

A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

FRATERNITY AS LEGAL CATEGORY

Fernando Henrique da Silva Horita¹

Data de recebimento: 27/02/2015

Data da aprovação: 10/06/2015

RESUMO

A fraternidade tem sido debatida e problematizada, em busca de um desenvolvimento fraternal no Direito, nesse viés, embora a investigação em tela tenha como designo categorizar o princípio da fraternidade em uma perspectiva jurídica, o presente artigo ressalta a construção da fraternidade em eventos jurídicos. Por sua vez, a metodologia abordada nesse artigo alberga, de forma crítica, o método hipotético-dedutivo e, como técnica, a pesquisa bibliográfica, documental e via internet; envolvendo discussões sobre Direito e fraternidade. À guisa de conclusão, se verificou o princípio da fraternidade como uma autêntica categoria jurídica e que essa categoria não exclui outras, como a religiosa e a política, guiou-se, assim, um desenvolvimento fraterno no universo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: 1. Categoria Jurídica; 2. Direito; 3. Fraternidade.

ABSTRACT

The fraternity has been debated and problematic, in search of a fraternal development in the law, this bias, although the screen in research, is to appoint categorize the principle of brotherhood in a legal perspective, this paper also highlights the construction of brotherhood in legal events. In turn, the methodology discussed in this article houses, critically, the hypothetical-deductive method, and technical, bibliographic, documentary and internet research, involving discussions on law and brotherhood. In conclusion, it was found the principle of fraternity as an authentic legal category and that this category does not exclude others, such as religious and political, guided Thus, a fraternal development in the legal world.

KEYWORDS: 1. Legal category; 2. Right; 3. Fraternity.

As reações sociais e as mutações técnico-científicas estão acontecendo com uma grande velocidade. Entre o mundo da norma – do dever ser – e o mundo dos fatos – do ser – há um abismo, que nos impulsiona a questionar se é válido continuar operando com a dinâmica que até então vínhamos fazendo (Josiane Rose Petry Veronese, em seu pronunciamento no II Congresso Nacional Direito e Fraternidade realizado em janeiro de 2013).

¹ Mestre em Teoria do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília (2013-2015), sendo bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES/PROSUP (modalidade 2). Especialista em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica na Universidade Anhanguera UNIDERP de Campo Grande/MS (2013-2014). Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (2008-2012). Diretor de Relações Públicas Internacionais da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito/FEPODI (Gestão 2013-2015). Diretor de Direitos dos Pós-Graduandos da Associação Nacional de Pós-Graduandos/ANPG (Gestão 2014/2016). Membro Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/CONPEDI. E-mail: nando_horita@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O presente debate tem a pretensão de realizar, de maneira crítica, reflexões em torno da fraternidade, lançando luz sobre segmentos primordiais de sua categorização. Dessa forma, a pesquisa em foco busca ter como objetivo realizar uma constatação da fraternidade como categoria jurídica. Em razão disso, o presente artigo parte do seguinte questionamento: A fraternidade é uma categoria jurídica? Indagação essa, que parece ser rica, atual e de uma importância, extremamente, necessária; pois mesmo que uma problematização desta natureza seja um envolvimento científico filosófico e político, a temática remete a condições fundamentais de observar de outro modo o Direito, guiando-se à direção de uma pesquisa de construção jurídica.

Ante o exposto, delineado o problema, sem desmerecer outros métodos, o critério metodológico utilizado recorre ao método hipotético-dedutivo, partindo-se de uma abordagem bibliográfica, documental e via internet; envolvendo leituras e discussões abordando tanto o Direito, em contraponto com o princípio da fraternidade.

Nesse diapasão, para bem entender as nuances que envolvem o Direito e fraternidade, o trabalho é composto por três partes. Para tanto, se analisa de forma inicial, com a finalidade de ocasionar clareza e organização textual, a fraternidade como uma categoria religiosa, política ou jurídica. Logo, em seguida, procura ressaltar a fraternidade em eventos jurídicos. E, por fim, entra-se no universo da fraternidade sendo refletida em seu viés jurídico, sem se esquecer, de procurar apresentar ela como uma autêntica categoria jurídica.

1. Fraternidade uma categoria religiosa, política ou jurídica?

Há o desinteresse quando se reflete sobre a fraternidade direcionada a dimensão jurídica, ora, pensando que esta se trata apenas de uma categoria puramente religiosa, ora, colocando em dúvida se esta categoria além de se qualificar como categoria religiosa teria de alguma forma uma realidade política² e, logicamente, para alguns, sendo política não estaria

² Segundo Cortella (2014, s.p.): “Existe uma tendência a excluir a relação direta entre política e cidadania, criando uma rejeição curiosa à política e valorizando cidadania, como se fossem termos diversos. Há um vínculo inclusive de natureza sistêmica entre as duas palavras, que, objetivamente, significam a mesma coisa”. Portanto, entende-se que existe um vínculo sistêmico entre cidadania e política, fazendo com que ambas signifiquem a mesma coisa. Ademais, atualmente, encontra-se diversos discursos mencionando que a cidadania estaria acima da política, argumentação esta, totalmente equivocada, pois mesmo o vocábulo política se direcionando para o

enquadrada como jurídica. Assim, a fraternidade invoca um ponto de interrogação dentro de todas essas observações.

