XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

BENEDITO CEREZZO PEREIRA FILHO

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito internacional dos direitos humanos I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Benedito Cerezzo Pereira Filho; Maria Creusa De Araújo Borges; Valéria Silva Galdino Cardin - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-433-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Proteção. 4. Direito Fundamental. XXVI EncontroNacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil

XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS I

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI - realizado na cidade de Brasília/DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, mais uma vez apresentou ótimos trabalhos científicos, com abordagem a vários temas não só controvertidos, mas também inéditos, demonstrando a realização de uma investigação científica profícua na seara jurídica.

Ressalte-se que o grupo de trabalho de Direito Internacional dos Direitos Humanos trouxe à tona inúmeros problemas que merecem ser continuamente discutidos para que alcancem um entendimento vocacionado a permitir a realização de técnicas adequadas capazes de permitir o integral respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

É com grande satisfação que registramos a nossa participação como presidente da mesa de trabalhos, compartilhada com os professores doutores Benedito Cerezzo Filho e Maria Creuza de A. Borges, pesquisadores da área, que muito contribuíram nos debates realizados durante a apresentação dos artigos científicos.

Saliente-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, porque, além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas em nível de pós graduação, demonstrando assim o que tem sido realizado de melhor na investigação científica nos programas de pós-graduação em nosso país.

Por fim, denota-se que os trabalhos apresentados neste Congresso não só refletem a preocupação com as mazelas que acometem a sociedade, mas apontam soluções ou, ao menos, provocam a discussão, o que é importantíssimo, pois contribuem de forma efetiva na proteção dos direitos da personalidade e dos direitos humanos, com ênfase à proteção integral ao direito fundamental de garantia de uma tutela efetiva à dignidade daqueles que integram a sociedade.

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM/UNICESUMAR

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho - USP

Profa. Dra. Maria Creuza de Araújo Borges - UFPB

O ESTADO FRATERNAL COMO UM ESTADO ACOLHEDOR: A QUESTÃO DOS REFUGIADOS

THE FRATERNAL STATE AS A RECEPTIVE STATE: THE QUESTION OF REFUGEES

Bricio Luis Da Anunciacao Melo [1]

Resumo

A fraternidade, direito humano fundamental, passou a ser encarada não apenas como uma utopia, mas, partindo de uma perspectiva de Constitucionalização de Direitos, passou-se a reconhecê-la como valor irradiado por todo o ordenamento jurídico, de modo a vincular relações interpessoais e entre Estado - indivíduo. Assim, a dignidade da pessoa humana substancial passa pela concretização da fraternidade como valor que rege a vida na comunidade. Ante o imperativo de sermos fraternos e o caráter universal da fraternidade, há o dever de receber refugiados em nosso ordenamento jurídico, constituindo, assim, um Estado Fraternal e acolhedor.

Palavras-chave: Estado fraternal, Fraternidade, Refugiados, Dignidade da pessoa humana, Constitucionalização de direitos

Abstract/Resumen/Résumé

Fraternity, a human right, came to be seen not only as a utopia but, starting from a perspective of Constitutionalisation of Rights, it began to recognize it as a value radiated throughout the legal system, in order to link interpersonal relations and between State - individual. Thus, the dignity of the substantial human person passes through the realization of fraternity as a value that governs life in the community. Given the need to be fraternal and the universal character of the fraternity, there is a duty to receive refugees in our legal system, thus constituting a Fraternal and receptive State.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fraternal state, Fraternity, Refugees, Dignity of human person, Constitutionalisation of rights

[1] Mestrando em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe. Pós-graduado em Direito Tributário pela UNISUL. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.

1. Introdução

Ao ser humano hoje são conferidos direitos inerentes à sua natureza, de modo a ser reconhecida uma dignidade imanente ao homem pela simples razão de sua existência. Assim, a dignidade da pessoa humana permeou a construção dos direitos humanos, hoje não apenas reconhecidos em âmbito internacional, como no ornamento jurídico pátrio por meio dos direitos fundamentais.

No processo histórico de construção e consolidação de tais direitos, reconheceu-se a existência da fraternidade como direito humano fundamental, de modo a reger as relações interpessoais. Colima-se a construção de uma sociedade fraterna, em que o indivíduo enxergue em seu semelhante um outro eu, a fim de promover uma harmonização na sociedade.

Entretanto, ao mesmo tempo em que se vislumbra o reconhecimento da fraternidade como direito humano, constata-se que nem sempre as pessoas são tratadas de modo fraterno, como se dá no caso dos refugiados. Inúmeros países, inclusive o Brasil, não se sentem aptos a acolher uma multidão de refugiados sírios, desesperados ao fugir de uma guerra civil. Nesse caso, prepondera o aspecto econômico e deixa-se de lado a fraternidade que deve reger as relações sociais.

