privilegiar apenas a liberdade de alguns (os que já estão presos), em detrimento da isonomia (não traria incremento efetivo de direitos para todos).

Embora não seja propósito deste trabalho apresentar propostas concretas de mudanças

legislativas, nem tampouco aprofundar críticas à legislação vigente, mas apenas delimitar que a fraternidade deve ser o fio condutor de toda e qualquer inovação legislativa, cabe mencionar ainda que a mudança na legislação penal é altamente complexa, pois ainda que se busque a construção de um direito humanista, cinco obstáculos precisam ser enfrentados, conforme Pires (2009, p. 67) expõe: os direitos da pessoa; a igualdade; a necessidade de punir; as garantias jurídicas e a proteção em nome da sociedade.

Para refletir sobre o impacto do Direito Penal nos direitos das pessoas, o autor aponta mudanças na legislação penal canadense, em que foram sistemáticas ofensas as direitos de pessoas mais pobres, e a solução adotada foi a criação punições voltada à classe média e alta, numa controvertida distribuição do mal punitivo. Assim, em vez da mudança legislativa caminhar para a neutralizar a punição injusta da massa pobre, caminhou para punir a massa rica.

No mesmo sentido, a lição de Costa e Barreto (2015, p. 60), que observam um interessante paradoxo: enquanto o discurso predominante é no sentido de que diminuir as possibilidades de atuação estatal na seara penal, surge em contrário um pensamento que tem-se mostrado dominante na grande maioria dos países, consistente na legitimação de novos tipos penais e do agravamento da pena dos já existentes.

Nesse cenário de expansão penal, surge uma virada da Criminologia crítica. Antes, defendia-se que criminalidade e proletariado estavam associados, e o Direito Penal era visto tão só como elemento de exclusão e crueldade; agora, porém, é visto no Direito Penal um mecanismo de afirmação de direitos, e a ampliação penal é defendida, na medida em que se mostra capaz de incrementar a proteção de interesses de um determinado grupo social.

Como se discutirá adiante, quando da análise da ADO (Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão) de número 26 e o Mandado de Injunção 4733, o Supremo Tribunal Federal estendeu os efeitos da Lei 7.776/89, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, para criminalizar o preconceito em razão do gênero, à revelia do princípio da legalidade penal, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e no art. 1º do Código Penal (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal).

A busca de soluções penais para problemas sociais realmente não é a escolha estatal correta. No entanto, a igualdade entre os seres humanos deve ser fraternalmente preservada, não sendo justo que a cor e a raça sejam de tal monta que o Estado remeta ao cárcere seus ofensores, mas quede inerte, por mora legislativa, frente ao histórico de ofensas à homoafetividade no país.

A fraternidade reinterpreta a igualdade, considerando todas as pessoas de uma só

maneira, pela dignidade que lhes é intrínseca, de forma que a ofensa à homoafetividade é tão aviltante quanto à ofensa pela cor da pele.

Como se sabe, nenhum direito é absoluto e os princípios são formulações jurídicas que toleram a ponderação como mecanismo de preservação de direitos. Portanto, este trabalho adota o entendimento de que o princípio da legalidade não poderia ser intransponível diante das reiteradas agressões à dignidade dos homoafetivos, pois a dor que lhes aflige não é menor nem maior que a dor que é sentida pelos que são aviltados em razão da cor e da raça.

Fraternidade não é condescendência. O princípio da fraternidade não um perdão generalizado. Ao contrário, o pensamento fraternal é o resgate de responsabilidades. A responsabilidade do Estado perante todos, a responsabilidade de todos perante um e da responsabilidade diante do próximo e de todos.

Evidentemente, a fraternidade também não é uma justificativa para criminalização de condutas, nem para tornar mais severas penas já existentes, muito menos para recrudescer medidas processuais que tendem a fixar a responsabilidade penal.

A fraternidade é, em termos mais práticos, o equilíbrio entre a igualdade e a liberdade. Ninguém pode ser tão livre a ponto de ser impunemente preconceituoso; não é possível criminalizar um determinado tipo de preconceito, outro não; o preconceito é igualmente horrendo, seja ele por raça, cor ou pela sexualidade de quem o sofre.

Com precisão, Jaborandy (2016, p. 61) aduz que a" reestruturação da ciência jurídica", para assumir o paradigma do constitucionalismo contemporâneo, só é possível a partir da "releitura da fraternidade", fazendo-a inserir, ou a resgatando quando olvidada, como "princípio que equilibra e ressignifica a liberdade e a igualdade".

Como se percebe, o conteúdo da fraternidade é hermenêutico e se projeta para o Direito Penal, racionalizando a eleição dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados, dando uma dimensão mais apurada da igualdade, ao proteger os bens de todos; bem como para impor regras e condicionantes à atuação estatal limitadora da liberdade humana, só se justificando as limitações estritamente necessárias.

Quanto ao redimensionamento da liberdade, a fraternidade opera em dois aspectos: a) impede que o Estado retire do indivíduo a condição de integrante da grande família universal – a dignidade humana – garantindo-lhe direitos que impedem a segregação social indefinida; b) impede que haja transcendência dos reflexos do processo penal e da pena a familiares dos acusados em geral.

Após traçar o surgimento, o histórico e a evolução do processo que assumiu inicialmente feição política, mas que hoje se encontra definitivamente inserido no espectro jurídico da nossa ordem constitucional, observou-se que tal princípio se irradia para reger a

racionalidade penal moderna, adota-se em seguida análises pontuais, de como o fraternidade sustenta disposições legais que asseguram direitos, bem como embasa decisões judiciais que colmatam o exercício desses direitos.

Partir-se-á de análise de dispositivos legais em específico, e posteriormente será enfocada a jurisprudência pátria, verificando se os dispositivos legais e decisões em foco se amoldam ao arcabouço teórico ora exposto.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE COMO *MENS LEGIS* PENAL

Nos limites deste trabalho, não se investigará os aspectos sociológicos que circundam a produção legislativa, nem a influência político-partidária e econômica nas escolhas do Parlamento.

A presente análise se limita a identificar algumas leis, por se verificar nelas dispositivos que se mostram fraternalmente garantidores de direitos. Ou seja, do ponto de vista hermenêutico, a fraternidade se revela como critério para o intérprete chegar à *mens legis* do dispositivo a ser aplicado.

Cabe ainda considerar que o fato de uma lei conter dispositivo essencialmente fraterno não é indicativo, por si só, de eficiência legislativa, valendo como exemplo a primeira lei a ser analisada – a de Execução Penal – que embora tenha conteúdo fraterno, não foi suficiente para debelar o Estado de Coisas Inconstitucional[17] do sistema carcerário.

3.1 A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A INTEGRAÇÃO SOCIAL

Em 11 de julho de 1984, cinco anos antes do Terceiro 89, o Governo Militar brasileiro publicou a lei 7.210/84[18], que "institui a Lei de Execução Penal", com 204 (duzentos e quatro) artigos. Apesar de algumas alterações posteriores, considerando a necessidade de adequação às mudanças sociais e tecnológicas, o instrumento normativo permanece hígido na sua principiologia.

Sobre o Terceiro 89, registre-se que a expressão foi usada por Baggio (2008, p. 21) para identificar na queda do muro de Berlim a "terceira oportunidade de sedimentação política do Princípio da Fraternidade". Assim, após a própria Revolução Francesa e da Guerra que se originou em 1914 e propagou efeitos nas duas décadas seguintes, a reunificação alemã se

17 Em maio de 2015, o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) impetrou ADPF Nº 347, contra a União e todos os Estados-membros, pedindo que o STF declarasse que a situação do sistema penitenciário brasileiro violava preceitos fundamentais da Constituição Federal e, em especial, direitos fundamentais dos presos. A petição inicial, assinada pelo grande constitucionalista Daniel Sarmento, defende que o sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional". Foram apontados os seguintes pressupostos: a) violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; c) situação que exige a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades para resolver o problema. Em sede de julgamento liminar, o STF reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional e determinou diversas providências. O mérito da ação ainda não foi julgado. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677?palavra-chave=estado+de+coisas+inconstitucional&criterio-pesquisa=texto_literal. Acesso em: 4 jul. 2021.

18 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 jun. 2021

mostrou um terreno fértil para o florescimento político da fraternidade.

Feito esse aporte, verifica-se que enquanto o mundo engendrava a gestão de seus conflitos pela fraternidade, o legislador brasileiro paralelamente entabulava uma lei que dimensionava o mesmo princípio na ordem jurídica interna, direcionando a aplicação da pena.

Desnecessário, neste estudo, escrutinar um a um os artigos da lei, mas tão somente focar naqueles que se apresentam com carga fraternal mais evidente, já que não há menção expressa ao instituto na referida lei.

Não se pretende dizer que o legislador brasileiro de 1984 tenha sido um vanguardista na aplicação do princípio da fraternidade, mas ainda que tenha de forma indiferente ao movimento político que se fortalecia no mundo, ver-se-á que impôs uma regra essencialmente fraterna como baliza para a Execução Penal.

Num cenário militar repressivo, em que as pautas constitucionais não eram integralmente humanitárias, o ano de 1984 rendeu o desastre ambiental de Cubatão[19] (BECH, 2011, p. 51-53), até hoje considerado como um dos eventos decisivos para a moderna compreensão dos riscos intrínsecos ao desenvolvimento tecnológico.

Porém, também rendeu um avanço legislativo, no sentido de conter os excessos punitivos do Estado. Enquanto o governo militar demonstrava desprezo pelo meio ambiente, privilegiando o desenvolvimento econômico sem sustentabilidade, impondo às pessoas mais riscos pela atividade industrial, era publicada uma lei de execução penal que, pelo menos no plano formal, assegurava fraternidade jurídica aos atingidos pela atividade punitiva estatal.

Embora não tenha sido suficiente para impedir o chamado massacre[20] do Carandirú, que viria a ocorrer em 1992, a conhecida LEP consagrou direitos à população carcerária, fortemente etiquetada naquela época, mais ainda do que nos dias atuais, exigindo dos agentes do Estado e de toda a sociedade que os danos sociais aos presos fossem minimizados.

Sobre a conjuntura da época, é valiosa a observação de Silvério Júnior (2014, p. 68). O período conhecido como a ditadura militar, entre os anos 1964 a 1985, marcado pela opressão e pela violência, levou a uma reflexão sobre a maneira como as pessoas pretendiam conduzir a vida em coletivo.

Não é possível a permanência de um campo livre e aberto do Estado, permitindo-lhe agir desregradamente. Ao contrário, é necessário caminhar para o fortalecimento da comunidade nascida de um pacto entre iguais, não-violência e coesamente oposta ao

---

19 A cidade, que ganha o título de mais suja do mundo, foi cenário do vazamento de mais 700 mil litros de petróleo da Petrobrás no mangue, no dia 25 de fevereiro de 1984, seguindo-se um incêndio que incinerou mais de 500 pessoas em menos de dois minutos (BECH, 2011, p. 51).

20 Fato amplamente divulgado na mídia, consistente na morte de 111 presos, após rebelião num presídio paulista. Disponível em: https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/. Acesso em: 5 jul. 2021.

autoritarismo.

A soberania estatal, enquanto fundamento da República, não pode ser lida como justificante de atos de violência contra os integrantes da sociedade. Ela é exatamente oposto para o Direito Fraterno, ao assegurar que o Estado, por ser detentor do uso da força legítima, deve restringir ao máximo suas possibilidades de ação coercitiva, mantendo sua natureza reativa estritamente proporcional ao agravo, e jamais impositiva.

Numa época de abusos constantes do Estado, em que se registrou o maior desastre ambiental do país, evidenciando que não se tinha uma compreensão da importância do meio ambiente, surge uma lei inovadora, que garantia direitos mínimos das pessoas presas, não permitindo que o Estado adotasse violência como paradigma de atuação.

Nesse mesmo sentido, Silvério Júnior (2014, p. 69) reflete sobre o que ele chama de "violência administrada", a legitimidade do uso da força pelo Estado está na sua soberania, composta exclusivamente da força de impor os atos estatais, concepção esta que termina colocando os fins como justificativa dos meios.

Dispensável a análise de artigo por artigo da lei, limitou-se neste estudo a focar nos dispositivos que se mostram normativamente fraternais. O primeiro artigo [21] da lei é essencialmente fraterno, ao dispor que a execução penal deve proporcionar condições para "a harmônica integração social do preso e do internado".

Certamente, a defesa dessa integração social, em plena ditadura militar brasileira, não foi bem recebida pelo pensamento positivista imperante na época, por representar significativo avanço humanitário. Ainda que a tese lombrosiana já houvesse sido superada, o viria em seguida foi um paradigma criminológico de reação social – o *labelling aproach*[22] - até hoje prevalecente no país, mas já há muito combatido.

O comando normativo, apresentando-se como regra geral tendente a incidir em toda a execução penal, mas não apenas em situações pontuais, vai de encontro ao pensamento imperante da época, que tratava o criminoso como um marginal – alguém à margem da lei – em quem se podia colocar um rótulo, de indigno, uma pessoa que não poderia ter os mesmos direitos dos demais integrantes da grande irmandade que deve ser a sociedade.

Essa etiqueta social ultrapassa o tempo do cárcere, e o apenado, mesmo após ter se submetido à limitação de liberdade, continua sendo visto como desviante, não como alguém

---

21 Lei 7.210/84: Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

22 Vera Regina Pereira de Andrade (2016, p. 49) explica que a expressão surge nos Estados Unidos da América, no fim da década de 50 e início da década de 60, nos trabalhos de diversos autores, a exemplo de H. Garfinkel, E. Gofmann, K. Ericson, A. Cicourel, H. Becker e outros, e corresponde ao etiquetamento, rotulação e ainda paradigma da "reação social". É dizer, em termos mais práticos: a sociedade passa a ver o criminoso como alguém que fica à margem, à parte do todo social.

que eventualmente praticou uma conduta fora do padrão de harmonia social, mas que se submeteu às regras de correção e precisa ser recebido na sociedade com sua dignidade humana preservada, sendo detentor de todos os direitos que os demais humanos dispõem.

Andrade (2016), amparada em Baratta (1982), conclui que a Criminologia europeia permaneceu "relativamente estanque", sob a óptica epistemológica. Aduz em seguida que o mundo anglo-saxão, particularmente a América do Norte, o terreno fértil para o surgimento de uma mudança no paradigma criminológico.

Explica a autora (2016, p. 49) que o paradigma da reação social (*social reaction approach*) surgiu a partir de uma concepção sociológica do desvio e do controle social e de desenvolvimentos da reflexão histórica e sociológica sobre o fenômeno criminal e sobre o Direito Penal.

Como se percebe da lição da autora, a rotulação social do desviante tinha por fundamento a manutenção do modelo social escolhido e não o império do humanismo. Assim, os eventuais discordantes das normas de fortalecimento do ente estatal, ainda que tivessem submetido à sanção imposta, eram vistos pelo corpo social como alguém eternamente reprovável.

A norma ora comento impõe o "recado inicial" do legislador: a prioridade na execução penal é a integração social, não o rompimento das relações sociais entre o preso, a sociedade e o Estado.

A tomada de decisões no ambiente carcerário passa a ser norteado por essa regra aberta, que impõe sempre indagar se a medida a ser adotada é voltada à integração social ou se, acarretando limitações a essa integração, é uma medida legalmente prevista e humanistamente justificável.

No mesmo sentido, Fonseca (2019) ensina que a aplicação da pena já não pode ser mera retribuição estatal, superando a fórmula tradicional de que para cada desvio, corresponde uma quantidade de tempo de cárcere, já que nem sempre essa correspondência leva em conta a real importância humanitária do bem jurídico atingido, mas, tão só a preservação do modelo social escolhido.

Expõe o autor: "não é possível mais entender a pena apenas na sua visão retribucionista tradicional (reduzida), como se fosse um fim em si mesmo" (FONSECA, 2019, p. 133). O mal intrínseco ao crime não pode ser justificativa para a vingança, um castigo vazio de ética, produto de uma mera operação aritmética, pela qual o tempo de cárcere seja proporcional tão só à escolha do grupo social dominante.

Realmente, a pena reclama uma fundamentação ressocializante, de reinserção, reintegração), não de mero castigo, resposta, vingança, considerando que a vindita, ainda que

estatizada, não contribui em nada para políticas públicas de efetivo combate aos fatores criminógenos.

A Justiça restaurativa se apresenta como importante mecanismo para evitar o cárcere injusto, excessivo, sem razoabilidade, numa dinâmica substancialmente fraterna, pois coloca acusado e vítima como protagonistas, não meros objetos, da relação processual-penal. A fraternidade, repise-se, não é uma condescendência genérica, e não deixa de considerar a necessidade excepcional da prisão, hipótese em que as política públicas não podem conduzir, ou permitir, divergências com a almejada integração social; antes, devem contribuir efetivamente para sua integralização.

O que a racionalidade penal moderna (pós moderna, para ser mais preciso) exige é que a prisão seja de fato a exceção, mas nas hipóteses em que for inevitável, sejam mantidas condições mínimas de integração social do preso.

Ainda com apoio nas lições de Fonseca (2019, p. 133), reproduzidas na íntegra dada a precisão do escólio, é possível apontar outros dispositivos da LEP que massificam a fraternidade no âmbito penal[23]:

---

23 Dispositivos da LEP: Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado. Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa. Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015) § 1o O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015) § 2o Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015) § 3o A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas. 7.627 (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015) Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico. Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição. Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados. Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos. (...) Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 10.713, de 2003) Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento.

> Não se pode pensar, aliás, em restauração de laços, sem o estabelecimento do trabalho prisional como medida de ressocialização (CF/88, Art. 6º e LEP, art. 41); de práticas educativas nos estabelecimentos prisionais (LEP, arts. 17 a 21); da compreensão da intervenção mínima do Direito Penal e do desenvolvimento efetivo de políticas públicas. Todos são eixos estruturantes de tal modelo de justiça penal.
> Nesse sentido, a experiência cristã oferta respostas que não se limitam ao castigo, mas caminham para a reconciliação e a construção da paz. No dizer do magistrado português Pedro Maria Godinho Vaz Patto, o crime passa a ser entendido como uma ferida que deve ser curada através da reparação do mal causado à vítima, da assunção de responsabilidades e da "restauração" dessas relações.
> A lógica do "olho por olho, dente por dente" é incapaz de realizar a Justiça. É necessária retribuição, mas com a complementação da reconstrução e do próprio perdão, que não é sinal de fraqueza, esquecimento nem indiferença. É o novo modelo fraterno da Justiça penal. Cumpre-se a norma de forma retributiva, mas sua superação é a restauração.

Percebe-se que já na década de 1984, o legislador assumia uma postura fraterna, demonstrando que condições mínimas de educação e trabalho do preso deveriam ser objeto de atenção estatal.

Esse fomento de políticas públicas disponíveis ao encarcerado atende à preservação do Direito do Desenvolvimento, considerando a multiplicidade de liberdades – hoje, para além da liberdade de locomoção física, o Estado passa ser protagonista de liberdades reais de escolha.

Não é possível falar em liberdade de escolha se o indivíduo sequer tem condições de exercer um trabalho digno ou não tem acesso ao ensino formal que lhe renda conhecimento mínimo para o exercício de uma atividade funcional.

Atualmente, com a chamada Revolução 4D, ou Indústria 4.0 (PEREIRA e SIMONETTO, 2018, p. 3), o incremento de tecnologia coloca as pessoas em constante necessidade de leitura, acesso à comunicação escrita remota, não se desconsiderando o grande número de entregadores por aplicativo que surgiram em razão da Pandemia de COVID 19, que se propagou no Brasil a partir do início do ano 2020.

Um grande desafio para o sistema criminal é conferir conhecimento de comunicação remota, ao mesmo tempo em que inibe a comunicação remota indiscriminada que ainda grassa pelos presídios brasileiros.

Garantir aos presos oportunidades reais de escolhas de trabalho, fornecendo-lhe instrução, não pode ser encarado como um beneplácito estatal, pois, ao garantir estas oportunidades ao detido, termina assegurando o bem de todos, fraternalmente atuando para a diminuição do número de pessoas que não têm condições e conhecimentos suficientes para contribuir com o desenvolvimento da própria sociedade.

Sobre as liberdades de escolhas, colhe-se de Anjos Filho (2013, p. 724-725) a definição de desenvolvimento humano: "um processo mediante o qual se ampliam as possibilidades de escolhas dos indivíduos, que podem ser infinitas e mudar com o tempo". Para tanto, são necessárias, ainda na visão do autor, três condições básicas: 1) uma vida longa e saudável; 2)

conhecimento e 3) recursos necessários a um padrão de vida decente.

Sem essas condições, as possibilidades de escolhas se restringem. No entanto, a presença dessas condições não são o bastante, pois é preciso assegurar ainda efetivas condições de exercício das liberdades política, econômica e social, tudo isso tendo o respeito aos direitos humanos como inafastável pano de fundo, à frente do qual ressoam a criatividade e autoestima (ANJOS FILHOS, 2013, p. 725).

O autor aponta em seguida os quatro pilares identificados por Sen (2010) como liberdades instrumentais para a concreção do desenvolvimento humano: saúde, educação, renda e participação política.

Portanto, não há como aceitar a dinâmica penal fora desses quatro pilares. Mesmo as pessoas que tenham agido à margem da lei e, portanto, recebam a pena estatal, devem ter preservadas condições de saúde, de educação, possibilidade de aquisição de renda e de participação política, de forma que cada limitação nesses aspectos seja a mínima possível.

A limitação da liberdade é intrínseca à execução penal, já que à grande maioria dos tipos penais corresponde pena privativa de liberdade. A limitação legítima não é colocada em discussão, mas o indivíduo não pode ser impedido de se desenvolver cada vez mais e de compartilhar o desenvolvimento da própria sociedade, pois o fato de cometer um determinado crime não é justificativa para exclusão do indivíduo da construção conjunta de uma sociedade melhor, mais humana, nem é razoável aceitar que o indivíduo seja impedido de buscar seu próprio aprimoramento pessoal.

Vale pontuar que no Brasil, conforme previsto no art. 5º, inc. XLVII, não é possível aplicação de penas de morte, salvo em caso de guerra declarada (art. 84, XIX, CF); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; nem cruéis.

Portanto, a condição de preso no país é naturalmente temporária, só se admitindo a pena capital durante a prática de guerra declarada, mas a pena perpétua, esta, nem mesmo em tempos de guerra, pode ser admitida.

Ora, se a punição é temporária, o retorno do preso à sociedade é certo; portanto, o reingresso de um ser humano que esteve num ambiente carcerário, relegado apenas ao ócio improdutivo e à convivência desarmoniosa, sem possibilidades reais de trabalho e estudo, mais do que uma ofensa a direitos fundamentais do preso, é produzir um contra fluxo no desenvolvimento social.

Frise-se que Sen, assim como Anjos Filho, não limita o desenvolvimento social à riqueza econômica das nações. Para Sen, desde Aristóteles (Ética a Nicômaco) a William Petty (*Political arithmetik*, 1691), a perspectiva de que o desenvolvimento não se limita ao compartimento da riqueza financeira, vendo sendo defendida. Ressalta, contudo, que essa

transcendência não é prevalente na literatura sobre mudança social. Embora, deixe claro que não pretende hostilizar o pensamento dominante, o autor aponta que os atuais indicadores de desenvolvimento são limitados, exemplificando no crescimento do PNB per capta. (SEN, 2010, p. 347)

Nessa linha de raciocínio, tem-se o exemplo da Rússia: uma das maiores potências mundiais amarga a quarta população carcerária de todo o globo terrestre (FONSECA, 2019, p. 130). Esse descompasso, indubitavelmente, não é o que se pode chamar de desenvolvimento social, tendo em conta as explanações anteriores.

Ainda na mesma ordem de ideias, a oferta de trabalho e de educação aos presos não pode se restringir à formação de uma massa operária dominável pelo mercado. Essa oferta deve contemplar sempre a ampliação do leque de escolhas reais do indivíduo que temporariamente se encontra detido, mas que inexoravelmente recuperará sua liberdade no futuro, já que excetuados os apriorísticos casos em que a comunhão da avançada idade do preso e com o tempo de pena a cumprir conflua para o fenecimento da vida antes do retorno à vida extra muros.

A mera colocação de presos em trabalhos manuais, de mera reiteração mecânica, não é suficiente para dar a ele condições de aprimoramento pessoal, quando muito permitir aos agentes dominantes do mercado que explorem uma mão de obra que se mantém intelectualmente desqualificada.

Em que pese representar um passo no sentido de recuperar a dignidade do ser humano e lhe propiciar disciplina pelo cumprimento regular de um horário de trabalho, permitindo que ele se veja útil, integrante de um processo, essas atividades, respeitáveis que são, não podem ser as únicas a serem oferecidas.

Essas atividades mais básicas precisam ser complementadas com oportunidades ao indivíduo de se alçar à posição de controlador do processo, não se mantendo indefinidamente como mera engrenagem de um sistema em que o indivíduo não vê o todo, mas a apenas a limitada parte que lhe cabe.

As oportunidades, por seu turno, devem ser oferecidas, não colocadas como condição para exercício de outros direitos, pois a imposição resvalaria em mais limitação de liberdade, na medida em que o crescimento pessoal no âmbito do conhecimento exige dedicação e está sujeita a avaliações, às quais presos estariam sujeitos. Em termos mais práticos: seria exigir que a pessoa limitasse seu tempo a se dedicar a uma árdua rotina de estudos, sem que isso fizesse parte do rol de interesses dela.