Nesse passo, tome-se que a fraternidade comumente é esquecida, principalmente enquanto é vista como categoria jurídica ou até mesmo política, a não ser quando é referenciada como categoria religiosa (CODA, 2008, p. 80). Não por acaso, há argumentações de que a fraternidade se qualificaria especificamente a dimensão religiosa, sendo que somente essa categoria compreenderia ao humano a unicidade (PEZZIMENTI, 2008, p. 74-75).

As explicações da fraternidade abrangendo a dimensão religiosa não são restritas somente à argumentação da unicidade, é dada a exposição de que a expressão fraternidade é flagrada vinte e seis vezes nos documentos do Concílio Vaticano II. Além disso, termos como *adelphós* (irmão), *philadelphia* (amor fraterno) e *adelphótes* (fraternidade) são presenciados no Novo Testamento. Não se entrega ao esquecimento direcionando para a categoria religiosa, a Carta aos Gálatas aduzida por Paulo, na qual expressa “não há judeu nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher; pois todos vós sois um só em Cristo Jesus” (CODA, 2008, p. 74-84). Todas essas informações levam a acreditar que a fraternidade se direcionaria a dimensão religiosa.

Ainda que haja uma tendência natural em afirmar que a fraternidade se encaixaria como uma categoria religiosa, há quem entenda de modo divergente. Giuseppe Tosi, na obra *O princípio esquecido*, estabelece um título em seu artigo desenvolvendo uma indagação: A fraternidade é uma categoria política? Percebe-se, ao ler o respectivo texto do questionamento que o autor observando a referida inquisição se alude à fraternidade produzindo uma argumentação em torno da categoria política e não da religiosa. Semelhantemente, Baggio reconhece que a fraternidade deve ser recordada contendo um caráter político universal, reconquistando seu espaço público (BAGGIO, 2008, p. 15). Ademais, em obra lançada recentemente, organizada por diversos construtores da justiça se referem à fraternidade qualificando-a como uma categoria jurídica. Estas advertências colocam em evidência a fraternidade contendo um amplo aspecto, ou seja, tanto um aspecto político, como um aspecto jurídico e, é, exatamente, nesse viés que surgem incertezas quanto à categoria da fraternidade, seria uma categoria política, religiosa ou jurídica?

Sem sombras de dúvidas, afirma-se que tal questionamento passa pelos mais variados tipos de considerações. Reconhece que a fraternidade como categoria, realiza mera interpretação sob o relacionamento da comunidade humana universal, pois se direciona a

polis do grego que significa cidade, a palavra política também se direciona, conceitualmente falando, com a palavra cidadania. Assim, ambos os termos se referem o que se refletem na prática da vida em sociedade.

paridade da dignidade humana, permitindo uma efetivação, ao mesmo tempo, da igualdade e da liberdade. Por sua vez, seapura o pensamento de Ropelato na qual pronuncia:

A meu ver, a categoria da fraternidade universal apresenta-se nesse debate com um peso considerável, capaz de interromper e, em certa medida, sanar os efeitos perversos da lógica que transforma inclusão em exclusão. Do ponto de vista político, a fraternidade coloca-se, antes de mais nada, como princípio de construção social, no qual o outro – se podemos definir-nos irmãos – não é diferente de mim, mas outro eu mesmo. Seu significado relacional e, portanto, dinâmico impele a buscar e a reconhecer mutuamente as fisionomias semelhantes entre os diversos sujeitos, grupos sociais e culturais. Além disso, a identificação de uma relação de fraternidade como pertencimento recíproco, entre os atores sociais e políticos, implica em por em prática relações de partilha e de responsabilidade, que certamente devem ser avaliadas em profundidade (ROPELATO, 2008, p. 103).

Ora, essas breves considerações ainda não respondem o referido questionamento, mas indicam um possível caminho da fraternidade à categoria política, principalmente, quando se pensa que esse princípio já se tornou uma exigência para a política em si, isto é, os outros dois princípios axiológicos, liberdade e igualdade, sem a fraternidade se tornam incompletos e, por isso, fracassam (BAGGIO, 2008, p. 11).

