

Direitos de fraternidade na teoria das gerações de direitos fundamentais

Rights of fraternity in the theory of fundamental rights generations

Reynaldo Soares da Fonseca*

O espaço público, para subsistir, nunca pode perder um permanente sentido inaugural.

Luís Alberto Warat

RESUMO

O reconhecimento do caráter jurídico dos direitos de fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental, presente nas ordens internacional e interna, direcionado à pessoa. Assim, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos de primeira geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), decorrente do princípio da liberdade. A implementação dos direitos de segunda geração, derivados do princípio da igualdade, está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Já os direitos de terceira geração, decorrentes do princípio da fraternidade, residem no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores (destino da humanidade, construção da paz, meio ambiente — sua proteção e conservação —, desenvolvimento econômico e defesa do consumidor).

Com o fenômeno político e econômico da globalização, boa parte da doutrina passa a formular uma quarta e até uma quinta geração de direitos fundamentais, relacionados à manipulação genética e à realidade virtual, respectivamente.

Apesar das críticas, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais na jurisprudência do STF e na doutrina brasileira.

O princípio da fraternidade ganhou evidência recentemente na questão da migração, seja na Europa, seja nas Américas. No Brasil, há uma promessa constitucional que nos compele ao tratamento digno do imigrante, de modo a formar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Em suma, a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. Seu horizonte é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais, ganhando universalidade perante a humanidade e a própria condição humana.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Fraternidade. Direito internacional.

ABSTRACT

The recognition of the legal status of the rights of fraternity demands its operationalization in the form of fundamental human right, present in the international and internal orders forwarded to the person. Thus fraternity can be deployed in the quadrant of generations or dimensions of fundamental rights.

The first generation rights require a non-action of the State (negative), arising from the principle of freedom. The implementation of second generation rights, derived from the principle of equality, is centered on state provision (right to benefit). The third generation rights, derived from the principle of fraternity, reside in a diffuse character, nonexistent in the previous normative structures (destiny of humanity, peace building, environment protection and conservation, economic development and consumer protection).

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Professor da Universidade Federal do Maranhão – UFMA. Doutor em direito constitucional – FADISP. Mestre em direito público – PUC/SP. Especialista em direito penal e processual penal – UnB. Especialista em direito constitucional – UFMA/UFSC.

With the political and economic phenomenon of globalization, sound part of the doctrine starts to formulate for a fourth and even a fifth generation of fundamental rights, related to genetic manipulation and virtual reality, respectively.

In spite of the criticisms, there was an express acceptance, to some extent, of the generational system of fundamental rights in the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court and Brazilian doctrine.

The fraternity principle has gained evidence recently on the issue of migration, whether in Europe or in the Americas. In short, fraternity is the point of balance between freedom and equality. Its horizon is the one that best fits with the effective protection of fundamental human rights, gaining universality before humanity and the human condition itself.

In Brazil, a constitutional promise compels us to treat the immigrant with dignity, aiming to raise a "fraternal, pluralistic and unprejudiced society".

Keywords: Fundamental rights. Fraternity. International law.

O reconhecimento do caráter jurídico da fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental, presente nas ordens internacional e interna, direcionado à pessoa. Assim, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Decerto, Paulo Bonavides foi responsável, a partir de atualizações ao seu *Curso de direito constitucional* posteriores ao advento da Constituição de 1988, por espriar terminologia nas discussões constitucionalistas no Brasil, concebendo a institucionalização dos direitos fundamentais por intermédio de três gerações sucessivas, traduzíveis em processo cumulativo e qualitativo em prol de uma universalidade material e concreta. Com isso, tornou-se corrente nos manuais de direito constitucional e foi incorporado à gramática constitucionalista.

No entanto, é também certo que a inspiração a esse sistema geracional de direitos decorreu da reflexão do diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do direito internacional, como René Cassin, ao ponderar, na década de 1970, sobre a luta de trinta anos relacionada à força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos aliada ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que advieram em 1966. Além da aula inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, ocorrida no ano de 1979, em Estrasburgo, e referida por Bonavides¹, a tríplice divisão dos direitos fundamentais encontrara

divulgação, dois anos antes, em revista da Unesco de circulação limitada.² Depois disso, recebeu críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão temporal e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De todo modo, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos. Logo,

[...] têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.³

Na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não se ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo, quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

Por sua vez, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material, e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente

¹ VASAK, 1979 apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 569.