Sen (2010, p. 5) explica que o “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade”, mais especificamente as “que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas”.

Assim, pode-se afirmar que a execução penal brasileira, ao atender ao legislador, tem o condão de adensar o princípio da fraternidade, já que contém dispositivos de inspiração fraternal, preservando a perspectiva de que cada indivíduo é um integrante do mundo, mas também é um mundo à parte.

A preservação da integridade física, psíquica e moral do indivíduo, durante o cumprimento da pena legítima, não se desvencilha do desenvolvimento social, impondo ao estado de considerar as duas dimensões – a individual e a coletiva, universalmente considerada – como destinatárias de ações e políticas públicas.

Conduzir o cumprimento da pena à margem dessa noção é ferir indevidamente a dignidade do indivíduo, no mesmo passo em que é produzir um movimento retardatário, quando não contrário, ao desenvolvimento de toda a sociedade.

Neste item do presente estudo, demonstrou-se que o legislador brasileiro, já na década de 1989, determinou como limite punitivo a preservação da integração social da pessoa submetida à restrição da liberdade de locomoção.

Verificou-se que a restrição da liberdade de locomoção não autoriza restringir outras liberdades, se não forem objeto de específica e fundamentada decisão judicial, razão pela qual o período de encarceramento deve contemplar oportunidades efetivas de aprimoramento intelectivo, sob pena de, além de impedir o desenvolvimento do indivíduo em si, acarretar atraso ao desenvolvimento de toda a sociedade – o desenvolvimento social.

Segue então o estudo para analisar um dispositivo legal, que veio ganhando densidade fraternal ao longo do tempo, e que dispõe sobre motivos, circunstâncias e possibilidades da limitação da liberdade de locomoção.

3.2 O ART. 318 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA EVOLUÇÃO FRATERNAL PELAS LEIS DE Nº 12.403, DE 04 DE MAIO DE 2011 E Nº 13.769, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2018

O artigo 318 do Código de Processo Penal passou por três mudanças fraternais ao longo do tempo. Para melhor compreensão das mudanças, um quadro comparativo:

Redação original	**Lei Nº 12.403, de 4 de maio de 2011**	**Lei 13.257, de 08 de março de 2016**	**Lei Nº 13.769, de 19 de dezembro de 2018**
Art. 318. Em relação àquele que se tiver apresentado espontaneamente à prisão, confessando	Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:	Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:	Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com

crime de autoria ignorada ou imputada a outrem, não terá efeito suspensivo a apelação interposta da sentença absolutória, ainda nos casos em que este Código lhe atribuir tal efeito.	I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. *Parágrafo único.* Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.	I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.	deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

O dispositivo já nasceu com feição garantista, impedindo o nefasto efeito suspensivo da apelação contra sentença absolutória, um instituto inaceitável pelo atual pensamento penalista. No entanto, pela referida norma, o indivíduo, embora absolvido, estava sujeito à prisão em enquanto o recurso do órgão acusador era analisado, exceto se confessasse o delito.

Embora louvável, o artigo ora em foco, verdadeiramente garantista, tem uma natureza puramente individualista. O legislador realmente assegurou que os efeitos do processo penal fossem minimizados, porém, apenas em razão da confissão do acusado, sem nenhuma preocupação com o entorno familiar e social dele.

Após dez anos de tramitação no Congresso Nacional, em 04 de maio de 2011, foi aprovada e publicada a Lei 12.403/2011, que alterou "dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares", e deu outras providências.

A lei nasceu de projeto subscrito por uma Comissão formada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover (pesidente), Petrônio Calmon Filho (secretario), Antonio Magalhães Gomes filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Anel Dotti (substituído posteriormente por Rui Stoco), Rogério Lauri Tucci e Sidney Beneti.

A justificativa do projeto é produto dos debates técnicos travados nas III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Penal, nos dias 23 a 26 de agosto de 2000, em Brasília, foi sintetizada pela busca de sistematizar e atualizar o tratamento da prisão, das medidas cautelares, da liberdade provisória, com ou sem fiança, a fim de superar distorções produzidas no Código

de Processo Penal.

No texto do projeto, as linhas teóricas vencedoras dos debates não foram expressas, valendo ressaltar que a lei ora em foco não se limita a tratar especificamente de um determinado instituto, antes se espraia como uma espécie de atualizador de institutos interligados à prisão, mas de natureza absolutamente antagônica.

Ao mesmo tempo em que se criou a prisão cautelar domiciliar, previu-se mais uma hipótese de prisão preventiva, alargou-se a possibilidade de concessão de fiança em sede policial, parecendo uma espécie de freios e contrapesos, ora ampliando as possibilidades de prisão cautelar, ora neutralizando.

Antes de adentrar na análise do dispositivo em sua atual redação, uma breve consideração sobre a prisão preventiva se faz necessária, por ser a mais grave medida cautelar de limitação da liberdade humana e porque é sobre esta medida que incidem as mudanças ora enfocadas.

De acordo com a nova redação do art. 312 do CPP, dada pela lei Nº. 13.964/2019[24], é possível a prisão preventiva como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

As possibilidades semânticas da prisão preventiva são inúmeras e discutíveis, considerando-se que, no texto constitucional, a expressão "ordem pública", um dos fundamentos da prisão cautelar, é utilizada expressamente cinco vezes: como fundamento para a intervenção federal (Art. 34, III); para autorizar a decretação do Estado de Defesa (Art. 136) e outras três vezes para tratar da Segurança Pública (Arts. 144, caput e §§ 5º e 10º), autorizando inferir que a ofensa à ordem pública deva ser o desarranjo social de tal monta que autorize a aplicação do sistema constitucional de crises ou redunde em insegurança pública, coletiva, de forma que a contenção cautelar da liberdade de um indivíduo só é justificável à vista de uma conduta potencialmente desestabilizadora da própria harmonia social.

Raciocínio idêntico deve ser preservado em relação às ofensas à ordem econômica, que é naturalmente coletiva. Assim, embora não se exija que a ordem econômica venha a se desestabilizar em nível nacional, é de se reconhecer que somente o impacto minimamente severo, com potencial de implicar instabilidade na confiança intrínseca às relações econômicas é que pode autorizar um decreto prisional cautelar. Portanto, mais uma vez é o equilíbrio entre

---

[24] Lei Nº. 13.964/2019: Art. 2º. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. (BRASIL, 2019)

o individual e o coletivo que orienta a atuação estatal.

Há ainda a possibilidade de prisão preventiva em razão conveniência da instrução criminal, o que só se justifica quando o investigado/acusado, de alguma forma, ultrapassa o direito de não produzir prova contra si e passa a impedir a marcha processual, obstruindo a instrução processual.

É possível perceber que o acusado/investigado extrapola o seu direito de defesa quando ameaça testemunhas ou vítimas, isto é, a relação harmoniosa entre as pessoas mais uma vez é o pano de fundo que o legislador visa a proteger, impedindo que alguém, ao contribuir com o sistema de Justiça, prestando testemunho, venha ter sua integridade ameaçada.

A amplitude da defesa e o contraditório não autorizam que o acusado/investigado limite a narrativa da testemunha, impondo-lhe ameaça ou violência. Até mesmo no Tribunal do Júri, em que a defesa é plena[25], não é possível cogitar-se que o acusado/investigado possa influir no ânimo da testemunha.

O testemunho desinibido em Juízo, durante um processo criminal, é uma contribuição com toda a coletividade, devendo o Estado adotar mecanismos para inibir qualquer impedimento ou constrangimento a esse direito, que também é responsabilidade de todos, na medida em que empecilhos um sistema criminal resultam num Estado inseguro (art. 144, *caput*, CF).

No plano da doutrina nacional, a discussão ontológica sobre prisão preventiva não prevalece sobre a apreciação do pensamento já construído, de que se trata de medida cautelar, portanto, distinta da pena-prisão, embora ambas essencialmente sejam restrições à liberdade de locomoção. Os estudos seguem sem muitas perquirições quanto à recepção constitucional do instituto.

Para Nucci (2020, p. 1138), por exemplo, a prisão preventiva é "uma medida cautelar de constrição à liberdade", que se justifica por "razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei".

Para sindicar essas "razões de necessidade", Nucci se socorre da lição de Marques (1999, v. IV, p. 58), que ainda nos idos de 1912 apresentava um modelo teorético, ao que parece, ainda prevalente na doutrina e na jurisprudencial, mas não exaurido diante da nova ordem constitucional. O próprio Nucci (2020, p. 1138) esquematiza o pensamento clássico:

---

[25] CF, Art. 5º, inciso XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. (BRASIL, 1988)

> Trata-se de uma medida cautelar de constrição à liberdade do indiciado ou réu, por razões de necessidade, respeitados os requisitos estabelecidos em lei. No ensinamento de FREDERICO MARQUES, possui quatro pressupostos: a) natureza da infração (alguns delitos não a admitem, como ocorre com os delitos culposos); b) probabilidade de condenação (*fumus boni juris*, ou seja, "fumaça do bom direito"); c) perigo na demora (*periculum in mora*); e d) controle jurisdicional prévio.

É ainda assente que *fumus boni juris* e o *periculum in mora* são argumentos que embasam a custódia. Porém, sobre que lentes estes institutos hoje devem ser vistos atualmente? Certamente, não podem ser as que desfoquem a sociedade livre, justa e solidária, a dizer, fraterna, conforme previsão na Constituição Federal.

Cotejando as lições anteriores, tem-se que a coerção preventiva da liberdade só se justifica se for preservado o "paradigma relacional" esclarecido por Fonseca (2019). A "probabilidade da condenação" deve ser cotejada com a certeza de preservação da constituição fraterna. Por mais verossímel que seja a acusação, a custódia preventiva não pode ser antecipação de pena.

Aliás, ainda nesse tema é preciso pontuar: na aplicação da pena, o juiz está obrigado a considerar a conduta social[26], como determinante não só da quantidade de pena a ser aplicada, mas do próprio regime inicial do cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da pena privativa liberdade.

Embora não haja comando expresso nesse sentido, é de se inferir que a decretação da prisão preventiva também deve contemplar a análise do comportamento social do agente, a fim de verificar se o desvio pelo qual está sendo processado é um ato de alguém que habitualmente estimula a desarmonia social ou se foi um ato isolado de quem sempre se manteve na convivência harmoniosa.

De outra banda, o *periculum in mora* – perigo na demora – deve ser sopesado com o risco da rapidez. Aqui, o paradigma relacional continua sendo o norte de aplicação. Ao mesmo tempo em que a segregação cautelar deve ser analisada sob a óptica de sua efetiva necessidade para os demais envolvidos no processo – vítimas e testemunhas – também devem ser considerados os impactos que a constrição antecipada da liberdade resultada em pessoas não diretamente envolvidas no enredo processual, mas "relacionadas" de alguma forma com a pessoa a ser segregada.

---

26 Art. 59 do CP, com redação da Lei Nº.7.209/1984: - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL, 1984).

Neste ponto, da aplicação da medida pela demora, convém considerar a vulnerabilidade dos indivíduos, tanto do próprio acusado/investigado, quanto de terceiros, que possam ser diretamente atingidos pela efetivação da medida.

L Feito (2007), ao defender que o cuidado pós moderno deve ser ético, registra que a vulnerabilização não é um conceito que esteja preso à condição biológica do ser humano, mas sobretudo deriva da sua conjuntura social, devendo ser considerada antropologicamente, ou seja, a partir da relação do indivíduo com toda a humanidade, nas suas mais variadas dimensões.

Vulnerabilidade é, portanto, um conceito que abarca desde as dificuldades intrínsecas à deficiência física mental até as possibilidades de danos pela rede mundial de computadores.

Na óptica antropológica, a cultura se inclinou a construir um pensamento mais voltado para a defesa do "individualismo, autonomia e independência" (FEITO, 2007, p. 8); o vulnerável passou a ser visto como "de nível inferior". Esse pensamento tradicional não anulou a possibilidade de que fossem endereçados aos vulneráveis cuidados não integralmente éticos.

De fato, vista como "possibilidade de dano" (FEITO, 2007, p. 8), a vulnerabilidade humana passou então a ser o fundamento de comportamentos morais que enfatizaram mais a concessão de lugares protegidos e seguros, do que propriamente a concessão de direitos.

Numa perspectiva mais próxima das necessidades da sociedade moderna, a vulnerabilidade é enfim percebida não apenas nas condições do indivíduo, mas, cada vez mais, nas dificuldades de interação no meio ambiente, compreendidas suas dimensões natural, social, do trabalho e etc.

Eis a ética no cuidado que FEITO (2007) defende para os vulnerabilizados: em vez da espaços supostamente mais seguros para as pessoas tidas por inferiores, exige-se que a estas pessoas sejam conferidos efetivos direitos, de modo a lhes permitir reais condições de interação socioambiental.

A atual redação dos Arts. 317, 318 e 318-A do Código de Processo Penal[27] encampa um tratamento ético aos vulnerabilizados, tanto às pessoas sujeitas da própria relação processual penal, quanto aos diretamente atingidos por essa relação.

A primeira hipótese eleita pelo legislador no art. 318, permitindo a substituição do prisão preventiva por domiciliar para pessoas maiores de 80 anos, está em plena sintonia com

---

27 Código de Processo Penal: Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial. Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo. Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (BRASIL, 2018)

o disposto no art. 230 da Carta Magna, que impõe à família, à sociedade e ao Estado o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

À medida que a pessoa envelhece, naturalmente as dificuldades se amplificam, sendo preciso que o corpo social assegure mais proteção àqueles que já contribuíram com a coletividade durante o vigor da idade.

Essa dinâmica de contribuição (indivíduo/coletivo) e proteção (coletivo/indivíduo) é uma das tônicas mais nítidas da relação fraternal, mas não se limita à proteção previdenciária, assistencial ou da saúde, é preciso considerá-la em todos os aspectos da vida.

Um dos momentos mais dramáticos que o ser humano pode experimentar é a limitação da liberdade, ainda mais no cenário carcerário brasileiro. Fez bem o legislador ao garantir que pessoas acima de 80 anos tenham a oportunidade de ver substituída sua prisão preventiva pela prisão domiciliar.

A própria locomoção física já se mostra atingida com o passar de oito décadas de existência, de modo ser razoável que o juiz justifique o porquê de uma pessoa que já se locomove com dificuldade deva ser encarcerado preventivamente, indicando expressamente as razões de insuficiência da prisão domiciliar.

No mesmo sentido, as pessoas portadoras de doença grave que estejam extremamente debilitadas passam a ter o direito a ter prisão domiciliar, ressalvando-se as hipóteses em que o juiz fundamentadamente decida pela ineficiência do cárcere domiciliar.

Afora o já mencionado estado caótico do sistema carcerário brasileiro, a garantia expressa um pensamento fraternal, no sentido de que entre garantir a saúde e aplicar uma medida cautelar de limitação da liberdade, deve-se privilegiar a primeira a fim de atender ao comando do art. 196[28] da Constituição Federal, que assegura ser a saúde direito de todos e dever do Estado.

A especial vulnerabilização do ser humano, em razão de doença grave, reclama uma mitigação dos efeitos do processo penal, de forma que a pretensa ofensa à ordem pública ou à aplicação da lei penal, requisitos da prisão preventiva, não são suficientes em regra para constranger a liberdade de forma tão severa, alocando-o um ser humano já debilitado em local diverso de seu domicílio, num ambiente coletivo que tem grande potencial de agravar o quadro de saúde.

Assim, a sociedade aceita abrandar os efeitos negativos do processo penal em troca da

---

28 CF, Art. 196: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988)

recuperação de um de seus membros. Fraternalmente, aquele que precisa de atenção e cuidado, mesmo estando momentaneamente na posição de quem infringiu as leis da mesma sociedade, tenha sua saúde priorizada.

Feito (2007), aliás, adverte quanto à ética do cuidado: o critério de escolha do destinatário do cuidado não pode ser sua bondade, leia-se, conformidade com as leis da sociedade, nem sua pontual maldade, assim entendida a prática de algum crime. O cuidado ético é aquele prestado a quem precisa, independentemente de julgamento morais/jurídicos quanto à sua conduta.

A chamada Regra de Ouro (fazer aos outros o que se deseja para si próprio), como já observado anteriormente, é a base do cuidado ético. O "sentido da tragédia" (FEITO, 2007, p. 17) não pode ser esquecido pela sociedade. Mesmo as pessoas consideradas más, diante dos infortúnios da vida, são dignas dos mesmos cuidados que seriam conferido às pessoas tidas por boas. A solidariedade surge então como condição da justiça, pois "compensa suas deficiências" (FEITO, 2007, p. 17).

Não há que se confundir, no entanto: a justiça solidária não afasta o poder-dever punitivo do Estado, apenas o limita, impondo aos aplicadores do Direito que sigam considerando a pessoa destinatária da punição como ser humano digno de preservar os direitos não atingidos pela sentença que lhe impõe a culpa, em razão de desvio do padrão de conduta, que foi idealizada pelo próprio Estado.

Nessa esteira teórica, o legislador considerou a peculiar condição de quem se encontra severamente debilitado por doença grave. É uma típica ressignificação da igualdade: para tratamento da saúde não se diferenciam os indivíduos que se titulam bons dos que são tidos por maus; o critério para a prestação do cuidado ético é o grau de debilidade da saúde humana, não seus atos ilícitos.

Prestar cuidado não se limita a disponibilizar atendimento médico em unidade prisional, já que a própria segregação do indivíduo tem potencial de gerar efeitos negativos na saúde psíquica, além de que a submissão a alimentação padronizada, em horários que priorizam a organização institucional e não as necessidades individuais, também pode ser um grande obstáculo à recuperação da saúde humana.

A colocação do debilitado no seio familiar não é beneplácito! Não há como confundir um tratamento conferido a partir da condição de saúde do indivíduo com vantagem processual indevida. O afastamento da prisão preventiva não é concessão feita a pessoas privilegiadas; antes, é um reequilíbrio das condições de alguém que apresenta um quadro de maior vulnerabilidade, cuja condição pessoal já é, por si só, uma grave circunstância, para a qual a prisão cautelar se mostra inequivocamente prejudicial.

A terceira hipótese de afastamento da prisão preventiva materializa o potencial do Princípio da Fraternidade em impedir a transcendência dos efeitos do processo a terceiros inocentes.

Movido também pelo princípio da proteção integral[29], o legislador fraterno garantiu que crianças abaixo de seis anos tenham mais condições de se manterem junto aos seus responsáveis. No mesmo dispositivo foram incluídos os que possuem deficiência (física ou mental), considerando a similitude da dependência.

Tanto Alan Supiot (2007) quanto Axel Honnet (2003) partem da interdependência do indivíduo com a mãe, focando no aspecto biológico, para demonstrar que a interdependência entre os indivíduos na sociedade se inicia no aspecto biológico mas se mantém de forma psicológica e social, no decorrer do desenvolvimento individual.

Supiot vai concluir que o *homo juridicus*[30] é o produto dessa evolução, o último estágio da interdependência humana; Honnet vai apontar que é a deficiência no reconhecimento entre as pessoas que gera os movimentos de revolução social.

O homem, um animal metafísico, está biologicamente conectado ao mundo por seus órgãos dos sentidos, pelos quais ocorre sua interação com o mundo das coisas e sua compreensão do universo de signos. O universo mítico ultrapassa a linguagem, compreendendo

---

29 A proteção integral, anunciada pelo constituinte e pelo legislador ordinário impõe assegurar absoluta prioridade a crianças e adolescentes, considerando sua peculiar condição de ser em desenvolvimento. CF, Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90, disciplina proteção integral nos seus artigos iniciais: Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente. Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade. Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016). Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

30 Em termos sintéticos, a expressão designa a natureza relacional, juridicamente normatizada, do ser humano.

tudo o que materializa uma ideia, mesmo se fisicamente ausente. Das coisas mais rústicas, inacabadas, às mais polidas e sagradas, as ideias que lhe levaram à fabricação não se limitam a reproduzir formas naturais. Portanto, arremata Supiot (2007, p. 8-9), "vincular um significado a si mesmo e ao mundo é vital para não soçobrar no absurdo, ou seja, para tornar-se e permanecer um ser de razão."

Não se afigura razoável idealizar, no plano do humanismo pós-moderno, um sistema que permite o ingresso precipitado na severidade do cárcere sem considerar, por exemplo, os traumas impostos a uma criança indefesa; ou que, por outro lado, considere idosos, deficientes e enfermos na mesma categoria de vigor físico, como se todos tivessem as mesmas condições de suportar o aprisionamento.

Ainda apoiado na lição supra, é possível inferir que o rompimento da relação mãe x filho deve ser evitado, sob pena de grave prejuízo à formação relacional do indivíduo, que passa a ter déficit de no seu desenvolvimento individual, com reflexos na própria sociedade.

A custódia preventiva do responsável por criança com idade inferior a seis anos pode trazer consequências irreversíveis, produzindo um indivíduo que terá mais dificuldades para desenvolver sua natureza relacional, considerando que ainda que o Estado ofereça local e tratamento material ao infante, isso não é capaz de suprir o rompimento do vínculo afetivo com mãe.

A fraternidade tem o condão de impedir que o vínculo do indivíduo harmonioso do indivíduo com a sociedade venha a ser rompido pela prisão cautelar, afastando da criança os traumas e agruras que eclodem em violência na fase adulta, numa espécie de ciclo vicioso: a sociedade traumatiza a criança, que ao se tornar adulto, retorna em violência essa ruptura no seu desenvolvimento relacional.

Também considerando a importância da dedicação materna, o escólio de Honnet considera a relação mãe x filho como basilar para a construção do sentimento de respeito do indivíduo. Para o autor, é dessa relação que surge a "faculdade de se referir a si mesmo como urna pessoa moralmente imputável, fenômeno psíquico colateral da adjudicação de direitos" (2002, p. 89).

Reconhecidamente determinante a posição da mãe na formação do indivíduo, e de sua alocação social na fase adulta, quando passa a se ver credor de reconhecimento jurídico, é imprescindível que essa posição seja sobrelevada diante de uma prisão, que se diz preventiva. Ora, se a prisão tem a natureza de prevenção, acautelatória, é necessário que assim também seja acautelada relação-base (maternidade) de toda a sociedade que se pretende resguardar.

Honnet expõe ainda que o móvel dos movimentos sociais em busca de um mundo melhor são as violações ao Reconhecimento, nas dimensões do Amor, do Direito e da

Solidariedade. O que move os indivíduos a uma luta coletiva não é a busca pelo Amor, nem pelo Direito, nem pela Solidariedade. É, na verdade, os impedimentos que a sociedade coloca para que determinado grupo de pessoas se sintam carentes nestas três dimensões.

Não é a exigência por amor que faz as pessoas se unirem a lutar, mas as agressões que as impedem de amar e ser amadas. Também não é a luta por direito inexistente que une as pessoas, mas a violação coletiva de direito existente e assegurando a todos, porém, negado a alguns.

Por último, a luta social não se dá para exigir solidariedade enquanto sentimento humano. Mas a falta de solidariedade jurídica (mais nítida na Seguridade Social) intensifica a desigualdade social e gera uma massa de desvalidos, que experimentam as agruras da idade, da deficiência física e da falta de oportunidades sociais. Esta desigualdade, por falta de solidariedade, é que vai desencadear o movimento coletivo.

Neste trilhar de ideias, impedir a uma criança com menos de seis anos o convívio com os pais/responsáveis, e de pessoa com deficiência mental com o responsável, à força de uma prisão cautelar, só pode ocorrer se o juiz fundamentadamente decidir pela impossibilidade de prisão domiciliar, sob pena de grave violação às relações afetuosas das pessoas.

O último inciso do dispositivo legal ora em comento blinda a mulher em vias de dar à luz. A partir do sétimo mês de gestação, a prisão domiciliar se impõe sobre a prisão preventiva. A par de todas as complexidades que o cárcere traria à parturiente, o nascimento de uma criança em ambiente prisional é, à toda evidência, uma circunstância a ser evitada, considerando os argumentos até aqui expendidos acerca dos laços que se formam desde a tenra idade e que irão acompanhar a pessoa ao longo de sua evolução pessoal, leia-se desenvolvimento.

Publicada no mesmo ano do julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça, do *Habeas Corpus* 427.028/SP, objeto de análise específica neste trabalho, a Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018 veio trazer ao plano legislativo os direitos assegurados pelo Tribunal da Cidadania (MACHADO, 2019, p. 222).

De forte inspiração fraternal, o instrumento legal assegura direitos e garantias processuais penais, e para o cumprimento de pena privativa de liberdade, a mulheres gestantes ou que forem mães ou responsáveis por crianças ou pessoas com deficiência.

Esse atual modelo se mostra mais preocupado com busca da punição, normatizada socialmente, do que propriamente com a busca da justiça, só alcançável após o esgotamento da dialética limitada pelo respeito às formas processuais. Não leva em conta as famílias dos condenados ou acusados, que sofrem com a privação da presença do encarcerado. Nessa conjuntura, revela especial gravidade a situação dos filhos menores das mulheres encarceradas, que padecem horrivelmente com a ausência de suas mães.

Nos capítulos anteriores, o surgimento, histórico e evolução do princípio da fraternidade foram trazidos a lume, demonstrando que o instituto se revela presente desde os mais remotos tempos da cognição humana, seja na arte, na religião ou na filosofia, sendo cirúrgica a conclusão de Fonseca, ao ver no instituto sua natureza de ideário cultural, a-geográfico e atemporal.

A força política que a fraternidade ganhou foi escrutinada, revelando que o princípio tinha potencial para solução de questões mais próprias do direito internacional, vindo o instituto a assumir uma feição substancialmente jurídica no Brasil, pela pena do constituinte de 1988.