O presente texto tem por escopo demonstrar que é dever constitucional receber os refugiados em nosso país. Isso decorre do valor fraternidade insculpido no Preâmbulo de nossa Constituição Federal.

Com tal desiderato, far-se-á uma análise da evolução histórica do reconhecimento do homem como sujeito de dignidade até se alcançar a fraternidade como direito reconhecido internacionalmente e em nossa Constituição Federal. Com base na Constitucionalização de Direitos, sustentar-se-á que a fraternidade é um valor irradiado por todo o ordenamento jurídico que rege não apenas as relações intersubjetivas, como também a relação Estado – indivíduo, ainda que de outra nacionalidade. Com lastro nesse marco teórico, tratar-se-á do dever de acolhida do refugiado em nosso ordenamento jurídico.

2. Do humanismo à fraternidade

A ideia de que o homem é um ser sujeito de direitos, dotado de dignidade e valor *de per si*, não surgiu de pronto na história. Forjou-se ao longo da civilização até atingir o

atual estágio, em que os direitos fundamentais encontram positivados nas Constituições, não apenas como forma de proteção dos mesmos, mas para garantir sua máxima efetividade.

O conceito de dignidade da pessoa humana, que permeia a construção dos direitos humanos, deveu-se, em grande parte ao Cristianismo. Para os gregos, o homem, muito mais do que portador de uma dignidade imanente à sua natureza, apenas possui valor no serviço ao Estado. Nesse sentido, são precisas as lições de Antonio Carlos Wolkmer:

> Na Antiguidade, sendo o destino do homem imanente, desconsiderava-se a noção de um Direito inato, oriundo da natureza e da dignidade do próprio homem, bem como a estrutura sociopolítica da época não concebia direitos individuais e personalísticos (WOLKMER, 2005, p. 2)

Ausente a concepção de dignidade do homem, havia apenas uma noção de direito cósmico que regia os homens em seu dever perante o Estado e a sociedade. Dessa forma, muito embora tenham os gregos sedimentado os fundamentos do pensamento humanístico, não dilapidaram a ideia a ponto de se chegar a direitos inerentes à condição humana. O direito invocado por Antígona face o édito de Creonte (SÓFOCLES, 2005, p. 30) não era um direito humano, mas sim cósmico, que se contrapunha às leis humanas arbitrárias e desarrazoadas.

O Cristianismo conferiu impulso relevante para o reconhecimento de que o homem é dotado de uma dignidade imanente, inalienável, e que merece proteção especial. Ora, se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus e se o Criador enviou seu Filho para redimir a humanidade, o homem passa a ser encarado como possuidor de um valor inestimável. Passam-se a reconhecer ao homem direitos pela simples razão de sua existência.

Essa concepção de direitos inerentes ao homem – direitos humanos – afastou-se de sua origem teológica e, com a Idade Moderna, passou a assumir uma feição realmente antropocêntrica. O valor espiritual conferido a cada ser humano – a concepção de alma – foi dotado de tutela jurídica, surgindo, assim, a dignidade da pessoa humana. Esse processo culminou com o reconhecimento de direitos que, por resultarem da natureza humana, preexistem ao próprio Estado, revelando, assim, a característica que confere legitimação ao próprio Estado: uma instituição forjada para garantir os direitos básicos aos cidadãos. Nesse sentido, colaciono lição de Gilmar Ferreira Mendes sobre os Direitos Humanos:

> (...) quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres

> perante o Estado, e que os direitos que o Estado tem em relação aos indivíduos se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. (MENDES, 2011, p.155)

A consequência do reconhecimento de valor ao indivíduo, que passou a ser dotado de uma dignidade a ele imanente, foi conferir ao homem direitos diversos, tais como liberdade, vida, igualdade, intimidade, dentre inúmeros outros. A dignidade da pessoa humana materializa-se, portanto, na concessão de tais direitos. O homem assume apenas seu aspecto humano ao ser investido de tais direitos a ele inerentes.

Os direitos acima mencionados não foram conferidos, à uma, ao indivíduo, mas resultaram de uma construção histórica e paulatina, de modo a se reconhecer um caráter geracional aos mesmos. Em 1979, Karel Vasak propôs no Instituto Internacional de Direitos do Homem de Estrasburgo uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos humanos (SAMPAIO, 2010, p. 241). Na ocasião, ele apresentou três ondas geracionais de direitos humanos, consoante a marca predominante dos eventos históricos e das inspirações axiológicas a que eles deram identidade: liberdade, igualdade e fraternidade.