De toda forma, o exemplo histórico da Revolução Francesa, segundo Baggio (2009, p. 85-126), deixa claro, a fraternidade contendo uma categoria política, mesmo entendendo que após acabar a Revolução da França esse princípio permaneceu esquecido. Tal constatação histórica apresenta uma relevância quando se reflete sobre a fraternidade, a de se interpretar e praticar politicamente esta pela primeira vez na Idade Moderna. Desse modo, a Revolução na França em meados de 1789 se constitui como um referencial histórico de importância (BAGGIO, 2008, p. 7).

Segundo Baggio (2008, p. 8):

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

Logo, compreendendo a visão de Baggio, abre-se espaço para retirar a fraternidade de seu anonimato e repensá-la como uma categoria política presente na vida humana. Infelizmente, somente a igualdade e a liberdade são presenciadas na realidade moderna como autênticas categorias política, a fraternidade permanece no esquecimento. A Revolução Francesa, então, serve de espelho para reflexão da fraternidade como categoria política atual, vendo que essa Revolução identifica uma fraternidade não solitária, isolada, distante da

igualdade e da liberdade, pelo contrário, destaca um princípio que por muitos anos fora esquecido, mas que dentro daquele e dos futuros contexto deveria ser recordado ao lado tanto da igualdade como da liberdade.

Aliás, para Baggio, a fraternidade somente despertará desse esquecimento, isto é, alcançará uma dimensão política adequada quando se constituir como um critério de decisão político ao lado da igualdade e da liberdade, influenciando a maneira como são interpretadas em todas as esferas públicas, seja a econômica, a internacional, a legislativa e a judiciária (BAGGIO, 2008, p. 23). A título de curiosidade, entende-se que dos três princípios da Revolução Francesa, a fraternidade é o mais religioso, o que invocaria um respeito pelo outro, por esse motivo acarreta uma tendência em desaparecer; depois da fraternidade, a liberdade, seria o mais próximo de ocasionar essa tendência, observando que:

[...] os homens, quando confrontados com a necessidade de escolher entre liberdade e igualdade, preferem a segunda. Preferem ser todos iguais – mesmo correndo o risco de se tornarem escravos – a serem livres, mas demasiadamente diferente uns dos outros. É por isso que a liberdade exige um grande senso de sacrifício para que possa ser defendida dos ataques mais enganosos – enganosos por não serem sempre claros e evidentes. Sem contar que os verdadeiros perigos para a liberdade podem vir da própria liberdade [...] (PEZZIMENTI, 2008, p. 74-75).

Resumindo essa afirmação, alcança a concepção de que a fraternidade seria o primeiro a entrar no anonimato, inclusive, ela como categoria política após a Revolução Francesa encontra-se escondida, ou melhor, esquecida na dimensão política. Por outro lado, o segundo a entrar em crise política seria a liberdade, pois os humanos optam pela igualdade ante a liberdade, nesses passos, a igualdade seria na ordem o último a alcançar um esquecimento político.

De outra parte, a exposição da fraternidade na dimensão política, gera algumas objeções por parte dos doutrinadores políticos modernos. Para si ter ideia, Tosi (2009, p. 63) pondera a fraternidade com algumas dúvidas, especialmente, quanto sua eficácia como categoria política, percebendo que na atual sociedade, a questão política caminha com o interesse de um indivíduo ou de uma coletividade; Marx, de outro modo, admitiria a fraternidade projetando um desenvolvimento social revolucionário, claro, que com algumas reservas, dado que em sua concepção só existiria a fraternidade entre irmãos que compartilham da mesma situação social, ou na futura sociedade comunista na qual a existência Estatal seria desnecessária; Schmitt, por sua vez, assimila a fraternidade em sua perspectiva universal como uma categoria apolítica, visto que em uma fraternidade sem limites para a humanidade inteira, significa pensar num mundo sem a política; outro desiderato seria de Max Weber que crê que a fraternidade não seria em hipótese alguma

política, pois o universo político gira em torno de uma realidade ética da responsabilidade e não em torno da ética da convicção que para ele seria a fraternidade (TOSI, 2012, p. 238-239).

De outra face, partes dos construtores do saber jurídico concordariam que há na realidade jurídica atual, uma relação tímida entre Direito e fraternidade, alguns até argumentariam pela não existência da referida relação. No entanto, embora grande parte não a conheça, ou até mesmo, não a compreenda com alguma ligação jurídica, urge-se que a cultura jurídica permaneça esquecendo a fraternidade. Isto posto necessário agora vislumbrar alguns pontos críticos de reflexão de fraternidade como categoria jurídica. Vejamos.

