

**FACULDADES INTEGRADAS DO BRASIL - UNIBRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

STEFANIA DIB CRIPPA

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS
ESTADO, DIREITOS HUMANOS E ORDEM INTERNACIONAL**

CURITIBA

2011

STEFANIA DIB CRIPPA

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS
DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS
ESTADO, DIREITOS HUMANOS E ORDEM INTERNACIONAL**

**Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do título de Mestre
em Direito, ao Programa de Mestrado,
Faculdades Integradas do Brasil -
UniBrasil.**

**Orientador:
Prof. Dr. Marcos Maliska**

Co-orientador: Eduardo Biacchi Gomes

CURITIBA

2011

C931

Crippa, Stefania Dib.

Os princípios constitucionais das relações internacionais: estado, direitos humanos e ordem internacional/ Stefania Dib Crippa. - Curitiba: UniBrasil, 2011.

182p. ; 29 cm.

Orientador: Marcos Maliska.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Princípios constitucionais – Relações Internacionais. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340

TERMO DE APROVAÇÃO

STEFANIA DIB CRIPPA

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS ESTADO, DIREITOS HUMANOS E ORDEM INTERNACIONAL

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Mestrado das Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Marcos Maliska
Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Co-orientador: Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Faculdades Integradas do Brasil - UniBrasil

Prof.^a Dr.^a Carol Proner

Prof. Dr. Luiz Eduardo Gunther

Curitiba, de de 2011.

À minha família:

Meus Pais Rodrigo e Camille e minhas irmãs Maria Alice e Camilla, pela oportunidade, paciência, amor, carinho, amparo e força com que me presentearam durante a realização desta dissertação e durante toda minha vida acadêmica. E também por terem me ensinado que mesmo separados pela distância, através de palavras, exemplos e amor o importante e verdadeiro valor da família. Dedico-lhes esta dissertação, como expressão de minha gratidão, pois sem eles eu poderia não ter tido coragem suficiente para prosseguir.

RESUMO

A reflexão realizada por essa dissertação descreverá os princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios aqui tratados estão previstos no artigo 4.º da Constituição Federal de 1988, mas foram codificados no século XX, nos tratados internacionais e nas Constituições Federais. Os princípios formaram um novo paradigma na construção do Estado democrático de direito por isso a importância de sua interpretação, a qual deve ser realizada a fim de efetivar o dispositivo constitucional da forma mais ampla possível, respeitando as possibilidades jurídicas e reais existentes. Serão analisados dez princípios, o princípio da Independência Nacional, através da noção de Estado, juntamente com a definição e evolução do conceito de soberania no mundo globalizado. Ao lado da Independência nacional estão o princípio da autodeterminação dos povos, definido a partir da autogovernabilidade e igualdade jurídica entre Estados como fundamento da manutenção de uma convivência digna e pacífica para todos. Na seqüência abrange-se o princípio da prevalência dos Direitos Humanos que compreende na análise do artigo 5.º, §§ 1.º, 2.º e 3.º, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte interamericana de Direitos Humanos. Nesta oportunidade abarca-se a cooperação dos povos para o progresso da humanidade, seguindo o modelo constitucional aberto de Peter Haberle e a integração latino-americana disposta no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição Federal. O repúdio ao terrorismo e ao racismo está inserido no mesmo capítulo da supremacia dos Direitos Humanos, visto que tais matérias devem ser enfatizadas diante da sociedade globalizada e pluralista atual. Os demais princípios quais sejam: defesa da paz, não – intervenção, solução pacífica de controvérsias, e a concessão de asilo político são caracterizados e definidos na parte final devido a identidade entre eles, no que se refere a busca pela paz. A não-intervenção, interliga-se com a manutenção da paz, diante do respeito a não-intervenção em assuntos domésticos, de domínio reservado dos Estados. O princípio da solução pacífica das controvérsias representa banimento a qualquer uso da força em relações internacionais. O princípio da concessão de asilo político atua como representação da solidariedade internacional, verdadeira proteção da pessoa humana, funciona de maneira que um indivíduo requer ao Estado seu acolhimento por motivos de perseguições políticas decorrentes de sua manifestação de livre pensamento.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Internacional. Princípios Constitucionais. Relações Internacionais. Estado. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The ideas explored in this essay will describe the constitutional principles of the Federative Republic of Brazil in its international relations, and its applicability in the Brazilian legal system. The principles discussed here are envisaged in Article 4 of the Constitution of 1988, but were consolidated in the twentieth century, international treaties and in the Federal Constitutions. The principles formed a new paradigm in building a democratic rule of law, that's why their interpretation is so important, which must be done as broadly as possible, respecting the legal and real possibilities. Will be analyzed ten principles, the principle of national independence through the notion of State, with the definition and evolution of the concept of sovereignty in a globalized world. Beside national independence is the principle of self-determination, defined from the self-governing and legal equality between states as the foundation of maintaining a dignified and peaceful coexistence for all. In the sequence will be analyzed the principle of the prevalence of Human Rights which includes the analysis of Article 5 § § 1, 2 and 3, the American Convention on Human Rights and the Declaration of recognition of the compulsory jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. This part covers the cooperation of people for the progress of mankind, following the model open constitutional model of Peter Haberle and Latin American integration set out in paragraph one of Article 4 of the Federal Constitution. The repudiation of terrorism and racism is embedded in the same chapter of the supremacy of human rights, since such matters should be emphasized before the current pluralistic and global society. The next principles are: protection of peace, non - intervention, peaceful settlement of disputes, and granting of political asylum are characterized and defined at the final chapter because the identity between them, as regards the search for peace. Non-intervention, joining up with the maintenance of peace, of respect on non-intervention in domestic affairs, a domain reserved to the States. The principle of peaceful settlement of disputes is to ban any use of force in international relations. The principle of granting political asylum acts as representation of international solidarity, real protection of the human person works in a manner that requires an individual to state their acceptance for reasons of political persecution due to his expression of free thought.

Keywords: Constitutional Law, International Law, Constitutional Principles, International Relations, State, Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - INDEPENDÊNCIA NACIONAL, AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS ESTADOS	14
1.1 INDEPENDÊNCIA NACIONAL	14
1.1.1 Definição e historicidade – Independência nacional como soberania.....	15
1.1.2 Características, justificativas e objeto da soberania	22
1.1.3 A soberania como qualidade de uma ordem normativa, a visão de Hans Kelsen	24
1.1.4 A relativização do conceito de soberania no mundo globalizado e pós-moderno.....	27
1.2 IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS	35
1.2.1 O princípio da igualdade jurídica entre Estados soberanos.....	35
1.2.2 Igualdade/Desigualdade e reciprocidade.....	37
1.2.3 Igualdade e soberania	40
1.3 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS.....	42
1.3.1 Conceito.....	42
1.3.2 Autodeterminação, Estado, transferência e descolonização	45
1.3.3 O pacto de direitos sociais, econômicos e culturais	48
1.3.4 O povo como elemento fundamental na realização da autodeterminação dos povos.....	51
1.4 O CASO CESARE BATTISTI.....	56
1.4.1 O caso e os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais.....	62
CAPÍTULO 2 - PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS, A COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE E REPÚDIO AO TERRITORISMO E AO RACISMO	64
2.1 PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	64
2.1.1 Artigo 5.º, parágrafo 3.º da Constituição Federal.....	64
2.1.2 Artigo 109 da Constituição Federal e o artigo 7.º ADCT.....	74