Interessante notar que foram utilizados os lemas da Revolução Francesa: *liberté, égalité, fraternité* para representar as gerações de direito. Quanto ao tema, Antonio Maria Baggio leciona que os lemas clássicos da Revolução não eram oficiais e apenas viriam a sê-lo em 1848, com a República Revolucionária. Após um período de esquecimento, encontraram seu lugar definitivo em 1946, quando positivados no artigo segundo da Constituição Francesa. (TACCA, 2015, p. 55)

Hoje se constata que não há, verdadeiramente, gerações de direitos, mas sim dimensões, uma vez que os direitos reconhecidos anteriormente somam-se aos novos direitos, ampliando-se a gama de proteção conferida ao indivíduo. Assim, os direitos não se sucedem, mas se somam, o que evidencia o caráter de dimensão atribuída aos direitos reconhecidos.

Desta forma, os direitos de primeira dimensão decorrem das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, constituindo os direitos de liberdade. Eles se fundam na separação entre Estado e sociedade, assegurando uma esfera de autonomia individual para os exercícios das mais diversas liberdades do indivíduo. Garantem-se o direito à vida, integridade física, liberdade de contratar, direito de propriedade, dentre outros.

O reconhecimento de tais direitos decorreu de um crescente reconhecimento de séculos de abuso por parte do Estado Absolutista. Ele era visto como algo a ser contido para o exercício pleno de liberdades por parte do indivíduo. Nesse contexto, foi conferida uma

ampla gama de liberdades para o indivíduo livremente realizar suas escolhas sem a interferência estatal. Nesse sentido, Anderson Schreiber leciona com maestria:

> (...), na aurora da Idade Contemporânea, o homem se viu livre, talvez ais livre do que jamais tivesse sido na história das civilizações. A exasperação da dicotomia entre o direito público e o direito privado criava um espaço de autonomia para a livre realização da vontade dos particulares, que podiam reger suas vidas sem a intromissão do Estado. O monstruoso Leviatã parecia, enfim, domado. No campo das relações privadas, cada indivíduo tinha liberdade para fazer tudo aquilo que não prejudicasse o próximo. Acreditava-se, então, que, deixados livres para perseguir sua própria felicidade, os homens alcançariam o máximo bem comum. (SCHREIBER, 2011, p. 3)

Infelizmente não foi o que ocorreu. O homem, dotado de plena liberdade, não a utilizou em prol do bem do outro a ele semelhante, mas de si mesmo. Com a Revolução Industrial, a situação se degradou: o indivíduo, utilizando-se da liberdade conferida, impunha ao outro condições subumanas de trabalho, com jornadas extenuantes e ínfimos salários. Sob o pálio da liberdade, o homem passou a cometer atrocidades, tudo em um ambiente a salvo de qualquer interferência do Estado.

Nesse contexto, surgem os direitos de segunda dimensão, os direitos de igualdade. Direitos sociais, econômicos e culturais, de base social, que são dirigidos face o Estado. O pensamento jurídico afastou-se do absenteísmo estatal, migrando para um Estado promotor de igualdades, por meio da criação ou ampliação de serviços públicos. Reconhecem-se os direitos à educação, do trabalho, proteção à maternidade e infância, dentre outros.

Entretanto, mesmo com o reconhecimento de tais direitos, o homem presenciou os horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial. A exploração ainda persistia, mas não direcionada apenas à classe dos trabalhadores. Países e toda uma população que neles habitavam eram explorados para enriquecer as metrópoles, na medida em que os homens habitantes daquelas colônias não eram vistos como irmãos – iguais – mas sim como meio de enriquecimento e crescimento econômico.

Eis que surge essa terceira dimensão, constituindo os direitos de fraternidade ou solidariedade, que são de titularidade difusa. Diferentemente das primeiras dimensões, que trataram de direitos individuais por excelência, a terceira apresentou os direitos coletivos e difusos. Afastou-se de uma titularidade focada apenas no ser humano individualmente considerado, de modo a reconhecer direitos à nação, coletividades étnica e regional e, até mesmo, à humanidade. (ANJOS FILHO, 2013, p. 121). Reconheceu-se o

direito à paz, à autodeterminação, ao desenvolvimento sustentável, ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros. A questão do desenvolvimento torna-se tão presente que se chega a considerar o direito ao desenvolvimento como um direito síntese dessa dimensão.