Delimitado o quadro teórico do princípio, pôs-se em escrutínio o art. 1º da Lei de Execução Penal e o art. 318 do Código de Processo Penal, dois institutos legais que afastam qualquer dúvida quanto à incidência do princípio jurídico da fraternidade.

Segue-se, então, para o cotejo de decisões de Cortes Superiores que já manifestaram expressamente o princípio como *ratio decidendi*. Objetiva-se demonstrar que as decisões estão em consonância com o arcabouço teórico que fundamenta a fraternidade jurídica, sindicando os impactos na garantia de direitos fundamentais, considerando-se que, como no próprio trabalho se demonstra, nem sempre as decisões judiciais convergiram para solidificar o humanismo.

4 O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE COMO *RATIO DECIDENDI* DAS CORTES SUPERIORES E FUNDAMENTO DE ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O respeito e submissão que se deve às decisões dos Tribunais Superiores, compostos pelas mais altas autoridades judiciárias do país, não afasta o apreço à ciência jurídica. Dessa forma, a análise dessas decisões não tem o desiderato de pôr em xeque o acerto delas.

O objetivo da análise técnica que se empreende a seguir é tão somente responder aos seguintes questionamentos: a aplicação do princípio da fraternidade, como expressa razão de decidir, atendeu ao arcabouço teórico que sustenta esse princípio? Essa aplicação prática significou efetiva garantia de direitos fundamentais?

Para tanto, tomou-se de empréstimo a análise feita por Foucault quanto à relação entre verdade e justiça, indicando que a busca da primeira nem sempre levou à segunda, e até contribuiu para um quadro jurídico caótico, legitimando a violência institucional e esvaziando de densidade direitos individuais fundamentais.

A análise de Foucault evidencia que, embora haja consonância entre o repertório jurisprudencial e a ordem jurídica, o caminho trilhado para se chegar ao *status* da coisa julgada pode estar repleto de violações de direitos.

Com esse diagnóstico, expõe-se que a certeza judicial depende integralmente de legitimidade normativa, compreendida a consonância constitucional que exige o respeito à fraternidade, tanto na realização dos atos e formas jurídicas quanto no impacto que essa decisão leva aos direitos individuais.

4.1 O DIAGNÓSTICO DE FOUCAULT: A CERTEZA JUDICIAL NÃO FRATERNA

No período de 21 a 25 de maio de 1973, Michel Foucault proferiu cinco conferências na PUC-Rio, todas elas reunidas e publicadas num livro *post mortem* que levava o nome do ciclo conferencista: A Verdade e as Formas Jurídicas.

Não se pode desconsiderar que as lições foram proferidas num dos períodos mais duros da ditadura militar no Brasil, circunstância absolutamente adversa para um autor de formação marxista, filiado ao Partido Comunista Francês.

Nessa conjuntura, Foucault inicia sua Primeira Conferência criticando o que chamou de marxismo acadêmico (2013, p. 14-15), assim entendido o modelo teorético que reconhecia nas condições econômicas, sociais e políticas o poder de ocasionar o surgimento de novos

conceitos, técnicas e novos objetos cognoscíveis, mas não teriam força suficiente para influenciar na formação dos próprios sujeitos cognoscentes.

Após essa primeira ressalva, o autor explica que a metodologia adotada em seus estudos não é baseada na linguística, enquanto conjunto de regras delimitadoras de um discurso. Na verdade, a ideia de "jogos estratégicos, de ação e de reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, até de luta" (FOUCAULT, 2013, p. 15).

Após estas duas ressalvas, o autor deixa claro que a pretendida confluência delas levará a uma revisão da própria teoria do sujeito. O silogismo então é o seguinte: se as práticas sociais determinam o sujeito pensante, destas, são as práticas judiciárias as mais importantes para o surgimento de novas subjetividades.

Práticas judiciárias são as formas pelas quais os danos e as responsabilidades são aferidos e atribuídos a alguém, bem como os mecanismos pelos quais as pessoas podem ser julgadas pelos erros cometidos. Estas práticas são, na linha de pensamento do autor (FOUCAULT, 2013), as formas que determinarão as relações entre as pessoas e a verdade.

É no campo do direito penal que surge um considerável número de formas de verdade. Entre essas formas, o inquérito, que sempre foi visto pelas sociedades como um mecanismo confiável de descoberta da verdade, ao qual se dava a mesma confiabilidade dos estudos científicos na Botânica e na Física, por exemplo.

Criado na Idade Média como meio de pesquisa da verdade dentro da ordem jurídica, o inquérito se propunha a esclarecer ao julgador: quem fez o quê, em que condições e em que momento.

Porém, essa propositura expressa da inquisição tinha um objetivo para além da aplicação da justiça: manter as relações de poder, considerando que os desvios e meios de prova não passavam de escolhas das classes dominantes para controle dos dominados.

O surgimento do inquérito enquanto forma jurídica não faz Foucault desconsiderar que é em Édipo, outra obra do dramaturgo grego Sófocles, que dominar a verdade significa dominar o poder.

Não obstante o componente mítico do enredo, a narrativa contempla a história de um soberano que, ao ignorar uma certa verdade, vê sua própria soberania colocada em xeque. O que Foucault identifica na obra é o "sistema do desafio e da prova" (FOUCAULT, 2013, p. 35), uma prática jurídica grega, contemporânea à escrita da obra.

Ao acusar um cunhado de conspiração, o soberano Édipo ouve do acusado que está disposto a jurar que não conspirou. A jura era uma dessas práticas jurídicas, pelas quais os gregos da época buscavam a verdade, elegendo a devoção aos deuses a um patamar superior às evidências existentes.

Como o politeísmo grego era a narrativa de sustentação do poder, Foucault tem razão ao identificar na jura aos deuses gregos uma prática que, a despeito do conteúdo teológico, tinha efeitos jurídicos e assegurava o modelo social: “Ele não se assusta com a ideia de que poderia ter matado o pai ou o rei. O que o assusta é perder o próprio poder” (FOUCAULT, 2013, p. 43).

Na terceira conferência, Foucault faz um recorte geográfico-temporal: a Idade Média na Europa: o inquérito se mostra obscuro e lento, embora mais efetivo que o grego. Fundado no jogo da prova, o inquérito emerge no encontro entre o antigo Direito Germânico e o Império Romano.

Não havia ação pública, isto é, a sociedade não tinha um representante para assumir o papel de acusador, em nome do corpo social, política e juridicamente organizado. Somente a existência de um dano justificava um processo penal, porém, sua iniciativa cabia sempre a quem sofria o dano, real ou potencial.

Essa vítima, que poderia ser a pessoa diretamente atingida ou um familiar, é quem designava o adversário, iniciando a ação penal, que surgia na forma de duelo, de oposição entre indivíduos, entre famílias, ou grupos.

Inusitadamente, apenas a traição e a homossexualidade autorizavam a ação penal pública. A comunidade se via lesada, a ponto de pedir a reparação a um indivíduo, por fatos que eminentemente estão ligados à individualidade das pessoas.

A falta de lógica nas escolhas sociais para penalizar evidenciam que as práticas jurídicas de fato não estavam centradas no humanismo, colocando os interesses e garantias individuais em segundo plano, ao aceitar que a consequência jurídica adviesse de uma verdade conseguida pela luta, pelo império da força.

Uma vez que a ação penal fosse proposta, vindo um indivíduo a “vencer” juridicamente o outro, a liquidação judiciária se materializada pela continuação da luta.

Foucault diz que surgia uma espécie de guerra particular, individual, na qual o procedimento penal é apenas a ritualização da luta entre os indivíduos.

O direito assume a feição de um regulamento da guerra. Diante da morte de alguém, os parentes próximos podiam exercer a prática judiciária da vingança, não havendo impeditivo de que o assassino também fosse morto. O que se impunha apenas era que a vingança letal cumprisse as regras estabelecidas.

A forma sobressaia mais uma vez: embora o resultado da vingança fosse o mesmo, a morte do assassino, a maneira como a vindita fora executada é que tornava a ação juridicamente aceita.

O Direito Germânico, limitado pela força e pela transação, não admitia que um terceiro interviesse entre os contendores e buscasse a verdade, impondo aos dois as consequências

jurídicas dessa verdade. Tão somente legitimava a vitória do mais forte e lhe dava a opção de escolher entre a vindita capital ou a reparação econômica, escolha que surgia mais da personalidade do vencedor do que do sistema de regras existente.

É com a expansão do Império Romano que esse modelo jurídico perde espaço, surgindo a figura do terceiro julgador. Contudo, o que parecia ser um avanço jurídico, revelou-se não menos ilógico.

Os julgamentos romanos eram baseados na capacidade do acusado pronunciar fórmulas verbais. O desacerto de uma fórmula, em razão de um lapso de memória, era suficiente para justificar uma condenação.

Quando se tratava de mulher ou criança, permitia-se que a pessoa acusada fosse substituída por outro, a quem caberia articular as fórmulas verbais prescritas. Surge então a figura jurídica a que hoje chamamos de advogado.

A intervenção de um terceiro julgador não deixou o Direito menos cruel. As chamadas provas corporais, físicas, ou ordálios (FOUCAULT, 2013, p. 58), punham a pessoa acusada num jogo bárbaro contra seu próprio corpo.

No Império Carolíngio, por exemplo, o acusado de assassinato devia andar sobre ferro em brasa e não apresentar nenhuma cicatriz dois dias depois da prova. Contemporaneamente, é simplória a conclusão de que não haviam inocentes nesse julgamento.

O que se pretende demonstrar, com base nas pesquisas de Foucault, é que a decisão judicial, ainda que produto de práticas jurídicas plenamente legitimadas pela ordem jurídica, pode ser tão cruel quanto o arbítrio do ofendido. É necessário então que a decisão judicial seja norteada pelo humanismo e pela fraternidade, considerando o indivíduo (acusado) em si, como destinatário de uma pena justa, e como parte de uma sociedade fraterna, que não institucionaliza a barbárie.

Entre as provas, o ordálio da água não era menos absurdo: amarrava-se a mão direita ao pé esquerdo do acusado de homicídio e se lhe jogava na água em seguida. Se o acusado, por uma condição atlética, conseguisse sobreviver, perdia o processo, pois a água o teria recusado, era de fato um impuro. Se ela, porém, se afogasse como naturalmente se espera ocorrer em tal circunstância, ganharia o processo, perdendo a vida. O paradoxo é terrível: sobreviver seria confessar o delito; e a morte seria a sentença que garantia a inocência pela acusação.

Vale pontuar que essas práticas, hoje evidentemente absurdas em sociedades desenvolvidas, não são tão destoantes de ordens jurídicas ainda imperantes, a exemplo do que ocorre no Afeganistão, com a volta do Talibã ao Poder. As mulheres são submetidas a julgamentos sumários, sendo-lhes impostas penas bárbaras por fatos banais, como andar na rua desacompanhada de um homem da família.

É ainda no cenário ainda feudal que os detentores do poder começaram a perceber que as práticas jurídicas estavam diretamente ligadas à produção e circulação dos bens e serviços.

Os que produziam e circulavam os bens percebem que precisavam também deter as armas ou, pelo menos, impedir que os concorrentes as detivessem em maior quantidade, pois eram elas a certeza de vitória jurídica.

As acusações de furto, por exemplo, os desacordos comerciais e os assaques aos depósitos, já não podiam ser solucionadas tão somente pela força, pois o império das armas que garantia a preservação do monarca no poder também impedia que dominados se erigissem à condição de dominantes.

É nessa conjuntura que Montesquieu substancializa uma ideia já existente, a de separação dos Poderes – Executivo, Legislativo e o Judiciário. Surge a figura do julgador, um terceiro imparcial, que irá se colocar à disposição dos argumentos das partes, para, convencido da prevalência de uma tese sobre a outra, liquidar a regra jurídica que solucionava o conflito.

Esse mecanismo, teoricamente plausível, é complementado pela figura do procurador. Em nome do soberano, ele substitui a vítima perante o julgador. Não só a vítima atingida pelo dano, mas o próprio soberano reclamava uma reparação, indo o procurador substituir a vítima, não para lhe preservar os interesses, mas para assegurar os do próprio soberano.

O novo modelo jurídico permite ao poder político se apossar das formas jurídicas, passando a exercer o monopólio delas. No entanto, a proximidade do poder político com o poder religioso vai determinar a sacralização das práticas jurídicas, que persistem severas e desumanas.

Ainda na ordem cronológica, a quarta e quinta conferências são dedicadas a demonstrar os mecanismos e os efeitos da estatização da justiça penal no fim do século XVIII e início do século XIX.

Foucault vai chamar de sociedade disciplinar (FOUCAULT, 2013, p. 74) o modelo social formado na modernidade. A partir de análises das sociedades inglesa e francesa, percebe-se que o princípio fundamental do sistema teórico é que a infração penal não tem mais nenhuma relação com a ordem moral ou religiosa.

O delito que justifica a aplicação do sistema penal é o rompimento da lei. Para a configuração de um crime, portanto, é necessário que exista um poder político e uma lei que penalize a conduta praticada.

O criminoso é visto como um inimigo interno. É inimigo porque rompeu o pacto social, é uma definição nova e capital na história da teoria do crime e da penalidade.

Se o crime não é mais uma infração à lei natural, divina ou religiosa, resta impossível que a lei prescreva uma vingança ou a redenção de um pecado. A lei penal deve permitir tão só

a reparação à sociedade. O objetivo é reparar o mal e desestimular que outras pessoas venham a praticar males semelhantes contra o mesmo grupo social.

Para os teóricos desse novo modelo punitivo, Foucault destaca Beccaria e Bentham, quatro tipos de punição se tornaram possíveis: 1. A expulsão do espaço social; 2. A execração pública, para gerar vergonha e humilhação; 3. A reparação social, por meio do trabalho forçado e 4. A pena de Talião, que permitia matar quem matou, tomar os bens de quem roubo, etc.

O avanço na compreensão do fundamento do delito impôs a evolução da prática jurídica punitiva, de forma que as quatro maneiras de punir foram rapidamente abandonadas, substituídas pela pena de prisão, que surgira na teoria de Beccaria.

Embora Beccaria assegurasse que só seria possível a punição se uma lei fosse confrontada diretamente pelo comportamento do indivíduo, a pena no século XIX ganha contorno de controle, não exatamente no sentido de averiguar se o que os indivíduos fizeram estava, ou não de acordo com a lei, mas sobre as possibilidades de ação dos indivíduos, quais condutas poderiam vir a ter.

A criminologia em fins do século XIX se fundamenta, em termos de teoria penal, na noção de periculosidade. As virtudes do indivíduo tinham mais enfoque do que propriamente suas ações/omissões.

É nesse período que se defende a impossibilidade da instituição penal estar integralmente submissa ao Poder Judiciário. O controle dos indivíduos, por meio da retribuição punitiva em razão das suas virtualidades, passa a ser objeto de outros poderes laterais, como a polícia e a rede de instituições de vigilância e de correção – "polícia para a vigilância, as instituições psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas, pedagógicas para a correção" (FOUCAULT, 2013, p. 80).

A rede de instituições que surge em torno da instituição judiciária, a despeito de pretender educar, proteger e cuidar dos indivíduos ao longo de sua existência, passa a controlá-los, de forma que essa teia institucional, não jurídica, assume a função de corrigir as virtualidades, ao passo que a punição dos atos segue a cargo do judiciário.

Foucault vê na alegoria de Bentham a representação ideal do que ele chama "ortopedia social" (2013, p. 80): o Panopticon, uma forma de arquitetura reproduzida nas prisões, hospitais, escolas, hospícios e fábricas, ou, resumidamente, nas instituições de controle.

Tratava-se de um edifício em formato anelar, em cujo centro havia um pátio com uma torre central. A estrutura anelar era composta de pequenas celas, que permitiam acesso ao interior e ao exterior.

Na torre central, um vigilante olhava para cada cela, que representava uma instituição de controle: numa, crianças aprendiam a escrever; noutra, um operário trabalhava; na próxima um prisioneiro era corrigindo; na seguinte, um louco era convidado à lucidez, e assim por diante.

Com olhos nas sociedades francesa, inglesa e americana, Foucault afirma que a forma jurídica do inquérito perde importância, surgindo o que ele chama de exame (2013, p. 81). As perguntas comuns no inquérito – "isso foi feito? Quem fez?" passam a ser respondidas não pelo critério da existência ou não existência, mas pelo paradigma na normalidade e da correção.

Como a pena de morte era punição para cerca de três centenas de condutas dissidentes do que era tido por normal, as estruturas de poder não eram contestadas e as condutas eleitas como aviltantes ao meio social reproduziam exatamente os interesses do estamento, ainda muito ligado à religiosidade.

Contudo, considerando o fortalecimento do poder econômico, no plano industrial e agrícola, o poder político passou a ter sua legitimidade reavaliada. Os grandes proprietários passaram a exercer tanto domínio nas classes inferiores quanto os "escolhidos" por Deus.

Ao diagnóstico de estrutura social panóptica, Foucault não apresenta nenhum antídoto. Sua conclusão de que a sociedade da disciplina persiste não vem acompanhada de nenhum norte para correção, mesmo na sua quinta e última conferência.

Nesse cenário, ao Poder Judiciário cabe compreender a importância de suas práticas, a fim de evitar que sejam mantenedoras de um quadro social que tende a preservar as estruturas de poder, ou, pelo menos, não punir as pessoas que eventualmente não se encaixem no padrão da normalidade socialmente consentida.

No Brasil, a relação Polícia x Justiça ainda é muito forte, não havendo completa separação entre uma e outra. O Inquérito Policial (art. 4º e ss., CPP) é hoje composto de seis medidas: 1. Oitivas de pessoas; 2. Perícias; 3. Coleta de informações em fontes abertas; 3. Busca e apreensão; 5. Interceptação Telefônica e 6. Prisão Temporária. As três últimas dependentes de prévia avaliação judicial.

Essa dependência é salutar, não se nega isso. Porém, na mesma medida em que assegura mais controle da ação policial, não se evita a contaminação do julgamento. Lopes Junior (2020, p. 98) se apoia na Teoria da Dissonância Cognitiva, de Bernd Schünemann[31], para criticar essa contaminação do juiz no atual modelo de Justiça Criminal do Brasil.

---

31 De acordo com Lopes Júnior (2020), as pesquisas de Schünemann comprovaram que quanto maior é o envolvimento do juiz com a investigação preliminar e com o próprio recebimento da acusação, menor é o interesse dele pelas perguntas da defesa. É natural do ser humano buscar o equilíbrio do seu sistema cognitivo, construindo relações não contraditórias, porém, a tese da defesa gera uma relação contraditória com as hipóteses iniciais da investigação e leva à dissonância cognitiva. A busca pela autoconfirmação das hipóteses, por meio da busca seletiva de informações é a consequência do contato inicial do juiz com a investigação.

A autorização para interceptação telefônica, seguida de busca e apreensão e, até da prisão temporária, nos termos da legislação vigente[32] são objetos de avaliação cognitiva pelo mesmo juiz que recebe a denúncia e, ao fim do processo, profere a sentença.

Nessa esteira de decidir, é natural que a figura humana investida no poder de julgar tenha uma considerável inclinação para buscar argumentos que tão só justifiquem, uma a uma, suas decisões anteriores, como numa trilha reversa: condena-se por ter mandado prender temporariamente; decreta-se a busca e apreensão porque se autorizou a interceptação telefônica, ou vice-versa, e assim sucessivamente.

O legislador brasileiro desprezou importante oportunidade de corrigir essa lapso no sistema acusatório. É que a Lei 13.964/2019, ao introduzir a figura do Juiz das Garantias no art. 3º-B no Código de Processo Penal, deixou de impedir que o juiz julgador também fosse responsável pelo recebimento da denúncia.

Ao Juiz das Garantias foram conferidas as competências para autorizar a realização de várias diligências durante a investigação policial, restando ao juiz da sentença o dever de reavaliar as medidas já concedidas, bem como a denúncia, de modo que o juiz que efetivamente julgará não ficou imune do contato com a narrativa construída antes da dialética probatória.

Vale pontuar que o dispositivo legal se encontra suspenso, por decisão do Ministro do STF, Luiz Fux[33], que reconheceu as dificuldades de operacionalidade do juiz garantidor.

Os tribunais superiores, assim também os regionais e estaduais, ao proferirem uma decisão de natureza penal hoje no país, considerando os diversos documentos internacionais de direitos humanos já assumidos, precisam considerar a possibilidade da influência que os atos investigativos podem exercer no julgador.

Não se pretende dizer, por óbvio, que os julgadores monocráticos sejam menos preparados ou que suas decisões sejam menos garantidoras de direitos, mas tão só que é um

---

[32] Lei Nº 9.296/96 (BRASIL, 1996), Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) e Lei Nº7.960/89 (BRASIL, 1989), respectivamente.

[33] O ministro Luiz Fux, então vice-presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras da Lei 13.964/2019, que institui a figura do juiz das garantias. A decisão cautelar, conforme ementa a seguir, contemplou as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, e segue pendente de ratificação do Plenário. Medida Cautelar na ADI 6.298-DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Luiz Fux, j. 22.01.2020. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. ART. 3º-A, 3°-B, 3°- C, 3°-D, 3°-E e 3°-F DO CPP. JUIZ DAS GARANTIAS. REGRA DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA PRÉVIA. ARTIGO 169 DA CONSTITUIÇÃO. AUTONOMIA FINANCEIRA DO PODER JUDICIÁRIO. ARTIGO 96 DA CONSTITUIÇÃO. IMPACTO SISTÊMICO. ARTIGO 28 DO CPP. ALTERAÇÃO REGRA ARQUIVAMENTO. ARTIGO 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS ENTRE ACUSAÇÃO, JUIZ E DEFESA. ARTIGO 310, §4º, DO CPP. RELAXAMENTO AUTOMÁTICO DA PRISÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PROPORCIONALIDADE. FUMUS BONI IURIS. PERICULUM IN MORA. MEDIDAS CAUTELARES PARCIALMENTE DEFERIDAS. (BRASIL, 2020)

direito do acusado ter sua dinâmica processual revista por outros olhos, estes plurais na sua composição e plurais na sua percepção de mundo.

O diagnóstico de Foucault se associa à lição de Lopes Júnior e permite concluir que o concerto judiciário brasileiro, por mais sintonia que apresente com a ordem legal vigente, ainda assim, não assegura que suas práticas jurídicas tenham impacto desenvolvimentista na tessitura social, ou que, pelo menos, não representem entraves ao desenvolvimento das pessoas.

A questão não é sobre os mais eficientes mecanismos de reprodução da dinâmica factual, que aqui são tomados apenas alguns exemplos de que as práticas jurídicas brasileiras reclamam aprimoramento.

O cerne do debate está em garantir que as decisões judiciais, sobretudo as das mais altas cortes, sejam práticas jurídicas conducentes a um modelo social fraterno, cujo ponto de referência inflexível é o já mencionado paradigma relacional proposto por Fonseca.

Um exemplo da efetividade jurisdicional na concreção dessa paradigma relacional está na França contemporânea. Barzotto (2019) traz a lume o caso Cedric Herrou. A autora explica que Cedric Herrou foi preso algumas vezes, por prestar auxílio a imigrantes ilegais, que chegavam a França, vindos da Itália.

O processo de Cedric Herrou, que fora acusado do "delito de solidariedade" (BARZOTTO, 2019, p. 4), chegou à Conselho Constitucional Francês, e somente ali, na mencionada corte, é que se reconheceu nas condutas do acusado "o exercício constitucional da fraternidade para com os outros" (BARZOTTO, 2019, p. 4). Não fosse a decisão da Corte francesa, ter-se-ia uma virtude como justificativa para impor pena a um ser humano.

É nesse sentido que Cardoso, Knoerr e Sousa Júnior advertem quanto ao surgimento de novas questões, para cuja solução as práticas jurídicas já existentes precisam considerar novos paradigmas de solução, como a Justiça Restaurativa, que os autores indicam como instrumento de solução de conflitos. Exemplificam:

> Uniões homoafetivas, aborto de feto anencéfalo, delitos cibernéticos, proteção ao meio ambiente são, por exemplo, questões surgidas dentro deste contexto de mudanças sociais que, comumente, suscitam conflitos interpessoais e ultrapassam as fronteiras tradicionalmente demarcadas e conhecidas. (CARDOSO; KNOERR; SOUSA JÚNIOR, 2020, p. 3)

Também reconhecendo a Justiça Restaurativa como uma das alternativas possíveis para a estrutura tradicional de tratamento dos conflitos, o presente estudo acompanha a linha de raciocínio dos autores e indica o princípio da Fraternidade na seara penal como fundamento das soluções que apresentam "mínima aceitabilidade social" (CARDOSO; KNOERR, SOUSA JÚNIOR, 2020, p. 3).

Assim, o poder-dever estatal de punir não pode desconsiderar os bens jurídicos inerentes ao projeto social de uma convivência livre, justa e solidária, mas, por outro lado, não pode render às pessoas obstáculos ao seu desenvolvimento pessoal, considerando que tais obstáculos refletem, em última instância, no próprio desenvolvimento de toda a sociedade.

As decisões a seguir estudadas bem demonstram que a aplicação do Princípio da Fraternidade impede que paradigmas políticos, religiosos ou econômicos sobressaiam ao único paradigma inarredável da sociedade do por vir, que é o da relação do indivíduo com o coletivo, ou seja, um ser inteiro em si, mas influenciado e capaz de influenciar todos os outros.