2.1.3	A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos	78
2.2	COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE.....	82
2.2.1	Cooperação Internacional para Peter Haberle: O Estado Constitucional Cooperativo.....	82
2.2.2	A realização cooperativa dos Direitos Fundamentais.....	85
2.2.3	Integração e cooperação.....	88
2.2.4	Princípio da Integração Latino Americana.....	89
2.3	REPÚDIO AO TERRORISMO E AO RACISMO.....	99
2.3.1	Terrorismo.....	99
2.3.2	Racismo.....	106
2.4	O CASO ELLWANGER – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO REPÚDIO AO RACISMO E PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS.....	110
2.4.1	Histórico do caso.....	110
2.4.2	O caso que provocou a impetração do Habeas Corpus.....	111
CAPÍTULO 3 - DEFESA DA PAZ, NÃO INTERVENÇÃO, SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS E CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO.....		
3.1	A DEFESA DA PAZ.....	117
3.1.1	A paz perpétua.....	117
3.1.2	A previsão na Carta das Nações Unidas - a defesa da paz e da segurança nacional como princípio.....	122
3.2	A NÃO INTERVENÇÃO.....	126
3.2.1	Definição.....	126
3.2.2	Tipos de intervenção.....	133
3.2.2.1	Intervenção em nome do direito de defesa e de conservação.....	133
3.2.2.2	Intervenção para a proteção dos Direitos Humanos.....	133
3.2.2.3	Intervenção para a proteção dos interesses de seus nacionais.....	135
3.2.3	A doutrina Drago.....	135
3.2.4	A doutrina Monroe.....	137
3.3	SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS.....	138

3.3.1	Conceito de Controvérsias Internacionais e finalidade da matéria	138
3.3.2	Meios políticos	139
3.3.2.1	Negociações diplomáticas	140
3.3.2.2	Congressos e conferências	140
3.3.2.3	Serviços amistosos.....	141
3.3.2.4	Bons ofícios	141
3.3.2.5	Mediação	142
3.3.2.6	Consulta	143
3.3.3	Meios jurídicos.....	144
3.3.3.1	Comissões Internacionais de Inquérito.....	144
3.3.3.2	Conciliação	145
3.3.3.3	Arbitragem.....	146
3.3.3.4	Solução judicial.....	148
3.4	CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO	152
3.4.1	Asilo político/diplomático.....	153
3.4.1.1	A concessão do asilo.....	156
3.4.2	Asilo territorial, externo ou internacional.....	159
3.4.3	Refugiados.....	160
3.4.3.1	O Estatuto dos Refugiados.....	161
3.4.4.	O fim do asilo.....	163
3.5	ESTUDO DE CASO – O CASO ZELAYA - HONDURAS.....	164
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
	REFERÊNCIAS	173

INTRODUÇÃO

O objetivo principal deste trabalho é descrever e interpretar os princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais. Para tanto, analisam-se o Direito Internacional, o Direito Constitucional e as Relações Internacionais, uma espécie de entrelaçamento entre tais disciplinas.

Os princípios são o alicerce do sistema jurídico do Estado soberano. Como seus objetivos elenca-se: fundar um itinerário para a vida social e, da mesma forma, direitos e deveres para os membros da sociedade. Assim, a finalidade deste trabalho é apresentar, descrever e interpretar os princípios constitucionais que regem o Brasil nas relações internacionais.

Deve-se observar que os princípios constitucionais são o conjunto de normas que refletem a ideologia da Constituição, seus axiomas e seus fins. Em suma, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações indispensáveis da ordem jurídica que institui.¹ Os princípios de interpretação constitucional visam possibilitar o entendimento das normas constitucionais.

Os princípios aqui tratados foram estabelecidos solidamente ao longo do desenvolvimento social e codificados no século XX, nos tratados internacionais e nas Constituições Federais. A evolução do Estado demonstra uma inquietação no século XX de fixar novos protótipos que objetivem a manutenção da paz e da segurança internacionais, mediante o fortalecimento dos Direitos Humanos, de um Sistema de Cooperação entre os povos, mas assegurada a sua autodeterminação. E ainda, da solução pacífica dos conflitos, não-intervenção, concessão de asilo político, igualdade entre Estados e repúdio ao racismo e ao terrorismo. Nessa conjuntura, tais princípios plantam um novo paradigma na construção do Estado democrático de direito, majorando-os à categoria de universais.

¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999. p.147.

Nas palavras de Gilmar Ferreira Mendes, "oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição"².

A questão central deste trabalho é como interpretar e aplicar os princípios elencados no artigo 4.^a da Constituição Federal, para que se possa realizar e efetivar tal dispositivo da forma mais ampla possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Principalmente porque hodiernamente não se permite que um jurista recuse a realidade do entrelaçamento entre as disciplinas de Direito Internacional e Direito Constitucional, como neste trabalho, porque tais preceitos se tornaram intensos no buscar nortear as relações entre os Estados da comunidade internacional tanto nos períodos de paz como nos de controvérsias solucionadas sem o apelo das armas, em qualquer conflito que ameace a paz mundial.

Para dar conta do objetivo proposto, a pesquisa divide-se em três capítulos. O primeiro reúne o princípio da Independência Nacional (art. 4.^o, I), explicada por meio da noção de Estado, juntamente com a definição e caracterização da soberania e as mudanças nesses conceitos devido ao mundo globalizado e pós-moderno. Ao lado da Independência nacional estão o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4.^o, III) e igualdade jurídica entre Estados (art. 4.^o, V). O primeiro é definido como autogovernabilidade e analisado conforme o Pacto de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais; o segundo se refere à igualdade de oportunidade para os Estados a fim de manter uma convivência digna e pacífica para todos.

O segundo capítulo abrange a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4.^o, II), a cooperação dos povos para o progresso da humanidade (art. 4.^o, IX) e o repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4.^o, VIII). A Constituição Federal de 1988 como modelo constitucional aberto prioriza os Direitos Humanos mediante o art. 5.^o, §§ 2.^o e 3.^o. Outro ponto de efetivação dos Direitos Humanos está na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte interamericana de Direitos Humanos.

² MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996. p.222.

A cooperação manifesta-se no modelo de Constituição aberta, e no Estado Cooperativo Constitucional de Peter Haberle. Neste capítulo trata-se também da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, e de que maneira se procura a formação de uma comunidade latino-americana de nações, inter-relacionando os temas cooperação e integração. Como parte final do segundo capítulo refere-se ao repúdio ao terrorismo e ao racismo, que reflete como parte da supremacia dos Direitos Humanos, visto que tais matérias devem ser amplamente abordadas diante da sociedade globalizada e pluralista em que vivemos.

O terceiro capítulo trata dos demais princípios elencados no artigo 4.º, quais sejam: defesa da paz (inciso VI), não intervenção (inciso IV), solução pacífica de controvérsias (inciso VII) e a concessão de asilo político (X). A defesa da paz prevista como princípio regente do Brasil em suas relações internacionais tornou-a universal e perpétua. Nesta parte considera-se a Paz Perpétua descrita por Kant, assim como a defesa da paz e da segurança nacional como princípio das Nações Unidas.

A não intervenção interliga-se com a manutenção da paz, diante do respeito à não intervenção em assuntos domésticos, de domínio reservado dos Estados, como manifestação de soberania, e também a reprovação a qualquer ameaça de ingerência interna que reflita negativamente no desenvolvimento de um Estado. Na sequência, descrevem-se os tipos: intervenção em nome do direito de defesa e conservação, intervenção para proteção dos Direitos Humanos e intervenção para a proteção dos interesses de seus nacionais.

Segue-se o estudo com a análise do princípio da solução pacífica das controvérsias, como um banimento a qualquer uso da força em relações internacionais. São elencados e explicados os meios políticos e os meios jurídicos de solução de controvérsias, demonstrando que para todo e qualquer conflito existe uma saída pacífica.