O ser humano passa a enxergar o outro como seu fraterno – irmão, um indivíduo dotado de dignidade. Assim, a fraternidade foi alçada como bandeira desta dimensão de direitos, de modo a firmar a *"ideia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um concerto universal com vistas a manter as condições de habitualidade planetária para as presentes e futuras gerações."* (SAMPAIO, 2010, p. 274)

A fraternidade não teve o mesmo tratamento dispensado na história à liberdade e igualdade, tendo permanecido esquecida por um bom tempo após a Revolução Francesa. Essa redescoberta da fraternidade pode contribuir para a resolução de conflitos hoje existente na sociedade contemporânea e, assim, melhorar a convivência dos indivíduos. Isso ocorre porque a fraternidade exprime o dever de dignidade e igualdade entre todos os homens (TACCA, 2015, p. 55)

Fraternidade vem de fraterno. É substantivo feminino que tem quatro significados: a) laço de parentesco entre irmãos, irmandade; b) união, afeto de irmão para irmão; c) amor ao próximo, fraternização; d) harmonia e união entre aqueles que vivem em proximidade ou lutam pela mesma causa, fraternização (HOUAISS, 2016). Com efeito, depreende-se que fraternidade refere-se ao bom e harmônico convívio dos membros em uma comunidade. É viver como irmãos.

Quanto ao tema da fraternidade, importante a contribuição do Professor Eligio Resta em sua construção. Para ele, a fraternidade, ausente a perspectiva religiosa ou carga moral, deve constituir um meio de convivência harmônica no seio da comunidade. Para isso, o indivíduo deve se colocar no lugar do outro, enxergando-o como um outro eu. No dizer do Professor Resta, muito bem sintetizado por Janaína Machado Sturza:

> É um direito que se estrutura fundamentalmente, nos aspectos destacados pelo próprio conceito de fraternidade, pois (...) ele é jurado em conjunto por irmãos, homens e mulheres, que convencionam juntos as regras mínimas de convivência. (STURZA, 2014, p7)

Assim, a concretização da dignidade da pessoa humana, valor máximo e fundamental dos Direitos Humanos, apenas ocorrerá no seio de uma sociedade fraternal, em que há o respeito ao próximo e convivência harmônica entre seus membros. Acerca da íntima ligação entre dignidade da pessoa humana e fraternidade, Débora Bonat é precisa:

> A busca por essa felicidade e a existência de uma igualdade material, a partir da qual seja possível a integração fraterna entre os homens e entre estes e o Estado, personifica o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, a qual passará assim a ter papel de destaque nas relações sociais estatais, ocupando a posição central dos direitos. (WOLKMER, 2005, p. 167)

É o mesmo entendimento compartilhado por Carlos Augusto Alcântara Machado que, com maestria, sintetiza o pensamento ora construído:

> (...) a justiça é valor supremo de uma sociedade fraterna. Fraterna, porque humanista; fraterna, pois solidária; fraterna porquanto comprometida com a garantia da dignidade da pessoa humana. (MACHADO, 2013, p. 78)

Com efeito, não há uma dignidade humana substancial quando desprovida de relações fraternas entre os homens.

3. Da fraternidade como valor constitucional

No processo de reconhecimento e positivação dos Direitos Humanos, imperioso mencionar a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a qual reconheceu, dentre inúmeros direitos, a fraternidade como direito fundamental do ser humano ao declarar, em seu artigo 1 que, *"todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade"*.

Esses direitos da pessoa humana, quando acolhidos na ordem interna do estado soberano, convertem-se na categoria de direitos fundamentais – não perdem seu caráter de direitos humanos – e são apreendidos numa Constituição.

Os direitos fundamentais passaram, então, a serem positivados na Constituição dos Estados modernos como meio de assegurar que os direitos humanos, reconhecidos na ordem internacional, realizassem, de fato, no âmbito de cada Estado, o seu papel de limitação da atuação estatal e promoção dos direitos individuais.

Com o passar do tempo, passou-se a compreender que a Constituição não pretende ser axiologicamente neutra, de modo que os direitos fundamentais não seriam apenas garantias individuais, mas também uma ordem objetiva de valores. Tal revolução na maneira

de encarar os direitos fundamentais ocorreu no julgamento do Caso *Lüth*[1], pelo Tribunal Constitucional Alemão. Quanto ao tema, Virgílio Afonso da Silva leciona com maestria:

> Esse sistema de valores, que tem seu ponto central no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade humana no seio da comunidade social, deve valer como decisão fundamental para todos os ramos do direito; legislação, administração e jurisprudência recebem dele diretrizes e impulsos (SILVA, 2014, p. 42)

As Constituições passaram a ser não apenas o fundamento jurídico-normativo do sistema, como também se tornaram a base interpretativa das normas inferiores. Nesse sentido, colaciono:

> (...) a Constituição da República de 1988 instaurou nova ordem jurídica no país, realocou valores, instituiu novos princípios, impondo assim o repensar de todo o ordenamento jurídico. A normativa constitucional, seu conjunto de regras e princípios, passa a incidir diretamente no caso concreto, nas relações intersubjetivas. (TEPEDINO, 2002, p. 2).

Com efeito, a dignidade da pessoa humana, fundamento da República, e os valores dela decorrentes passaram a ser irradiados, no ordenamento jurídico nacional, em todos os ramos do Direito. Na Constitucionalização de Direitos, a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana acarretou uma reanálise de inúmeros institutos jurídicos.