4.2 O *HABEAS CORPUS* 94.163/RS[34] – STF

O Ministro do STF, Gilmar Mendes, no Habeas Corpus 82.424/RS[35] (BRASIL, 2008) chegou a mencionar a necessidade de manutenção de uma sociedade pluralista, embora não tenha consignado expressamente que aduzia à Fraternidade.

Naquela oportunidade, o Supremo Tribunal Federal mantivera a condenação de autor de livro com conteúdo antissemita, portanto, racista, que pleiteava o remédio heroico ao argumento de estar protegido pela cláusula da liberdade de expressão.

Já na ADPF 186 (BRASIL, 2014), o mesmo Ministro reconheceu que sua formação jurídica privilegiava o que chamou de "a chave" para destravar problemas inerentes à igualdade e à liberdade: a fraternidade!

Nessa específica ação de controle concentrado da constitucionalidade, decidiu-se pela constitucionalidade das ações afirmativas de concessão de cotas raciais para ingresso em universidades públicas.

Embora a Fraternidade já fosse objeto de consideração pela mais alta Corte e seus ministros, somente em 02 de dezembro de 2008, por decisão unânime, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal concedeu habeas corpus (HC 94.613/RS) fazendo expressa referência ao instituto como razão de decidir em matéria penal.

O mencionado *Habeas Corpus* foi pleiteado pela Defensoria Pública da União, em

---

34 HC Nº 94.163-RS. STF, 1ª Turma. Relator: Ministro Carlos Britto, j. 2.12.2008. Ementa: *HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. PROVIMENTO MONOCRÁTICO DE RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. LIVRAMENTO CONDICIONAL. FALTA GRAVE (FUGA). DATA-BASE DE RECONTAGEM DO PRAZO PARA NOVO LIVRAMENTO CONDICIONAL. ORDEM CONCEDIDA (BRASIL, 2008).

35 No referido HC, foi reconhecida a responsabilidade criminal pela publicação de um livro com discurso pró-nazismo e antissemita, sob o pretenso escudo da liberdade de expressão. A publicação foi considerada criminosa, ante o mandamento constitucional de criminalização do racismo.

favor de um homem que, em decisão de instância inferior, teve redefinida a data-base para concessão de livramento condicional, em razão de falta grave, consistente na fuga do estabelecimento prisional.

Reconhecendo ofensa ao Princípio da Legalidade, o voto do então Ministro Relator Ayres Britto, concedeu a ordem e foi seguido à unanimidade. Para reconhecer a ofensa à Legalidade, o Ministro a considerou numa acepção que não se limita somente à legislação infraconstitucional, mas ao próprio plano constitucional (BRASIL, 2008).

A Lei de Execução Penal foi parametrizada pelos imperativos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, fundamentos da República (art. 1º, inc. II e III, CF), e com os objetivos fundamentais de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inc. I e III, CF), cotejo sem o qual é impossível a construção da sociedade idealizada e caracterizada "como fraterna" (BRASIL, 2008).

Em matéria penal, esta decisão (BRASIL, 2008), é a primeira prática jurídica que expressamente assume a Fraternidade Jurídica como razão de decidir. Em que pese o próprio ex-Ministro Ayres Britto já houvesse doutrinariamente tratado do que nominou de constitucionalismo fraternal (BRITTO, 2003) e já tivesse invocado o instituto para compensar juridicamente uma vulnerabilidade humana[36], somente no mencionado Habeas Corpus (HC 94.613/RS), a menção expressa ao princípio conduziu o tratamento de uma questão de natureza penal.

Observa-se que o Princípio da Fraternidade foi reconhecido pela mais alta Corte do País em 2 de dezembro de 2008, na decisão do *habeas corpus* ora em foco, mas ainda hoje não se disseminou no debate jurídico do país, não se verificando na invocação do instituto a mesma frequência de outros princípios, embora tenha o mesmo potencial de garantia de direitos.

Tourinho Neto (2021, p. 285) bem registra que as cadeias estão sob império das organizações criminosas. São masmorras que deixam o homem embrutecido, amesquinhado, a ponto de se tornarem feras.

Com base nas informações colhidas na Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara de Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal julgaram a ADPF 347 (BRASIL, 2021), reconhecendo o grave quadro de superlotação carcerária, que

---

36 RMS Nº 26.071/DF, Primeira Turma, Relator: Ministro Carlos Britto, j. 13.11.2007. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. §2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/83. DECRETOS Nº 3.289/99 E 5.296/2004. Acompanhando à unanimidade o voto do Ministro Relator Carlos Ayres Britto, a Corte Suprema assegurou a um portador de visão monocular o direito de concorrer, em concurso público, a vagas destinadas a pessoas portadoras de deficiência física. No voto condutor, a Fraternidade foi o fundamento para assegurar superioridade jurídica em compensação à deficiência física.

apresenta um déficit de 206 mil vagas.

Esse déficit indica que, pelo menos, 206 mil seres humanos brasileiros estão subvertendo a Física, ao ocuparem vagas carcerárias de outros 206 mil humanos. O cenário dantesco do sistema carcerário brasileiro, considerado um Estado de Coisas Inconstitucional, como já exposto neste trabalho, leva à presunção de que seja natural do indivíduo o desejo de fugir de um ambiente tão inóspito.

A dimensão do problema fica mais evidente quando se considera que a atual população carcerária do país é de 755 mil presos (TOFFOLI, 2021, p. 1). Aproximadamente, um a cada quatro presos não tem espaço físico digno para si, portanto.

No entanto, não se pode ser pueril a ponto de presumir que todo fugitivo seja um dos presos que amargam na falta de espaço do ambiente carcerário; aliás, os detentores de privilégios intramuros, por ocuparem posição de liderança nas organizações criminosa, são aqueles que mais protagonizam, intelectual e material, os atos de fuga e rebeldia presidiária.

A fuga, portanto, não pode ser considerada um bom comportamento carcerário, e de fato deve receber a pecha de falta grave. Aliás, esse tema foi exaurido no debate dos Ministros quando do julgamento do habeas corpus ora em foco. Reconhecer a força de um ímpeto natural numa adversidade ambiental não significa dizer que todo e qualquer comportamento derivado desse ímpeto seja aceito pela sociedade.

O art. 50, II, da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) prevê que a fuga é uma falta grave, valendo ressaltar que o legislador previu diversas consequências para a prática de faltas graves, a exemplo da interrupção do prazo para progressão de regime, nos termos do art. 112, §6º, da mesma Lei.

No entanto, não se pode, na atual quadra do pensamento jurídico, aceitar que uma falta, por mais grave que seja, justifique uma sanção desproporcional, sem previsão legal. Para Tourinho Neto (2021, p. 281), o réu já tem "deixado de ser visto como inimigo para ser visto com um irmão que errou".

O mesmo raciocínio deve se irradiar na execução penal, não podendo o fugitivo ser encarado como um inimigo que luta ferrenhamente contra o sistema carcerário, mas como um ser humano que fraquejou diante da obtusidade do cárcere.

Portanto, à fuga são perfeitamente assentáveis as sanções que proporcionalmente o legislador tenha prescrito, restando ao julgador o dever de impedir avanços sancionatórios fora do espectro da legalidade.

Vale mencionar, nesse ponto, a perspectiva da legalidade encapada pelo Ministro Ayres Britto: a Lei de Execuções Penais foi cotejada com dois dos fundamentos da República – a cidadania e dignidade da pessoa humana. Mas não só!

Esse cotejo teve como base a sociedade fraterna, por ser esta um dos objetivos da República Federativa do Brasil. Dada a posição angular para a construção da sociedade fraterna almejada pela Constituição, a forma republicana (art. 34, inc. VII, alínea a, CF) foi eleita como princípio sensível, cujo desrespeito autoriza a extrema medida de intervenção da União nos Estados.

O que o constituinte está a dizer é que a *res* pública, ou a gestão pública das coisas nacionais, deve se voltar para o fortalecimento do bem relacional das pessoas – a sociedade fraterna, na qual as coisas servem às pessoas, e não as pessoas se limitam pelas coisas.

Na esfera prisional, os riscos de coisificação do ser humano se amplificam, sendo necessário intensificar ações estatais no sentido de preservar a dinâmica social humanizada. A reunião de várias pessoas, todas elas tidas por inimigas da sociedade, pode levar a práticas desumanizantes, ainda que eminentemente respeitosas do patrimônio público.

Foi a partir dessa necessidade, que o Supremo Tribunal Federal decidiu o habeas corpus em comento, impedindo que dias de pena já cumpridos fossem esquecidos, como se os dias de encarceramento do indivíduo pudessem ser apagados em razão da fuga.

Vale pontuar que o ideal seria a prática de políticas públicas voltadas à melhoria das condições do cárcere. Evidentemente, tais práticas são de responsabilidade do Poder Executivo, não se podendo imputar ao Poder Judiciário a responsabilidade pela falta delas.

Toffoli (2021, p. 61) reconhece que os problemas do sistema prisional não estão adstritos à estrutura nem ao funcionamento dos presídios. A própria justiça penal apresenta graves problemas, sobretudo, quanto à agilidade dos processos.

O Supremo Tribunal Federal, no caso *sub examine,* limitou-se a impedir que a dignidade do indivíduo fosse ainda mais aviltada, tomando como parâmetro a dignidade e a cidadania numa dimensão inerente a todos os indivíduos da sociedade, não somente das pessoas cujos direitos já estão limitados pela obtusidade jurídica intramuros.

Contudo, o Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado do controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, ao assumir também importante papel de modernizar a estrutura desse Poder, vem adotando diversas medidas no sentido de enfrentar violações de direitos no sistema prisional.

Entre as medidas levadas a efeito pelo CNJ, Toffoli (2021, p. 67-68) aponta a criação do Departamento de Monitoramento do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas; o Programa Começar de Novo, uma plataforma virtual que busca facilitar a busca de emprego pelos egressos; a implementação das audiências de custódia, garantido o direito de toda pessoa presa ser apresentada à autoridade judicial em 24 horas; o aprimoramento do Banco Nacional de Mandados de Prisão com a criação do Banco Nacional

de Monitoramento de Prisões, o que permitiu ao Poder Judiciário melhor controle, gestão e monitoramento do cumprimento de mandados de prisão no país.

Ao invocar a sociedade fraterna como paradigma para análise do princípio da legalidade, a Suprema Corte aderiu exatamente à lição de Jaborandy (2016). A fraternidade redimensiona os dois outros princípios – igualdade e liberdade – mas não se limita a eles, sendo vetor hermenêutico para reforçar qualquer outro princípio, sempre que sua força não for suficiente para sedimentar a dignidade humana perante a dignidade de todas as pessoas.

O raciocínio jurídico do Ministro Ayres Britto consistiu em analisar o princípio da legalidade sob a óptica da fraternidade. O mero assento do fato em uma das interpretações possíveis da lei não é suficiente. É necessário que a interpretação prevalente seja efetivamente condutora à sociedade fraterna, pois só assim se poderá falar de legalidade no sentido de constitucionalidade.

A decisão em comento não lança mão da fraternidade como mero reforço argumentativo. Na verdade, a Corte Guardiã da Constituição reconheceu a força normativa da fraternidade para adensar força aos demais princípios, expressos ou implícitos, no texto do mais alto regulamento social.

Em que pese esse autorizativo jurisprudencial, percebe-se empiricamente que os efeitos da decisão se disseminaram mais do que seus fundamentos. A comunidade jurídica passou a encarar a questão pelo resultado – o impedimento de nova data-base para livramento condicional de presos fugitivos – não pelo fundamento – a necessidade de contemplar na avaliação da legalidade o respeito aos fundamentos de uma República, que se volta, toda ela, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; fraterna!

Identificado o primeiro registro expresso da fraternidade na literatura jurisprudencial, observou-se que o princípio serviu para conter o poder punitivo do estado, indo de encontro a excessos sancionatórios, numa perspectiva puramente endoprocessual. Mas a fraternidade, já disse, não é princípio abolicionista. Assegura liberdades, a de locomoção, sobretudo, mas não a torna absoluta.

O próprio constituinte determinou ao legislador infraconstitucionais prescrições quanto a certas condutas que foram consideradas essencialmente criminosas, a exemplo do racismo (art. 5º, XLII), a tortura, o terrorismo e o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, XLIII) e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direitos (art. 5º, XLIV).

Portanto, numa dimensão centrípeta, a Fraternidade tanto impede excessos punitivos quanto assegura punições constitucionalmente exigidas. Em rotação centrífuga, a Fraternidade se limita a impedir efeitos exoprocessuais, atingindo pessoas que não protagonizaram a

dinâmica fática em torno da qual o Estado pretende exercer seu *jus puniendi*.

A mecânica analítica do presente estudo visa a respeitar a ordem cronológica de calcificação do princípio. Portanto, nos dois itens a seguir, demonstrar-se-á como o Princípio da Fraternidade impede a irradiação externa dos efeitos do processo penal. Já no terceiro item, tratar-se-á de decisão judicial que, retornando a um giro centrífugo, reconheceu na Fraternidade o fundamento jurídico para equalizar o próprio poder-dever penal.

4.3 O RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 74.123/RS[37] – STJ

A questão jurídica colocada ao Poder Judiciário foi o pretenso direito de uma mãe de um filho com 9 (nove) anos de idade, portador de hidrocelafia, à substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, considerando a imputação de tráfico ilícito de entorpecentes, após ter sido encontrada com 52 gramas de crack.

O Tribunal de Justiça do Rio do Grande do Sul, no caso em foco, entendeu que a aplicação do art. 318, V, do Código de Processo Penal, no caso concreto, dependeria de efetiva comprovação de que a conversão seria necessária aos cuidados dos filhos.

É da pena do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca o voto que embasou o acórdão sem dissonância dos demais Ministros da 5ª Turma do STJ. Pela cirúrgica manifestação, a reprodução literal é inafastável:

> No ponto, é preciso recordar: a) O princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias. A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. b) O princípio da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º). c) O princípio da fraternidade é possível de ser concretizado também no âmbito penal, através da chamada Justiça restaurativa, do respeito aos direitos humanos e da humanização da aplicação do próprio direito penal e do correspondente processo penal. A Lei nº 13.257/2016 decorre desse resgate constitucional. A fim de proteger e resguardar a integridade física e emocional do filho da recorrente, menor de 12 anos, mister substituir a sua prisão preventiva pela domiciliar, com espeque no art. 318, V, do Código de Processo Penal. (BRASIL, 2016, p. 6).

---

[37] RO em HC Nº74.123-RS, STJ, 5ª Turma, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.11.2016. Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. SUBSTITUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. FILHO MENOR DE 12 ANOS, COM HIDROCEFALIA. POSSIBILIDADE. ART. 318, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO. (Brasil, 2016).

O pioneirismo dessa decisão consiste em introduzir na narrativa processual um discurso externo. Como já se expôs anteriormente, o sistema penal sempre esteve preocupado em adjetivar um fato de verdade e dar a ele a correspondente resposta legal.

Cabe ressaltar que o princípio da não transcendência da pena, sedimentado na primeira parte do art. 13 do Código Penal (O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa) representa valiosíssima garantia de que os efeitos da pena não transcendam da pessoa do condenado.

Contudo, o espectro de atuação do referido princípio cinge-se à repercussão material e formal da pena, porém, diretamente decorrente do sistema punitivo. Impede, portanto, o legislador de atribuir a pena a alguém por fato de outrem; impede, igualmente, o juiz de condenar alguém por fato cometido por outrem.

Não é possível afastar efeitos processuais e penais que se irradiam mesmo quando nem o legislador nem o julgador diretamente endereçam suas práticas ao terceiro. Eis a distinção do Princípio da Fraternidade, cuja exposição e aprofundamento são dignos de estudo próprio.

Assim, a fiança que formalmente recai sobre o preso pobre, mas materialmente atinge as expensas de parente igualmente desvalido e a detenção precária que formal e materialmente atinge apenas os pais/responsáveis, mas redunda em dificuldades materiais que uma criança experimenta para ter acesso à Saúde e à Educação, são apenas dois exemplos de como o princípio da não transcendência da pena não tem força suficiente para represar todos os efeitos penais na esfera de direitos de terceiros.

A questão se apresenta é se o Poder Judiciário, no âmbito do processo penal, pode considerar circunstâncias externas para basear uma decisão cautelar. Se essas circunstâncias externas dizem respeito a criança e adolescente, a resposta é afirmativa, nos termos do art. 227[38] da Constituição Federal.

O Estado, mais precisamente o Estado-Juiz, não se desvencilha do dever de dar absoluta prioridade à criança e ao adolescente, devendo ponderar em sua decisão os possíveis efeitos no direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Mas não só. É necessário ainda considerar os riscos da decisão sujeitar o infante a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. No plano infraconstitucional, o art. 1º da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) reproduz a positivação da proteção

---

[38] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

integral.

Sposato, Vitale e Mendes (2011, p. 395), fazendo coro com Bobbio, explicam que "a questão de fundo dos Direitos Humanos não é de justificação, mas de proteção efetiva", e consignam acerca da infância:

> No caso do Direito da Criança, ainda mais forte é tal constatação, uma vez que não se pode negar sua feição ora mítica, ora utópica, apontando para uma condição material que se quer alcançar para a vida de crianças e adolescentes.
> No plano internacional, a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Crianças constitui-se como o instrumento por excelência voltado a transformar as políticas públicas e jurídicas destinadas a melhorar a situação da infância e da adolescência. (SPOSATO, VITALE e MENDES, 2011, p. 395)

Assim, a especial atenção que se deve à infância é determinada por regras, constitucional e legalmente, positivadas no plano interno e em documentos que regem as relações internacionais. Tais regras, como exposto, não se destinam a justificar essa proteção, mas a efetivá-la.

Mas afinal o que vem a ser proteção integral? A resposta do trio autoral é elucidativa:

> A proteção integral deve ser concebida como a doutrina jurídica que sustenta todo atual Direito brasileiro da Criança e do Adolescente. Seu significado está em reconhecer que todos os dispositivos legais e normativos têm por finalidade proteger integralmente as crianças e os adolescentes em suas necessidades específicas, decorrente da idade, de seu desenvolvimento e de circunstâncias materiais. (SPOSATO, VITALE e MENDES, 2011, p. 397)

Nessa ordem de ideias, o art. 318, inc. V, do Código de Processo Penal, a despeito de sua natureza de lei penal adjetiva, também integra o "Direito brasileiro da Criança e do Adolescente", pois a um só tempo impede a medida gravosa à mãe e assegura efetiva proteção à criança.

Portanto, em que pese o devido respeito à decisão do Tribunal de Justiça gaúcho, negando a concessão da ordem ao argumento de que seria necessário efetiva comprovação da dependência, essa não parece ser uma solução consentânea com a efetiva proteção que a criança é credora.

É exatamente o exercício inverso que deve prevalecer. Somente na excepcional hipótese de a mãe ser nociva à criança, seria inaplicável determinante legal. Aqui não se trata de ponderação entre princípios.

A presunção não pode limitar direitos da mãe, muito menos das crianças, que são as mais atingidas pelo encarceramento feminino, ao experimentarem a falta do afeto em condições normais, gerando em si um sentimento de abandono, sem mencionar os riscos biológicos trazidos pela falta de amamentação, se ainda estiver em curso.

Em posterior decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 143.641/SP[39], 2ª Turma, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski (BRASIL, 2018), a presunção a favor da criança foi reconhecida, pois a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as mulheres presas que estivessem gestantes, puérperas ou fossem mães de crianças e/ou deficientes sob sua guarda.

O STF excepcionou apenas as hipótese de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça praticados pelas mulheres contra os próprios descendentes ou, ainda, em casos excepcionalíssimos, devidamente reconhecidos em judicial fundamentada.

Assim, afora os casos de violência e grave ameaça contra as próprias crianças, em que evidentemente a prisão domiciliar trará mais danos à criança do que a prisão preventiva, para outras hipóteses, faz-se necessário que o julgador cumpra o dever de fundamentar a manutenção da custódia cautelar.

Vale destacar que Sen (2010, p. 237), ao demonstrar que o processo de expansão das liberdades, aponta a existência de provas do efeito da educação e da alfabetização das mulheres na redução das taxas de mortalidade infantil. Contudo, o próprio autor destaca, são a "importância que normalmente as mães dão ao bem-estar dos filhos" e a "capacidade de influenciar nas decisões da família" que preponderam nessa relação.

Afastar a mãe do convívio do filho, dando a ela mais dificuldades de instrução educacional, acaba refletindo não apenas na formação da própria criança, particularmente considerada, gerando insuficiências (material, psicológica, afetiva) e, por vezes, de traumas que geram déficits nas escolhas para a realização de uma vida que entendam por bem valorizar.

Considerando que no Brasil há um considerável número de mães que são cooptadas pelo tráfico ilícito de entorpecentes, para figurarem como transportadoras pontuais de drogas – as conhecidas "mulas" – render prisão preventiva sem obtemperar pela prisão domiciliar é contribuir para a formação de uma massa de jovens com severos obstáculos a exercer escolhas

---

[39] STF, HC Nº 143.641-SP, Segunda Turma, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.02.2018. Ementa: HABEAS CORPUS COLETIVO. ADMISSIBILIDADE. DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS. MÁXIMA EFETIVIDADE DO WRIT. MÃES E GESTANTES PRESAS. RELAÇÕES SOCIAIS MASSIFICADAS E BUROCRATIZADAS. GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS. ACESSO À JUSTIÇA. FACILITAÇÃO. EMPREGO DE REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS. LEGITIMIDADE ATIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI 13.300/2016. MULHERES GRÁVIDAS OU COM CRIANÇAS SOB SUA GUARDA. PRISÕES PREVENTIVAS CUMPRIDAS EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. INADMISSIBILIDADE. PRIVAÇÃO DE CUIDADOS MÉDICOS PRÉNATAL E PÓS-PARTO. FALTA DE BERÇARIOS E CRECHES. ADPF 347 MC/DF. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL. CULTURA DO ENCARCERAMENTO. NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO. DETENÇÕES CAUTELARES DECRETADAS DE FORMA ABUSIVA E IRRAZOÁVEL. INCAPACIDADE DO ESTADO DE ASSEGURAR DIREITOS FUNDAMENTAIS ÀS ENCARCERADAS. OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO E DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. REGRAS DE BANGKOK. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA. APLICAÇÃO À ESPÉCIE. ORDEM CONCEDIDA. EXTENSÃO DE OFÍCIO. (BRASIL, 2018)

reais para a construção da vida que julguem por bem privilegiar.

Fez bem a Corte Suprema em reconhecer, numa relação processual objetiva, a presunção de que toda mãe contribui para a formação da criança. Eventuais casos em que a contribuição é rarefeita e, até, nula, não se confundem com as excepcionalíssimas hipóteses em que o convívio é nocivo à criança. Para estes, a decisão do Supremo exige que a prisão preventiva seja duplamente fundamentada; 1. Para identificar sua necessidade e possibilidade; 2. Para justificar a não substituição pela prisão domiciliar.

Portanto, embora tenha sido realizado o controle objetivo de constitucionalidade sem expressa menção à fraternidade, em termos práticos, a decisão apenas conferiu efeitos erga omnes à decisão anterior do STJ, produzida em processo de natureza subjetiva, cuja razão de decidir, exoprocessual, está amparada no já inolvidável princípio que determina o cuidado de todos por todos.

4.4 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO Nº 26[40] E O

40 STF, ADI por Omissão Nº 26, Plenário, Relator: Ministro Celso de Mello, j. 13.06.2019. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO – EXPOSIÇÃO E SUJEIÇÃO DOS HOMOSSEXUAIS, TRANSGÊNEROS E DEMAIS INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ A GRAVES OFENSAS AOS SEUS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM DECORRÊNCIA DE SUPERAÇÃO IRRAZOÁVEL DO LAPSO TEMPORAL NECESSÁRIO À IMPLEMENTAÇÃO DOS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO INSTITUÍDOS PELO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, art. 5º, incisos XLI e XLII) – A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONSTITUCIONAIS FRUSTRADAS, EM SUA EFICÁCIA, POR INJUSTIFICÁVEL INÉRCIA DO PODER PÚBLICO – A SITUAÇÃO DE INÉRCIA DO ESTADO EM RELAÇÃO À EDIÇÃO DE DIPLOMAS LEGISLATIVOS NECESSÁRIOS À PUNIÇÃO DOS ATOS DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS EM RAZÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU DA IDENTIDADE DE GÊNERO DA VÍTIMA – A QUESTÃO DA "IDEOLOGIA DE GÊNERO" – SOLUÇÕES POSSÍVEIS PARA A COLMATAÇÃO DO ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL: (A) CIENTIFICAÇÃO AO CONGRESSO NACIONAL QUANTO AO SEU ESTADO DE MORA INCONSTITUCIONAL E (B) ENQUADRAMENTO IMEDIATO DAS PRÁTICAS DE HOMOFOBIA E DE TRANSFOBIA, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME (QUE NÃO SE CONFUNDE COM EXEGESE FUNDADA EM ANALOGIA "IN MALAM PARTEM"), NO CONCEITO DE RACISMO PREVISTO NA LEI Nº 7.716/89 – INVIABILIDADE DA FORMULAÇÃO, EM SEDE DE PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE, DE PEDIDO DE ÍNDOLE CONDENATÓRIA FUNDADO EM ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO, EIS QUE, EM AÇÕES CONSTITUCIONAIS DE PERFIL OBJETIVO, NÃO SE DISCUTEM SITUAÇÕES INDIVIDUAIS OU INTERESSES SUBJETIVOS – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MEDIANTE PROVIMENTO JURISDICIONAL, TIPIFICAR DELITOS E COMINAR SANÇÕES DE DIREITO PENAL, EIS QUE REFERIDOS TEMAS SUBMETEM-SE À CLÁUSULA DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX) – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DOS REGISTROS HISTÓRICOS E DAS PRÁTICAS SOCIAIS CONTEMPORÂNEAS QUE REVELAM O TRATAMENTO PRECONCEITUOSO, EXCLUDENTE E DISCRIMINATÓRIO QUE TEM SIDO DISPENSADO À VIVÊNCIA HOMOERÓTICA EM NOSSO PAÍS: "O AMOR QUE NÃO OUSA DIZER O SEU NOME" (LORD ALFRED DOUGLAS, DO POEMA "TWO LOVES", PUBLICADO EM "THE CHAMELEON", 1894, VERSO ERRONEAMENTE ATRIBUÍDO A OSCAR WILDE) – A VIOLÊNCIA CONTRA INTEGRANTES DA COMUNIDADE LGBTI+ OU "A BANALIDADE DO MAL HOMOFÓBICO E TRANSFÓBICO" (PAULO ROBERTO IOTTI VECCHIATTI): UMA INACEITÁVEL (E CRUEL) REALIDADE CONTEMPORÂNEA – O PODER JUDICIÁRIO, EM SUA ATIVIDADE HERMENÊUTICA, HÁ DE TORNAR EFETIVA A REAÇÃO DO ESTADO NA PREVENÇÃO E

MANDADO DE INJUÇÃO 4.733-DF[41] (STF)

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal estabelece que não há crime sem lei anterior que o defina. O art. 1º do Código Penal reproduz o mandamento constitucional, colocando a lei como condição *sine qua non* para a definição de uma conduta como crime.