² VASAK, Karel. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco Courier*, Paris, n. 10, 1977, p. 29-32. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>. Acesso em: 25 fev. 2019.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, teríamos, no atual quadrante histórico, a terceira geração de direitos fundamentais, centrada na noção de fraternidade ou de solidariedade. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciadora inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito.

A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados. Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente.⁴

Com o fenômeno político e econômico da globalização, boa parte da doutrina passa a formular uma quarta e até uma quinta geração de direitos fundamentais, sendo que aquela é vertida no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, à luz de uma dimensão máxima de universalidade.⁵

Na precisa objeção de Cançado Trindade, já se encontram as principais críticas à classificação geracional dos direitos, pois diz que

[...] a fantasia nefasta das chamadas "gerações de direitos", histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada

ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada.⁶

Nessa perspectiva, critica-se a mistificação dessas categorias jurídicas como obstáculo a sua efetivação, vista a imprecisão conceitual das gerações de direitos. Do mesmo modo, a eficácia vinculativa das diferentes gerações daria margem à baixa efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, dependentes mais fortemente de provisões orçamentárias. A sucessão histórica apontada a partir da tríade revolucionária seria igualmente imprecisa, basta ver o desenvolvimento do direito internacional do trabalho ou diversos organismos internacionais vocacionados à proteção internacional de direitos considerados de segunda geração. Por fim, a moderna dogmática dos direitos fundamentais propugna por uma visão unitária desse plexo de normas, evitando-se a atomização aludida pelo juiz da Corte Internacional de Justiça.

Seja como for, além da ubiquidade do conceito de gerações de direito nos manuais de direito constitucional, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais. Por sua significatividade, vale a pena registrar a ementa do MS 22.164, de relatoria do ministro Celso de Mello, que, ao tratar de desapropriação-sanção, com assento no art. 184 da Constituição, em caso envolvendo imóvel situado no pantanal mato-grossense submetido a reforma agrária, localizou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na terceira geração, referente aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

Portanto, o caminho mais produtivo parece ser o reconhecimento da importância das classificações dos direitos fundamentais em gerações como produto de seu tempo, mesmo que já superada pela robusta teorização dos direitos fundamentais na literatura pátria e estrangeira nos últimos tempos.

Nesse escopo mais limitado, depreende-se melhor a realidade constitucional brasileira, pois, conforme Fachin e Machado Filho:

[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na

⁴ SCHAFFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013. p. 22-23.

⁵ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1, p. 390.

historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário.⁷

No âmbito do direito comparado, a realidade não é diferente.

Em resumo, podemos recordar:

a) *primeira geração/dimensão*: está atrelada aos direitos individuais que solidificam as liberdades individuais, impondo limites ou limitações ao poder de legislar do Estado. Influência do direito natural e dos iluministas;

b) *segunda geração/dimensão*: são os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos da primeira geração, exigindo do Estado uma postura mais ativa (solidificação da igualdade);

c) *terceira geração/dimensão*: são os direitos fundamentais direcionados ao destino da humanidade, relacionados à paz, ao meio ambiente e a sua proteção e conservação, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor (consolidação da fraternidade);

d) *quarta geração/dimensão*: são os direitos relacionados à manipulação genética. Podemos citar, a título exemplificativo, as discussões sobre a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de assuntos referentes à vida e à morte, a partir do pressuposto da ética;

e) *quinta geração/dimensão*: representada pelos direitos oriundos da realidade virtual, demonstrando a crescente preocupação do sistema constitucional como propagação e desenvolvimento do direito eletrônico na atualidade. Envolve, assim, a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas por meio da internet, também conhecida como “Grande Rede – WWW”.