Destarte, o principal aspecto dessa irradiação revela-se na vinculação de relações entre particulares a direitos fundamentais, é o que se chama de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Tais direitos foram concebidos originalmente como reguladores da relação entre Estado e particular. No entanto, essa visão mostrou-se, acentuadamente, limitada uma vez que se percebeu que nem sempre é o Estado que representa a maior ameaça aos direitos, mas sim outros particulares (SILVA, 2014, p. 18). Assim, os direitos fundamentais também regem as relações entre particulares, que devem observar diversos direitos elencados na Constituição Federal como igualdade e fraternidade, como a seguir explicitar-se-á.

Partindo dessa premissa de Constitucionalização de Direitos e de Constituição como ordem objetiva de valor, não apenas para o próprio ordenamento jurídico

[1] Decisão do Tribunal Constitucional Alemão em que se analisou o 826 do Código Civil alemão, decidindo que ele deve funcionar como uma das "portas de entrada dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, seja para anular decisões que não tenham levado os direitos fundamentais em consideração, seja para anular relações jurídicas entre particulares que ofendam a ideia de bons costumes, reinterpretada à luz dos direitos fundamentais." (SILVA, Virgílio, 2014, p. 80)

mas também vinculando relações entre particulares, cabe transcrever o preâmbulo da Carta Federal de 1988:

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

O preâmbulo da constituição é uma mensagem dos constituintes ao leitor da constituição, em que são explicitados os valores e objetivos que nortearam os trabalhos de elaboração do texto. Nele se observam diversos valores ressaltados pelos constituintes, tais como a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça e o exercício dos direitos sociais e individuais. Ademais, dentre as características primordiais que os constituintes desejaram infundir à sociedade refundada em 1988, situa-se a fraternidade, objeto de nosso estudo.

Isto posto, reconhecida a fraternidade a nível de preâmbulo constitucional, é de se questionar a sua força normativa. Teria a fraternidade, por estar situada no preâmbulo, imperatividade para reger as relações entre indivíduos e entre estes e o Estado?

Para o deslinde desta controvérsia, imperioso um breve estudo sobre a força normativa do preâmbulo constitucional. A doutrina se divide a respeito da natureza jurídica do preâmbulo, mencionando que existem três posições divergentes a respeito do valor jurídico do preâmbulo: a) tese da irrelevância jurídica, que entende ser o preâmbulo juridicamente irrelevante, tratando-se de texto estranho ao direito e de interesse meramente histórico ou político; b) tese da eficácia idêntica, a qual defende preâmbulo conter normas jurídicas de mesma hierarquia e qualidade que as demais normas constitucionais; c) tese da relevância indireta ou específica, posição intermediária, em que o preâmbulo careceria de força normativa, podendo servir de critério interpretativo do texto constitucional.

Quanto ao tema, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 2.076/AC, adotou a terceira tese, no qual restou assentado que o preâmbulo da Constituição de 1988 não poderia, por si só, servir como parâmetro de controle da constitucionalidade de uma norma, podendo, entretanto, servir como vetor interpretativo. Destaca-se do voto do Ministro Relator, Carlos Veloso o seguinte trecho:

> O preâmbulo, ressai das lições transcritas, não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que reproduzidos ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local. (BRASIL, STF, 2002)

Este trabalho adota a segunda posição acima mencionada. Afastando-se do entendimento do Supremo Tribunal Federal, nos termos da lição de José Afonso da Silva, entende que as normas do preâmbulo da Constituição seriam classificadas, quanto a sua eficácia, como normas de aplicabilidade da Constituição. O referido autor entende, fazendo referência a Carl Friedrich e Carl Schmitt, dentre outros, que o preâmbulo constitucional é dotado de força normativa, sendo utilizado como orientação para a interpretação e aplicação das normas constitucionais. Nesse sentido, leciona:

> (...) têm, pois, eficácia interpretativa e integrativa; mas, se mantêm uma declaração de direitos políticos e sociais do homem, valem como regra de princípio programático, pelo menos, sendo que a jurisprudência francesa, como anota LIET-VEAUX, lhes dá valor de lei, uma espécie de lei supletiva. (SILVA, 1999, p. 105)

Com efeito, o preâmbulo constitucional é dotado de força normativa e de aplicabilidade imediata, que vincula todo o ordenamento jurídico. Este entendimento é muito bem sintetizado por Ribeiro Lopes:

> (...) os valores incorporados pela Constituição a seu contexto têm, é evidente, a natureza de valores políticos. Políticos na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e como tal exigíveis, pois trazem as propriedades de validez e eficácia inerentes a estas. A circunstância de se situarem no plano constitucional - o plano mais elevado do ordenamento jurídico -, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a conseqüência da exigibilidade imediata. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídica de fazer depender os seus efeitos de normas de integração como se sustenta ás vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos tribunais. (LOPES, 2000, p. 131)

Com efeito, adotando-se essa premissa, pode-se afirmar, então, que a fraternidade é um valor que se irradiou não apenas no ordenamento jurídico, mas também nas relações jurídicas entre particulares. Dessa forma, vislumbra-se a existência de um Estado Fraternal, em que a fraternidade deve ser observada na relação Estado-particular e também nas relações jurídicas entre particulares, como corolário da Constitucionalização de Direitos.