Por fim, trata-se do princípio da concessão de asilo político, que atua como representação da solidariedade internacional, verdadeira proteção da pessoa humana. Primeiramente é feita uma definição do mecanismo, explicando: um indivíduo requer ao Estado seu acolhimento por motivos de perseguições políticas decorrentes de sua manifestação de livre pensamento. Após, é feita distinção entre o asilo diplomático e o asilo territorial, e é explicada a questão dos refugiados considerando seu Estatuto.

O tema e o recorte escolhido para essa dissertação relacionam-se com a linha de pesquisa "Estado e Concretização dos Direitos: Correlações e Interdependências Nacionais e Internacionais". Na medida em que abrange os Direitos fundamentais e

a democracia no contexto internacional, e inclusive no processo de integração da América Latina, visa investigar as possíveis relações entre os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais que regem o Brasil nas suas relações internacionais; princípios estes que se são definidos pelo Direito Internacional, o que gera uma análise da comunidade política, nacional, internacional e supranacional, reunindo assim alguns dos pilares do Estado Democrático de Direito elencados no artigo 4.º da Constituição da República.

E ainda, a linha de pesquisa desenvolvida no programa de mestrado das Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil, apresenta dentre seus objetivos definir os direitos fundamentais como patamar civilizacional insuperável, para passa a compreender o princípio democrático como pressuposto de organização política legítima, tanto no contexto do estado nacional, como nas demais comunidades políticas supranacionais. Desta forma, a partir da ênfase em perspectivas supranacionais dos direitos fundamentais e da democracia, a área de concentração induz a uma investigação sobre as intercorrências desses dois pressupostos tanto no âmbito do Estado Nacional quanto no âmbito do direito implicado pela internacionalização.

CAPÍTULO 1

INDEPENDÊNCIA NACIONAL, AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS E IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS ESTADOS

Neste capítulo inicial serão abordados os princípios que envolvem a independência nacional, a autodeterminação dos povos e a igualdade jurídica. Tais princípios foram englobados por serem os princípios que se interligam com a soberania nacional dentro sua definição. O item final do capítulo é um estudo do caso Cesare Battisti e sua repercussão nas relações internacionais no Brasil, correlacionando-o com os princípios elencados neste capítulo e com o princípio da concessão de asilo político tratado no capítulo final desta dissertação.

1.1 INDEPENDÊNCIA NACIONAL

A questão da independência nacional confunde-se com o conceito de soberania, o qual possui considerável relevância para o debate da Teoria do Estado, das relações internacionais e do direito internacional público, visto que, nestes estudos, o Estado é o objeto central. Contudo não há no Direito Internacional um termo mais "embaraçoso e indisciplinado, pois como símbolo altamente emocional" tem sido amplamente utilizado para conquistar simpatias em face de tendências nacionalistas que vêm marcando nossa época.³

O Estado é formado por três elementos básicos: território, povo e soberania. Quanto ao primeiro, seria uma "corporação territorial", inexistem Estados nômades, tampouco um limite territorial. O segundo é definido por um número de pessoas não nômades, não sendo necessário um limite mínimo de pessoas, nem uma ligação étnica

³ KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicolas de B. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964. p.149.

entre elas. Por fim, o terceiro remete a uma diferenciação das "corporações territoriais" por representar o poder em última instância numa sociedade político-organizada.⁴

O princípio da independência nacional, como regente do Brasil nas suas relações internacionais, representado pela soberania, pela autodeterminação dos povos e pela igualdade, deve ser interpretado seguindo os parâmetros da globalização econômica, modificativa de alguns aspectos desses tradicionais conceitos a partir do momento em que retira alguns poderes do Estado Nacional (e delega às organizações supranacionais ou Cortes internacionais). Nesse sentido, "o Estado Nacional de hoje não é mais o Estado Nacional fechado de outrora, centrado no princípio da soberania e da economia nacional, pois novas características definem o Estado do século XXI"⁵.

Sob o prisma dessas novas características tornou-se impreciso o campo de atuação da Teoria do Estado, do Direito Constitucional e do Direito Internacional, justificado pelas novas relações político-jurídicas que ocorrem além do Estado Nacional. Como exemplo cita-se o processo de integração europeu que se torna cada vez mais parte do cotidiano do jurista.⁶

1.1.1 Definição e historicidade – Independência nacional como soberania

Inicialmente, deve-se esclarecer que, em cada forma de organização de poder ao longo da história, existiram diferentes maneiras de caracterização da Soberania. Todavia, percebe-se que em todas elas sempre esteve presente a figura de uma autoridade suprema, ainda que, na prática, essa autoridade tenha sido exercida de maneiras distintas.

Grócio, jusnaturalista e pai do direito internacional, define o poder soberano como aquele cujos atos são independentes de qualquer outro tipo de poder superior e não podem ser anulados por nenhuma outra vontade humana. Afirma que os poderes soberanos não devem ignorar-se, mas sim aceitar a ideia da sociedade

⁴ MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e século XXI**: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b. p.8-9.

⁵ *Ibid.*, p.125.

⁶ *Ibid.*, p.147.

guiada pelo direito. Porém, a soberania deve ser limitada pela força do direito na falta de órgãos superiores aos Estados.⁷ Para ele, a soberania é subordinada ao direito natural; nesta afirmação fundou-se o direito internacional.⁸

Para Vattel, precursor do positivismo, um Estado é um corpo político ou uma sociedade de homens unidos para buscar benefícios e segurança com forças reunidas. Para que esse corpo forme uma sociedade com interesses comuns deve agir em concerto, é necessário que ela escolha uma autoridade pública para ordenar o que cada um deve fazer em relação à finalidade da sociedade. Tal autoridade é a soberania, formada por aqueles que a possuem, os soberanos.⁹

Pode-se asseverar que o princípio da independência nacional está situado no inciso I do artigo 4.º, por um motivo mais do que relevante, e já identificado no Antigo Regime, por Grócio e Vattel, isto é, que a soberania é o princípio básico da relação entre Estados, dela derivam todos os outros, formando um sistema completamente coerente.¹⁰

Em sentido lato, soberania indica o poder de mando, em última instância, numa sociedade político-organizada, seria um poder exclusivo e não derivado. Assim, este conceito está intimamente ligado ao conceito de poder político¹¹, isso

⁷ GROTIUS, H. *O direito da guerra e da paz*. Apud PELLET, Alain DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito internacional público**. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p.48.

⁸ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.49.

⁹ VATTEL, Emmerich de. **O direito das gentes (Le Droit des gens)**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Ijuí, 2008. p.157.

¹⁰ PELLET; DAILLIER; DINH, *op. cit.*, p.52.

¹¹ O poder político é o campo de atuação e efetivação em que o poder acarreta maiores consequências, sua pesquisa gerou consideráveis métodos e resultados; neste enfoque, são encontradas as mais diversas interpretações ao longo da história. Bobbio expõe que o poder polariza o Estado e a política, devido ao caráter de interação que existe entre eles. Inexiste teoria política ou conformação do Estado que não partam, de algum modo, de uma definição ou análise do fenômeno do poder (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p.76). Weber, citado por Bobbio, observa que "as relações de mando e obediência mais ou menos confirmadas no tempo, que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais, [...] mas também num específico fundamento de legitimidade". Ressaltando que deste poder legítimo surge a palavra "autoridade". Weber divide o poder legítimo em três tipos puros: i) o legal; ii) o tradicional; iii) e o carismático (BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. 13.ed. Brasília: UnB, 2000. v.2. p.940).

porque, "a soberania visa ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato, em poder de direito"¹².