Nessa linha de raciocínio, nasce o chamado Constitucionalismo Fraternal, que incorpora a dimensão da fraternidade às franquias liberais e sociais de cada povo soberano; isto é, a *dimensão das ações estatais afirmativas*, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos).

Sobre o tema das ações afirmativas estatais, veja-se, inicialmente, o fundamento central utilizado pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Gilmar Mendes, no plantão forense, para manter o sistema de cotas para ingresso especial na Universidade de Brasília – UnB:

MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI.

Julgamento: 31/07/2009

Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pelo partido político DEMOCRATAS (DEM), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade.

Alega-se ofensa aos artigos 1º, *caput* e inciso III; 3º, inciso IV; 4º, inciso VIII; 5º, incisos I, II, XXXIII, XLII, LIV; 37, *caput*; 205; 207, *caput*; e 208, inciso V, da Constituição de 1988.

[...]

Não posso deixar de levar em conta, no contexto dessa temática, as assertivas do Mestre e amigo Professor Peter Häberle, o qual muito bem constatou que, na dogmática constitucional, muito já se tratou e muito já se falou sobre liberdade e igualdade, Mas pouca coisa se encontra sobre o terceiro valor fundamental da Revolução Francesa de 1789: a fraternidade (HÄBERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta; 1998). E é dessa perspectiva que parto para as análises que faço a seguir.

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

Vivemos, atualmente, as consequências dos acontecimentos do dia 11 de setembro de 2001 e sabemos muito bem o que significam os fundamentalismos de todo tipo para os pilares da liberdade e igualdade. Fazemos parte de sociedades multiculturais e complexas e tentamos ainda compreender a real dimensão das manifestações racistas, segregacionistas e nacionalistas, que representam graves ameaças à liberdade e à igualdade.

Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade.

Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus

⁷ FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito comum da humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 579.

aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias.

A questão da constitucionalidade de ações afirmativas voltadas ao objetivo de remediar desigualdades históricas entre grupos étnicos e sociais, com o intuito de promover a justiça social, representa um ponto de inflexão do próprio valor da igualdade.

Diante desse tema, somos chamados a refletir sobre até que ponto, em sociedades pluralistas, a manutenção do *status quo* não significa a perpetuação de tais desigualdades.

Se, por um lado, a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal há muito foi superada, em vista do seu potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, por outro o objetivo de se garantir uma efetiva igualdade material deve sempre levar em consideração a necessidade de se respeitar os demais valores constitucionais.

Não se deve esquecer, nesse ponto, o que Alexy trata como o paradoxo da igualdade, no sentido de que toda igualdade de direito tem por consequência uma desigualdade de fato, e toda desigualdade de fato tem como pressuposto uma desigualdade de direito (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; 2001). Assim, o mandamento constitucional de reconhecimento e proteção igual das diferenças impõe um tratamento desigual por parte da lei. O paradoxo da igualdade, portanto, suscita problemas dos mais complexos para o exame da constitucionalidade das ações afirmativas em sociedades plurais. Cortes constitucionais de diversos Estados têm sido chamadas a se pronunciar sobre a constitucionalidade de programas de ações afirmativas nas últimas décadas. No entanto, é importante salientar que essa temática — que até certo ponto pode ser tida como universal — tem contornos específicos conforme as particularidades históricas e culturais de cada sociedade.

O tema não pode deixar de ser abordado desde uma reflexão mais aprofundada sobre o conceito do que chamamos de “raça”. Nunca é demais esclarecer que a ciência contemporânea, por meio de pesquisas genéticas, comprovou a inexistência de “raças” humanas.

Os estudos do genoma humano comprovam a existência de uma única espécie dividida em bilhões de indivíduos únicos: “somos todos muito parecidos e, ao mesmo tempo, muito diferentes” (Cfr.: PENA,

Sérgio D. J. *Humanidade Sem Raças?* Série 21, Publifolha, p. 11).

[...]

Assim, por ora, não vislumbro qualquer razão para a medida cautelar de suspensão do registro (matrícula) dos alunos que foram aprovados no último vestibular da UnB ou para qualquer interferência no andamento dos trabalhos na universidade.