Um ponto dessa reflexão é a concepção de que enquanto a fraternidade seria espontânea, o Direito seria coercível. Seguindo esse entendimento, sem dúvida, uma sociedade qualificada como fraterna poderia dispensar o Direito, sendo que o Direito é menos necessário quanto mais há fraternidade. Todavia, essa consideração é reconhecida como simplista, visto que a existência do Direito e da fraternidade depende da forma como forem interpretados³. Logo, merece atenção o apontamento de Fausto Gorla que ressalta:

[...] l'orientamento a rispondere in un modo o nell'altro dipende da come viene concepito il diritto: ad esempio, i sostenitori di teorie istituzionali (quali Maurice Hauriou e Santi Romano), che ritengono il diritto insito in ogni gruppo sociale organizzato, non avrebbero difficoltà ad ammetterne l'esistenza anche in una società completamente fraterna. In effetti, la sussistenza di regole può essere indirizzata proprio a salvaguardare il carattere pienamente fraterno della convivenza e ad educare ad essa i nuovi aderenti, come mostrano ad esempio le regole monastiche; da questo punto di vista, la fraternità potrebbe presentarsi come esperienza vissuta di rapporti positivi ed arricchenti, che tende a tradursi in diritto proprio per assumere carattere stabile ed istituzionale (GORIA, 2005, p. 31-32).

Claro que o Direito nesse paradigma, não se apresenta como instrumento de violação ou dominação político, tampouco despreparado para o desenvolvimento social, ele se direciona para outros caminhos, os da construção de um mundo melhor, e, logicamente, para um futuro melhor. Portanto, o Direito aparece, com uma função promocional, abrangendo posturas tidas como desejáveis e não, evidentemente, buscando se restringir a validade formal, resultando numa sistematização fechada (POZZOLI, 2001, p. 167).

Nesse passo, engano quem pensa que o Direito não pode ser apresentado ao lado da fraternidade, pois fica evidente a possibilidade deste acarretando uma função promocional

³ “A orientação a responder de um modo ou de outro depende, evidentemente, de como o Direito é concebido. Por exemplo, os seguidores de teorias institucionais (qual o francês Hauriou e o italiano Santi Romano), que pensam o Direito inerente a qualquer grupo social organizado, não teriam dificuldade em admitir a sua existência também numa sociedade completamente fraterna. Segundo essa concepção, a fraternidade poderia apresentar-se como experiência vivida com relacionamentos positivos e enriquecedores, traduzidos em Direito justamente para assumir caráter estável e institucional” (tradução livre).

aplicado ao contexto fraternal. Assim, o Direito, atualmente, deve ser analisado, desenvolvendo “um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma jurídica a ver verdade naquilo que até então não conseguia identificar” (RAMIRO; POZZOLI, 2012, p. 57).

2. A fraternidade em eventos jurídicos

Não obstante, a fraternidade já é presenciada em alguns eventos e encontros jurídicos. Desse modo, quiçá, esse seja o segundo ponto refletido, a fraternidade contextualizada em encontros, simpósios, seminários, fóruns e congressos acadêmicos. Pois bem. A fraternidade como possível categoria jurídica, vem sendo destacada no ambiente acadêmico há alguns anos. Em ligação com esse desdobramento, pode ser ilustrativo e pertinente, que

Em janeiro de 2008, foi realizado em São Paulo um Congresso Nacional, com a participação de duzentos e quarenta e seis operadores do Direito e estudantes. Nesse evento, pela primeira vez no Brasil resgatou-se a importância das universidades na difusão e promoção de um novo paradigma para o Direito. Foi trazida à discussão a fraternidade como possível categoria jurídica e se haveria, neste sentido, uma previsão da normativa brasileira, constitucional e infraconstitucional (OLIVEIRA; VERONESE, 2013, p. 55).

Todavia, desde 1990, um grupo de construtores do direito já se reuniam de modo regular, para comunicarem entre si as experiências, os fatos, sobre a matriz da fraternidade. A partir daí, sucessivamente, realizaram-se diversos eventos acadêmicos, dentre eles: o Congresso Internacional em Roma em 2005 com o título “*Relazionalità nel diritto: quale spazio per la fraternità*”, constituindo cerca de 700 participantes, de 47 países, com representantes dos cinco continentes e de 12 estados brasileiros; o Congresso Regional, em São Luiz do Maranhão, com 200 participantes, em 2007; a 1ª Jornada Sul Brasileira Direito e Fraternidade, em Florianópolis, em 2008, recolocando a fraternidade nos mais variados aspectos que envolvem o Sistema de Justiça, participando cerca de 247 pessoas; em agosto de 2009, o Centro de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal de Santa Catarina, promoveu o “Colóquio Direito e Fraternidade”; no ano de 2010, ocorreu o Seminário de Pesquisa “Direito e Fraternidade: um diálogo com a cultura contemporânea”, aprofundando as obras de Antonio Maria Baggio; ainda em 2010, houve a palestra proferida pela professora Dr^a. Maria da Graça Sanos Dias, professora do programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI /Santa Catarina, com a temática “O Direito e pós-modernidade: a fraternidade como categoria jurídica” (VERONESE; OLIVEIRA, 2011, p. 22-30).