No que se refere ao aspecto histórico do conceito, a palavra soberano na Idade Média representava somente uma questão de superioridade num sistema hierárquico, uma proeminência. Matteucci¹³ afirma que até os barões eram soberanos de suas baronias.

Na sua significação moderna e sistemática, o termo aparece no final do século XVI, em conjunto com o surgimento do Estado. O surgimento de tal conceito possibilita ao Estado Moderno impor-se à organização medieval do poder (por um lado, baseada nas categorias e nos Estados e, por outro lado, pelo papado e pelo império), em decorrência da necessidade de unificação e concentração de poder, para agregar em uma única instância o monopólio da força de determinado território, sob determinada população.¹⁴

Assim, cada cidadão se submete à autoridade do corpo inteiro (soberano) em tudo aquilo que diga respeito ao bem comum. O direito de todos sobre cada membro compete ao corpo político do Estado, contudo, seu exercício pode ser transmitido a diversos agentes, dependendo da vontade da sociedade.¹⁵

Para Vattel, são soberanos todos os Estados que se governem, sob qualquer forma, independente da espécie de governo, desde que sem dependência de Estados estrangeiros. "Essas são as pessoas morais que vivem juntas numa sociedade natural sujeita as leis do Direito das Gentes". Para que uma nação integre essa "grande sociedade", deve ser soberana, independente, ter sua própria autoridade e suas próprias leis.¹⁶

Ressalta-se que na Idade Moderna permaneceram algumas heranças medievais. Desapareceram a organização social medieval e a sociedade corporativista, mas o que se manteve foi a necessidade dessas mediações, que servem para frear o poder

¹² MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12.ed. Brasília: UnB, 2002. p.1.179.

¹³ *Ibid.*, p.1.181.

¹⁴ *Ibid.*, p.1.179.

¹⁵ VATTEL, 2008, p.157/158.

¹⁶ *Ibid.*, p.159.

soberano. Assim, a lei se torna o principal instrumento de organização da sociedade, continuam presentes as concepções medievais de exigência de justiça e de proteção dos direitos individuais.¹⁷

Nessa época, Thomas Hobbes iniciou sua teoria partindo do Estado de Natureza, isto é, dos seres humanos convivendo sem Estado, para depois explicar a necessidade dele. Conforme o pensador, este estado natural representa uma ameaça à manutenção da humanidade, que impulsiona as pessoas a pactuarem entre si, transferindo o direito de autodefesa existente no estado natural para o Estado, que garante a efetividade do contrato.¹⁸

Hobbes, defensor do absolutismo estatal do Rei, elabora uma teoria que fundamenta a necessidade de um Estado soberano como forma de manter a paz civil. O Estado soberano é a única forma de permitir aos seres humanos a vida em sociedade e a superação de seus egoísmos, é por meio de um Estado absoluto, pleno que se pode resolver todas as pendências e arbitrar qualquer decisão.¹⁹

Como consequência das revoluções burguesas surgem as teorias democráticas e com elas a expressão "soberania popular", notoriamente após a publicação do Contrato Social de Rousseau.

Para Rousseau, representante intelectual da burguesia do século XVIII, que identificou o conceito de soberania com o Poder Legislativo, todo o discurso em torno da origem convencional do contrato encontra seu ápice nesse conceito. A soberania é o exercício da vontade geral, sendo esta a vontade do corpo do povo e tendendo sempre ao bem comum. Do contrário, não passa de uma vontade particular ou de um ato de magistratura, quando muito de um decreto. Interessante destacar que este filósofo afirma que a soberania não pode ser alienada e, tampouco, dividida.²⁰

¹⁷ MATTEUCCI, 2002, p.1.182-1.183.

¹⁸ *Ibid.*, p.1.180.

¹⁹ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WELFFORT, Francisco. **Os clássicos da política**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1998. p.73-79.

²⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: **Coleção Os Pensadores**. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. p.15-45.

Durante o século XVII e todo o século XVIII importantes filósofos, como John Locke, Montesquieu e Rousseau, criticaram o Absolutismo e influenciaram diretamente os burgueses mentores da Revolução.

A paz de Vestfália, em 1648, deu início ao sistema moderno de Estado nação. Foi a primeira vez que se reconheceu a soberania dos Estados envolvidos, com direitos iguais baseados numa ordem internacional constituída por tratados e sujeitos à lei internacional. A lei e a ordem começaram a ter por fundamento a vontade dos governos e a percepção recíproca dos seus interesses comuns.

Após a Revolução Francesa de 1789, surge o conceito de "soberania nacional", que exerceu grande influência no combate da burguesia contra a monarquia absoluta, concebendo-se a nação como o próprio povo numa ordem. Na primeira metade do século XIX a noção de soberania se fortalece no sentido de expressão do poder político, devido ao fato de as grandes potências preocupadas nas conquistas territoriais poderem defender suas imunidades a qualquer limitação jurídica.²¹

Foi apenas a partir da metade do século XIX que o Estado se afirmou como o verdadeiro titular da soberania. Nesse século, despontou uma teoria jurídica da soberania, cujo desenvolvimento foi gradativo, sendo necessária a junção de vários aspectos para que se compreendesse o seu conjunto. Primeiramente verifica-se que o conceito de soberania varia de autor para autor, pois alguns se referem a ela como um poder do Estado, outros apontam o conceito como qualidade do poder do Estado.²²

Reale conceitua soberania como "o poder de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões nos limites dos fins étnicos de convivência", no sentido de auto-organizar, impor suas decisões.²³

Para Kelsen, "o Estado não é um grupo de indivíduos submetidos a um poder organizado; o Estado é uma ordem, uma ordem à autoridade da qual estão submetidos os indivíduos", ou seja, o Estado é uma ordem, que contém normas, e

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p.78-79.

²² *Ibid.*, p.79.

²³ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 2.ed. São Paulo: Martins, 1960. Cap. IV, itens 92 a 94.

estas regulam a conduta humana. E ainda, para tal autor, a ordem será soberana quando a norma fundamental não pertencer a nenhum outro grupo de regras positivas.²⁴

Já para Heller, a soberania é um fenômeno jurídico que decorre do poder do Estado de tecer a última palavra dentro de seu território; dessa maneira, o Estado, quando determina o que é de sua competência e aquilo que não lhe cabe decidir, estará em verdade manifestando sua soberania. O caráter absoluto da soberania não é mitigado pela interdependência entre os Estados soberanos, isso porque as obrigações resultantes de tratados entre os Estados reafirmariam a soberania, visto que os Estados detêm o direito de manter ou guerrear pela sua conservação.²⁵

Na realidade, essas teorias se referem a uma concepção de poder, o qual pode estar implícito ou explícito. O que pode ser apontado como elemento diferenciador é o sentido político e o sentido jurídico da soberania. O primeiro preocupa-se com o sentido absoluto do conceito, o que importa é que sejam impostas suas determinações, isso gerava a supremacia do mais forte, um egoísmo entre Estados. No segundo, verifica-se que todos os atos do Estado devem ser enquadrados no ordenamento, quem escolheria em qual das normas seria o soberano, podendo inclusive dispensar a juridicidade de alguma norma se assim entendesse. Nesse entendimento não existe preponderância do mais forte.²⁶

Insta consignar que com a evolução do pensamento, o conceito foi, aos poucos, deixando de ser apenas político para alcançar uma compreensão jurídica, como poder jurídico utilizado para fins jurídicos.

Uma concepção culturalista define a soberania tendo em vista não apenas o direito, mas também as finalidades éticas de convivência.²⁷

²⁴ KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1938. p.43.

²⁵ HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. p.271, 273.

²⁶ DALLARI, D. A., 2000, p.79.

²⁷ *ibid.*, p.79-80.

