

# A aplicação do princípio da fraternidade para um direito penal brasileiro mais humano

Mateus Hösel Portela\*

Matheus Fontella Goulart\*\*

## Introdução

A presente pesquisa é decorrente dos estudos e pesquisas realizadas no grupo DICIFRA – Direito, Cidadania e Fraternidade, do curso de Direito da Universidade Federal do Pampa, campus Santana do Livramento, de responsabilidade da professora Dr<sup>a</sup>. Deisemara Turatti Langoski. O estudo consiste em analisar o Direito Penal e Processual Penal brasileiros sob a ótica da fraternidade e a sua (não) aplicação no ordenamento jurídico. Especificamente, concatenar os três pilares da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade sob o olhar criminal; identificar o perfil carcerário brasileiro; e demonstrar que o sistema penal brasileiro é extremamente seletivo e discriminatório.

O estudo desenvolveu-se através da abordagem qualitativa e método exploratório e dedutivo, por meio de uma análise das legislações penais brasileiras. Bem como, buscando compreender historicamente o surgimento do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico. Para, conseqüentemente, analisar quais são as conseqüências e efeitos de sua aplicação (ou não aplicação) fraterna do Direito Penal e Processual Penal, no âmbito brasileiro.

Desse modo, o estudo justifica-se a partir de uma necessidade emergente de problematizar este cenário social que marginaliza uma grande parcela da sociedade e, principalmente, expõe-os a uma “justiça” ineficaz, punitivista e não fraterna para com o outro. Compulsando banco de dados, constatou-se uma vasta quantidade de estudos que analisam o sistema prisional brasileiro, o ordenamento jurídico e a celeridade processual penal. Contudo, verificou-se uma lacuna neste campo, pois há uma

---

\* Graduando em Direito na Universidade Federal do Pampa, campus Santana do Livramento.  
E-mail: mhoselp@hotmail.com

\*\* Mestrando em Administração e Graduando em Direito na Universidade Federal do Pampa, campus Santana do Livramento.  
E-mail: matheusfontella01@gmail.com

inexistência de pesquisas que concatenam tais temas, sob a luz do princípio basilar da fraternidade.

## O princípio da fraternidade

Conceituar Fraternidade, sob perspectiva jurídico-política, não é tarefa fácil. Isso se deve, em grande parte, às influências teleológicas que o termo e o sentido trouxeram, o que lhe diminuiu o rigor científico. Porém, apesar dessa dificuldade, a palavra Fraternidade é considerada como sendo plurissignificativa, sendo essencial também às demais ciências, principalmente ao Direito.

A origem do termo Fraternidade possui sua etimologia no Latim, em que *frater* significa irmão. Desse modo, Giuseppe Tosi (2011) conceitua a fraternidade como sendo um vínculo de sangue, que liga uma família, ou uma família mais extensa, como um clã, uma vizinhança, ou até mesmo um bairro. Esse era o sentido dado pelos filósofos como Epicuro, que trouxe a ideia de Fraternidade pautada em laços de amizade, onde há relações de confiança em âmbito comunitário.

Do ponto de vista religioso, a religião cristã foi a que desempenhou, ao longo da história, papel importante na conceituação da Fraternidade. Segundo Piero Coda (2008), no Novo Testamento, os termos *adelphós* (irmão), *adelphótes* (fraternidade), *philadelphia* (amor fraterno) eram usualmente utilizados, sendo o primeiro, inclusive, usado pelos discípulos de Cristo para se denominarem.

Na perspectiva jurídico-política, de acordo Geralda Magella de Faria Rossetto (2013, p. 77), foi durante a Revolução Francesa, com seus ideais *Liberté, Egalité, Fraternité*, que a Fraternidade “[...] assume a sua conotação política e suas diversas orientações que a partir daí começa a estabelecer na cena da sociedade aberta”. Nesse momento, a Fraternidade ganhou categoria de princípio, traduzindo-se, em sua essência, em integração, participação e comprometimento de todos.

A Fraternidade, como afirma Antonio Maria Baggio (2008), vai além dos dogmas estabelecidos, uma vez que responsabiliza cada pessoa, uma pela outra, até atingir toda a comunidade, promovendo a busca de soluções e a proteção de todos, com base na efetivação dos direitos humanos, em suas três dimensões, liberdade, igualdade e fraternidade, esta última de titularidade coletiva.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao recepcionar os Direitos Humanos, não considerou expressamente a Fraternidade como princípio fundamental. Trouxe-a apenas em seu preâmbulo que, ao ser instituído o Estado Democrático, assegurou-se 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” (BRASIL, 1988).