Não se pode esquecer, que no ano de 2014 houve o “*Seminario Internazionale di Comunione e Diritto: Ambiente, partecipazione, responsabilit *”, em Castelgandolfo na Itália, gerando uma intera o da fraternidade com a preocupa o ambiental⁴ e o IV Fórum de Direito e Fraternidade, realizado no Brasil em Brasília no Centro Universitário Unieuro dialogando com a temática concilia o à luz da fraternidade⁵.

Vale destacar que já houve diversos eventos com a temática Direito e Fraternidade, até mesmo nasceu, em 2008, a Rede Universitária para o Estudo da Fraternidade, intitulada de Ruef⁶, uma iniciativa internacional de diálogo acad mico que promove a pesquisa em torno da fraternidade na dimensão pública, nas ciências humanas e sociais, com participa o de diversos construtores do Direito e de outras áreas, organizando vários Seminários acadêmicos internacionais sobre a fraternidade⁷.

Há de se admitir, por isso, que discussões e reflexões realizadas com o tema Direito e Fraternidade têm se elevado. Cabe destacar, que grupos de pesquisas desenvolvendo reflexões com esta temática já existem, a exemplo destacam-se: o Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade da UFSC de Florianópolis, o Grupo de Estudos Direito e Fraternidade da UNIVEM de Marília, o Grupo de Pesquisa Direito e Fraternidade: direitos humanos e direitos fundamentais da UFRGS de Porto Alegre e o Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais à luz da Doutrina Social da PUC de São Paulo⁸.

Insera-se, então,   compreensão da fraternidade como categoria jurídica: Magistrados Federais e Estaduais, Ministro do Supremo Tribunal Federal, funcionários da Justiça, tabeliães, Procuradores de Justiça e da República, Promotores, Advogados Públicos e Privados, Delegados, Pesquisadores de Direito, ou seja, parte de membros da classe de todo sistema jurídico já assemelham a fraternidade não são como categoria religiosa ou política, mas também como categoria jurídica.

Quanto   questão se a fraternidade estaria incluída como uma categoria religiosa, política ou jurídica, Morin (2007, p. 197) ensina que “tudo o que não se regenera, degenera”. Dessa forma, a fraternidade deve ser refletida do mesmo jeito, deve ser pensada, repensada e

⁴ Cf.: <http://comunionediritto.org/br/home-br/155-appuntamenti/384-seminario-internazionale.html>. Acesso em: 31/10/2014.

⁵ Cf.: <http://www.unieuro.edu.br/portal/wp-content/uploads/2014/10/convite-IV-f%C3%B3rum-unieuro2.jpg>. Acesso em: 31/10/2014.

⁶ Cf.: www.ruef.net.br. Acesso: 31/10/2014.

⁷ A Ruef conta hoje com participantes pesquisadores de diversos locais, entre eles: Córdoba 2008, La Plata 2009, Tucumán 2010, Santiago do Chile 2011, Recife 2012, dentre outros. Acesso: 03/10/2013. Disponível em: www.ruef.net.br

⁸ Cf.: http://dgp.cnpq.br/dgp/faces/consulta/consulta_parametrizada.jsf. Acesso em: 31/10/2014.

no momento que achar que a sua concepção está concluída, deve ser novamente refletida e, conseqüentemente, construída.

Por outro viés, a opção de escolha como categoria política, religiosa ou jurídica não tende ser tímida, principalmente que é ainda um estudo em construção e experimentação, a primordialidade se encontra em acarretar o mesmo escopo que ambas buscam, a construção de um mundo melhor. Portanto, a fraternidade não deve ser restrita somente a categoria religiosa e/ou política, começa a ser compreendida também como uma autêntica categoria jurídica.

3. A fraternidade como categoria jurídica

Nesse espaço destinado a ilustrar a fraternidade como uma categoria jurídica, abre-se um novo horizonte, destacando-a como um princípio vivo e oportuno no Direito, seguindo essa linha de raciocínio que se afirma a possibilidade da existência de um Direito permeado pela fraternidade, logo, frisa-se esta acarretando uma relação de proximidade com o Direito, por outro lado, ainda, são nítidas as imprecisões em relação a essa outra forma de enxergar o fenômeno jurídico.

Entre essas imprecisões, um ponto a ser retirado persiste na ideia da possibilidade de positivar a fraternidade, ou seja, pensar se a fraternidade enquanto oportuna categoria jurídica precisaria de uma positivação. Ao lado disso, há outros pontos a serem mostrados, como a dúvida de que Direito e Fraternidade se enquadraria como um ativismo judicial e se este se envolveria apenas com a perspectiva coletiva.