Então, pode-se afirmar que a soberania foi se caracterizando, ao longo da história,

como um poder juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas.²⁸

Dessa maneira, na visão tradicionalista, ela é tida como indivisível, inalienável e imprescritível, características que serão abordadas no item que segue.

Cabe lembrar que a soberania caminha juntamente com a igualdade dos Estados, pois ambas representam a doutrina constitucional fundamental do direito das nações, que guia a comunidade formada por Estados dotados de personalidade jurídica uniforme. Parte da soberania é formada pela relação entre outros Estados e com as organizações de Estados.²⁹

Como corolários desses dois princípios que representam a doutrina do direito das nações pode-se citar primeiramente a jurisdição exclusiva sobre o território e população que nele habitam. Em segundo lugar, a obrigação de não ingerência na área de jurisdição de outros Estados. Por fim, a subordinação às obrigações decorrentes do direito consuetudinário, assim como aos tratados nos quais o Estado seja signatário. Quanto a este último corolário, importante dizer que a competência dos tribunais internacionais depende do consentimento das partes, isto é, o Estado deve consentir e, assim, fazer parte, respeitando tais tribunais.³⁰

Os direitos das nações de se autogovernarem como julgarem oportuno, nenhuma tendo legitimidade para imiscuir-se no governo da outra, é decorrência básica da liberdade e da independência entre os Estados. Por isso, a soberania é o direito mais precioso e mais respeitável que um Estado possui.³¹

²⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.124.

²⁹ BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1997. p.309.

³⁰ *Ibid.*, p.309-310.

³¹ VATTEL, 2008, p.425.

1.1.2 Características, justificativas e objeto da soberania

No que se refere às características da soberania, uma porção significativa dos autores tradicionais a elenca como una, indivisível, inalienável e imprescritível.³²

A unicidade da soberania é explicada pela impossibilidade de coexistirem num Estado duas soberanias. Ele deve ter posição de superioridade a todos os demais poderes presentes dentro do Estado, seja ela poder incontrastável ou poder de decisão em última instância.

A indivisibilidade decorre de sua aplicação, que deve ser a todos os fatos ocorridos dentro do seu território (Estado). Isso não significa a impossibilidade de divisão de poderes (teoria da divisão do poder), pois esta tem atribuição de dividir funções.

A inalienabilidade também deve ser vista como característica, pois aquele que detém soberania, caso fique sem, deixa de existir, podendo ser o povo, a nação ou o Estado. Para Rousseau, a soberania, sendo apenas o exercício da vontade geral, nunca pode alienar-se, e o soberano, não passando de um ser coletivo, só pode ser representado por si mesmo; pode transmitir-se o poder – não, porém, a vontade.³³ Vale citar que no Brasil a inalienabilidade da soberania popular é assegurada no art. 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, uma vez que os governantes do Estado brasileiro são representantes do povo, não detêm a titularidade do poder soberano.

Por fim, tem-se ainda como característica da soberania a imprescritibilidade, no sentido de que para ser superior não pode ter prazo de duração. Essa característica como todas as outras, ainda está presente no período atual.

Outra questão pontual acerca do assunto refere-se à justificação e titularidade da soberania. São consideradas duas teorias que justificam o poder soberano, as teocráticas e as democráticas.

³² As características são baseadas nas obras de DALLARI, D. A., 2000 e STRECK; MORAIS, 2000.

³³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.33.

Leon Duguit³⁴ explica que as Teorias Teocráticas, que legitimam o poder político de um indivíduo fundado num poder divino, pressupõem a intervenção de forças sobrenaturais. Devem ser estudadas pelo simples fato de serem elemento da evolução do pensamento político. Essas teorias tiveram grande repercussão no fim da Idade Média e no período absolutista do Estado Moderno.

O referido autor descreve várias críticas em relação à noção de soberania. Por exemplo, quanto aos limites, ele sugere um dilema, pois ou o Estado é soberano e só se determina pela sua própria vontade já que não há regra imperativa que o limite, ou o Estado está submetido a uma regra imperativa que o limita, e, então, não é soberano.

Visando à melhor compreensão do tema, o autor sugere a divisão dessa teoria em duas outras, as doutrinas do direito divino sobrenatural e as do direito divino providencial. As primeiras consideram que Deus, o poder superior, teria instituído o poder político e também as pessoas designadas a assumirem tal poder. As segundas defendiam que é pela vontade providencial dos acontecimentos e das vontades humanas, indiretamente vindos de Deus, que se determina o sujeito no poder. Nos dois desdobramentos, o titular da soberania é o monarca.

As teorias democráticas também são explicadas por Duguit; essas teorias foram influentes no século XIX, sobre duas linhas políticas, a de que todo poder emana do povo e a criação de um parlamento diretamente eleito pelo povo.

Em todos os tempos, os mais fortes sempre se impuseram sobre os demais. Os governantes sempre foram uma força reconhecida. Pelo poder sobrenatural, a ideia teocrática representou papel fundamental em épocas de desdobramentos religiosos, até que, preponderando o positivismo, este passou a prescindir de religiosidade, sendo adotada, então, a ficção da vontade social, coletiva. Acentua-se que "é a distinção positiva entre governantes e governados, é a relação que se estabelece mediante ordens que são sancionadas por um constrangimento material, e o monopólio que um certo grupo faz desse poder coercitivo"³⁵.

³⁴ DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996. p.35-41.

³⁵ *Ibid.*, p.49.

A partir do século XX o titular da soberania passa a ser o Estado, e como ela é um direito, seu titular só poderia ser uma pessoa jurídica. Assim, como o povo participa do Estado, sendo elemento que forma a vontade estatal "a atribuição da titularidade da soberania ao Estado atende às exigências jurídicas, ao mesmo tempo em que preserva o fundamento democrático". Dessa forma, o poder soberano surge a partir do momento em que um ordenamento, positivado, adquire reverência dos destinatários, estabilidade e caráter permanente.³⁶

O objeto e a significação da soberania são verificados sobre o poder que exerce sobre os indivíduos e todo o limite territorial do Estado. Os cidadãos de um determinado Estado estão sempre sujeitos ao poder soberano, e em determinadas situações este poder é exercido fora dos limites territoriais daquele Estado. Em regra, esse poder atinge também todos que estejam presentes do território soberano. Por isso, trata-se de um poder superior aos demais, tendo a significação de independência, admitindo, porém, que coexistam outros poderes iguais, mas nenhum superior.³⁷

A soberania pode ser utilizada para descrever a competência jurídica que os Estados detêm para aludir uma função específica desta competência ou para oferecer um fundamento relativo a um aspecto específico da competência. Diante disso, a jurisdição, dotada de competência legislativa sobre o território nacional, pode ser chamada de soberana. Da mesma forma, o instituto pode se referir ao poder de adquirir território e os direitos que resultam desse poder. Assim, em termos gerais, a soberania caracteriza poderes, privilégios, que se fundam no direito consuetudinário, mas são independentes de consentimento de qualquer outro Estado.³⁸

1.1.3 A soberania como qualidade de uma ordem normativa, a visão de Hans Kelsen

Devido à proximidade e correlação de conceitos entre Estado e Soberania, cabe aqui a exploração do conceito de soberania nos termos do entendimento da

³⁶ MORTATI, C. *apud* DALLARI, D. A., 2000, p.83.

³⁷ DALLARI, D. A., *op. cit.*, p.84.

³⁸ BROWNLIE, 1997, p.311.

Escola Positivista, por intermédio de Hans Kelsen, que afirmou que o Estado passa a ser uma ordem jurídica centralizada, restringida no seu domínio espacial e temporal da vigência, soberana e globalmente eficaz. Para ele, a soberania não passa da capacidade de dizer o direito em última instância.