Há, portanto, o dever de o Estado tratar ao indivíduo de forma fraterna e também há o mesmo dever na relação entre particulares. Na construção de uma sociedade fraterna, de convivência agradável e pacífica, o indivíduo deve pautar sua relação com o outro no valor fraternidade previsto na Constituição Federal. Não se trata apenas de não causar um mal a outrem, de não lesar o direito do outro, mas sim de promover uma convivência harmônica, cordial, enxergando no indivíduo ao seu lado um ser dotado de dignidade, de valor, portanto.

Quanto à existência de um valor fraternidade, como categoria jurídica existente em nosso ordenamento, Carlos Augusto Alcântara Machado afirma:

> De tudo o que foi exposto, outra não pode ser a conclusão: a Constituição Federal, efetivamente, consagrou a fraternidade como princípio-valor-categoria jurídica. Cabe-nos ser criativos para, dando aplicabilidade e eficácia à fraternidade, fazê-la força viva, não contribuindo para permanecer no texto, meramente como adorno, objeto de estéril contemplação (MACHADO, 2013, p. 79)

Assim, constata-se que hoje vivenciamos um Estado Fraternal. Esse é o objetivo colimado quando da inserção do valor fraternidade em nossa Constituição Federal de 1988.

4. Estado fraternal como estado acolhedor

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, a qual reconheceu, dentre inúmeros direitos, o refúgio como direito fundamental do ser humano ao declarar, em seu artigo 14 que *"toda pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países"*.

Refugiado, então, é aquele indivíduo que se asila em outro país diverso do seu. Reconhecido o direito ao refúgio em âmbito internacional, imperioso tecer comentários acerca da sua diferenciação com outro instituto a ele muito próximo: o asilo. Cabe ressaltar que, em ambos, tutela-se a dignidade da pessoa humana. Ademais, todo refugiado é também

um asilado, pois o asilo vem em complemento à concessão de refúgio. Entretanto, nem todo asilado é refugiado. Nesse sentido, leciona Valério Mazzuoli:

> O instituto do asilo, (...), em nada se confunde com o do refúgio. Não obstante muitos textos internacionais (e, inclusive, doutrinários) se equivocarem no emprego de ambas as expressões, a confusão entre tais institutos deve ser evitada. Além de suas origens históricas serem diametralmente opostas, os referidos institutos têm campos de regulamentação distintos. Enquanto o asilo é regulado por tratados multilaterais bastante específicos de âmbito regional, que nada mais fizeram do que expressar o costume até então aplicado no Continente Americano, o refúgio tem suas normas elaboradas por uma organização (com alcance global) de fundamental importância vinculada às Nações Unidas: o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). No que tange ao direito brasileiro, igualmente, os institutos do asilo e do refúgio receberam tratamento jurídico totalmente diferenciado: enquanto do primeiro cuida o Estatuto do Estrangeiro e seu Regulamento, do segundo versa a bem mais recente Lei n 9.474, de 22 de junho de 1997. (MAZZUOLI, 2009, p. 676)

A Convenção de 1951 define o refugiado, no artigo 1º, como sendo aquela pessoa que *"temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em conseqüência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele"*.

Tal definição encontrava-se ultrapassada, uma vez que se restringia aos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa. Com efeito, no protocolo de Nova York de 31 de janeiro de 1967, houve uma expansão desse conceito, com a finalidade de incluir refugiados de todas as regiões do mundo. Assim, o ponto 3 do art. 1º afirma que *"o presente Protocolo será aplicado para os Estados-Partes sem nenhuma limitação geográfica."*

Com efeito, a concessão de refúgio não ocorre pelo motivo de perseguição política, como se dá no caso de asilo, mas sim em decorrência de perseguição por motivos religiosos, de raça, nacionalidade, opinião política ou pertencer a determinado grupo social. A questão dos refugiados decorre, principalmente, de inúmeras guerras civis no âmbito internacional, seja por motivos religiosos, étnicos, políticos ou econômicos. Em tais conflitos, há graves violações aos direitos humanos que ensejam os indivíduos a deixar forçosamente seus países para procurar refúgio em outros Estados.