Por outro lado, o constituinte determina a criminalização de toda forma atentatória qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI, CF) do racismo (art. 5º, XLII, CF). Nesse sentido, a Lei nº 7.716/1989 define os crimes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

De acordo com o Atlas da Violência 2021 (CERQUEIRA, 2021), publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o número de registro de casos de violência contra a população LGBTQUI+ vem caindo nos últimos anos: 1.720 registros em 2017, 1.685 em 2018 e 833 em 2019, números muito abaixo dos 3.031 registros feitos em 2012. Os dados são compilados a partir de denúncias feitas ao DISQUE 100.

A queda do número de registros de violência não é garantia de que a população

---

REPRESSÃO AOS ATOS DE PRECONCEITO OU DE DISCRIMINAÇÃO PRATICADOS CONTRA PESSOAS INTEGRANTES DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS – A QUESTÃO DA INTOLERÂNCIA, NOTADAMENTE QUANDO DIRIGIDA CONTRA ACOMUNIDADE LGBTI+: A INADMISSIBILIDADE DO DISCURSO DE ÓDIO (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, ARTIGO 13, § 5º) – A NOÇÃO DE TOLERÂNCIA COMO A HARMONIA NA DIFERENÇA E O RESPEITO PELA DIVERSIDADE DAS PESSOAS E PELA MULTICULTURALIDADE DOS POVOS – LIBERDADE RELIGIOSA E REPULSA À HOMOTRANSFOBIA: CONVÍVIO CONSTITUCIONALMENTE HARMONIOSO ENTRE O DEVER ESTATAL DE REPRIMIR PRÁTICAS ILÍCITAS CONTRA MEMBROS INTEGRANTES DO GRUPO LGBTI+ E A LIBERDADE FUNDAMENTAL DE PROFESSAR, OU NÃO, QUALQUER FÉ RELIGIOSA, DE PROCLAMAR E DE VIVER SEGUNDO SEUS PRINCÍPIOS, DE CELEBRAR O CULTO E CONCERNENTES RITOS LITÚRGICOS E DE PRATICAR O PROSELITISMO (ADI 2.566/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN), SEM QUAISQUER RESTRIÇÕES OU INDEVIDAS INTERFERÊNCIAS DO PODERPÚBLICO – REPÚBLICA E LAICIDADE ESTATAL: A QUESTÃO DA NEUTRALIDADE AXIOLÓGICA DO PODER PÚBLICO EM MATÉRIA RELIGIOSA – O CARÁTER HISTÓRICO DO DECRETO Nº 119-A,DE 07/01/1890, EDITADO PELO GOVERNO PROVISÓRIO DA REPÚBLICA, QUE APROVOU PROJETO ELABORADO POR RUY BARBOSA E POR DEMÉTRIO NUNES RIBEIRO – DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, PROTEÇÃO DOS GRUPOS VULNERÁVEIS E FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO EXERCÍCIO DE SUA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – A BUSCADA FELICIDADE COMO DERIVAÇÃO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITA DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – UMA OBSERVAÇÃO FINAL: O SIGNIFICADO DA DEFESA DA CONSTITUIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO CONHECIDA, EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, JULGADA PROCEDENTE, COM EFICÁCIA GERAL E EFEITO VINCULANTE – APROVAÇÃO, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DAS TESES PROPOSTAS PELO RELATOR, MINISTRO CELSO DE MELLO. PRÁTICAS HOMOFÓBICAS E TRANSFÓBICAS CONFIGURAM ATOS DELITUOSOS PASSÍVEIS DE REPRESSÃO PENAL, POR EFEITO DE MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO (CF, ART. 5º, INCISOS XLI E XLII), POR TRADUZIREM EXPRESSÕES DE RACISMO EM SUA DIMENSÃO SOCIAL. (BRASIL, 2019).

[41] Mandado de Injunção Nº 4.733. Supremo Tribunal Federal, Plenário, Relator: Ministro Edson Fachin, 13 jun. 2019. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO. DEVER DO ESTADO DE CRIMINALIZAR AS CONDUTAS ATENTATÓRIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. HOMOTRANSFOBIA. DISCRIMINAÇÃO INCONSTITUCIONAL. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. MANDADO DE INJUNÇÃO JULGADO PROCEDENTE. (BRASIL, 2019)

minoritária LGBTQUEI+ venha recebendo a devida proteção jurídica, nem tampouco indica que a população brasileira tenha diminuído o discurso de ódio perante a liberdade sexual.

O que os números sugerem, no máximo, é que o grave quadro de violência contra liberdade sexual já esteve bem pior. Foi nessa conjuntura que a Associação de Gays, Lésbicas e Transgêneros – ABGLT – impetrou o Mandado de Injunção 4.733, no Supremo Tribunal Federal.

A agremiação associativa manejou o remédio constitucional, de forma coletiva, a fim de que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a mora legislativa em não criminalizar as condutas de homofobia e transfobia.

Requereu ainda que fosse aberto prazo ao Poder Legislativo para superar a mora e, acaso não fosse superada ou não fosse aberto o prazo requerido, fosse adotada a teoria concretista para de imediato determinar a aplicação da Lei 7.716/1989 a "todas as formas de homofobia e transfobia" (BRASIL, 2019).

Desse modo, todas as ofensas, agressões, ameaças e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, biológica ou social, da vítima, teriam a mesma punição das condutas incriminadas na Lei 7.716/1989.

A aglomeração associativa ainda acoplou um segundo pedido, para que fosse reconhecida a responsabilidade civil do Estado Brasileiro, a quem caberia indenizar todas as vítimas de preconceito sexual.

Em paralelo, O Partido Popular Socialista manejou a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO 26 – pleiteando o controle objetivo de constitucionalidade, de forma a assentar a mora legislativa e assegurar os mesmos efeitos práticos do mandado de injunção antes referido.

Eis a questão de fundo colocada ao Supremo Tribunal Federal: é possível reconhecer o direito de uma minoria exigir a criminalização das constantes ofensas a que está submetida? Somente após superar essa questão, é que as outras podem ser enfrentadas, a exemplo da (im)possibilidade de aplicação da Lei 7.716/1989 à homofobia e à transfobia, sem expressa e anterior previsão legal.

De antemão, registre-se que o Pretório Excelso, em julgamento conjunto das duas ações, decidiu respondendo positivamente às questões. Determinou a Suprema Corte que o espectro de preconceitos combatido pelo constituinte não se limita à "raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (Lei 7.716/1989).

Aliás, vale pontuar que no art. 3º, inciso IV, da CF, consignou-se que um dos objetivos da República brasileira é promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, de forma que a cláusula genérica

“quaisquer outras formas de discriminação” leva indeclinavelmente à conclusão de que é dever do Estado rechaçar vigorosamente toda e qualquer discriminação em razão do gênero.

Supiot (2007, p.10), ao expor como as ciências e as técnicas interferem na formação do *homos juridicus*, ou seja, o indivíduo dotado de atributos biológicos e morais, adverte não ser possível radicalizar na dicotomia materialista *versus* espiritualista.

Ao mesmo tempo em que a pessoa humana não é completamente esclarecida e manipulada apenas pelas ciências naturais, ela também não se pode determinar por inteiro apenas pelos desejos da sua espiritualidade.

O sexo de uma pessoa, exemplifica o autor (2007, p. 10), não pode ser considerado apenas na sua condição biológica, nem encarada tão somente sob a perspectiva da escolha espiritual. É somente a partir do cotejo de ambos os aspectos que se pode contemplar juridicamente a sexualidade humana

Ter desejos contrários à natureza biológica coloca o indivíduo em situação de vulnerabilidade, ao se ver socialmente excluído, por não experimentar, tal como a maioria, a confluência entre o desejo (espiritual) e a natureza (biológica).

O Direito é um produto cultural e tem por objetivo regulamentar a convivência social. Por essa razão, na atual quadra do conhecimento, a ciência que se propõe a dizer como as coisas devem ser não pode olvidar como as pessoas são.

Nesse ponto, convém observar a pontuação de Fachin e Fachin (2011, p. 265), no sentido de que, no Direito Constitucional pátrio, não “há regulamentação específica acerca da proteção do direito à livre orientação sexual.”

De fato, o constituinte se limitou a tratar expressamente do sexo em algumas oportunidades: no art. 3º, inc. IV, para impedir discriminação por conta do sexo biológico; no inciso XLVIII, do art. 5º, para determinar o cumprimento de pena em separado, de acordo com o sexo do apenado; no inciso XXX, do art. 7º, para impedir distinções de salários, exercício de funções e condições de acesso nas relações de trabalho em razão do sexo; e no art. 227, §, 4º, para determinar a severa punição do abuso, da violência e da exploração sexual de crianças e adolescentes.

Em nenhum dos dispositivos, o constituinte tratou expressamente do sexo enquanto orientação de vida, na linha do que Supiot (2007) expõe. Limitou-se, o constituinte, a sedimentar a igualdade entre pessoas do sexo masculino e feminino, considerando outro grave problema social, que é o machismo, bem como cuidou de proteger a infância e a adolescia, fases da vida nas quais o indivíduo ainda não está integralmente apto a todas as escolhas da vida.

Essa míngua normativa não é exclusiva da Constituição Federal, pois documentos internacionais de proteção dos direitos humanos também se limitam a tratar especificamente apenas do sexo biológico.

Com essa observação, aponta-se que a tutela da opção sexual surge de uma "hermenêutica construída" (FACHIN; FACHIN, 2011, p. 264), a partir dos vetores condizentes com a "era do dos direitos", que se sustenta na interdependência entre "direitos humanos, democracia e paz" (BOBBIO, 2004).

A pluralidade desses vetores está autorizada pelo Constituinte, no art. 5º, §2º[42], ao permitir "maleabilidade e pluralidade do Direito perante os fatos sociais" (FACHIN; FACHIN, 2011, p. 267).

A falta de menção expressa à liberdade sexual no texto constitucional não impediu o Poder Judiciário[43] de proteger direitos de pessoas discriminadas em razão de sua opção sexual em diversas oportunidades. Nesse ponto, a precisa lição dos autores:

> No que diz respeito aos direitos fundamentais como um todo – e aí incluída a cláusula de não discriminação fundada em critério sexual – cabe ao Estado o respeito (ou seja, o próprio ente não violar tais direitos) a proteção (evitar e impedir que terceiros os violem) e a implementação (adoção de medidas voltadas à concretização) destes direitos. (FACHIN; FACHIN, 2011, p. 268)

---

42 Art. 5º, § 2º, CF: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL, 1988).

43 À guisa exemplificativa, duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, enfrentando a questão da liberdade de opção sexual. Primeiro, o Tribunal impediu que o Município de Umbaúba, por meio de lei local, proibisse a adoção de componente curricular que abordasse a ideologia de gênero. TJSE, ADI Nº 201900100652 Nº único 0000236-18.2019.8.25.0000, Tribunal Pleno, Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite, j. 16.07.2020. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI ORDINÁRIA Nº 730, DE 23 DE AGOSTO DE 2018, DO MUNICÍPIO DE UMBAÚBA. PROIBIÇÃO DE ATIVIDADES PEDAGÓGICAS QUE VISEM À REPRODUÇÃO DO CONCEITO DE IDEOLOGIA DE GÊNERO, NA GRADE CURRICULAR DAS ESCOLAS DA REDE LOCAL. EXTRAPOLAÇÃO DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA SUPLEMENTAR À LEGISLAÇÃO SOBRE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ART. 18, INCISO I DA CARTA ESTADUAL. INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO (CF/88, ART. 22, XXIV). INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. VIOLAÇÃO A PRECEITOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (Arts. 3º, II; 214; 215, II e III, e 220, 3º, V). VIOLAÇÃO À LIBERDADE DE ENSINO E DE APRENDIZAGEM, AO IMPEDIR O PLURALISMO DE IDEIAS E CONCEPÇÕES PEDAGÓGICAS. RISCO DE POTENCIALIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL (ART. 227 DA CF). INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. PRECEDENTE DO STF – ADFP Nº 461. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA PROCEDENTE PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL Nº 730, DE 23 DE AGOSTO DE 2018. (BRASIL, 2020). Em um segundo momento, o Tribunal fixou a responsabilidade objetiva do Estado de Sergipe, em razão da discriminação sexual praticada por policial militar. TJSE. Remessa Necessária Cível Nº 201300216617, Nº único0008594-81.2010.8.25.0001 - 2ª Câmara Cível, Relator(a): Ricardo Múcio Santana de A. Lima, j. em 09.09.2013. Ementa: REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DISCRIMINAÇÃO SEXUAL PRATICADA POR POLICIAL MILITAR - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - APLICAÇÃO DO ART. 37, § 6º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VALOR ESTABELECIDO A TÍTULO DE DANO MORAL - EXACERBADO - REDUÇÃO - OBSERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PORPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - JUROS DE MORA. APLICABILIDADE DA LEI 11.960/2009 QUE ALTEROU O ART. 1º -F DA Lei 9.494/97. SENTENÇA REFORMADA - DECISÃO UNÂNIME (BRASIL, 2013).

A complexidade do Mandado de Injunção e da Ação de Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ora em foco não está em reconhecer no Supremo Tribunal a competência para impedir a discriminação, mas na forma como esse impedimento pode ser feito.

A possibilidade do Poder Judiciário reconhecer a natureza criminosa de uma conduta que o legislador não o fez perpassa por uma discussão acerca de cânones do Direito Penal: O princípio da legalidade e da anterioridade penal podem ser afastados, ainda que para proteção de pessoas vítimas de racismo?

Aqui, cabe rememorar as já mencionadas Conferências de Foucault, que demonstram como o atual modelo punitivo, construído sob o aforisma que somente a violação à lei autoriza a incidência do Direito Penal, na verdade se modelou pelo império do poder econômico. Diz o autor:

> Em uma última categoria de sociedade estão as sociedades propriamente econômicas. As grandes companhias, as grandes sociedades comerciais se organizam em sociedades de polícia, de polícia privada, para defender seu patrimônio, seu estoque, suas mercadorias, os barcos ancorados no porto de Londres, contra os amotinadores, o banditismo, a pilhagem cotidiana, os pequenos ladrões. Estas polícias dividiam bairros de Londres ou de grandes cidades como Liverpool, em organizações privadas. (FOUCAULT, 2013, p. 84-85).

Embora Foucault esteja mais preocupado em explicar as formas de controle social, suas observações permitem inferir que o sistema punitivo foi construído para proteger a gestão patrimonial no mundo capitalista.

Discussões à parte acerca dos impactos que a racionalização do poder punitivo trouxe ao controle social, a busca pelo seu constante aperfeiçoamento é imprescindível. O pensamento moderno já não se satisfaz com práticas penais desumanas, como as da Idade Moderna e do início da Revolução Industrial. As condutas criminalizadas também já não são as mesmas de outrora.

A punição de um indivíduo que subtrai o patrimônio do outro não se justifica apenas pela proteção do patrimônio da classe dominante. Na linha de raciocínio de Supiot (2007), subtrair bens de alguém é lhe subtrair o tempo de trabalho, um dos direitos fundamentais do indivíduo.

Contudo, a tipificação de condutas, por mais fundamentos filosóficos que se lhe agreguem, ao longo da História, sempre estiveram mais voltadas às escolhas de classes dominantes. Somente com o fortalecimento dos Direitos Humanos, minorias também puderam influenciar essas escolhas.

No Código Penal brasileiro, por exemplo, a ofensa[44] à integridade física de uma pessoa é penalmente menos relevante do que a subtração[45] não violenta de um bem dela. Os delitos, nas suas formas básicas, mostram que o legislador penal de 1940 refletiu escolhas dos grupos que dominavam uma sociedade de extrema desigualdade social.

A classe dominante estava mais sujeita à ação sorrateira dos desvalidos do que à violência física de um povo submisso ao coronelismo de então. O patrimonialismo imperou sobre o humanismo.

Portanto, a exclusividade incriminadora nas mãos do legislador, embora represente inegável avanço ao sistema punitivo, nem sempre redunda em fortalecimento do humanismo. Para a fragmentação de eventuais imprecisões nas escolhas legislativos, o sistema de freios e contrapesos realçado por Montesquieu autoriza o Poder Judiciário a afastar excessos ou suprir as omissões do Poder Legislativo, em matéria punitiva, inclusive.

Precisa foi a manifestação do Ministro Relator, Edson Fachin, quanto à mora legislativa em punir a homofobia. A decisão foi proferida no julgamento conjunto da ADO 26 e do Mandado de Injunção Nº 4.733/DF:

> 2. Deve conferir-se interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça previsto na Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nessa lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros). Não se trata de analogia *in malam partem*. (BRASIL, 2019, p.9)

Os Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowscki também deixaram expressos, em suas manifestações durante o julgamento conjunto que não estavam considerando afastar a exigência da necessidade, em absoluto, de reserva legal para incriminação de condutas.

A decisão proferida em ambos os processos (ADO 26 e MI 4.733) por maioria de votos, restando vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, que entendera ser irregular a via processual escolhida.

Em sede de interpretação da Constituição, Hesse (1991, p. 22) leciona:

> Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklinchung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.

---

44 Código Penal (BRASIL, 1940): "Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano."

45 Código Penal (BRASIL, 1940): "Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa."

Nesse caminhar de ideias, o disposto no art. 102, *caput*, CF, impõe ao Supremo Tribunal Federal o dever institucional de guardar a própria Constituição. Das mais variadas acepções[46] do verbo guardar, as de defender, conservar, obedecer regras, vigiar e zelar levam à ideia de fortalecimento. Guardar a Constituição é, pois, fortalecer sua força normativa.

A força normativa da Constituição, ou "o significado da ordenação jurídica na realidade" (HESSE, 1991, p. 13), põe-se, par e par, das forças políticas e sociais, defendidas por Schmitt e Lassale, respectivamente, para ordenar o Estado.

Essa "força determinante do Direito Constitucional" (Hesse 1991, p. 11), tão ficcional quanto o próprio Direito, visa a assegurar no plano fático as escolhas fundamentais do Constituinte.

O constituinte de 1988 deu alguns "recados" em "alto e bom som", que não podem se restringir à retórica: a busca pela igualdade humana digna (Arts. 1º e 3º, CF); a abominação à tortura e à discriminação por qualquer motivo (Art. 5º, III, XLI e XLII, CF); o direito e a responsabilidade de todos pelo meio ambiente (Art. 225, CF) e pela segurança pública (art. 144, CF); e o especial cuidado às minorias (Art. 5º, *caput,* CF), aos vulneráveis (art. 226, CF) e a pessoas historicamente hostilizadas (Art. 231, CF).

O conjunto desses emblemas constitucionais foi prenunciando no Preâmbulo do Texto Maior, ao referir nuclearmente que Estado Democrático, então formado, destinava-se a assegurar valores supremos de uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" (BRASIL, 1988).

Portanto, assegurar a força normativa da Constituição de 1988 é reconhecer a força da Fraternidade. Mas como dar força à Constituição fraternal (BRITTO, 2003, p. 207-218)? É Machado quem indica o caminho a ser trilhado pelo intérprete.

> Na Carta de 1988, repita-se, o legislador constituinte pátrio, ao se comprometer com a construção e uma *sociedade fraterna*, pluralista e sem preconceitos, e indicar os valores que darão concretude ao compromisso, estabeleceu os objetivos fundamentais da República Federativa. Além de outros, o primeiro, especialmente, densificou a promessa do preâmbulo: a construção de uma sociedade solidária (art. 3º, I, CF)
> Mas qual o caminho que possibilita materializar a concretização de tais valores e, consequentemente, alcançar a sociedade fraterna? A Carta por ela mesma apresenta a resposta: garantindo o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais, provento o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e **quaisquer outras formas de discriminação** (art. 3º, II a IV, CF). (MACHADO, 2017, p. 143-144, sem destaque no original)

46 Ver Dicionário On Line de Português.

A trilha proposta por Machado conduz à concretude normativa almejada por Hesse, para quem:

> A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação (HESSE, 1991, p. 22-23)

Assim como as lições anteriores, as palavras de Dworkin, acerca do complexidade na intepretação, exigem reprodução literal:

> Por que, então, advogados e juízes às vezes parecem ter uma divergência teórica sobre o direito? Porque, quando eles parecem estar divergindo teoricamente sobre o que é o direito, estão na verdade divergindo sobre aquilo que ele deveria ser. Divergem, de fato quanto a questões de moralidade e fidelidade, não de direito. (2014, p. 11)

Dworkin ressalta que, entre os teóricos, o apego à literalidade (fidelidade) da lei reside no fato de um advogado ter mais informações do que o outro. É dizer: os dados apresentados elas partes é que determinarão, ou não, a subsunção do fato à norma; o juiz decide que um dos lados está cumprindo a lei; e considera que a outra parte desobedeceu ou ignorou essa mesma lei.

No entanto, quando se coloca a decisão à sindicância dos leigos, tem-se que a maioria opina pela pura e simples reprodução do que foi comandado pelo legislador. Quanto à minoria, explica o autor:

> Na opinião da minoria, o mau juiz é o juiz rígido e "mecânico", que faz cumprir a lei pela lei, sem se preocupar com o sofrimento, a injustiça ou a ineficiência que se seguem. O bom juiz prefere a justiça à lei. (DWORKIN, 2014, p. 11)

Não é razoável que o Poder Judiciário profira seus julgamentos influenciados pela opinião popular, nem Dworkin autoriza esse pensamento. No entanto, é inconcebível olvidar que a sociedade evolui com o tempo e que o seu Poder Judiciário se perenize em conceitos, fórmulas e práticas retrógradas, mantendo o julgador como mero aferidor, que tenta condicionar fatos do presente na juridicidade hermética do passado.

Conjugando as observações de Hesse, Machado e Dworkin, é impossível chegar-se à conclusão de que seja constitucionalmente correto dar resposta penal à discriminação de uma pessoa em razão de sua origem, mas omitir resposta de mesma natureza à discriminação de um casal homoafetivo, por exemplo.

Tolerar que tal distinção perdure indefinidamente até que o Poder Legislativo, a seu alvedrio, delibere por bem superar sua própria omissão – e já se vão mais de três décadas de

graves ofensas às pessoas por sua orientação sexual, desde Constituição Cidadã de 1988 – é esvaziar por completo o papel contra majoritário do Poder Judiciário, não reconhecer nenhuma eficácia ao sistema de freios e contrapesos dos Poderes da República e, mais grave ainda, permitir que uma sociedade não fraterna se solidifique, com gritos políticos defesa do patrimônio, porém com um duradouro e eloquente silêncio diante de graves ofensas à pessoa humana.

Em que pese toda a respeitável doutrina que entende pelo desacerto na decisão colegiada proferida na ADO 26 e no MI 4.733-DF, ela está albergada no constitucionalismo fraternal. Aliás, os próprios votos dos ministros apontam nesse sentido:

O Ministro Luís Roberto Barroso lembrou que em 05 de maio de 2011 estava na tribuna do mesmo Supremo Tribunal Federal, defendendo a constitucionalidade da união homoafetiva. Nas palavras do julgador:

> Ao concluir a sustentação oral naquele julgamento, falei do papel do Supremo Tribunal Federal na construção de um tempo de tolerância, de respeito ao diferente. **Um tempo de fraternidade** e delicadeza. *Um tempo em que todo amor possa dizer seu nome.* O STF, naquela ocasião, não faltou ao seu encontro com a história. E a história reconheceu a virtude daquela decisão, declarando-a patrimônio imaterial da humanidade. Pois bem: a história bate à porta novamente. (BRASIL, 2019, p. 68. Sem destaque no original)

A colocação da expressão fraternidade ao lado de delicadeza pode levar à equivocada conclusão de que houve mero reforço argumentativo. Contudo, não é esta a interpretação que melhor reflete o pensamento de um dos maiores constitucionalistas do país.