Começa-se pela questão da positivação, em especial, negando-a, que em tese, correria um risco, a liberdade de interpretação, isto é, por não positivar a fraternidade sua compreensão poderia acarretar margens para lados não recomendados. Dessa feita, a negativa por uma codificação fraternal poderia ocasionar uma má interpretação que por consequência poderia ser mal utilizada (FRADE, 2013, p. 34). O que não se pode haver confusão é a relação da positivação da fraternidade com o da liberdade de interpretação de sua conceituação, pois como já referido, para se alcançar uma Sociedade justa, fraterna e sem preconceitos não parece ser interessante se prender a ideologias.

Positivar a fraternidade, considerando-se que teve aspirações de diversas culturas desenvolvidas e sabendo que dificilmente se restringiria a um grupo, etnia ou raça específica, mas sim a uma dimensão universal, em respeito a toda coletividade, esta hipótese não soa

repulsiva (FRADE, 2013, p. 34). Assim sendo, uma ocasional positivação da fraternidade funcionaria como:

[...] um princípio iluminador e humanizante das decisões judiciais. Imaginar a contraposição a essa ideia pode parecer, num primeiro momento, que se está assumindo uma postura contrária à própria humanidade, e conseqüentemente, contra si próprio (FRADE, 2013, p. 34).

Pensar na fraternidade e ao mesmo tempo refleti-la positivada é sem dúvida um dos caminhos a serem enxergados. Claro que essa positivação não poderia estar caracterizada pela rigidez prendendo a um só tempo, deixando, a referida forma legal abrangente da ideia de fraternidade, ultrapassada. De outro modo, a referida positivação deve ser permeada pela qualidade de nortear as decisões judiciais e, possivelmente, orientar todo o ordenamento jurídico e seus construtores do Direito.

Para completar, entende-se que a positivação da fraternidade não pode ocasionar um meio para coação. Ou seja, a norma jurídica não pode ser pensada como uma forma de impor a fraternidade, pelo contrário, deve-se pensá-la como meio de instigar para desenvolver essa fraternidade. Partindo dessa compreensão, que é tido que as normas jurídicas e os institutos jurídicos:

[...] não podem impor a fraternidade, mas podem facilitá-la (em vez de dificultá-la), podem “abrir-lhe as portas” (em vez de as “fechar”). E tem todo o sentido que assim seja, porque a fraternidade é, por um lado, o terreno mais adequado para fazer germinar a própria consciência jurídica, a própria noção dos direitos e deveres recíprocos e a sua efetiva tutela, e, por outro lado, é o horizonte último que, para além do Direito, permite alcançar a plena harmonia social [...] (PATTO, 2013, p. 18).

Mesmo assim, não se presa, hoje, pela urgente criação de uma positivação específica sobre a fraternidade, isto é, a elaboração de um código fraterno, pois além da hermenêutica que já vem sendo utilizada tendo como base o bom sensu e a razoabilidade optada por uma lógica fraternal, o princípio da fraternidade e sua essência se encontram localizados em dispositivos legais e em Preâmbulos Constitucionais (FRADE, 2013, p. 35). A propósito, uma vez encontrada a fraternidade com um excesso de positivação, esta pode ser mal recebida, basta ver a construção excessiva de princípios jurídicos que vem sendo criticada, ou melhor, basta observar a tendência pelo pan-principiologismo⁹.

⁹ Streck (2014, p. 1) sobre o assunto aduz: “[...] venho denunciando de há muito um fenômeno que tomou conta da operacionalidade do direito. Trata-se do pan-principiologismo, verdadeira usina de produção de princípios despídos de normatividade. Há milhares de dissertações de mestrado e teses de doutorado sustentando que “princípios são normas”. Pois bem. Se isso é verdade – e, especialmente a partir de Habermas e Dworkin, pode-se dizer que sim, isso é correto – qual é o sentido normativo, por exemplo, do “princípio” (sic) da confiança no juiz da causa? Ou do princípio da “cooperação processual”? Ou “da afetividade”? E o que dizer dos “princípios” da “proibição do atalhamento constitucional”, da “pacificação e reconciliação nacional”, da “rotatividade”, do

É inegável que Direito e fraternidade é desenvolvido por meio de construtores do Direito, assim, cada um destes podem optar pela construção de um caminho jurídico fraterno, claro, que dentro de suas competências. No caso de magistrados, estes poderão utilizar da responsabilidade de julgar¹⁰, desse modo, essa ação poderá ser permeada desse caminho jurídico fraterno, mas como? Seria por meio de um ativismo judicial?

O ativismo judicial é compreendido como um comportamento por parte de um membro do Poder Judiciário realizando uma conduta não regulamentada seria pensar numa invasão de competência, quer dizer, uma imposição por parte de algum construtor do Direito aos Poderes Executivo e Legislativo de seu ponto de vista. Em suma, é o uso de métodos judiciais por parte de um membro do Poder Judiciário no campo político (FERNANDES, 2012, p. 265). Desse modo, quando o Judiciário ultrapassa suas competências, alcançando a esfera do Legislativo e do Executivo, este se encontra em um fenômeno intitulado de ativismo judicial.