Em nosso ordenamento jurídico, cabe citar a lei nº. 9.474 que amplia ainda mais o conceito de refugiado, na medida em que não impõe condições especificas, em seu artigo 1, inciso III, permitindo a concessão de refúgio *"devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país"*.

Muito embora haja previsão de acolhida de refugiados em diversos Tratados Internacionais, observa-se hoje que muitos países não veem a questão dos refugiados sob o ângulo da fraternidade, direito humano fundamental, mas sim sob a ótica puramente econômica. A questão dos refugiados sírios na Europa revela a grande dificuldade na acolhida de indivíduos que fogem desesperadamente de uma guerra civil violenta e sem previsão de término. Alguns países europeus recusam-se a receber refugiados[2] ou, quando não o fazem, estabeleceram limites ínfimos que, praticamente, inviabilizam o instituto. O próprio Brasil, não obstante toda a disciplina acima explicitada no âmbito da fraternidade e reconhecimento do direito ao refúgio, encerrou negociações com a União Europeia no sentido de receber refugiados sírios[3].

Dessa forma, ao se recusar a receber inúmeros refugiados que tentam cruzar a fronteira, desesperados em busca de um lugar de paz em que possam recomeçar a vida, os países, inclusive o nosso, estão condenando tais indivíduos a serem verdadeiros *homo sacer*[4], nas brilhantes palavras de Georgia Amitrano. Assim, refugiados seriam indivíduos desprovidos de abrigo Estatal, de dignidade humana, entregues à própria sorte e desprovidos de Direitos Humanos Fundamentais. Nesse sentido, colaciono:

> (...) mas recentemente, recriam-se na Europa figuras – ligadas intimamente a um espaço territorial e/ou a determinada etnia – que traduzem novas versões do velho *homo sacer* do Direito Romano, Os abandonados de todos o grupos aparecem nas figuras dos deslocados, dos refugiados, dos apátridas, dos nômades errantes...Todos eles ganham, na sua não-significância e no seu desvalor, um significado e um lugar. Significam-se em relação a um espaço de assentamento no qual, sob uma forma totalitária de racionalidade, são

[2] Inúmeros países europeus como Reino Unido e Países do Leste Europeu decidiram não receber refugiados sírios ou restringir ao máximo sua entrada. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/mundo/paises-da-uniao-europeia-violam-tratados-em-comum-ao-recusarem-refugiados-17386579>. Acesso em 12 dez. 2016.

[3] As negociações avançavam mas foram encerradas pelo governo brasileiro em 2016. Disponível em: <https://noticias.terra.com.br/brasil/brasil-suspende-negociacao-com-europa-para-receber-refugiados-sirios,aa2a240a4c4716bf3ec3c401700bdd7bpm7np228.html >. Acesso em 12 dez. 2016.

[4] A autora assim explica a expressão: "o termo *sacer* indica o enigma de uma figura aquém ou além do religioso, uma figura obscura do Direito romano arcaico, que foi julgada por delito, e que, a partir disso, não é considerada pura e não pode ser oferecida em sacrifício; porém, se for assassinada, seu assassino não é considerado um homicida. Agamben retoma a expressão *sacer esto – impune occidi*, que indica exclusão do sacrifício, e o termo *Sacrum*, que indica o que é destinado aos deuses. Isso nos leva à dificuldade conceitual do significado do termo *homo sacer*, pois, enquanto é vetado violar coisas sacras, é lícito matar homem sacro". (AMITRANO, 2013, p. 80)

> marcados como os seres de vida nua: insacrificáveis, mas matáveis. Nos espaços de uma geografia do reconhecimento do mesmo, existe um território próprio no qual se marcam os indivíduos em um processo contínuo de rejeição e eliminação do outro (AMITRANO, 2013, p. 86)

Assim, acolher um refugiado, além de um dever decorrente do valor fraternidade impregnado no sistema jurídico, confere dignidade ao indivíduo acolhido, deixando este de estar abandonado à míngua, passando a ser tutelado pelo Estado Fraternal e acolhedor.

Com efeito, em um sistema jurídico como o nosso em que a fraternidade é um valor constitucional que permeia as relações jurídicas, constituindo um Estado Fraternal, há o dever de concessão de refúgio. Questões políticas, sociais e econômicas devem ser postas à parte, uma vez que há um dever jurídico de acolhida de tais indivíduos, previsto não apenas no âmbito internacional, como em nossa Constituição Federal.