Ao se referir à histórica ADI 4.277[47], o Ministro Luís Roberto Barroso, ao citar a

---

[47] ADI Nº 4.277, Tribunal Pleno, Relator: Min Ayres Britto, j. 05.05.2011. Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. 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 Constituição Federal, 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". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima 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

expressão “tempo de fraternidade” deixa entrever a compreensão de que a fraternidade realmente transpõe o debate acadêmico, e pode ser juridicamente reconhecido, como de fato foi pela mais alta corte jurídica do Brasil.

---

autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem *“do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (BRASIL, 2011)

Até mesmo o Ministro Marco Aurélio, que denegava a ordem, quando tratando da matéria de fundo, reconheceu a fraternidade como norte constitucional. Entendendo que a via processual eleita – o mandado de injunção – não era adequada, pois o direito-dever de punir é do Estado e a competência do Congresso Nacional para legislar privativamente sobre Direito Penal (art. 22, inc. I, CF) desautoriza concluir que haja direito subjetivo à incriminação de outrem, o Ministro votou pela não conhecimento do Mandado de Injunção.

Quanto à ação de controle concentrado de constitucionalidade, pelos mesmos fundamentos, o julgador conheceu da ADO 26, porém, negou-lhe provimento por entender que não há mora legislativa na espécie. Sobre a discriminação em si, consignou:

> Entre as inúmeras promessas de igualdade e fraternidade inseridas na Carta a que Ulysses Guimarães chamou de Cidadã, inauguradora de nova quadra republicana, inclusive e especialmente no tratamento diferenciado conferido aos direitos fundamentais, destaca-se, no que interessa ao caso, comando contido no inciso XLI do artigo 5º, segundo o qual "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais". Não é dado interpretar o arcabouço normativo de maneira a chegar-se a enfoque que contrarie esse princípio basilar, agasalhando-se manifestações discriminatórias constitucionalmente vedadas. (BRASIL, 2019, p. 271)

Nem mesmo na dissidência, afastou-se da Fraternidade a bússola do julgador ao rumo da justiça. Em que pese o integral à decisão contrária à maioria, não se pode deixar de pontuar que o próprio Ministro Marco Aurélio fez ver que não é de todo impróprio chegar a conclusão diversa da dele:

> O constitucionalismo entendido como expressão de princípios de natureza política, dirigido unicamente ao próprio Estado e aos agentes públicos, incapaz de gerar direitos subjetivos, não é mais compatível com as expectativas sociais depositadas no texto constitucional e na jurisdição que lhe guarda. (BRASIL, 2019, p. 270)

O julgador disse mais. Ao enfrentar dados sobre a violência homofóbica, asseverou: "É tempo de voltar-se o olhar para a realidade" (BRASIL, 2019, p. 270). Pela decisão em comento, verifica-se que a Fraternidade irradiou seus efeitos para reinterpretar, a um só tempo, a Igualdade e a Liberdade, pois conferiu à primeira uma substância ainda não vista no Direito Penal brasileiro, qual seja o de reconhecer que o mandamento constitucional incriminador não pode ser restringido pelo legislador ordinário.

Por outro lado, a Liberdade também foi redimensionada, a partir de uma interpretação, paradigmaticamente relacional e conforme o constitucionalismo fraternal, que legitimou a restrição da liberdade de locomoção diante de uma omissão legislativa perante reiteradas ofensas ao projeto de uma sociedade livre de quaisquer preconceitos.

4.5 O RECURSO *HABEAS CORPUS* de Nº 136.961[48] – RJ – STJ

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus, rubricado sob o Nº136.961-RJ, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi instada a conceder *habeas corpus*, com o desiderato de determinar o cômputo em dobro de todo o período de prisão que um homem esteve no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Complexo Penitenciário de Bangu, localizado na Zona Oeste da capital carioca.

A mencionada unidade prisional havia passado por inspeções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que constatou as reconhecidamente péssimas condições do local, como a falta de estrutura, ventilação e iluminação, e editou Resolução CIDH de 22 de novembro de 2018, proibindo o ingresso de novos presos naquele presídio, bem como determinou o cômputo em dobro do tempo de privação de liberdade cumprido no local, excetuados apenas os casos de crimes contra a vida ou a integridade física, e crimes sexuais.

A questão de fundo consistia na aplicação data, a partir da qual, o tempo em dobro deveria ser computado. Se desde o ingresso da pena degradante ou se apenas a partir de 22 de novembro de 2018, data de publicação da Resolução antes referida.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – RJ, mantendo decisão monocrática do juiz de origem, entendeu que somente a partir da Resolução é que se poderia cogitar em cômputo dobrado da pena degradante.

Considerou que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica) só foi incorporada à ordem jurídica brasileira em 25 de setembro de 1992, data do Decreto Legislativo nº 678/92, ocasião em que o Estado Brasileiro reconheceu expressamente a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e aplicar o Tratado de San José.

Registrou-se que, nos termos do artigo 63 da convenção internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode determinar medidas provisórias para reparação de situação que configure violação a um direito ou liberdade por ela protegidos. E que, de outra banda, nos termos do artigo 68 do mesmo tratado, os Estados-Parte se comprometeram a cumprir as decisões da Corte em todos os casos em que forem partes.

---

[48] STF, Agr. Em RO em HC Nº136.961-RJ, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15.06.2021. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE. IPPSC (RIO DE JANEIRO). RESOLUÇÃO CORTE IDH 22/11/2018. PRESO EM CONDIÇÕES DEGRADANTES. CÔMPUTO EM DOBRO DO PERÍODO DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO-PARTE. SENTENÇA DA CORTE. MEDIDA DE URGÊNCIA. EFICÁCIA TEMPORAL. EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS. PRINCÍPIO *PRO PERSONAE*. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO INDIVÍDUO, EM SEDE DE APLICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM ÂMBITO INTERNACIONAL (PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE - DESDOBRAMENTO). SÚMULA 182 STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (BRASIL, 2021).

Com esse silogismo, o Tribunal de Justiça estadual assentou a cogência interna da norma externa. Em raciocínio seguinte, entendeu que somente a partir dessa norma é que se poderia dar a nota de duplicidade para cada dia de pena indigna.

A 5ª Turma do Tribunal, porém, inclinou-se, sem reservas, ao voto do relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que decidiu em sentido contrário ao Tribunal estadual, determinando contagem duplicada, desde o dia de início da pena.

No voto condutor, a natureza vinculante do compromisso internacional de promoção de direitos humanos também foi reconhecida, para firmar que "todos os órgãos e poderes internos do país encontram-se obrigados a cumprir a sentença" (Recurso em HC Nº 136961 – RJ/ STJ, p. 4).

Os Ministros João Otávio de Noronha e Joel Ilan Paciornik, que compõem a Turma, não se limitaram a acompanhar o relator, e também expressaram reconhecimento de que a fraternidade é o princípio que alberga a resposta jurídica que foi dada no caso em tela.

Quanto à pretendida modulação dos efeitos decisão proferida pela Corte Internacional, assentou-se que a hermenêutica conduz à interpretação mais favorável ao indivíduo, de forma a ser impossível sindicar que houvesse ocorrido dias de pena degradante e dias de pena justa, restando a presunção de que a punição na integralidade foi infamante.

Neste ponto, a decisão judicial caminha de braços dados com a doutrina de Britto (2003, p. 156):

> Longe de querer servir à lei e aos demais espécimes de Direito Legislado, a Constituição quer servir é a si mesma. E é para servir a si mesma que ela dispõe sobre a elaboração de todo o Direito posterior a ela. Por conseguinte, os institutos e as instituições de selo constitucional devem ter a sua conceituação elaborada a partir de elementos encontradiços na própria Constituição. Não o contrário, porque, senão, a Constituição passaria a servir ao Direito-lei, e não o Direito-lei servir à Constituição; reduzindo, o mais das vezes, o ímpeto ou a "essência transformadora" da Magana Carta, para nos valermos da expressão corretamente adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA para a nossa Constituição de 1988.

A possível modulação da Corte da Federação aos efeitos da decisão da Corte soberanamente plúrima não se constitui uma questão de hierarquia entre órgãos julgadores internos e externos, nem se limita às atribuições de cada colegiado julgador, mas, antes, do predomínio do texto jurídico no qual estão assentados as matizes de uma sociedade que se propôs ser justa, livre e solidária.

A conta aritmética, sem a duplicação jurídica, levaria dizer que há dois tipos de seres humanos: os que foram institucionalmente vilipendiados na sua dignidade até 22 de novembro de 2018 e os que sofreram idêntico vilipêndio desde então. Forçoso reconhecer que, pelos ensinamentos de Britto, tal situação não se coadunaria com o império da Constituição de 1988,

que afasta o tratamento desumano por si só, não se podendo considerar que o fator tempo tenha tamanha relevância, a ponto de jogar na vala do esquecimento todas as ofensas pretéritas ao momento temporal em que, judicialmente, reconheceu-se a sua ocorrência.

Efusivamente fraterna, a decisão em foco se mostra mais um paradigma para orientar o debate judicial, nas mais diversas esferas e instâncias, sempre que situações semelhantes se verificarem.

4.6 O AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.919.722[49] – SP – STJ

A questão colocada em discussão é a possível condenação de um jovem de 20 anos de idade a uma pena de 14 anos de reclusão por ter mantido relações sexuais com uma adolescente menor de 14 anos de idade.

Sob relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, à unanimidade, pela atipicidade material da conduta, ressalvando, de início, que tal entendimento não contraria o Recurso Especial Nº 1.480.881/PI[50], nem a

---

[49] STJ, AgRg. no RO em HC Nº 1.919.722-SP, 5ª Turma, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 17.08.2021. Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. RESP REPETITIVO 1.480.881/PI E SÚMULA 593/STJ. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DISTINÇÃO. 2. ART. 217-A DO CP. SIMPLES PRESUNÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE CONSENTIR. CRITÉRIO MERAMENTE ETÁRIO. RESPONSABILIDADE PENAL SUBJETIVA. NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO. 3. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL. INEXISTÊNCIA DE RELEVÂNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR COM FILHO. HIPÓTESE DE *DISTINGUISING*. 4. CONDENAÇÃO QUE REVELA SUBVERSÃO DO DIREITO PENAL. COLISÃO DIRETA COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA DO JUSTO. 5. DERROTABILIDADE DA NORMA. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL E PONTUAL. PRECEDENTES DO STF. 6. AUSÊNCIA DE ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE. INCIDÊNCIA DA NORMA QUE SE REVELA MAIS GRAVOSA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE AUSENTES. 7. PRETENSÃO ACUSATÓRIA CONTRÁRIA AOS ANSEIOS DA VÍTIMA. VITIMIZAÇÃO SECUNDÁRIA. DESESTRUTURAÇÃO DE ENTIDADE FAMILIAR. OFENSA MAIOR À DIGNIDADE DA VÍTIMA. 8. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. INTERVENÇÃO NA NOVA UNIDADE FAMILIAR. SITUAÇÃO MUITO MAIS PREJUDICIAL QUE A CONDUTA EM SI. 9. EXISTÊNCIA DE UNIÃO ESTÁVEL COM FILHO. ABSOLUTA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E DO MENOR. ABSOLVIÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. ATIPICIDADE MATERIAL RECONHECIDA. 10. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (BRASIL, 2021).

[50] STJ, AResp. Nº 1.919.722, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, j. 08.06.2021. Ementa: PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, CAPUT, DO CP. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE. DA SUPOSTA VÍTIMA. QUESTÃO PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 593/STJ. SENTENÇA E ACÓRDÃO RECORRIDO SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTA. Eis a tese adotada: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

súmula de número 593/STJ[51], no sentido de que não há necessidade de perquirir violência no caso de relação sexual com menor de 14 anos de idade. De igual modo, a Súmula 7[52] e a Súmula 83[53] foram integralmente respeitadas, pois não houve revolvimento de fatos nem de provas.

Como bem ressaltado no voto condutor, as peculiaridades do caso concreto conduziram ao *distinguishing*, fomentando esse julgamento ímpar, de modo a evitar uma injustiça irreparável.

Da relação do casal, um filho veio ao mundo. E as relações inicialmente íntimas e bilaterais se tornaram plúrimas e públicas, agora com reflexos na ordem social, e, em via reversa, sujeita a influxos dela.

O desdobramento dos fatos impõe considerar além dos dois sujeitos processuais – o acusador (em presumido nome da vítima) e o acusado. Escorre agora, da capa à última página do processo, o líquido da fraternidade, de modo borrar as letras da severidade, apagando do mundo jurídico uma narrativa que se torna desimportante diante da grandiosidade da família para o Estado brasileiro.

Portanto, circunstâncias externas aos estreitos limite do processo foram consideradas em razão de comandos constitucionais que determinam proteção integral à criança e reconhecem na família a base da sociedade, tudo considerado sob o paradigma relacional já mencionado neste trabalho.

As palavras do relator descortinam o dever institucional de preservar os imperativos constitucionais, sempre que a letra fria da lei conduzir a um quadro de injustiça:

> Com efeito, proclamar uma censura penal no cenário fático esquadrejado nestes autos é intervir, inadvertidamente, na nova unidade familiar de forma muito mais prejudicial do que se pensa sobre a relevância do relacionamento e da relação sexual prematura entre vítima e recorrente.
> Há outros aspectos, na situação em foco, que afastam a ocorrência da objetividade jurídica do art. 217-A do CP. Refiro-me não só à continuidade da união estável mas também ao nascimento do filho do casal. E a partir disso, um novo bem jurídico também merece atenção: a absoluta proteção da criança e do adolescente (no caso um bebê).

---

[51] Súmula 593/STJ: "O crime de estupro de vulnerável configura-se com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante o eventual consentimento da vítima para a prática do ato, experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente".
[52] Súmula 7/STJ: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.
[53] Súmula 83/STJ: não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

> Submeter a conduta do recorrente à censura penal levará ao esfacelamento da união estável, ocasionando na vítima e em seu filho traumas muito mais danosos que se imagina que eles teriam em razão da conduta imputada ao impugnante. No jogo de pesos e contrapesos jurídicos não há, neste caso, outra medida a ser tomada: a opção absolutória na perspectiva da atipicidade material (BRASIL, 2021, p. 15)

Bem pesados e bem medidos, os fatos do processo foram tidos na sua completude: a relação sexual com pessoa menor de 14 anos de idade é, e continua sendo, fato típico e antijurídico, de forma que a decisão ora em comento não tem o condão de afastar do mundo jurídico este axioma.

Dizer o contrário seria coisificar o ser humano, permitindo que indivíduos ainda em formação pudessem ser submetidas a lascívia de outrem, mesmo antes de conseguirem distinguir o real do lúdico.

Contudo, as relações sexuais, neste caso particular, estão complementadas pelo nascimento uma criança e pela constituição de uma família, episódios que desaconselham conceder 14 anos de cárcere a um jovem que, nos seus tenros 20 anos, precipitou o natural desejo de conviver ao lado de quem se ama.

A fraternidade, nesse caso, cumpre o papel a que se destina. Dar a correta direção para os demais princípios, sempre que a igualdade e a liberdade estiverem em jogo. A aplicação do princípio da legalidade, desassociada do paradigma relacional, certamente levaria a concluir que a decisão é albergada no plano jurídico infraconstitucional.

No entanto, a limitação da liberdade nesse caso não traria nenhum incremento aos postulados constitucionais. Ter-se-ia um jovem de 20 anos ocupando mais uma das inexistentes vagas do sistema prisional, sendo visitado pela companheira e pelo filho, que estariam também obrigados a experimentar os dissabores que o oxigênio carcerário traz em si.

O processo penal não pode ser tão hermético, a ponto de aprisionar vidas na inconstitucionalidade, cabendo ao intérprete fraternal devastar os grilhões de um processo que conduza a uma injusta restrição de liberdade.

Não é em outro sentido que caminha Foucault (1987, p. 295):

> Enfim a prisão fabrica indiretamente delinquentes, ao fazer cair na miséria a família do detento: a mesma ordem que manda para a prisão o chefe de família reduz cada dia a mãe à penúria, os filhos ao abandono, a família inteira à vagabundagem e à mendicância. Sob esse ponto de vista o crime ameaça prolongar-se.
> Devemos notar que essa crítica monótona da prisão é feita constantemente em duas direções: contra o fato de que prisão não era efetivamente corretora, que a técnica penitenciária nela permanecia em estado rudimentar; contra o fato de que, ao querer ser corretiva, ela perde sua força de punição, que a verdadeira técnica penitenciária é o rigor.

O autor, tal como o Ministro Relator do AGRG no Recurso Especial Nº 1.919.722 –

SP – STJ, reconhece o potencial negativo que o cárcere apresenta para, não só levar o encarcerado a um aprimoramento criminal, dada a convivência confinada com criminosos habituais, mas, sobretudo, para também sobrelevar os riscos a que se sujeitam os que circundam o encarcerado.

Vale ressaltar, no entanto, que as tentativas de evitar o aprisionamento humano não representam uma crítica obtusa contra todo o sistema carcerário. Até porque, é de se reconhecer, para delitos de grave violência intrínseca, a exemplo de crimes contra a pessoa e os atos de terrorismo (ainda não tipificados no Brasil), a segregação ainda parece ser a resposta estatal mais adequada.

Após identificar decisões judiciais que se fundamentaram na fraternidade para preservar a Constituição, analisar-se-á adiante o papel do Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão encarregado do controle administrativo e financeiro da Justiça brasileira.

4.7 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A ATUAÇÃO FRATERNA DO PODER JUDICIÁRIO

Criado pela Emenda Constitucional Nº 45, de 2004, o Conselho Nacional de Justiça integra o Poder Judiciário (art. 92, I-A, CF) e tem, entre outras, a atribuição de controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura (art. 103-B, § 4º, CF).

Embora despido de competência judicial propriamente dita, o CNJ, como ficou conhecido o Conselho que reúne membros de cada ramo do Poder Judiciário, do Ministério Público e da sociedade civil, mostrou-se verdadeiro divisor de águas na Justiça brasileira.

O estabelecimento das metas processuais é apenas um dos exemplos de como o CNJ significou avanço judicial no Brasil. Para os fins do presente trabalho, contudo, destacam-se apenas as Resoluções de Nº 225, de 31 de maio de 2016, a de Nº 423, de 05 de outubro de 2021; e Nº 425, de 08 de outubro de 2021.

Para atender a recomendações das Nações Unidas, o CNJ editou a Resolução de Nº 225, de 31 de maio de 2016, instituindo um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, com vistas à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, de modo a solucionar os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato (art. 1º, Res. Nº 225/2016-CNJ).

Como se percebe, entre os fatores que o CNJ considera, os relacionais recebem a

mesma atenção das razões institucionais e sociais no tratamento de conflitos entre as pessoas. Com o implemento da Justiça Restaurativa, ainda que não tenha sido veiculada por lei formal, tem-se um importante passo na solidificação da fraternidade enquanto pilar da relação processual penal.

Zehr (2008, p. 168) trata metaforicamente a justiça restaurativa como uma lente que permite ver as verdadeiras necessidades das vítimas e dos acusados, já não se tolerando a lente tradicional através da qual se visualiza o processo penal, cujas narrativas, evidências e formas se sobressaem às pessoas. Nas palavras do próprio autor:

> Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor. O processo negligencia as vítimas enquanto fracassa no intento declarado de responsabilizar os ofensores e coibir o crime.

O redimensionamento do foco da prática jurídica, dos fatos às pessoas, impõe considerar o processo como o momento de busca da real origem dos conflitos, levando as pessoas a terem um protagonismo efetivo na solução, não se limitando a meros expectadores de uma ritualística que coisifica tanto o agressor quanto a vítima do episódio violento.

A mera sequência de formas, tendentes ao encarceramento, impede que os fatores relacionais sejam devidamente sopesados. Exemplo de como o preterimento desses fatores podem conduzir está numa das decisões analisadas neste interior deste trabalho.

Não fosse a decisão proferida no AGRG no RE Nº 1.919.722-SP/STJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, levar-se-ia um jovem à prisão, praticamente por década e meia, como desfecho lógico de uma sequência de atos processuais em torno de uma relação sexual não tolerada socialmente.

Nesse contexto, uma criança se veria obrigada a comemorar 14 aniversários na prisão junto ao pai. Em outros termos, dar-se-ia a essa mesma criança a certeza jurídica de que seu nascimento foi a razão do cárcere do pai que, frise-se, construiu sua família em torno desse nascimento.

Dar a estes fatos a lente da justiça restaurativa foi o que permitiu identificar, para além de fatos processualmente elucidados, jovens sem a devida educação sexual, que anteciparam um enlace e geraram uma criança, esta sim a destinatária de toda e qualquer proteção que o Estado venha a oferecer.

Nessa linha de pensar, a Justiça Restaurativa vem sendo indicada como um instrumento conducente à solução dos conflitos, na sua inteireza, suplantando a mera resolução dos embates, para os quais o processo penal traz apenas consequências jurídicas a fatos passados, sem focar no futuro das pessoas atingidas.

Voltada ao futuro, a Justiça Restaurativa introduz as percepções da sociedade no trato da processualística penal:

> Surge, assim, como poderosa ferramenta para lidar com conflitos, apresentando soluções de modo estruturado, com participação de todos os envolvidos e interessados no fato delituoso (vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade20), coordenados por facilitadores capacitados em técnicas voltadas à autocomposição e resolução consensual de conflitos, tendo por objetivo a satisfação das necessidades dos participantes, a responsabilização dos que contribuíram, direta ou indiretamente, para a prática delitiva e suas consequências danosas e o resgate da autoridade da comunidade e da sociedade para solucionar conflitos, com a devida reparação dos danos e recomposição do sentido e do sentimento social. (CARDOSO; KNOERR; SOUSA JÚNIOR, 2020, p. 8)

Por mais que o silogismo fato criminoso e resposta penal atenda à estrutura normativa e derive de uma decisão judicial, formal e materialmente hígida, é preciso considerar também a perspectiva de uma sociedade que se volta à liberdade, à justiça e à solidariedade, não se limitando a um enfoque limitador ao cumprimento da ritualística.

Porém, considerando a ideia prevalente de que a limitação da liberdade é a primeira resposta diante de um crime, grande parte da doutrina se recusa a aceitar a Justiça Restaurativa para todo e qualquer tipo de crime, como se verifica na escólio de Nucci (2020b, p. 119):

> Há crimes que merecem punição, com foco voltado mais à retribuição do que à restauração (ex.: homicídio doloso, extorsão mediante sequestro, tráfico ilícito de drogas). Outros, sem dúvida, já admitem a possibilidade de se pensar, primordialmente, em restauração (ex.: crimes contra a propriedade, sem violência; crimes contra a honra; crimes contra a liberdade individual).

A lógica punitivista se revela ainda mais grave porque, de acordo com a análise de Andrade (2016, p. 38), serve de base a uma construção instrumental e simbólica: instrumental, por relegar ao cárcere sua "clientela real", ou seja, segrega as pessoas tidas por más das pessoas que se autoqualificam de boas; simbólica, por associar "pobres e negros com marginais; marginais com despregados e traficantes; sem-terra com vagabundos e violentos, e assim por diante".

Em outros termos, o sistema penal brasileiro não é injusto apenas por ser potencialmente punitivista. É pior: na verdade, ele conduz à "minimização da cidadania" (ANDRADE, 2016), que pode ser compreendida como uma mitigação da "luta pela emancipação humana".

Acerca desse sistema que maximiza a pena e minimiza a cidadania, Andrade (2016, p. 38) explica que "existe um macrossistema penal formal, composto pelas instituições oficiais de controle (Leis-Polícia-Ministério Público-Justiça-Prisão) circundado pelas instituições informais de controle (Mídia-Mercado de Trabalho-Escola, Família, etc.)".

Empiricamente é possível notar que tanto o Código Penal quanto a legislação penal extravagante, para quase a totalidade dos crimes, impõe-se a privação da liberdade como resposta principal para os delitos que tipificam.

As poucas aberturas a esse sistema, a exemplo das constantes na Lei 9.099/95, constituem dolorosas escolhas aos atingidos: o fim da via-crúcis processual em troca de algum direito ou da submissão a alguma restrição, que terminam sendo punições antecipadas.

Não deixam de ser um aprimoramento do sistema, pois evita a prisão como primeira resposta, mas não deixa de focar na pena como resultado último do processo.

Lopes Júnior (2020, p. 43-47), inclusive, pontua que a relação entre a pena e o processo penal está atrelada ao Princípio da Necessidade, de maneira que o processo penal é "um caminho necessário para alcançar-se a pena".

Situação diversa ocorre com a aplicação da Justiça Restaurativa, em que o caminho a ser trilhado tem como destino final a solução consensual de um conflito, não a punição de alguém. Costa e Machado Júnior (2017, p. 67) explicam:

> Mesmo as modalidades de pena que não atingem o direito fundamental à liberdade não rompem com a racionalidade moderna, na medida em que carregam consigo antigos dogmas penais que eliminam qualquer possibilidade real de solução de conflitos. Não há espaço para as partes diretamente envolvidas no conflito expressarem suas impressões e sentimentos acerca do mesmo. Não há espaço para diálogo entre os opostos. O Estado aplicará a lei ao condenado, substituindo a vítima, alijando-a completamente do conflito, ignorando sua dor e necessidades. E constrói-se uma crença que a aplicação vertical da lei será suficiente para gerar justiça às partes. É uma ideia vertical e hierarquizada de justiça e, portanto, artificial, uma vez que diz muito aos diretamente envolvidos no conflito, seja ao condenado, seja à vítima, seja à comunidade.