Cabe salientar que

[...] o direito na pós-modernidade abandonou o modelo positivista, que transformava os juízes em meros executores da lei, e passou a exigir uma maior participação do Poder Judiciário como corresponsável pela construção de uma sociedade que, de fato, pretenda alcançar os ideais do Estado de Direito. Sustenta-se que o ativismo judicial é uma ferramenta importante para que se possa extrair o máximo das potencialidades das linhas diretrizes do texto constitucional, privilegiando a busca de soluções mais adequadas para cada caso concreto (POLI, 2013, p. 211).

Com efeito, no universo jurídico já vão se encontrando um fenômeno apelidado de ativismo judicial que busca deixar de lado uma postura positivista e procura encontrar uma postura criadora, ou melhor, alternativista. Observado isto, tende-se ressaltar que esse fenômeno, isto é, o ativismo judicial, pode ser presenciado em decisões pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, esse jurídico contextualizado invadindo a esfera do político com a fundamentação de se alcançar um Estado de Direito é visto com aspectos negativos, por isso parte da doutrina especializada pelo assunto interpreta o ativismo como um fenômeno que não deve ser efetivado.

De forma didática, Dworkin (1999, p. 452) ressalta sobre o ativismo judicial mencionando que:

“dedutivo e do dedutível”, da “proibição do desvio do poder constituinte”, da “parcelaridade”, da “verticalização das ligações partidárias”, da “possibilidade de anulamento” e o “subprincípio da promoção pessoal”? Já não basta a bolha especulativa dos princípios, espécie de subprime do direito, agora começa a fábrica de derivados e derivativos [...]”.

¹⁰ Observa Resta (2004, p. 92) que “[...] o juiz é aquele que goza do poder singular de governar a linguagem. Antes de exercer a autoridade ou força, antes de ter a capacidade de exercer o poder de decisão em nome de uma coletividade, o juiz “decide” (ou seja, *ius dicit*), e o seu dizer é a forma mais exclusiva de poder-saber”.

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. Insiste em que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação, e não por Fiat, querendo com isso dizer que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la [...].

Portanto, um dos diversos aspectos negativos que o ativismo judicial tende a ter é a característica de inovar no Poder Judiciário desrespeitando todo e qualquer texto Constitucional, colocando o magistrado, como no caso ressaltado, como um protagonista político. Note-se o desprestígio com o Poder Legislativo e Executivo e a liberdade que um juiz ativista acarreta, optando por decidir sob um ponto de vista pessoal sem qualquer fundamentação legislativa.

Uma atividade jurídica não é uma atividade política, o ato de um magistrado inovar no Judiciário, não parece ser uma atitude fraterna, mesmo sabendo que os construtores do Direito fraterno se voltam na direção de um bem comum e na construção de uma Sociedade realmente fraterna, estes para buscar essa direção/construção utilizam-se da interpretação da legislação. Neste diapasão, o Judiciário não deve pensar no ativismo judicial como uma ferramenta para a solução dessa crise de representatividade que o Poder Legislativo vem se qualificando, nem tão pouco pensar que Direito e Fraternidade é uma vertente ativista, pois como sabido esta proposta não procura soluções fora da legislação e sim por meio delas.

Mudando um pouco de direção, mas continuando na mesma problemática, entende-se que o Direito sob a dimensão da fraternidade centra-se na humanidade pertencendo a uma única casa, abrangendo e destacando uma perspectiva global de humanidade. No entanto, é sempre primordial sublinhar que,

[...] não é só amando a humanidade que se ama o homem, porém, reciprocamente, é amando o homem que se ama a humanidade. Até porque é muito fácil, muito cômodo, muito conveniente dizer que se ama o sujeito universal que é a humanidade inteira. Difícil, ou melhor, desafiador é amar o sujeito individual que é cada um de nós encarnado e inculpido. Aqui, um ser humano em concreto, visível a olho nu, ao alcance da nossa mão estendida ou do nosso ombro solitário. Ali, não. Ali o que se tem é um abstrato sujeito coletivo [...] (BRITTO, 2010, p. 52-53).

Dispõe, assim, questionar se Direito e Fraternidade atende apenas uma concepção coletiva, pensando sempre no todo. Por certo, a dimensão fraternal do Direito abrange sim uma vertente global, implicando uma preocupação pelo bem comum, trazendo e recordando a ideia do eu você; contudo um Direito intitulado ao lado da fraternidade não pode se restringir única e exclusivamente ao todo, mas, também, a cada humano de forma solitária, ou seja, além de uma dimensão geral se direciona, ainda, a perspectiva individual.