Com essas breves considerações sobre o tema, indefiro o pedido de medida cautelar, *ad referendum* do Plenário.

[...]

Ministro Gilmar Mendes – Presidente (art. 13, VIII, RI-STF)⁸ (grifo do autor).

De plano, a perspectiva que informa a decisão monocrática em análise é a ressignificação dos valores da liberdade e da igualdade no limiar do século XXI e no plano da dogmática constitucional, em conformidade a um direito fraterno. Nas palavras do ministro Gilmar Mendes,

Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade.

Evitam-se, portanto, fundamentalismos firmados em visões unilaterais e intolerantes do binômio igualdade-liberdade, em prol da tolerância nas sociedades multiculturais.

Por outro lado, a posição inicial adotada revela o compromisso do então ministro presidente do STF à “teoria do pensamento de possibilidades”, de Peter Häberle, como modo alternativo de interpretação do direito constitucional, da lógica jurídica e da teoria da argumentação. Trata-se de pensar em novas perspectivas e a partir delas, de modo a questionar sobre a viabilidade de novas soluções jurídicas a uma mesma questão e, conseqüentemente, a prática de uma cultura da tolerância, contemplando a realidade e a necessidade do contexto social.⁹

Na verdade, essa constante abertura a novas possibilidades, proposta por Häberle, encontra-se na centralidade dos princípios jurídico-constitucionais mais relevantes, como a tríade liberdade-igualdade-

⁸ ADPF 186 MC/DF – Distrito Federal.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

fraternidade. Sendo assim, a harmonização pluralista da Constituição ao ideal democrático consiste em um compromisso atual e futuro com as possibilidades, isto é, uma proposta de soluções e de coexistências possíveis. Nas palavras de Gilmar Mendes,

[...] os direitos fundamentais acabam por representar importante meio de alternativas e de opções, fazendo que, com eles, seja possível um pluralismo democrático. Liberdade é, assim, sinônimo de democracia.¹⁰

Utilizou-se, portanto, do princípio da fraternidade como ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da liberdade, de um lado, e, de outro, da igualdade.

A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este o fascínio, o mistério, o milagre da vida.¹¹

Com efeito, a questão das ações afirmativas, por exemplo, não pode ser resolvida apenas com base nos princípios da liberdade e da igualdade. Sem o toque da fraternidade, não é possível ser compreendida e encaminhada.

Mais recentemente, o STF reafirmou a terceira geração de direitos fundamentais, proclamando a pessoa com deficiência no ensino inclusivo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º, e 30, *caput*, da Lei nº 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos

artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.¹²

Em reforço ao tema, recorre-se ao escólio de Clara Cardoso Machado Jaborandy:

Defende-se, portanto, que a fraternidade é princípio fundamental introduzido de maneira expressa ou implícita no texto constitucional que atua como vetor interpretativo na construção de significado de outros enunciados, além de fomentar no indivíduo o reconhecimento da dignidade humana e realizar o princípio da responsabilidade no âmbito estatal, individual e coletivo.

Além disso, o princípio da fraternidade é fonte direta de direitos e deveres transindividuais na medida em que constitui fundamento jurídico-normativo de tais direitos. Assim, direitos fundamentais transindividuais que não estejam expressamente enumerados na Constituição serão protegidos em razão da fraternidade [...] O conteúdo da fraternidade

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ Britto, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria funcional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 218.

¹² ADI 5357 MC-Ref, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, Processo Eletrônico DJE-240, divulgado em 10/11/2016, publicado em 11/11/2016.

realiza-se quando cada um, desempenhando sua função social, reconhece a existência e dignidade do outro, e é tratado pela sociedade individualmente com necessidades e fins próprios de forma que a felicidade, que é um fim individual por excelência, se realize em comunidade.¹³

Nessa trilha, o princípio da fraternidade ganhou evidência recentemente na questão da migração, para os países europeus, de pessoas que fogem, seja de cenários de guerra, seja de condições de pobreza em seus países de origem¹⁴. Pela primeira vez, o Conselho Constitucional francês, em julho/2018, recordando o lema da República Francesa (“Liberdade, Igualdade, Fraternidade”), declarou que a ajuda a imigrantes em condição ilegal no país não mais será considerada ilegal e punida com 5 (cinco) anos de prisão e multa de 30 (trinta) mil euros.