Dessa forma, a Justiça se mostra essencialmente fraterna, na medida em que considera a comunidade, a própria vítima e o acusado como atores de um processo que visa à eliminação real do conflito, e não tão somente uma aplicação da lei penal, num silogismo que não coloca as pessoas no patamar mais alto de consideração.

O cumprimento de formas processuais, sem considerar a normalidade do acusado como postulado (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2017, p. 84-85) pode até atender as princípios basilares do Direito Penal, como a Legalidade estrita, a Anterioridade e outros, porém não atende a uma racionalidade que considere o sistema punitivo em sua completude.

As peculiaridades de cada protagonista, suas experiências, as possibilidades que lhe foram privadas ao longo da vida, porém, não são absolutas, a ponto de não haver regras a serem cumpridos por todos, mas apenas decisões pontuais.

O exato equilíbrio dessas peculiaridades com o sistema normativo, tendo como pano de fundo uma sociedade imune de preconceitos de toda ordem, só pode surgir de uma

perspectiva fraterna, que considere cada indivíduo como um todo (com experiências pessoais específicas) e parte da sociedade (com um regramento claro no sentido de não ser tolerável nenhum tipo de preconceito, nem a ofensa ao núcleo basilar de toda a comunidade – a dignidade da pessoa humana), ao mesmo tempo.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça determinou que é obrigatória a participação do ofensor e da vítima, nos termos do art. 1º, inc. I, da Resolução de Nº 225, de 31 de maio de 2016[54].

Isso não quer dizer que o ofensor esteja obrigado a participar das práticas restaurativas, mas apenas que elas não podem ser desenvolvidas sem que o ofensor assinta. Se é da essência da Justiça Restaurativa a participação efetiva de todos na construção de uma solução para o conflito, a não participação do ofensor tornaria qualquer prática nesse sentido inócua.

Dessa forma, a O CNJ não considerou a Justiça Restaurativa como substituto[55] da Justiça Retributiva. Isso seria inviável diante das inúmeras possibilidades de ofensores não aderirem às práticas, como seria juridicamente complexo, por revolver todo um sistema de normas (princípios e regras).

Ao abraçar a principiologia[56] correspondente à restauração, o CNJ deixa ver que a corresponsabilidade é um paradigma basilar, de forma a solução cabível seja eficaz no porvir, e não meramente responsiva do passado. Para tanto, é que a reflexão e a assunção de responsabilidades devem ser estimuladas.

---

[54] Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2015, CNJ: Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativo.

[55] Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2015, CNJ: Art. 1º (...) § 2° A aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações ser consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade.

[56] Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2015, CNJ: Art. 2º São princípios que orientam a Justiça Restaurativa: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade. § 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, é necessário que as partes reconheçam, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial. § 2º É condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo. § 3º Os participantes devem ser informados sobre o procedimento e sobre as possíveis consequências de sua participação, bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento. § 4º Todos os participantes deverão ser tratados de forma justa e digna, sendo assegurado o mútuo respeito entre as partes, as quais serão auxiliadas a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando sempre o futuro. § 5º O acordo decorrente do procedimento restaurativo deve ser formulado a partir da livre atuação e expressão da vontade de todos os participantes, e os seus termos, aceitos voluntariamente, conterão obrigações razoáveis e proporcionais, que respeitem a dignidade de todos os envolvidos.

O estimulo à assunção de responsabilidades pressupõe a aceitação de que são verdadeiros os fatos essenciais, mas isso não significa que o livre e espontâneo consentimento implique confissão, pois, embora a confissão seja um benefício legal[57], traz em si uma carga negativa na justiça retributiva, pois amplifica a possibilidade de condenação, ao reduz o campo de debate factual.

Vale ressaltar que é possível a retratação a qualquer tempo, pois a voluntariedade e a corresponsabilidade não se coadunam com a submissão a práticas judiciais executadas de maneira cogente. Por isso, as obrigações devem ser sempre razoáveis e proporcionais, portanto, factíveis, não desrespeitando a dignidade humana. O mútuo respeito entre as partes deve imperar em todas as práticas restaurativas.

Essa implementação da Justiça Restaurativa, embora ainda não amparada em lei no sentido formal, representa uma inovação fraterna no sistema penal, cujo crédito pela introdução no Brasil se deve ao Poder Judiciário, mais especificamente ao Conselho Nacional de Justiça.

É certo que inovação não vincula os juízes nem os tribunais, mas abre uma janela, talvez uma porta, para democratizar a aplicação da justiça penal, o que já representa em si um considerável avanço na redução das possibilidades de injustiça.

Contudo, essa democratização não se limita à pluralização de julgadores nem de instituições envolvidas, mas de "pessoas normais", inseridas na relação que originou o conflito e com potenciais de contribuir para solucioná-lo para o futuro.

Não se pode deixar de considerar que respostas retributivas continuem sendo necessárias, mas elas devem ser a exceção, não a regra. Só à guisa de exemplo, não seria socialmente saudável encarar delitos como o de racismo e os de violência contra a pessoa humana e, em especial, contra crianças e mulheres e no ambiente doméstico, absolutamente imunes à aplicação de pena gregária quando seus autores estejam inclinados a reiterar seus atos e, quiçá, a agravá-los.

Como já se assinalou nesse trabalho quanto à Fraternidade, reitera-se particularmente, quanto à Justiça Restaurativa: não se busca uma sociedade utópica, sem conflitos. Busca-se, tão somente, que a solução desses conflitos encare as pessoas na sua completude, nos seus acertos e erros, nas suas virtudes e falhas.

Uma segunda Resolução do mesmo Conselho, que, presume-se, terá um forte impacto no debate judicial, por ter colocado a Agenda 2030 como conteúdo de avaliação nos concursos públicos para magistrados do país, é a de Nº 423, de 05 de outubro de 2021.

---

[57] Código Penal: Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (...) d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime.

Dada a importância do concurso público para o Poder Judiciário, já em 12 de maio de 2009, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução Nº 75, que disciplina os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional.

O objetivo era parametrizar os concursos da magistratura em todo o país, dando mais eficiência e segurança jurídica, ao estabelecer formas e parâmetros mínimos de avaliação, impedindo que, por meio de um certame, que tem natureza difusa, pudesse chegar a resultados concretos que levassem o Poder Judiciário ao descrédito e experimentar as agruras de contar com um corpo humano que não atendia às demandas da Justiça, ainda que integrado por especialistas eventualmente selecionados por regras mais favoráveis e não por provas mais justas.

Para este trabalho, cabe destacar que na edição original da mencionada Resolução, determinou-se (art. 6º) que as provas das primeira, segunda e quarta etapa, para todos os ramos do Poder Judiciário, devem versar sobre os conteúdos programáticos fixados nos ANEXOS I a VI.

No anexo VI, de Noções Gerais de Direito e Formação Humanística, o item B – Psicologia Jurídica – subitem 3 – Teoria do conflito e os mecanismos autocompositivos. Técnicas de negociação e mediação. Procedimentos, posturas, condutas e mecanismos aptos a obter a solução conciliada dos conflitos – demonstra que o Poder Judiciário já se mostrava aberto aos ideais da Justiça Restaurativa, tema já delimitado neste trabalho e que dispensa reiteração.

No item E, subitem 6, o CNJ previu como assunto obrigatório, a ser cobrado em todos os concursos públicos para magistratura, nos diversos ramos do Poder Judiciário, (6) - A Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Publicada em 10 de dezembro de 1948, esse importante documento normativo internacional traduz um importante passo da sociedade mundial na busca de soluções para problemas globais e para a construção de uma sociedade cosmopolita, onde o mito da soberania geográfica não justifique seres humanos “mais humanos” que outros.

Da guerra à pandemia, da política à religião, da economia à política, as relações internacionais, com discussões no giro da soberania, estão cada vez mais permeadas de relações interpessoais, com centro na dignidade.

Com esteio nas observações de Habermas, identifica-se na Organização das Nações Unidas um parâmetro inicial para o que poderá vir a ser um constitucionalismo cosmopolita:

> Afinal, as constituições supranacionais se apoiam em direitos fundamentais, princípios jurídicos e crimes que resultaram de processos de aprendizagem

> democráticos e que foram testados no âmbito de Estados nacionais democraticamente constituídos. Nesse sentido, do ponto de vista da origem histórica, retiram sua substância normativa de constituições do tipo republicano. Isso não vale apenas para Carta das Nações Unidas, que já foi incluída na Declaração Universal dos Direitos do Homem, mas para o próprio complexo contratual do Gatt e da OMC. (HABERMAS, 2016, p. 195-196)

Esse apalavrado tem o objetivo de demonstrar que o CNJ reconhece, como a doutrina internacional, o Brasil não é um arquipélago jurídico, no qual se possa reconhecer apenas os direitos aqui nascidos, mas não as obrigações assumidas no plano internacional.

Aliás, o constituinte determinou que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. E mais: O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão, na forma do art. 5º, §§ 3º e 4º, do Texto Fundante.

Não é senão dos "processos de aprendizagem democráticos" que resultou a criminalização da homofobia e da transfobia, como descortinado acima. Como o próprio Habermas (2016, p. 196) diz:

> Nesse sentido, a constitucionalização do direito internacional mantém um *status* derivado e dependente das operações de legitimação também instituídas pelos Estados constitucionais democráticos.

O Brasil, ao absorver a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tanto demonstra aprendizagem, quanto se mostra uma referência da pedagogia democrática, mundo afora. Sobre a Declaração em si convém destacar o primeiro artigo:

> Artigo 1º - Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. (DUDH, 1948).

De pronto, a fraternidade está claramente aposta como dever imposto a todas pessoas, livres e iguais por nascimento, mas fraternamente corresponsáveis pela liberdade e pela igualdade, umas das outras.

Sobre os deveres da fraternidade, a precursora doutrina de Jaborandy (2016, p. 138) distingue o fundamento dos comportamentos fraternais exigíveis:

> Os ordenamentos jurídicos precisam reconhecer e resgatar deveres fundamentais, como imperativo posto ao sujeito de direito a fim de perceber a necessidade de se considerar, na situação concreta, o interesse e a realidade daquele com quem interage. Enquanto direitos fundamentais fincam raízes na dignidade da pessoa humana, os deveres encontram assento na fraternidade. Nesse sentido, a partir do princípio da fraternidade, o reconhecimento do outro e o resgate dos deveres para a efetiva fruição

> e exigência dos próprios direitos são necessidades que se impõem no Estado Democrático contemporâneo.

Essa nova perspectiva supera o plano da justificativa teórica; na verdade, a visão inovadora da autora repercute juridicamente nas relações sociais, de maneira que estas relações sociais, quando fraternalmente orientadas, passam a constituir, alterar ou constituir relações jurídicas, que também refletem no direito estatal de punir, pois este precisa respeitar as relações jurídicas fraternalmente construídas.

A ordem é clara. Como o Direito é "objeto cultural" (BRITTO, 2003, p. 209), portanto o resultado de um aprimoramento social, não é possível que julgadores se dissociem dessa visão holística e não emprestem ao Poder Judiciário o devido papel, no "Estado de funcionalidade fraternal" (BRITTO, 2003, p. 210) que se sedimenta cada vez mais.

Afigura-se um contrafluxo social, de alta densidade antidemocrática e desumanizante, dotar o Poder Judiciário de julgadores inscientes dos documentos internacionais e das obrigações assumidas pela República Federativa do Brasil. Além de potencial responsabilização internacional, o déficit no reconhecimento de direitos fundamentais levaria o Poder Judiciário a uma posição anacrônica, de práticas jurídicas insulares.

Fez bem o CNJ em exigir que ao poder de usar a toga corresponda o dever de conhecer e aplicar a Declaração Universal dos Direitos Humanos. É dizer: a fraternidade como garantia de igualdade e liberdade entre as pessoas.

Outra importante ação do CNJ consta da Resolução Nº 423, de 5 de outubro de 2021. Embora o Conselho tenha diversas resoluções no sentido de implementar medidas de concretude da Agenda 2030, a inserção do tema como objeto do conteúdo programático nos concursos públicos para a magistratura representa uma inovação que tende a fortalecer a juridicidade fraternal.

Neste ponto, cabe destacar que a Universidade Federal de Sergipe também está na vanguarda, pois já proporciona o estudo da Agenda 2030 como tema da Disciplina Direito ao Desenvolvimento, Humanismo e Fraternidade, do Curso de Mestrado em Direito, como já mencionado neste trabalho.

Produto dos estudos e reflexões acerca dos maiores problemas enfrentados pela humanidade, A Agenda 2030 é um compromisso fixado entre representantes dos 193 Estados-membros da ONU, reunidos em Nova York, em setembro de 2015, tendo como foco principal a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, cuja eliminação foi considerada um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

"A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, que busca fortalecer a paz universal" (NAÇÕES UNIDAS, 2015). Com 17 Objetivos de

Desenvolvimento Sustentável, os ODS[58], e 169 metas, para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos, dentro dos limites do planeta, o compromisso internacional conclama atos de todos agentes públicos, não especificamente apenas dos agentes do Poder Executivo.

"São objetivos e metas claras" (NAÇÕES UNIDAS, 2015), elaboradas para que todos os países possam adotá-las, considerando suas próprias prioridades, porém, sem descurar de uma parceria global orientadora das escolhas necessárias para melhorar a vida das pessoas, agora e no futuro. "Um plano para governos, sociedade, empresas, academia e para você", é como a Agenda 2030 se apresenta (NAÇÕES UNIDAS, 2015). Isso quer dizer que todos são destinatários e simultaneamente corresponsáveis pelo salto qualitativo que o programa pretende dar ao desenvolvimento sustentável.

O último designativo – você – desnuda a pessoa de qualquer outra condição, que não seja a de ser humano, livre e igual a todos os demais, como consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que impõe o dever (político, social e jurídico) de fraternalmente se comportar em sociedade.

A Agenda se baseia em três ciclos de amplitude. Primeiro, a biosfera; a sociedade, em segundo e a economia em terceiro e mais concêntrico. Os ciclos conciliam as perspectivas cosmopolitas e locais – o ambiente é naturalmente cosmopolita, as escolhas do modelo social estão sujeitas à cultura regional, ao passo que a economia precisa considerar fatores essencialmente locais.

Reproduz a Fraternidade, ao equilibrar a igualdade e a liberdade, pois leva em conta fatores locais, sem perder de vista as interferências desses fatores no plano global. Assim, o CNJ introduz no recrutamento dos juízes o requisito de ter na sua formação jurídica o conhecimento dos maiores desafios mundiais, o que permite decisões mais próximas da justiça a-geográfica.

No campo da justiça penal, ganham mais importância os ODS's Nº 5 (igualdade de gênero) e Nº 16 (Paz, Justiça e Instituições Eficazes).

No caso do ODS de Nº 5, a meta 5.c – adotar e fortalecer políticas sólidas e legislação aplicável para a promoção da igualdade de gênero – depende substancialmente de ações judiciais, seja para a concessão de medidas protetivas em favor de mulheres vítimas de violência de gênero, seja para dar respostas nos âmbitos das justiças restaurativa e retributiva que

[58] Agenda 2030 (NAÇÕES UNIDAS, 2015): 1. Erradicação da Pobreza; 2. Fome Zero e Agricultura Sustentável; 3. Saúde e Bem-Estar; 4. Educação e Qualidade; 5. Igualdade de Gênero; 6. Água Potável e Saneamento; 7. Energia Acessível e Limpa; 8. Trabalho Decente e Crescimento Econômico; 9. Indústria, Inovação e Infraestrutura; 10. Redução das Desigualdades; 11. Cidades e Comunidades Sustentáveis; 12. Consumo e Produção Responsáveis; 13. Ação Contra a Mudança Global do Clima; 14. Vida na Água; 15. Vida Terrestre; 16 Paz, Justiça e Instituições Eficazes; 17. Parcerias e Meios de Implementação.

reproduzam a “aprendizagem democrática” internacional, não limitada à participação feminina na Política, mas compreendida em todas suas liberdades, no ambiente doméstico, sobretudo.

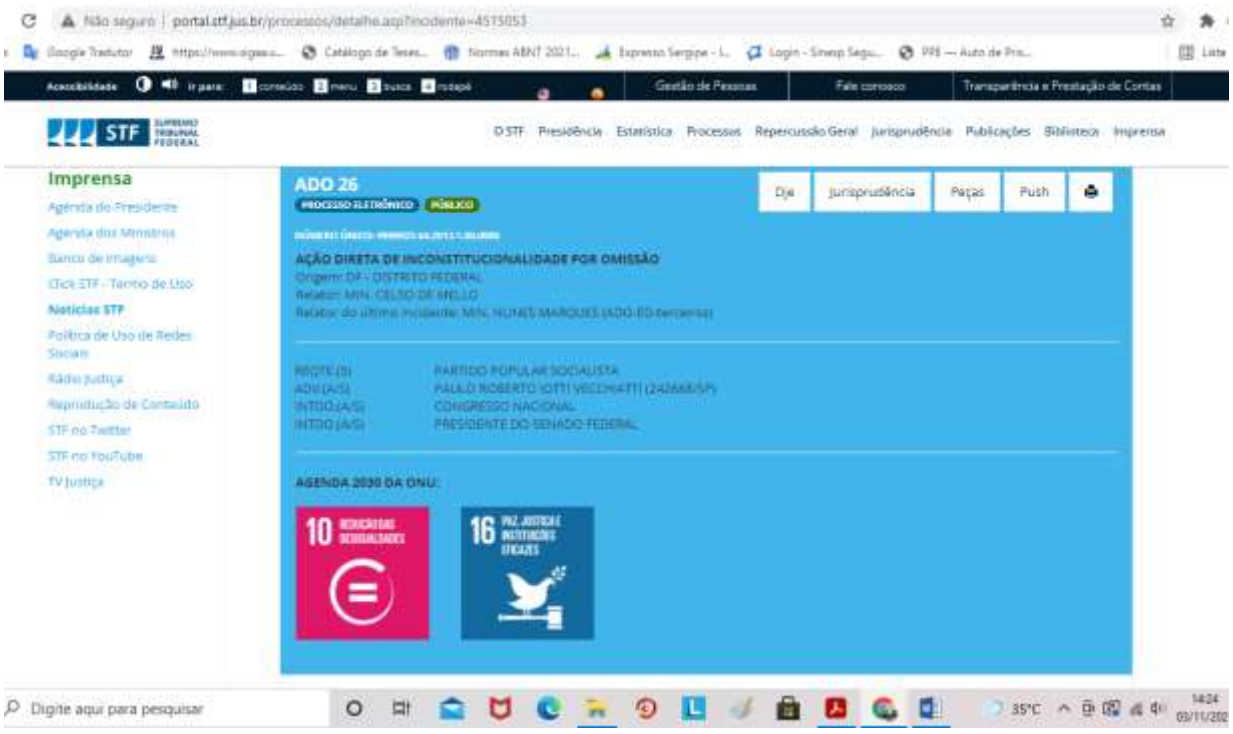
O ODS de Nº 16, o objetivo de “promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias” (16.b) e “garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva e participativa” conduz, mais uma vez, à fraternidade, na sua dimensão jurídica.

Na esteira do que já foi pronunciado por Habermas, os atos das autoridades internas de cada país é que levaram a Agenda a se tornar um pacto efetivo, de reais e positivos efeitos na concreção de direitos, na assunção de responsabilidades pelos agentes e entes públicos, e na disseminação da fraternidade na sociedade, não enquanto mera evocação moral, mas como efetivo instituto sócio desenvolvimentista.

O Poder Judiciário assume um papel decisivo, de introjetar em seu discurso práticas e atos que conduzam ao atingimento dessa Agenda, e nesse sentido o Conselho Nacional de Justiça, agora, introduz no Poder Judiciário debate, para o qual a Academia Federal em Sergipe vem, de forma vanguardista, preparando sua comunidade.

Apenas como demonstrativo de que a pauta da Agenda 2030 já foi efetivamente introduzida no Poder Judiciário, apõem-se a seguir imagens capturadas nos sítios virtuais do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nelas, observam-se os ODS’s indexados ao processo pesquisado:

Figura 01: Imagem do sítio virtual do Supremo Tribunal Federal, com o resultado da pesquisa pela ADO 26, constando indexados os ODS’s 10 e 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas.



Fonte: www.stf.jus.br

Figura 02: Imagem do sítio virtual do Superior Tribunal de Justiça, com o resultado da pesquisa pela ao RHC 136.961/RJ, constando indexados os ODS's 10 e 16 da Agenda 2030 das Nações Unidas.

Fonte: www.stj.jus.br

As indexações mencionadas, embora despidas de efeito jurídico, apresentam ressonância orientadora do debate judicial, ao conduzir o pesquisador das decisões das mais altas Cortes do país à Agenda 2030, cujos respectivos ODS's podem ser prontamente acessados, clicando-se nos ícones respectivos.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, as Cortes que decidem em última e única instância a matéria penal, estão a dizer aos mais diversos órgãos judiciais, das cortes estaduais e regionais aos juízes monocráticos, bem como aos que são essenciais à justiça e aos próprios jurisdicionados, que, ainda que longo e kafkiano, o processo penal pode e deve findar com uma solução fraterna, respeitadora dos mais valiosos compromissos humanitários, internacionalmente assumidos.

Não é em outro sentido a cirúrgica manifestação do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no Recurso em Habeas Corpus de Nº 136961-RJ/STJ:

> Logo, os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. (BRASIL, 2021).

Mais pedagógica não poderia ser a exortação a todos os julgadores do Brasil: não é uma radicação de entendimento jurídico, é um chamado à responsabilidade jurídica pelo incremento da pauta humanitária e uma tentativa de, pelo Poder Judiciário, sejam reduzidas as hipóteses de descumprimentos dessas pautas, já que nestas hipóteses surgem a

responsabilização de agentes públicos e do próprio Estado.

O Conselho Nacional de Justiça, que já vinha sinalizando que a força jurídica da Fraternidade é um vetor de condução dos atos do Poder Judiciário, considerou expressamente que o instituto foi afirmado como categoria jurídica, nos fundamentos da Resolução Nº. 425, de 08 de outubro de 2021, que institui, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Nacional Judicial de Atenção a Pessoas em Situação de Rua e suas interseccionalidades.

A mencionada Resolução contempla, nos artigos 18 a 29, dispositivos que orientam a aplicação de medidas em procedimentos criminais. Em termos gerais, pode-se afirmar que o CNJ reconhece a degradante situação dos moradores de rua e orienta medidas que visam a reduzir os impactos penais na vida dessas pessoas, considerando sua vulnerabilização social.

Assim, nos termos do art. 19 da Resolução ora em foco, a determinação das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319[59] do CPP, deverá considerar aquela que melhor se adequa à realidade da pessoa em situação de rua, em especial quanto à sua hipossuficiência, proporcionalidade da medida diante do contexto e trajetória de vida.

Além disso, o cumprimento deve evitar a aplicação de múltiplas medidas cautelares concomitantemente, para garantir que alcancem a sua finalidade.

O contexto e trajetória de vida, ao serem eleitos como critério para a imposição de medidas cautelares diversas da prisão se mostra consonante com o paradigma relacional já mencionado neste trabalho.

De fato, não há como se considerar o contexto e a trajetória da vida de uma pessoa, senão levando em conta que cada indivíduo é um bloco incindível de dignidade humana, fundamento dos direitos fundamentais, como já mencionado anteriormente, mas também é integrante de um corpo social, cujos todos os integrantes, incluída a própria pessoa, é titular de deveres de preservação desses direitos.

---

[59] Art. 319 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011: São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica. § 4º A fiança será aplicada de acordo com as disposições do Capítulo VI deste Título, podendo ser cumulada com outras medidas cautelares.

À toda evidência, as pessoas em situação de rua experimentam deficiências na sua dignidade, razão por que o Estado, ao pretender exercer seu legítimo *jus puniendi*, tem que assumir deveres de prestações jurídicas que contrabalancem as agruras inerentes ao contexto e à dolorosa trajetória de uma vida desprovida das condições mais básicas de vida, a exemplo do teto e da alimentação diária.

É exatamente nesse sentido que o Conselho Nacional de Justiça orientou a todos os órgãos do Poder Judiciário por meio da Resolução Nº425, ora em comento. Aplicar a força jurídica da Fraternidade para impor deveres ao Estado, impedindo-o de aviltar ainda mais pessoas já desprovidas dos direitos mais elementares.

Nesse sentido, o CNJ reorienta a Isonomia e privilegia a Liberdade humana de pessoas já desprovidas de condições mínimas de escolhas de vida.

5 CONCLUSÃO

Ao fim desta sindicância acadêmica, é possível atestar, por indução, que a hipótese inicialmente aventada restou confirmada; a liga da Fraternidade se mostrou eficiente para reduzir tensionamentos na Igualdade e na Liberdade, pilares da sociedade que o constituinte de 1988 iniciou a construir.

Para chegar a essa conclusão, fez-se de início uma colheita das informações acerca da origem, formação, evolução, estrutura e natureza da Fraternidade. Quanto à atomística religiosa cristã, não se identificou tentativas de rompimento com o que parece ser consenso entre os que se debruçaram sobre a gênese do instituto.

Não se nega, porém, que elementos artísticos e filosóficos deram carga evolutiva à fraternidade, potencializando um elemento seminal, o político, que só viria a se fortalecer, paradoxalmente, quando a política não teve força para implementar as mudanças só atingidas pelos movimentos libertários que efervesceram na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos da América, no século XVIII.