Consoante ensinamentos de Hans Kelsen³⁹, o Estado como ponto final da imputação jurídica, criação lógico-normativa, identifica o conceito de soberania ao Direito. A soberania "é a propriedade de ser de uma ordem suprema, uma ordem que já não deve a sua validade a uma ordem superior". Dessa forma, o titular da soberania é o próprio Direito.

Partindo desse entendimento, o autor explica a teoria pluralista, que defende o Estado como ordem suprema, acima da qual não existe nenhuma ordem jurídica. Essa teoria, portanto, não considera o direito internacional como ordem superior aos Estados e seus ordenamentos jurídicos.

Outra teoria, incorporada pela teoria pluralista, é a teoria do reconhecimento, a partir desta o dualismo entre direito nacional e internacional é deixado de lado, assim conseqüentemente também o pluralismo. Isso ocorre com o intuito de afirmar a soberania do Estado.⁴⁰

O autor austríaco aponta a soberania como qualidade essencial do Estado, quer dizer que este tem caráter supremo, de autoridade.⁴¹ Tal caráter só pode ser conferido por uma ordem normativa. Essa capacidade de autoridade jurídica do Estado deve ser idêntica à ordem jurídica nacional. Assim, o Estado soberano seria uma ordem jurídica, que totalmente prepondera sobre todas as demais, mas a ordem que se poderia supor como sendo superior é a ordem internacional. Por isso, o autor enfatiza que "a questão de saber se o Estado é soberano ou não, coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não ordem superior ao Direito nacional"⁴².

Kelsen esclarece que afirmar que uma ordem jurídica é superior a outra é simplesmente uma expressão figurada, pois, "uma ordem inferior, deriva seu fundamento

³⁹ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2000. p.545-549.

⁴⁰ E não apenas declarar a independência do direito nacional e do direito internacional.

⁴¹ O autor define autoridade como o direito ou o poder de emitir comandos obrigatórios.

⁴² *ibid.*, p.545.

de validade, a sua norma fundamental relativa, de uma ordem superior"⁴³. Diz que o direito internacional determina a esfera e o fundamento de validade da ordem jurídica nacional, daí porque, a superioridade do direito internacional sobre o nacional é imposta pelo próprio direito.

Mais adiante, cita novamente a teoria do reconhecimento, no sentido de que, para esta, o direito internacional dita a esfera e o fundamento de validade do direito nacional somente se o direito internacional possuir validade para tanto, dentro do ordenamento daquele Estado, portanto determina num sentido relativo. Conclui que o direito nacional é supremo, e o direito internacional tem seu fundamento de validade no direito nacional, assim, a fonte de validade absoluta do direito é a norma fundamental da ordem interna, por isso, o Estado pode ser concebido como soberano.

Para Kelsen, não se pode afirmar que um Estado é ou não soberano, pode-se apenas pressupor, e isso depende da teoria utilizada para delinear a esfera dos fenômenos jurídicos.

Outro aspecto imprescindível para tal estudo é teoria do autor que afirma a ordem estatal como ordem parcial, o soberano (detentor da capacidade jurídica total e global) só pode ser o Direito Internacional Público.

Kelsen criou uma definição de soberania relativa na qual assevera que a noção clássica de soberania, moldada por seus antecessores, é incompatível com a supremacia de Direito Internacional e o estabelecimento de uma ordem jurídica desse tipo no cenário político global.

A soberania deve ser vista como uma relação entre o direito internacional e o ordenamento jurídico estatal, um reconhecimento entre estes dois sistemas. O desenvolvimento das organizações internacionais também propiciou aos Estados a possibilidade de atuação perante a comunidade internacional.

O poder ilimitado da soberania absoluta começou a ser interpretado de modo mais flexível, permitindo um diálogo entre Estados e organismos internacionais.⁴⁴

Mesmo considerando que a Constituição Federal de 1988 utiliza o termo soberania, ele deve ser interpretado dessa forma permeável. Caso contrário, "as ordens

⁴³ KELSEN, 2000, p.545.

⁴⁴ FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p.47.

constitucionais, quando fundadas em dogmas rígidos, insensíveis aos reclamos dos tempos atuais, tendem a transformar em absoletos e ultrapassados"⁴⁵.

Importante frisar que ao interpretar a Constituição Brasileira, devem-se considerar os princípios regentes das relações internacionais na sua totalidade, e quanto à independência nacional soberana, na medida em que o Estado suprime parte do seu poder, cresce a sua posição estratégica em relação à comunidade internacional e que não haverá perda, mas delegações ao seu exercício, visando ao benefício comum.

A supranacionalidade⁴⁶ encontrada na União Europeia prevê apenas a transferência de parcelas de soberania, não ocasiona perda de poder, mas potencializa a capacidade de atuação, por meio de uma ação comum, de compartilhamento de soberania pela via da operacionalidade na realidade fática de forma objetiva, conjugando forças para melhor garantir a independência soberana. O mencionado instituto, mediante a delegação de poderes, contribui para o desenvolvimento do Direito Comunitário Europeu, pela aplicação de políticas comunitárias previstas nos tratados institucionais.⁴⁷

1.1.4 A relativização do conceito de soberania no mundo globalizado e pós-moderno

Uma abordagem sobre soberania, considerando-a como um poder irrestrito, mesmo ponderando seus limites jurídicos, parece basicamente que estar-se-ia valorizando demasiadamente o passado. Dos vínculos que a circunscrevem, foi assunto bem

⁴⁵ OBREDGÓN, Marcelo F. Quiroga. **A necessidade da aplicação do direito comunitário no Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p.13.

⁴⁶ A supranacionalidade consiste basicamente: i) na existência de instâncias de decisão independentes do poder estatal, as quais não estão submetidas ao seu controle; ii) na superação da regra da unanimidade e do mecanismo de consenso, já que as decisões – no âmbito das competências estabelecidas pelo tratado instituidor – podem ser tomadas por maioria, ponderada ou não; iii) no primado do direito comunitário ante a legislação interna. A integração europeia determinou a reestruturação das competências soberanas, que passaram a ser dividida entre os Estados e os órgãos comunitários (LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. In: _____. **Possibilidades e paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982. p.78; REIS, Márcio Monteiro. Interpretação constitucional do conceito de soberania: as possibilidades do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Mercosul: Integração regional e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.936/937).

⁴⁷ GOMES, Eduardo Biacchi. **Blocos econômicos: solução de controvérsias**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010a. p.134-142.

tratado no que se refere aos parâmetros democráticos que implicam um efetivo controle contencioso de sua atuação.⁴⁸

Deve-se observar a variabilidade pela qual o direito exprime a questão da soberania, podendo todo o direito ser expresso em termos de coexistência de soberanias. Essa matéria, geradora de dúvidas, pode ser analisada juntamente com o conceito de domínio reservado⁴⁹ de jurisdição interna. Outra explicação pode ser dada por meio da noção de soberania como poder discricionário em áreas delimitadas pelo direito. De maneira que "só os Estados podem conceder a nacionalidade para fins de direito interno, delimitar o mar territorial e decidir sobre a necessidade de uma ação em legítima defesa"⁵⁰.

Juntamente com a crise do Estado Moderno e o aprofundamento democrático das sociedades, ocorre uma dissipação nos centros de poder. "Pode-se vislumbrar como uma atitude centrífuga, de dispersão dos *loci* de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior"⁵¹.

No Direito Internacional Moderno coexistem duas categorias jurídicas distintas: i) uma pluralidade de direitos nacionais, reflexos de sociedades integradas e hierarquizadas; ii) o direito internacional dirigido a entidades soberanas. "Essa concorrência de soberanias idênticas confere ao direito das gentes características particulares que o distinguem dos direitos nacionais e leva a por a questão muito controversa, do seu fundamento"⁵².