Portanto, “[...] o texto constitucional não cria uma sociedade fraterna, mas reconhece a fraternidade como uma dimensão ética e valorativa a ser buscada no solo fértil de um Estado de Direito” (VIEIRA; CAMARGO, 2013, p. 124).

Conforme explicita Sonilde K. Lazzarin (2015, p. 92),

[...] enquanto a liberdade e igualdade conheceram uma evolução que as elevou a autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem como princípios constitucionais e também como ideias-força de movimentos políticos, a fraternidade viveu um percurso de um rio subterrâneo, mantendo-se o pensamento democrático a respeito da fraternidade em silêncio.

## O princípio da fraternidade no âmbito penal

O Direito Penal atua de forma preventiva, prescrevendo bens e direitos mais relevantes, permitindo que os indivíduos conheçam a norma, evitando que as desrespeitem por receio de serem punidos. Posteriormente, caso as normas penais sejam desrespeitadas, surge ao Estado o direito de punir tais indivíduos (*ius puniendi*). Porém, esse direito de punir deve respeitar as garantias fundamentais pertencentes aos cidadãos, mesmo com aqueles que agem de forma contrária ao ordenamento jurídico (MACHADO; GUIMARÃES, 2020).

Conforme Fragoso (2004, p. 04),

A função básica do Direito Penal é a defesa social. Ela se realiza através da chamada tutela jurídica: mecanismo com o qual se ameaça com uma sanção jurídica (no caso, a pena criminal) a transgressão de um preceito, formulado para evitar dano ou perigo a um valor da vida social (bem jurídico). Procura-se assim uma defesa que opera através da ameaça penal a todos os destinatários da norma, bem como pela efetiva aplicação da pena ao transgressor e por sua execução.

Assim como não se vê expressamente o Princípio da Fraternidade na Constituição Federal, nas demais áreas do direito não é diferente. Inclusive, no Direito Penal, tal afirmativa também encontra amparo. Apesar de os dois primeiros pilares da Revolução

Francesa, Liberdade e Igualdade, possuem letra expressa no Código Penal de 1940, a Fraternidade foi deixada de lado.

O Direito Penal é considerado a *ultima ratio*. Isto quer dizer que esta área do Direito só irá intervir em um conflito, quando os outros ramos não forem suficientes para resolver o litígio. Desse modo, direitos tão caros ao Direito Penal, como a Igualdade e a Liberdade, consideram-se vazios sem o último pilar, a Fraternidade (BAGGIO, 2008, p. 53).

Como bem ensina Mercedes García Arán (1997, p. 36), “[...] o direito penal deve conseguir a tutela da paz social obtendo o respeito à lei e aos direitos dos demais, mas sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade”.

Por ser o último instrumento utilizado pelo Estado para punir o indivíduo, a liberdade deste é a regra, sendo a exceção, a privação de sua liberdade. A tutela da liberdade envolve o direito de ir e vir do indivíduo (locomoção).

Por outro lado, Alessandro Baratta (2002, p. 162) aponta que a igualdade, no âmbito penal, resume-se em:

[...] a) o direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais e violadores de normas penalmente sancionadas têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas consequências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).

Contudo, apesar de não encontrar letra expressa no Código Penal, a Fraternidade está cada vez mais ganhando espaço, tanto pelos pensadores e pesquisadores da área, quanto em julgados e jurisprudências dos tribunais superiores.

É o caso do *Habeas Corpus* nº 403.473 - SP (2017/0140876-4), do Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, que fundamentou seu voto utilizando o Princípio da Fraternidade como norte. *In verbis*:

[...] O regime jurídico da prisão domiciliar, especialmente no que diz respeito à proteção da integridade física e emocional da gestante e dos filhos menores de 12 anos, e as inovações trazidas pela Lei nº 13.257/2016 decorrem,

indiscutivelmente, do **resgate constitucional do princípio da fraternidade** (Constituição Federal: preâmbulo e art. 3º) [...].

(STJ - HC: 403473 SP 2017/0140876-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 10/10/2017, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/10/2017) (grifo nosso).

## População carcerária brasileira e a seletividade penal

Para que haja a segurança da vida em sociedade, o Estado possui a legitimidade para punir aqueles indivíduos praticantes de determinadas infrações prescritas em lei, e que são considerados perigosos, que põem em risco o equilíbrio e a ordem. Para isso, o Estado restringe a liberdade destes indivíduos por meio de seu encarceramento, reintegrando-os socialmente e controlando, assim, a criminalidade. Porém, apesar de na teoria ser um instrumento eficaz, na prática isto não ocorre, uma vez que a prisão cumpre finalidades incompatíveis com as propostas estabelecidas (DE OLIVEIRA, 2007).