A decisão, considerada “uma grande vitória que proíbe castigar atos puramente humanitários”, foi proferida em processo no qual Cédric Herrou, agricultor que se tornou símbolo da ajuda a imigrantes na fronteira franco-italiana, juntamente com outro ativista haviam sido condenados pelo “delito de solidariedade”. Eles haviam prestado auxílio a imigrantes que estavam no Vale de La Roya, depois de terem atravessado a pé a fronteira entre a Itália e França.

Cédric Herrou acredita que sua conduta foi um “ato político com relação ao sofrimento de famílias inteiras frente a um Estado que impôs fronteiras, mas não assume em absoluto suas consequências”.

Na decisão, o Conselho Constitucional francês determinou, também, a modificação, até 01/12/2018, de vários artigos da legislação francesa que punem a ajuda à circulação e permanência de estrangeiros em situação clandestina, entre os quais o art. 622-1 do Código de Entrada e Residência de Estrangeiros e do Asilo, dispositivo legal proposto no Governo Sarkozy, segundo o qual:

Toda pessoa que tenha, por ajuda direta ou indireta, facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação

e a estada irregulares de um estrangeiro na França será punida com prisão por cinco anos e uma multa de 30.000 (trinta mil) euros.

Será punido com as mesmas penas aquele que, qualquer que seja sua nacionalidade, tenha cometido o delito definido na primeira alínea do presente artigo quando se encontra em território de qualquer outro dos Estados parte da convenção assinada em Schengen em 19 de junho de 1990, além da França.

Será punido com as mesmas penas aquele que facilite ou tente facilitar a entrada, a circulação ou a estada irregulares de um estrangeiro no território de outro Estado parte da convenção assinada em Schengen em 19 de junho de 1990.

Será punido com as mesmas penas aquele que tenha facilitado ou tentado facilitar a entrada, a circulação ou a estada irregulares de um estrangeiro no território de um Estado parte no protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por terra, ar e mar, aditivo à convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional organizada, assinado em Palermo em 12 de dezembro 2000.

As disposições da alínea precedente são aplicáveis na França a contar da data da publicação no Jornal Oficial da República Francesa deste protocolo.

Para além de proteger a estabilidade econômica de países da União Europeia que vêm sofrendo dificuldades para acolher o fluxo de imigrantes que vem assolando a Europa desde 2015 e fornecer-lhes acesso à saúde, trabalho, escolas e habitações dignas, a lei penal protecionista, em casos como este, se insere também num contexto de direito penal de guerra em que o imigrante irregular é visto como inimigo, em condição similar ao membro do crime organizado ou ao terrorista.¹⁵

¹³ JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. p. 71.

¹⁴ A notícia foi dada, entre outros meios de comunicação, pelo Jornal *O Estado de S. Paulo*, em 06/07/2018. Disponível em: <https://internacional.estadao.com.br/noticias/geral/franca-proibe-julgamento-de-quem-ajudar-imigrantes-ilegais,70002392154>. Acesso em: 30 jul. 2018.

¹⁵ No mesmo sentido, o art. 318 bis do Código Penal espanhol, após redação conferida pela Lei Orgânica 11/2003, comina uma pena de quatro a oito anos de prisão a quem “directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”. Em comentário ao referido tipo legal, Martínez Escamilla (2007) refere que se trata de um claro exemplo de expansão do direito penal, uma vez que o legislador, entre todas as condutas de favorecimento por que poderia ter optado para criminalizar pela sua gravidade — como, por exemplo, a concorrência de ânimo de lucro, a atuação no marco de uma organização delitiva, etc. —, levou a cabo uma regulação onicompreensiva, o mais ampla possível, com a finalidade de criminalizar, nos termos do dispositivo sob análise, qualquer comportamento relacionado com a imigração irregular que, de alguma forma, “direta ou indirectamente”, a favoreça. In: WERMUTH, Miquel Àngel Dezordi. *Direito Penal (d)e Guerra: notas sobre uma (in)distinção conceitual*. *Empório do Direito*, Florianópolis, 27 mar. 2017. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/>

O Conselho estabeleceu, então, que se pode ajudar os migrantes com “conselhos jurídicos, alimentos, alojamento e atenção médica, ou qualquer outra ajuda que busque preservar sua dignidade e integridade física”.