A cooperação e solidariedade internacional, conceitos que evoluíram e se consolidaram nos últimos dois séculos, geraram uma pluralidade de sistemas. Mas a organização internacional atual não nega, nem limita a soberania⁵³, pois: "é na

⁴⁸ STRECK; MORAIS, 2000, p.124.

⁴⁹ Ver capítulo II, o Princípio da Não-intervenção.

⁵⁰ BROWNLIE, 1997, p.310.

⁵¹ STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p.125.

⁵² PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.76.

⁵³ Desconsiderando a União Européia, que não detém soberania.

vontade dos Estados que ela encontra seu fundamento e visa somente permitir a coexistência das soberanias tão harmoniosa quanto possível⁵⁴.

Ao correlacionar o artigo 4.º da Constituição com o artigo 1.º, I, nota-se um novo conceito de soberania, que deve ser analisado em conjunto com todos os princípios constitucionais fundamentais. A partir do momento em que a Constituição dispõe que nas suas relações internacionais a República Federativa do Brasil se rege por aqueles princípios, significa que o Estado brasileiro submete a sua soberania à independência nacional, prevalência dos Direitos Humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre Estados, defesa da paz, solução pacífica de conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e cooperação entre os povos, autorizando inclusive a integração supranacional com os países latino-americanos.⁵⁵

Em seu artigo 1.º, a Constituição prevê quais são os fundamentos do Estado. Dentre esses fundamentos está a soberania, princípio que vêm ratificados pelo artigo 4.º. Como já afirmado, desde seu surgimento o conceito jurídico de soberania foi se transformando ao longo da história, juntamente com o conceito de Estado.

As modificações ocorreram principalmente com o fortalecimento dos tratados internacionais e a construção de espaços supranacionais, conforme indica o Parágrafo Único do artigo 4.º⁵⁶, da Constituição. Com efeito, são tecidas críticas sobre a inexistência de um dispositivo constitucional objetivo que preveja, claramente, a posição dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro, e da mesma forma sobre um processo simplificado de internalização das normas surgidas no Mercosul e, também, sua hierarquia interna (este ponto será abordado no capítulo seguinte, item 2.2).

A interpretação da Constituição possui como característica a elasticidade, devido à sujeição desta a uma cambiante consciência valorativa.⁵⁷ Considerando

⁵⁴ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.58.

⁵⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n.º 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v.9, n.2, p.118, jul./dez. 2008.

⁵⁶ Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁵⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.56-63.

que a Constituição determina que se buscará a integração, no parágrafo único, sem explicitar o molde que será utilizado, pode-se dizer que uma vez dado o passo na direção indicada pela norma não é mais possível retornar. As normas programáticas detêm uma vinculação, na qualidade de limites materiais negativos fazendo existir um direito subjetivo de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que lhe contrariem, justificando sua censura sob a forma de inconstitucionalidade.⁵⁸

Por isso, o artigo 1.º, I, da Constituição, deve ser interpretado nos termos da norma integracionista do artigo 4.º. O conceito de soberania deve ser entendido sem perda de soberania; os sujeitos soberanos devem estar obrigados por regras jurídicas que não podem negociar de forma unilateral, cedendo parte de seus poderes a órgãos supranacionais.⁵⁹

A Constituição gera uma série de entes e órgãos encarregados, cada um deles, de parcelas do poder do Estado, o que se leva a concluir que o espaço para expectativa supranacional é diminuído. Por isso, as iniciativas nesse sentido deverão ser antecedidas por uma mudança das normas constitucionais distribuidoras de competências.

Diversos autores sustentam que a cooperação só é possível em razão da soberania, por esta permitir que Estados se vinculem em assuntos que lhes interessem. O que se verifica na prática é uma mudança radical nos postulados de tal conceito.

A Teoria do Estado não consegue dar resposta a essa nova realidade. Os elementos tradicionais que formam o Estado (povo, território e soberania) sofrem mudanças radicais. Direitos de soberania são transferidos dos Estados para as instituições supranacionais, o território não é mais meio de limitação espacial da aplicação da lei, pois as decisões das instituições supranacionais possuem efeito direto na ordem interna dos Estados e a fonte popular de legitimação do poder é colocada em questão visto que a união não é mais uma união de cidadãos, mas uma união de Estados na qual a legitimação democrática se destaca de modo indireto, por meio dos governos estaduais eleitos.⁶⁰

Com as comunidades supranacionais como a União Europeia, NAFTA e o Mercosul, surgiu nova lógica voltada às relações internacionais, o que refletiu

⁵⁸ REIS, 2000, p.949.

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ MALISKA, 2006b, p.151.

consideravelmente nas pretensões de uma soberania desprendida de qualquer vínculo de limitação.

E ainda, como agente responsável por esse processo estão também as Organizações Não Governamentais, que ocupam um espaço intermediário entre o público, por meio dos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais. Os vínculos dessas organizações com os Estados parecem não guardar uma lógica com a ideia de poder soberano. Os relatórios dessas entidades podem ter força de repudiar ou de reconhecer algo em nível internacional, o que pode refletir nos Estados envolvidos.⁶¹

Streck e Morais apontam algumas passagens que foram transformando esse conceito; assim, o caminho do modelo de Estado mínimo, de veia liberal clássica, para o Estado de Bem-estar Social traduz um desses momentos. O modelo liberal pregava uma ideia de soberania como poder supremo, único, o que importava para tal sociedade era o caráter de garantidor da paz que era atribuído ao Estado. No Estado de Bem-estar, cabe ao poder público a função de produzir a incorporação dos grupos sociais, nesta tarefa, o Estado recebe uma atribuição da solidariedade, que contrasta com o caráter ordenador de antes.⁶²

Na sociedade atual, após as evoluções acima apontadas, o exercício da autodeterminação, a soberania formalmente alcançada e a integração em espaços regionais permitem a todas as comunidades políticas a defesa e a promoção de seus interesses, até para que os países fortes não prejudiquem os fracos.⁶³

Enfim, os apontamentos apresentados guiam a uma reflexão sobre o caráter soberano nos dias atuais. Indubitavelmente não se trata mais da constituição de uma ordem suprema e absoluta. Parece que o elemento transformação se torna parte do poderio estatal.

Parece que o conceito de soberania surgiu e serviu para caracterizar o Estado Moderno, tendo se transformado a partir do Estado Supranacional. Ela teve fundamento

⁶¹ STRECK; MORAIS, 2000, p.126.

⁶² *Ibid.*, p.127.

⁶³ MIRANDA, Jorge. O direito internacional do início de um novo século. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora Ijuí, 2007. (Coleção Relações Internacionais e Globalização). p.19.

naquele período histórico, já explicado nos itens anteriores, de superação da Idade Média e surgimento da Idade Moderna, junto com as Constituições.