A ressocialização do apenado, através do cumprimento de penas privativas de liberdade, está regulamentado na Lei nº 7.210/84 - Lei de Execuções Penais (LEP) e disciplinado na CF/88 e no CP/40. Entretanto, há uma enorme distância entre as disposições contidas na lei e a realidade (DE OLIVEIRA, 2007).

Isso porque, o sistema penal brasileiro, como em todas as áreas, é discriminatório, pois rotula e elege indivíduos potencialmente perigosos através de uma seletividade penal (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2000).

Para Baratta (2002), ao contrário do que se pensa, o direito penal não defende a todos igualmente, bem como não é utilizado apenas contra ofensas a bens essenciais, ele pune de modo fragmentário e de maneira desigual. O status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos, uma vez que o direito penal não é menos desigual do que os outros ramos do direito. Desse modo, o direito é desigual por excelência.

Conforme lecionam Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 77): “[...] o sistema penal é extremamente seletivo no combate ao crime. Desde a elaboração de normas proibitivas de condutas, até a punição judicial de criminosos, há uma perversa seleção de agentes que irão sofrer a efetivação da sanção penal”.

Apesar do princípio da igualdade ter letra expressa, na prática do sistema penal, tal princípio não é utilizado com muito afinco. Indivíduos são tratados de forma diferente apenas considerando seus *status* na sociedade. Apenas para exemplificar, quando dois indivíduos de classes sociais distintas cometem um mesmo delito, são

julgados, tanto pela sociedade como pelo judiciário, de formas diferentes. Isto é o que se denomina de seletividade penal.

“Assim, as características do sistema penal o tornam ilegítimo, face ao tratamento desigual que confere aos membros da sociedade, além de servir como instrumento de controle social seletivo e discriminatório” (FERNANDES; PELLEZ; BASTIANI, 2017, p. 174).

A sociedade é a maior perpetuadora desta seletividade penal, na medida em que elege o perfil criminoso por meio de um processo de criminalização, o que, por consequência, faz surgir a supressão de direitos, liberdades e garantias constitucionais. A classe dominante da sociedade é a que reprime institucionalmente, sustentando um sentimento de raiva, medo ou vingança, àqueles que já são vitimados pela segregação ou exclusão social (FERNANDES; PELLEZ; BASTIANI, 2017).

Atualmente no Brasil, o sistema carcerário se mostra totalmente desconexo com a realidade do país, mas em consonância com o Direito Penal discriminatório. Conforme dados do Infopen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias), em dezembro de 2016, a população carcerária brasileira era de 722.120 (setecentos e vinte e dois mil, cento e vinte) indivíduos privados de liberdade, composta por maioria de cor preta e parda (63,57%) em comparação com indivíduos de cor branca (35,23%).

Segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua), divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no ano de 2016, o mesmo do analisado anteriormente, a população brasileira era de 205.511.000 indivíduos. Destes, 112.745.000 eram de etnia preta e parda, representando 54,86%, sendo que a população de indivíduos de etnia branca era de 90.918.000 (44,24%).

Portanto, o sistema carcerário brasileiro mostra-se totalmente discriminatório, uma vez que a população preta e parda que se encontra presa, é muito superior que a população brasileira, analisando-se estas mesmas etnias. Isto porque estes indivíduos são marginalizados, não possuem as mesmas condições que os demais, vivem em locais em que a criminalidade é algo presente diariamente, possuem nível de instrução muito inferior, e muitas vezes não tem o mesmo acesso à justiça, e por estes motivos, são julgados de modo diverso e de modo desigual com relação aos indivíduos de pele branca.

Günther Jakobs (2010) nomeou este sistema discriminatório de Teoria do Direito Penal do Inimigo. Nela, existem dois tipos de indivíduos que transgridem a norma penal: os que reconhecem o sistema jurídico penal, e, portanto, são considerados cidadãos e sujeitos de direitos; e os que não reconhecem o sistema jurídico positivado e são

tratados como inimigos, perdendo o papel de detentores de direitos e deveres inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Mesmo que o ordenamento jurídico vigente não adote formalmente tais conceitos para a elaboração e aplicação das leis penais, percebe-se que na prática é o que acontece. Existe a construção social de um “[...] inimigo identificável, culpável e que já povoa o imaginário social de forma estigmatizada e carregada de preconceitos” (BRANDÃO, 2019, p. 297), que possui classe, cor e nível de instrução.