Trata-se de um avanço histórico e contemporâneo. A decisão foi tomada em um contexto de grande tensão na União Europeia. O Conselho Constitucional da França determinou que as pessoas que ajudarem imigrantes em condição ilegal no país não poderão mais ser julgadas, colocando em prática pela primeira vez, na esfera da migração, o “princípio da fraternidade”.

Na verdade, o conceito de fraternidade aponta para a relação de reciprocidade que vincula os seres humanos entre si e implode todo tipo de nacionalismo, fechamento de fronteiras e xenofobia. Visualiza-se, no outro, “um outro eu”, independentemente da cultura.

No Brasil há uma promessa constitucional que nos compele ao tratamento digno do imigrante: ao prever que visamos assegurar o exercício dos direitos de modo a formar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Nesse diapasão, a nova Lei de Migração no Brasil (Lei 13.445/2017) aprimora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo. Alguns pontos são importantes avanços quanto ao paradigma fraternal: a garantia ao imigrante de condição de igualdade com os nacionais, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e acesso à justiça e aos serviços públicos de saúde e educação. Ficam garantidos o mercado de trabalho e o direito à Previdência Social, exercício de cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, com exceção dos concursos reservados a brasileiros natos.

Constata-se, pois, uma aproximação entre a nova lei brasileira de migração e as normativas internacionais de direitos humanos. No tópico, recorde-se, por exemplo, que a OIT editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração

abusiva na sua prestação de serviços. Por sua vez, a lei brasileira, em resumo, favorece as interações laborais, econômicas e sociais, no sentido de valorizar direitos, realçando o contributo do imigrante na construção da comunidade nacional. Devem prevalecer, com efeito, as seguintes diretrizes: o repúdio à xenofobia, o acolhimento humanitário, a reunião familiar e o acesso à justiça, todas medidas destinadas a promover integração social.

Vivemos de perto os movimentos migratórios do Haiti (passado recente) e da Venezuela (atualidade).

O alto comissário das Nações Unidas para os refugiados, Filippo Grandi, e o diretor da Organização Internacional para os Migrantes, William Lacy Swing, estimam que 2,3 milhões de venezuelanos vivem fora do seu país, dos quais cerca de 1,6 milhão saiu do país a partir de 2015.

Nos últimos tempos aumentou a migração de venezuelanos para Colômbia, Brasil, Equador, Peru, Chile e Argentina. Muitos se mobilizam a pé para fugir da crise humanitária que atinge a Venezuela.

É extraordinário o trabalho realizado pelas dioceses na fronteira de Cúcuta e Riohacha, na Colômbia, e em Boa Vista, no Brasil, e através da Cáritas e de outras organizações humanitárias para atender os migrantes venezuelanos.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) destinou 40% do Fundo Nacional de Solidariedade (FNS) — valor arrecadado na Campanha da Fraternidade de 2018 — para a implementação do Plano Nacional Caminhos de Solidariedade.

O projeto Caminhos de Solidariedade: Brasil & Venezuela pretende alcançar cerca de 90 arquidioceses e dioceses. Nessa proposta, as igrejas são convidadas a acolher migrantes e refugiados venezuelanos em seus territórios por meio de ações solidárias que visam fomentar, além da acolhida, a proteção, promoção e integração dos migrantes no Brasil.

Participaram desse projeto: representantes do Serviço Pastoral do Migrante (SPM), Cáritas Brasileira, Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH), Serviço Jesuíta para Migrantes e Refugiados (SJMR), Organização Internacional para as Migrações (OIM), Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, (ACNUR), professores e pesquisadores da Universidade Federal de Roraima (UFRR), Fraternidade sem Fronteiras, Organismos da Igreja Católica, congregações religiosas e agentes de pastoral.