A fraternidade, como se depreende da análise acima explicitada, não se prende a espaços territoriais, etnias ou identidade, mas é cosmopolita, universal. Por meio dela, olha-se para outro indivíduo, não importa a nacionalidade, como um irmão. Há a noção de comunidade, afastando-se do entendimento de cidadãos pertencentes a um determinado Estado como portadores de direitos exclusivos. A fraternidade implica responsabilidade com o outro, mesmo que este pertença a outra etnia ou nacionalidade. Os direitos decorrem da natureza humana, comum a todos os indivíduos. Nessa medida, o direito à fraternidade revela sua natureza inclusiva. É o que leciona Carlos Augusto Alcântara Machado:

> A fraternidade ora apresentada deve ser compreendida (...) como uma virtude da cidadania, que supera as fronteiras da pátria ou da nação (cidadania interna), numa perspectiva universal de pessoa humana (cidadania global). (MACHADO, 2013, p. 79)

O Estado Fraternal previsto na Constituição Federal de 1988 não trabalha com fronteiras, mas sim com o gênero humano. Para isto, no entanto, o código amigo/inimigo, ou, nas palavras de Resta, a rivalidade do "modelo dos irmãos-inimigos", estimulada pelos limites territoriais e pelas diferenças de identidade, não podem mais ser mantidos. (STURZA, 2014, p.9)

Assim, vivenciamos um Estado Fraternal em que a fraternidade é um valor que deve ser concretizado não apenas nas relações intersubjetivas, mas também naquelas entre Estado-indivíduo, ainda que este tenha outra nacionalidade. O Estado fraternal não constrói muros isolacionistas, mas sim pontes, constituindo um Estado aberto e acolhedor.

5. Conclusão

O reconhecimento da fraternidade como valor que é irradiado em todo o ordenamento jurídico a partir do Preâmbulo da Constituição Federal, em uma perspectiva de Constitucionalização de Direitos, acarreta o dever de sermos fraternos não apenas nas relações entre indivíduos, mas também naquela entre Estado – indivíduo, ainda que de nacionalidade diversa.

Destarte, a fraternidade, que é universal por natureza, assim como o próprio conceito de dignidade da pessoa humana, não diferencia seus beneficiários em razão de limites geográficos e territoriais, construções decorrentes da História e da Economia. Ser fraterno é tratar o outro com humanidade, como um outro eu e, ao procedermos dessa forma, não há espaço para considerações étnicas, biológicas ou territoriais.

Assim, constata-se que há um dever constitucional, decorrente da fraternidade, de acolhermos os refugiados em nosso país. Não há espaços para questionamentos de ordem econômica ou social, ante o imperativo constitucional de acolhida de refugiados, uma verdadeira concretização da fraternidade que se encontra irradiada em nosso ordenamento jurídico.

Referências

AMITRANO, Georgia. **O paradoxo do *homo sacer*: entre o abandono e o bando**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/cefp/article/view/74747/78338>. Acesso em 12 dez 2016.

ANJIOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 nov. 2016.

BRASIL. Lei 9.474, de 22 de julho de 1997. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em 12 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076, Relator: Ministro Carlos Veloso, Brasília, 15 de agosto de 2002. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1780165>. Acesso em 12 de dez. 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Controle da legitimidade da atividade normativa das agências reguladoras**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque; GODINHO, Adriano Marteleto. **Humanização do direito civil constitucional**: perspectivas e desafios. Florianópolis: Conceito, 2010.

HOUAISS, Antonio. **Grande Dicionário Houaiss**. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v2-3/html/index.htm#1>. Acesso em 9 dez. 2016.

LEONARDI, Marcel . **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal.** São Paulo: RT, 2000.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade e o direito constitucional brasileiro – anotações sobre a incidência e aplicabilidade do princípio/valor fraternidade no direito constitucional brasileiro a partir da sua referência no preâmbulo da Constituição federal de 1988**. *In*: PIERRE, Luiz A. A. et al (Org.). *A fraternidade como categoria jurídica*, São Paulo: Cidade Nova, 2013.

_____. A Garantia Constitucional da Fraternidade: Constitucionalismo Fraternal. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6436/1/Carlos%20Augusto%20Alcantara%20Machado.pdf>. Acesso em 8 dez. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em 19 nov. 2016.

ONU. Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em 13 dez. 2016.

ONU. Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967 >. Acesso em 13 dez. 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Malheiros, 2014.

SÓFOCLES. **Antígona**. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/antigone.pdf>. Acesso em 10 set. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

STURZA, Janaína Machado; ROCHA, Claudine Rodembusch. **Direito e fraternidade: paradigmas para a construção de uma nova sociedade.** Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=601c6bc71c748001>. Acesso em 9 dez. 2016.

TACCA, Adriano. **A fraternidade: de princípio esquecido a balizadora de novas formas consensuais de solução de conflitos**. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/ex6xsd57/RK6kTlty3brWuI0e.pdf>. Acesso em 9 dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo código civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos (Coord). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente.** Barueri: Manole Editora, 2005.