Desse modo, como leciona Zaffaroni (2001, p. 27), “[...] o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere, e sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, por setores vulneráveis [...]”. Entende-se por setores vulneráveis aqueles que são objeto do presente estudo: indivíduos de cor preta e parda, marginalizados, moradores de periferia e com nível de instrução abaixo do recomendado.

## Considerações finais

Após esta análise teórica e documental, notoriamente percebe-se a falência deste sistema, não somente no que se refere a questões materiais, bem como sociais, estruturais e culturais. Atualmente, vive-se em um país em que o sistema judiciário e os operadores do direito são majoritariamente hegemônicos e que possuem uma hermenêutica jurídica muito alinhada com os seus princípios e valores. Todavia, insta salientar a recorrente “justiça justa e igualitária” que tanto frisa-se no direito posto brasileiro, pois para que haja tal justiça, não se deve apenas aplicar a lei a todos sem distinção, mas compreender as diferenças e aplicar o que é proporcional, corroborando assim, com a essência do princípio da fraternidade.

Ademais, a população em geral possui vital relevância neste cenário, pois além do falho ordenamento jurídico, a sociedade, de modo geral, tende a agir de forma conservadora e punitivista, perpetuando a segregação social. Quiçá, a sociedade, muito por não compreender o princípio da fraternidade, clama por justiça de forma errônea, sem compreender os aspectos além da materialidade. Não obstante, tais práticas sociais vão ao encontro da empatia, solidariedade e entre outros, pois paralelo ao transcorrer processual, muitas das vezes em que os então réus aguardam em liberdade, a sociedade já estigmatizou, condenou e segregou, desconsiderando completamente o princípio da presunção de inocência.

Por fim, preocupa-se quando tais comportamentos sociais se somam ao conservadorismo judiciário e a morosidade processual, pois dilacera a dignidade da

pessoa humana. Visando contribuições futuras, o presente estudo traz a necessidade de elencar e quantificar posicionamentos jurisprudenciais sobre a aplicação da lei levando em consideração a raça, classe econômica e escolaridade, e comparar o período temporal desde a instalação do inquérito até o trânsito em julgado dos casos, para assim, mensurar o quão discriminatório e não fraterno é o Direito Penal brasileiro.

## Referências

ARÁN, M. García. **Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995**. 1997.

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

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BRANDÃO, Quezia. A seletividade do sistema penal no estado democrático brasileiro: a população negra, um Direito Penal do Inimigo e a cidadania mínima – o caso Rafael Braga. In: CHINCHILLA, Laura (Coord.); PEREIRA, Wagner Pinheiro; LUGO, Carlos (Org.). **Democracia, liderança e cidadania na América Latina**. São Paulo: Edusp, 2019. p. 291-312.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 403.473 - SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, DF, 22 jun. 2017. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73745650&num\\_registro=201701408764&data=20170622&tipo=0](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=73745650&num_registro=201701408764&data=20170622&tipo=0)>. Acesso em: 14 jan. 2022.

DE OLIVEIRA, Hilderline Câmara. **A falência da política carcerária brasileira**. 2007. Disponível em: <<http://www.joinpp2013.ufma.br/jornadas/joinppIII/html/Trabalhos/EixoTematicoF/7747d19a7e9a8726e4faHilderline.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2021.

FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino; PELLENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. **Fraternidade como alternativa à seletividade do Direito Penal**. Florianópolis: Sequência, 2017.

FRAGOSO, Heleno Glauco. Lições de direito penal: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo / terroristas como pessoas de direito? In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (Org. e Trad.). **Direito Penal do Inimigo**: noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

LAZZARIN, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**, v. 41, n. 1, p. 92-99, 2015. Disponível em: <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/fadir/article/view/19975>>. Acesso em: 18 dez. 2021.

MACHADO, Linia Dayana Lopes; GUIMARÃES, Rejane Silva. Direito penal no contexto da sociedade de risco: um desafio da pós-modernidade. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 1-16, jan/jun, 2017. Disponível em:

Direitos Humanos, Fraternidade e Justiça Social na Sociedade em Rede

*A aplicação do princípio da fraternidade para um direito penal brasileiro mais humano*

DOI: 10.23899/9786589284284.12

<<https://www.indexlaw.org/index.php/direitopenal/article/view/1933/pdf>>. Acesso em: 17 dez. 2021.

VIEIRA, Cláudia Maria Carvalho do Amaral; CAMARGO, Lucas Amaral Cunha. A construção de uma sociedade fraterna como interesse tutelado pelo Direito. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **Direito e Fraternidade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.