Entender a fraternidade enquanto categoria jurídica é pensa-la como um instrumento de transformação social, dado que quando o sistema jurídico estende-se à fraternidade, ele se qualifica abrangendo uma função pedagógica desenvolvendo de uma mensagem cultural. Nesse caso,

[...] esse sistema deixa de ser impessoal e anônimo e se torna vivo pela ação dos operadores do Direito (magistrados, advogados, funcionários judiciais e prisionais, agentes policiais, mediadores, técnicos de reinserção social, visitantes prisionais voluntários etc.), cada palavra e cada gesto de cada uma dessas pessoas pode ser expressão de fraternidade. Sem descuidar a importância das estruturas, mediante esses gestos e palavras de fraternidade, o Direito pode ser instrumento de transformação social (PATTO, 2013, p. 36).

Direito e Fraternidade oportuniza assim uma transformação, tanto jurídica quanto social, não só na dimensão de sua expressão reguladora, mas por meio de todos os seus construtores. Ademais, o sistema jurídico pode incentivá-la, contudo, quem a coloca em prática e a efetiva, demonstrando o que Direito e Fraternidade em si é, são os que constroem o Direito, desde um simples funcionário do ordenamento jurídico a um Ministro da Suprema Corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação havia como propósito, de modo crítica, reflexiva e humanística, realizar a constatação do princípio da fraternidade como categoria jurídica. De fato, esse escopo precípua foi ofertado com êxito, sendo que mesmo a fraternidade se apresentando como uma autêntica categoria religiosa pode ser observada como categoria política e jurídica.

Em razão disso, a presente pesquisa partiu expondo a fraternidade enquanto categoria religiosa, categoria essa, considerada por diversos doutrinadores; por outro lado, se abordou como categoria política, ressaltando que enquanto a liberdade e a igualdade, dois outros princípios axiológicos da Revolução Francesa, houve um destaque e uma construção jurídica e política, a fraternidade fora esquecida. Logo, para envolver a fraternidade em um viés real, retratou que ela está sendo desenvolvida em diversos eventos jurídicos nacionais e internacionais.

Enfim, a fraternidade no Direito, se apresenta buscando uma transformação tanto no mundo jurídico como no universo social. E de fato, o Direito já pode ser observado ao lado da fraternidade, ou melhor, esse princípio esquecido oportunamente pode ser apresentado como categoria jurídica.

REFERÊNCIAS

BAGGIO, Antonio Maria. A redescoberta da fraternidade na época do “terceiro 1789”. In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O Princípio Esquecido/1**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CODA, Piero. Por uma fundamentação teológica da categoria política da fraternidade. In: Baggio, Antonio Maria (org.); tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. **O princípio esquecido/1**: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

CORTELLA, Mario Sergio. Política é cidadania. Disponível em: http://www2.uol.com.br/aprendiz/n_revistas/revista_educacao/junho02/panoramica.htm. Acesso em: 28/05/2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. **Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012.

FRADE, Amarah Farage. **Constituição e Fraternidade**: Cultura, Doutrina e Jurisprudência de um novo Paradigma Constitucional. Dissertação de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, Porto, 2013.

GORIA, Fausto. *Riflessioni su fraternità e diritto*. In: CASO, Giovanni [et. alli.]. **Relazionalità nel Diritto: quale spazio per la fraternità?** Atti del Convegno Castelgandolfo, 18-20 novembre, 2005.

MORIN, Edgar. **O método 6**: ética. 3ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de; VERONESE, Josiane Rose Petry. Direito e Fraternidade no âmbito acadêmico: a experiência do Núcleo de Pesquisa Direito e Fraternidade do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FULAN, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [et alii.] (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. In: Baggio, Antonio Maria (org.); tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

PIERRE, Luiz Antonio de Araujo; CERQUEIRA, Maria do Rosário F.; CURY, Munir; FULAN, Vanessa R. (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

POLI, Luciana Costa. O ativismo judicial como ferramenta de implementação do princípio da sustentabilidade. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 210 -230, jul./dez. de 2013.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; POZZOLI, Lafayette. O princípio constitucional da liberdade e a função promocional do direito. In: SANTOS, Iveraldo; POZZOLI, Lafayette (org.). **Direitos Humanos e Fundamentais e doutrina social**. Birigui, SP: Boreal, 2012.

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

ROPELATO, Daniela. Notas sobre participação e fraternidade. In: Baggio, Antonio Maria (org.); tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. **O princípio esquecido/1: A fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O Pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 173, 2014.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (org.). **O princípio esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade política**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2009.

_____. A fraternidade como categoria (cosmo)política. In: LOPES, Paulo Muniz (org.). **A fraternidade em debates**: percurso de estudos na América Latina. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2012.

VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria B. Aguiar de (org.). **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.