Foram analisadas obras da filosofia clássica, da Arte Antiga e o próprio texto bíblico, restando evidenciado que desde o surgimento, a Fraternidade sempre trouxe centelhas políticas e jurídicas, pois sempre se mostrou um importante fundamento para a concreção da justiça nos conflitos, idealizados ou realmente ocorridos.

A obra literária Antígona, o estudo filosófico Ética a Nicômaco e a Bíblia cristã foram os suportes que o presente estudo teve para identificar a natureza política desde a fase embrionária do instituto.

Mas é na bandeira libertária francesa – Liberdade, Igualdade e Fraternidade – que a mutação da fraternidade se aperfeiçoa. Secularizada, porém, outro paradoxo se lhe acompanha: ao ganhar força política, ela é politicamente olvidada, mesmo nos eventos mundiais que sucederam com extremo déficit político, a exemplo das Grandes Guerras e do Muro que lhes sucedeu em Berlim.

Mesmo assentada em documentos constitucionais franceses, a Fraternidade demorou a superar sua posição sintática – de constar expressamente em documentos normativos – para assumir uma feição semântica, ao se constituir norma efetiva que passou a ser o fundamento dos documentos e ações normativas que se lhe seguiram.

Pela força da pena acadêmica, sobretudo, pelos estudos de Antonio Maria Baggio, não pela caneta política, a Fraternidade reacende como fênix, após lhe ser reconhecido o potencial de apresentar diversas soluções para problemas sociais, não solúveis pelos paradigmas políticos

tradicionais. É nessa quadra que a Declaração Universal dos Direitos Humanos fixou a Fraternidade no Artigo 1º como dever recíproco de todos os homens, nascidos livres e iguais.

O constituinte brasileiro, pós-ditatorial e assumidamente democrático, humanitário e protetor do meio ambiente, absorveu a fraternidade, anunciada preambularmente como estruturante da sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF) que se passou a construir desde então.

Esse ato simbólico do constituinte não foi de pronto absorvido pela comunidade jurídica, mas resta hoje fortalecido pelas decisões da Corte Guardiã da Constituição (STF) e da Corte da Federação (STJ).

No âmbito acadêmico, a Universidade Federal de Sergipe já aborda a Fraternidade em seu curso de Pós Graduação, no Mestrado em Direito, sendo possível profetizar que o tema em breve ingressará nas grades curriculares da própria graduação, dados os acenos que o Poder Judiciário vem dando, no sentido de estar disposto a reconhecer os direitos que a Fraternidade fundamenta.

De acordo com o suporte teórico alexyano acerca da natureza das normas, gênero que compreende princípios e regras, a Fraternidade apresenta semântica jurídica aberta e, conforme alguns dispositivos constitucionais que asseguram, por exemplo, o acesso do acusado e do preso a familiares e a advogado, certifica-se o alcance penal do instituto.

A discussão sobre a força cogente do princípio da fraternidade foi levada a cabo tomando por base os dois outros institutos que a ladeiam. Assim, como se busca impedir restrições indevidas à liberdade e à igualdade dos seres humanos, a fraternidade busca impedir a indiferença, o desrespeito e falta de reciprocidade entre as pessoas, conforme a doutrina de Barozotto, detalhada no estudo.

Evidenciou-se que o ideal fraternal não contempla uma sociedade utópica, desnuda de conflitos. Na verdade, encaram-se os conflitos como algo intrínseco ao convívio social, daí por que eles precisam ser solucionados na perspectiva do futuro das pessoas, não do passado que se busca reproduzir de acordo com provas colhidas árduo processo que só visa a punição.

Diante desse panorama teórico, dispositivos legais – da Lei de Execução Penal e do Processo Penal – apresentam alta densidade fraterna, embora os operadores do Direito não insiram essa temática quando da invocação a esses dispositivos.

Verificou-se que a Lei de Execução Penal coloca a integração social como ponto fundante de toda a sua dinâmica, de modo a estar em consonância com o chamado paradigma relacional, identificado nos estudos de Reynaldo Soares da Fonseca, que orienta a considerar cada indivíduo sempre como dependente de outro(s) indivíduo(s), ideário esse hoje que perpassa pela cultura global.

Como no Brasil não é possível a pena perpétua, a integração social orientadora do cumprimento da pena permite ao apenado um retorno à sociedade, que, embora o afastando das relações sociais por um tempo, não o extirpa definitivamente de seu corpo. Ao contrário, busca fazer com que ele retorne consciente de seus erros e tendente a repará-los.

A substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar em circunstâncias não diretamente ligadas ao fato criminoso, mas relacionadas a pessoas alheias ao processo penal, para as quais a precipitação de medidas coercitivas de liberdade não podem trazer impeditivos ao seu desenvolvimento social, revela-se uma evolução legislativa de natureza eminentemente fraterna.

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já fizeram expressa referência à fraternidade como razão de decidir, tanto considerando aspectos internos ao processo, quando circunstâncias que lhe rodeiam.

Vale apontar que estas decisões nem sempre caminharão para a absolvição, tendo a fraternidade sido enfrentada até mesmo para cumprir mandamentos constitucionais de criminalização.

Tais decisões, seja ao impedir que crianças frutos do florescimento familiar venham a ser privadas da paternidade, seja para reconhecer que nenhum tipo de discriminação pode ser tolerado no Brasil, revelam que a Fraternidade no âmbito penal realmente ressignificar a igualdade e a liberdade, na linha defendida por Clara Machado Jaborandy.

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça, órgão que normatiza administrativa o Poder Judiciário, já instituiu a Justiça Restaurativa e exige dos julgadores o conhecimento e a aplicação da Agenda 2030, demonstrando que a magistratura brasileira vem absorvendo a Fraternidade na sua estruturação e funcionamento.

Tanto os dispositivos legais quanto as decisões em comento se apresentaram coerentes e coesas com o plano teórico da fraternidade, visantemente, com a doutrina nacional.

A designação da Constituição Fraterna empreendida por Carlos Ayres Britto, seguida da identificação da fraternidade como efetiva categoria jurídica, como apontou Carlos Augusto Alcântara Machado, em tese que serviu de principal base deste estudo, mostra que o princípio já não é um porvir normativo, mas uma verdadeira realidade jurídica.

À vista de tudo quanto foi evidenciado, conclui-se assertivamente:

1. O Princípio Jurídico da Fraternidade já vem sendo aplicado pelos Poderes Judiciário e Legislativo em matéria penal, porém, quanto ao Poder Judiciário, como produto da formação jurídica dos magistrados das mais altas cortes penais e não como decorrência de invocações dos jurisdicionados, por meio de seus representantes jurídicos;

2. As apriorísticas aplicações do Princípio da Fraternidade trouxeram incremento de direitos e significativas contribuições para o cumprimento de obrigações internacionalmente assumidas, evitando responsabilização dos agentes públicos e do próprio Estado.

3. Essas aplicações do Princípio da Fraternidade estão em absoluta consonância com a estrutura teórica correspondente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima. Códigos da violência na era da globalização**. 2 ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao Desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antonio Maria(Org.). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y dogmática penal: passado y futuro del modelo integral e la ciência penal.** In: MIR PUIG, Santiago et. Al. *Politica criminal y reforma del derecho penal.* Bogotá: Temis, 1982, p. 28-63.

BARRETO, Tobias. **Crítica de Religião**. São Paulo: J E Solomon, 2013.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito I**. São Paulo: J E Solomon, 2013.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito II**. São Paulo: J E Solomon, 2013.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito III**. São Paulo: J E Solomon, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo — os Conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARZOTTO, Luís Fernando. Fraternidade: uma aproximação conceitual. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; BARZOTTO, Luciane Cardoso; MACHADO, Clara Cardoso. **DIREITO E FRATERNIDADE: em busca da concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. A justiça constitucional francesa e o princípio da fraternidade no caso Cedric Herrou. **Revista de direito do trabalho**, São Paulo, SP, v. 45, n. 204, p. 109-118, ago. 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Vicente Sabino Jr. São Paulo: CID, 2002.

BECK, Ulrick. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Edição do Kindle.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 75, de 12 de maio de 2009.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/100. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 423, de 05 de outubro de 2021.** Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147. Acesso em: 02 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 425, de 08 de outubro de 2021**. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original144748202110116164e94ab8a0.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei Nª 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº**. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 nov. 2021

BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL. **Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.919.722 – SP.** Relator: Ministro Carlos Ayres Britto, Brasília-DF, 17 ago. 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27EAAREAEARESP%27.clas.+e+@num=%2732879%27)+ou+(%27EDcl%20no%20AgRg%20no%20ARE%20no%20RE%20no%20AgRg%20nos%20EDcl%20no%20AREsp%27+adj+%2732879%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em *Habeas Corpus* N.º74.123/RS**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília-DF, 17 de novembro de 2016. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/recurso-habeas-corpus-74123-rs.pdf. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em *Habeas Corpus* Nº 136.961-RJ**. Brasília-DF, 28 de abril de 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRRHC%27.clas.+e+@num=%27136961%27)+ou+(%27AgRg%20no%20RHC%27+adj+%27136961%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Descumprimento Preceito Fundamental N.º 347/DF**. Relator: Marco Aurélio. Brasília-DF, 1 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 2.649-DF**. Relatora: Carmen Lúcia, 08 mai. 2008, Tribunal Pleno. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2919542/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2649-df. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº. 2.076-AC.** Relator: Carlos Velloso. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14747318/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2076-ac. Acesso em 21 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298-DF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.299-DF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6299.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.300-DF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6300.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.305-DF**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/audienciasPublicas/anexo/ADI6305.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão N.º 26-DF**. Relator: Celso de Mello. Brasília-DF, 13 de junho de 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 25 out. 2021.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado. **Portal do STF, Notícias e Textos.** Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253&ori=1. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus N.º 94613-RS**. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília-DF, 2 de dezembro de 2008. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2605385. Acesso em: 19 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção N.º 4.277-DF.** Relator: Ministro Edson Fachin. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança N.º 26.071/DF**. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília-DF, 1 de fevereiro de 2008. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2394644. Acesso em: 19 out. 2021.

Brasil. Universidade Federal de Sergipe. Programa de Pós-Graduação em Direito. **Grade**

Curricular, Mestrado, 2018. Disponível em: https://www.sigaa.ufs.br/sigaa/public/programa/curriculo_resumo.jsf?id=717&lc=pt_BR. Acesso em: 22 nov. 2021.

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

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro; KNOERR, Fernando Gustavo; SOUSA JÚNIOR, Eliezer Siqueira de. Justiça Restaurativa como instrumento de solução de conflitos: uma análise a partir de Howard Zehr e John Paul Lederach. **Revista Relações Internacionais do Mundo Atual, v. 1, n. 26, 2020.** Disponível em: http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3997. Acesso em: 19 nov. 2021.

CAMARGO, Henrique. **Como foi o massacre do Carandiru?** Revista Super Interessante. História. Edição de 31 jul. 2005. Atualizada em 4 abr. 2017. Disponível em: https://super.abril.com.br/historia/como-foi-o-massacre-do-carandiru/. Acesso em: 5 jul. 2021

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/4e732ced3463d06de0ca9a15b6153677. Acesso em: 4 jul. 2021.

CERQUEIRA, Daniel; FERREIRA, Helder; BUENO, Samira. **Atlas da Violência 2021**. São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf. Acesso em: 24 out. 2021.

CONSTITUIÇÃO e o Supremo (A). 3. ed. Publicação elaborada pelo STF e disponível eletronicamente. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/default.asp. Acesso em: 14 fev. 2021.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida; BARRETO, Daniela Ramos Lima. Direito Penal dos Vulneráveis: uma análise crítica do reconhecimento por meio do Direito Penal. **Revista de Criminologia e de Políticas Criminais**, v. 1, n. 2, p 57-83, jul. – dez. 2015, Minas Gerais. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322594558_Direito_Penal_dos_Vulneraveis_Uma_Analise_Critica_da_Busca_do_Reconhecimento_por_meio_do_Direito_Penal. Acesso em 21 nov. 2021.

COSTA, Daniela Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elísio Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? **Revista Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 1, p. 65-91. Disponível em: http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/54226. Acesso em: 1 nov. 2021.

DICIONÁRIO ON LINE DE PORTUGUÊS. Disponível em: https://www.dicio.com.br/guardar/. Acesso em: 25 out. 2021.

DURKHEIM, E. **As regras do método sociológico.** São Paulo, Martins Fontes, 2007.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado – parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FACHIN, Luiz Edson; FACHIN, Melina Girardi. A Proteção dos Direitos Humanos e a Vedação à Discriminação por Orientação Sexual; apreciação à luz dos sistemas local e regional de proteção. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.). **Direitos Humanos: entre a utopia e a contemporaneidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 263-274.

FONSECA, Reynaldo Soares da. **O Princípio Constitucional da Fraternidade: seu Resgate no Sistema de Justiça**. Bel Horizonte: Editora D'PLÁCIDO, 2019.

FEITO, L. **Vulnerabilidad**. *In* An. Sist. Sanit. Navar. 2007, Vol. 30, Suplemento 3. Disponível em: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-66272007000600002. Acesso em: 10 jul. 2021.

FOUCAULT, Michel. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2013. Edição do Kindle.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRANÇA. **Conseil Constitutionell**. Disponível em: https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-de-1946-ive-republique. Acesso em: 21 set. 2021.

FRANKL, Viktor. Fundamentos y aplicaciones de logoterapia. Buenos Aires: San Pablo, 2000.

GOMES, Laurentino, **ESCRAVIDÃO – VOLUME I**. **Do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi de Palmares**. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo. Racionalidade da ação e racionalização social**; tradução Paulo Astor Soethe. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O Ocidente dividido: pequenos escritos políticos X.** São Paulo: Editora Unesp, 2016.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor: 1991.

HOBBES, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, t. II.

HUNGRIA, Nelson. **A teoria da ação finalística no direito penal.** Excerto de aula inaugural proferida na Faculdade de Direito de Maringá, Estado do Paraná. Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal. [s.l.], n. 16, jan./mar. 1967. Disponível: em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1748297/Nelson_Hungria_1.pdf. Acesso em: 14

fev. 2021.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. **A Fraternidade no Direito Constitucional Brasileiro: Um Instrumento para Proteção de Direitos Fundamentais Transindividuais**. Tese (Doutorado em Direito Público, apresentada e aprovada em 2016) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20048/1/CLARA%20CARDOSO%20MACHADO%20JABORANDY.pdf. Acesso em: 1 ago. 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LICEU. **Dicionário Etimológico *on line***. 2008 – 2021. Disponível em: Origem da palavra ESCOLA/LICEU - Etimologia - Dicionário Etimológico (dicionarioetimologico.com.br). Acesso em: 19 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** Volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: *JusPondvm,* 2020.

LYRA, José Francisco Dias da Costa; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Biopolítica e direito penal do inimigo: notas sobre um direito penal da exclusão**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, *ebook*.

LUBICH, Chiara. **Que todos sejam um**. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 1980.

LUBICH, Chiara**. Sim, Sim. Não, Não!** Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 1981.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal)**. Curitiba: Appris, 2017.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe, Aracaju, ano XVIII, n. 22, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional. **Evocati Revista**, n. 35, Aracaju, nov. 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como categoria jurídico-constitucional**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, jul/set. 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A Fraternidade como categoria constitucional. In: SOUZA, Carlos Aurélio Montade; CAVALCANTI, Thais Novaes (Org.). **Princípios Humanistas Constitucionais; Reflexões sobre o humanismo no Século XXI**. São Paulo: Letras Jurídicas; Cidade Nova 2010.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Preâmbulo da Constituição do Brasil de 1988: fonte do compromisso estatal para a edificação de uma sociedade fraterna. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 36, jan./marc. 2012.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. O Ministério Público do Brasil – funções institucionais e objetivos do milênio: contributo para a construção de uma sociedade fraterna. In: PESSOA, Adélia Moreira; SOBRAL, Arnaldo Figueiredo (Coord.). **O Ministério Público e os objetivos do milênio**. Aracaju: Evocati, 2013.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; BARZOTTO, Luciane Cardoso; MACHADO, Clara Cardoso. **DIREITO E FRATERNIDADE: em busca da concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018.

MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. **Crime organizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo Integral.** Uma Visão da Nova Ordem Cristã. 5. ed: São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1965.

MARITAIN, Jacques. **Os Direitos do Homem e a lei natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1967.

MARQUES, Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Vol. IV. Atualizado, em conjunto com outros autores. Campinas: Millenium, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito penal do inimigo — a terceira velocidade do direito penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches; POZZOLI, Lafayette. **FRATERNIDADE E JURISPRUDÊNCIA: uma análise hermenêutica. Ensaios em homenagem ao Ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. Mauá: Letras Jurídicas, 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos. 2020**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 9 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento do Milênio**. **2020**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/tema/odm/. Acesso em: 27 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Agenda 2030.** Disponível em: http://www.agenda2030.com.br/sobre/. Acesso em: 02 nov. 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, *ebook*.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**.17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, *ebook*.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **O Princípio da Fraternidade no Direito: o desafio do Direito Penal**. Conferência Nacional dos Apóstolos Leigos. Disponível em: https://cnal.pt/. Acesso em: 26 fev. 2021.

PEREIRA, Adriano; SIMONETTO, Eugênio de Oliveira. **INDÚSTRIA 4.0: Conceitos perspectivas para o Brasil**. Revista da Universidade Vale do Rio Verde. Vol. 16. n. 1. jan/jul 2018. p. 1. Disponível em: http://periodicos.unincor.br/index.php/revistaunincor/article/view/4938/pdf_808. Acesso em: 27 set. 2021.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SANTOS, Mariana Farias. O Capitalismo Humanista como um elemento para o desenvolvimento: um regime econômico em consonância com os direitos humanos. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. Curitiba. v. 2, n. 2, p. 204-220, jul. - dez., 2016.

PIRES, Álvaro Penna. **Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal**. Sociologias, Porto Alegre, ano 1, n. 1, p. 64-95, jan.-jun. 1999. Disponível em: parte 01 - Alguns obstáculos a uma mutação "humanista" do direito penal | Sociologias | Sociologias (ufrgs.br). Acesso em: 13 abr. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019

RODRIGUES, Pedro Eurico. **Governo de Vichy**. Infoescola.com. Disponível em: https://www.infoescola.com/historia/governo-de-vichy/. Acesso em: 21 set. 2021.

SANDEL, Michel J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa.** – 17. ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **LIVRES E IGUAIS. Estudos de Direito Constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: História Constitucional Brasileira, Teoria da Constituição dos Direitos Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade, tradução de Laura Teixeira Motta e revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes.** São Paulo: Companhia de Bolso, 2010.

SERGIPE (Estado). **Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 201900100652**. Relator: Alberto Romeu Gouveia Leite. Aracaju, 16 jul. 2020. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judiciala. Acesso em: 24 out. 2021.

SERGIPE (Estado). **Remessa Necessária Cível Nº 201300216617**. Relator: Ricardo Múcio Santana de A. Lima. Aracaju, 09 set. 2013. Disponível em: https://www.tjse.jus.br/portal/consultas/jurisprudencia/judiciala. Acesso em: 24 out. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas Constitucionais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Processo Penal Fraterno: O Dever de fundamentar o Provimento Acusatório pelo Ministério Público no Sistema Processual Brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2014.

SÓFOCLES. **Antígona**. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

SPOSATO, Karyna Batista; VITALE, Denise; MENDES, José Sachhetta Ramos. Um mundo para a criança e o adolescente do semiárido – utopia para fazer direitos realidade. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, Karyna Batista (Coord.). **Direitos Humanos: entre a utopia e a contemporaneidade.** Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 263-274.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução Maria Emantina de Almeida Prado Galvão.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TOURINHO NETO, Fernando. O Direito Penal, a Fraternidade e a Solidariedade. In: FRÓZ SOBRINHO, José de Ribamar; VELOSO, Roberto Carvalho; LIMA, Marcelo de Carvalho; TEIXEIRA, Márcio Aleandro Correia; APOLIANO JÚNIOR, Ariston Chagas. **Direitos humanos e fraternidade: estudos em homenagem ao ministro Reynaldo Soares da Fonseca**. São Luís: ESMAM, EDUFMA, 2021.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE. **Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado. Grade Curricular.** Disponível em: https://sigaa.ufs.br/sigaa/public/programa/curriculo_resumo.jsf?id=717&lc=pt_BR.%20Acesso%20em:%2026%20fev.%202021. Acesso em: 23 ago. 2021.

VERONESE, Josiante Rose Petry**. Direito e fraternidade, do que estamos falando?** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/29397/direito-e-fraternidade, publicado em: jun. 2014. Acesso em: 05 abr. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do Humanismo Jurídico no Ocidente**. Barueri: Manole, 2005.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça, tradução de Tônia Van Acker**. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ANEXO ÚNICO

Tabela 01: Quadro cronológico da aplicação do Princípio da Fraternidade como *ratio decidendi* penal no Brasil

PROCESSO/ÓRGÃO/ RELATOR	QUÓRUM	DATA	RESUMO	JUSTIFICATIVA	EFEITOS/ALCANCE
HC 94.163/RS-STF, 1ªTURMA, Relator Carlos Britto	Unânime	02 dez. 2008	FALTA GRAVE NA EXECUÇÃO PENAL CONSISTENTE EM FUGA NÃO ALTERA A DATA-BASE DO LIVRAMENTO CONDICIONAL.	ENDOPROCESSUAL	ASSEGURAR A LIBERDADE, POR MEIO DA LEGALIDADE / INTERPARTES
Recurso em HC 74.123/RS-STJ, 5ªTURMA, Relator Reynaldo Soares da Fonseca	Unânime	17 nov. 2016	SUBISTIUIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA POR PRISÃO DOMICILIAR DE MÃE DE CRIANÇA COM HIDROCEFALIA	EXOPROCESSUAL	ASSEGURAR LIBERDADE E IMPEDIR TRANSCEDÊNCIA DO PROCESSO/ INTERPARTES
MI 4.733/DF-STF, Plenário. Relator Edson Fachin	1 voto vencido – Ministro Marco Aurélio, que acolheu a preliminar de inadequação da via eleita.	13 jun. 2019	CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA, MEDIANTE APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 7.716/89 DIANTE DA MORA DO CONGRESSO NACIONAL.	ENDOPROCESSUAL	ASSEGURAR IGUALDADE POR MEIO DA LEGALIDADE. RESSIGNIFICAR A LIBERDADE, CUMPRINDO MANDAMENTO CONSTITUCI

					ONAL/ ERGA OMNES
ADO 26-DF/STF, Plenário. Relator Edson Fachin	1 voto vencido – Ministro Marco Aurélio, que não reconheceu mora legislativa.	13 mar. 2019	CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA E TRANSFOBIA, MEDIANTE APLICAÇÃO IMEDIATA DA LEI 7.716/89 DIANTE DA MORA DO CONGRESSO NACIONAL.	ENDOPROCESSUAL	ASSEGURAR IGUALDADE POR MEIO DA LEGALIDADE. RESSIGNIFICAR A LIBERDADE, CUMPRINDO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL/ ERGA OMNES
Recurso em *Habeas Corpus* Nº 136,961 – RJ/STJ. 5ª Turma. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca	Unânime	15 jun. 2021	CONTAGEM EM DOBRO DO TEMPO DE PENA DEGRADANTE	EXOPROCESSUAL	ASSEGURAR LIBERDADE, RESTRINGINDO A HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO DEGRADANTE/EXTRAPARTES
AGRG no RE Nº 1.919.722-SP/STJ. Relator: Reynaldo Soares da Fonseca	Unânime	17 ago. 2021	ATIPICIDADE MATERIAL DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONSIDERANDO A FORMAÇÃO DA FAMÍLIA RESULTANTE DO ENLACE AMOROSO E SEXUAL	EXOPROCESSUAL	ASSEGURAR LIBERDADE POR MEIO DA PROPORCIONALIDADE/INTERPARTES

Tabela 02: quadro comparativo da aplicação do Princípio da Fraternidade em matéria penal com a definição de Barzotto

PROCESSO/ÓRGÃO/RELATOR	DIMENSÃO DA FRATERNIDADE
HC 94.163/RS-STF, 1ª Turma, Relator Carlos Britto	Reciprocidade. Não é possível limitar direitos do preso pela fuga, já que a consequência jurídica da falta grave é uma sanção que não pode gerar duas categorias de presos, uns mais resilientes, outros não, às péssimas condições do cárcere brasileiro.
Recurso em HC 74.123/RS-STJ, 5ª Turma, Relator Reynaldo Soares da Fonseca	Solidariedade. Permitiu-se que uma mãe cumpra seus deveres maternos, fortalecendo a noção de que cuidar do próximo é o norte das relações sociais.
MI 4.733/DF-STF, Plenário. Relator Edson Fachin	Respeito. A criminalização da homofobia e da transfobia assegura o respeito à escolha e autoafirmação sexual.
ADO 26-DF/STF, Plenário. Relator Edson Fachin	Respeito. A criminalização da homofobia e da transfobia assegura o respeito à escolha e autoafirmação sexual.
O AGRG NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.919.722-SP/STJ. 5ª Turma, Relator Reynaldo Soares da Fonseca	Respeito, pois assegurou a escolha, ainda que precipitada, de jovens ao momento de formação da família. Solidariedade. Assegurou aos pais o cumprimento do dever de cuidar dos filhos. Reciprocidade: Assegurou que uma criança fruto de uma relação precipitada tenha os mesmos direitos de uma criança nascida de um planejamento familiar.