[leitura/direito-penal-d-e-guerra-notas-sobre-uma-in-distincao-conceitual](#). Acesso em: 30 jul. 2018.

Diante da crise migratória no mundo, a orientação do papa Francisco para respostas efetivas da Igreja estão pautadas por articulações em torno de quatro verbos que encontram seus fundamentos na Doutrina Social da Igreja: acolher, proteger, promover e integrar.

É verdade que a situação em Roraima é delicada. Conforme dados recentes divulgados na imprensa nacional, a cada dia ingressam no Brasil, pela cidade de Pacaraima, cerca de 800 venezuelanos, a maioria a pé. Recente pesquisa realizada em Boa Vista, capital do estado de Roraima, com sua população originária de 332.020 habitantes identificou que há em torno de 8% de imigrantes, cerca de 25.000, não computados os que vivem nas demais cidades do estado.

A mesma pesquisa aponta que desse total 57% são homens, 68% perderam o emprego nos últimos três meses, 65% estão desempregados em Boa Vista. O percentual de crianças de até 11 anos é de 22% e 2.094 estão matriculadas na rede pública de ensino. Os cadastrados no Sistema Único de Saúde são 10.750.

Em termos institucionais, por enquanto, a única forma de se equacionar a questão a contento para venezuelanos e roraimenses é um processo de interiorização real, e não simbólico; sistemático, e não esporádico, que possa encaminhar (voluntariamente, é claro) e distribuir os imigrantes pelas demais capitais brasileiras, ou seja, tornando real o princípio da solidariedade, com seu ônus a ser suportado por todos os estados, e não apenas por Roraima.

Assim, somente com uma política federal séria de interiorização sistemática, encaminhando (voluntariamente) os imigrantes a outras cidades brasileiras, é que o problema pode ser amenizado a contento, tanto para os venezuelanos, que terão melhores oportunidades de conseguir emprego, quanto para os roraimenses, que não suportarão a sobrecarga dos serviços públicos.

Diante desse quadro, a fraternidade, com alicerce na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”. Com efeito, a reciprocidade aponta para uma atitude de abertura dos membros da sociedade para aqueles que, em tese, seriam forasteiros à comunidade brasileira, mas que, ao ingressar no Brasil, adotam uma nova pátria, novo pertencimento cidadão.

Em suma: a) a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre os princípios tradicionalmente assegurados (a liberdade e a igualdade), e o preâmbulo

da Constituição tem força normativa, especialmente diante da estrutura do corpo permanente da Lei Maior (art. 3º, em especial); b) o horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, só por ser pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do direito e do sistema de Justiça. Ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos atores do direito testemunhá-la como terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria funcional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. *Direito Comum da Humanidade*. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). *30 anos da Constituição brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FRANCISCO, Papa. *Quem sou eu para julgar?* Tradução Clara A. Colotto. Rio de Janeiro: LeYa, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado. *A fraternidade no direito constitucional brasileiro: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais*. 2016. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista do Ministério Público do Estado de Sergipe*, ano 43, n. 22, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A fraternidade como categoria jurídica: fundamentos e alcance*

(expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. A influência de Peter Häberle no constitucionalismo brasileiro. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 30-56, 2016.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. Da construção e reconstrução do conceito de fraternidade. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. *Direito e fraternidade: em busca de concretização*. Aracaju: Edunit, 2018.

SCHAFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 1997. v. 1.

VASAK, Karel. A 30-year struggle: the sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. *The Unesco Courier*, Paris, n. 10, 1977, p. 29-32. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>. Acesso em: 25 fev. 2019.

WARAT, Luís Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Direito Penal (d)e Guerra: notas sobre uma (in)distinção conceitual. *Empório do Direito*, Florianópolis, 27 mar. 2017. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/direito-penal-d-e-guerra-notas-sobre-uma-in-distincao-conceitual>. Acesso em: 30 jul. 2018.