A globalização e a soberania (no conceito clássico do Estado moderno) não podem coexistir, isso porque uma anula a outra. A globalização pressupõe a quebra ou a inexistência de barreiras, e a soberania defende a força dessas barreiras, dessa forma

a soberania só tem sido aventada nesses tempos de globalização em virtude de favores axiológicos que tentam justificar, desde cessões parciais de soberania, até a formação de verdadeiros conglomerados macroeconômicos desprovidos de fronteiras.⁶⁴

Outro apontamento destacável se refere aos conceitos de poder constituinte, Constituição, Estado e soberania, e a aplicação deles no mundo atual. Para a modernidade, o poder constituinte elabora a Constituição, que forma o Estado, e a soberania reside no povo desse Estado. Contudo, para a realidade atual, isso não se aplica, porque percebe-se a possibilidade de um poder constituinte fora dos padrões tradicionais, que estructure uma comunidade política constituída por vários Estados e diversos povos.⁶⁵

Nesse sentido, pode-se citar Habermas, que sofisticando o universalismo jurídico, implementa a formatação do cosmopolitanismo solidário⁶⁶, composto pela comunicação aberta, em que estejam presentes os polos da situação e da oposição, juntamente com a inclusão do outro e a democracia participativa supranacional. Assim, conforme o autor, a supranacionalização política do Estado nacional é o que pode repetir as liberdades dadas pelo Estado liberal, assim como as garantias propiciadas pelo Estado social. Por isso unindo os entendimentos do universalismo jurídico do cosmopolitanismo solidário, pode-se reconstruir o conceito de soberania.

⁶⁴ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A constituição européia como signo**: da superação dos dogmas do estado nacional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p.137.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2000. Cosmopolitanismo Solidário no sentido de implicações sociais que o modelo globalizante tem imposto aos Estados Nacionais atuais, que são em sua grande maioria, multiétnicos, e que tem de buscar uma saída que contemple a boa convivência entre as várias culturas existentes em seu território.

A União Europeia é exemplo do novo conceito de soberania, então, cabe citar aqui alguns pontos relevantes dessa supranacionalidade que se tornou referência no assunto. A Europa é dotada de um substrato comum, formado por raízes religiosas, culturais, políticas e jurídicas, além de os países que a compõem terem uma moeda comum e as mesmas normas de Direito Comunitário.

Pagliarini abrange o questionamento da existência de uma soberania para a União Europeia, para isso baseia-se na possibilidade kelseniana e no que ele chama de "a soberania como ela é e a sua inaplicabilidade para a União Europeia"⁶⁷.

O autor cita a possibilidade de Kelsen, mas sem muita aplicabilidade no contexto de soberania nacional, porque, conforme o austríaco, soberania só é um conceito aplicável no Direito Internacional público, em que a norma hipotética fundamental seria o costume internacional, o que garantiria coerência ao objeto do próprio sistema estatal, o Direito. O que se conclui de tal análise é que nos termos do entendimento de Kelsen, a União Europeia não é soberana.

Deve-se considerar, também, para tais análises é que o conceito tradicional não se aplica para a União Europeia pelo simples fato de que a integração supranacional gerou certas abdições por parte dos Estados. Basicamente os limites impostos pelo conceito clássico foram derrubados, não mais fazendo parte do Direito Comunitário Europeu.

No caso latino-americano, mais precisamente na Constituição brasileira de 1988, não se trata de incompatibilidade entre os Conceitos de soberania e integração, visto que o constituinte brasileiro optou pela ideia de Estado aberto, ou soberania permeável. Conforme o artigo 4.º parágrafo único, o Brasil está inserido em um sistema que busca aprofundar a integração regional conforme os desafios que a globalização hodierna coloca aos Estados.⁶⁸

Pode-se afirmar que os Estados contemporâneos como entidades de natureza eminentemente territorial estão em contrassenso com a estrutura espacial da economia globalizada, que criou "espaços funcionais", desenvolvidos por redes de relações financeiras e comerciais, que envolvem "cidades mundiais" e empresas multinacionais,

⁶⁷ PAGLIARINI, 2005, p.146.

⁶⁸ MALISKA, Marcos Augusto. O estado constitucional cooperativo em face da cooperação regional e global. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, n.6, p.111, dez./jan. 2006a.

as quais conseguem em sua atuação, sobretudo em razão do progresso da tecnologia, escapar ao controle dos países em que operam.⁶⁹

A teoria da soberania compartilhada é utilizada para explicar as mutações ocorridas no conceito clássico de soberania, no que se refere aos acontecimentos acima descritos e à criação e aplicação do direito comunitário. A partir dela, quando os Estados alcançam a integração regional ocorre uma transferência/delegação de partes de seus poderes, os quais passam a ser exercidos por toda a comunidade, abrangendo vários países. A citada delegação de poderes visa à extensão de influências a todos os membros da comunidade, assim como a inserção de interlocutores nas relações internacionais.

No compartilhamento de soberania não há renúncia, o que ocorre é o exercício dela de forma compartilhada com os outros Estados naquelas matérias previstas nos tratados. A base de distribuição de poderes e competências entre a comunidade e os países integrantes dela está nos tratados dos quais os países fazem parte.

Pelo explicado sobre soberania compartilhada, os defensores dessa doutrina asseveram que neste molde não há perda da soberania, pois para ser soberano basta ser um Estado; a soberania é condição dele.

Após análise desses pontos percebe-se a nítida relativização do significado da palavra soberania. Como afirmação de existência do Estado Moderno a soberania significava poder exclusivo, incontestável que indicava o poder de mando, em última instância, numa sociedade política organizada, a soberania visava ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato, em poder de direito.

Esse conceito surgido no século XIX perdurou até o século passado quando com o fenômeno chamado globalização gerou a interdependência entre os Estados; interdependência esta que se tornou basicamente uma condição de existência para sobrevivência desses Estados. Surgindo e se fortalecendo as organizações supranacionais, foram remoldando o conceito de soberania antes incontestável.

⁶⁹ LEWANDOSWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.259.

1.2 IGUALDADE ENTRE OS ESTADOS

1.2.1 O princípio da igualdade jurídica entre Estados soberanos

O princípio da igualdade jurídica tem sua origem prática diplomática na Paz da Vestefália (1648), que fora um tratado coletivo aprontado sem que se considerassem distinções de confissão religiosa ou de regime político. Frisa-se, entretanto, que foi apenas no século XIX que tal princípio se consolidou na seara internacional. Isso porque o direito internacional deixou de ser um direito europeu para ser um direito internacional, propriamente dito, mundial, universal. A igualdade é defesa da soberania dos Estados; nesse sentido, há autores que avaliam a noção de igualdade prolixa e fundamentam esta afirmação dizendo que ela nada acrescenta à de soberania.⁷⁰

A igualdade jurídica entre Estados ocupa posição de destaque no direito internacional juntamente com os princípios da independência e da soberania, são chamados de três direitos fundamentais dos Estados. Da íntima relação existente entre independência e igualdade, a definição de igualdade pode ser relacionada com o status de Estado independente e igualmente deduzido como uma garantia jurídica da independência entre os Estados.⁷¹

Desde então a igualdade soberana passou a ser motivada como componente essencial das Relações Internacionais, constante na Carta das Nações Unidas, na Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e à Cooperação entre Estados, conforme a Carta das Nações Unidas, além de um elevado número de tratados, convenções e resoluções internacionais.

Conforme a Conferência de Gênova, em 1922, todos os Estados são iguais, em Direito Internacional, o que tornou evidente a igualdade perfeita entre os Estados⁷²,

⁷⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.426.

⁷¹ MALISKA, 2006b, p.10.

⁷² PEDERNEIRAS, Raul. **Direito internacional compendiado**. 11.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956. p.175.

os quais, em virtude do imediatismo normativo, não estão subordinados a qualquer outra autoridade nacional ou internacional, eles são juridicamente iguais entre si.⁷³

O direito de igualdade é reconhecido pelo direito internacional, a todo ser humano, incidindo também em relação aos Estados. Portanto, todos os Estados são iguais perante o direito internacional. Consoante artigo 4.º da Convenção Panamericana sobre os Direitos e Deveres dos Estados (Montevideu - 1933):

Os Estados são juridicamente iguais, gozam dos mesmos direitos e têm a mesma capacidade no seu exercício. Os direitos de cada um não dependem do poder que tenha para assegurar o seu exercício, mas do simples fato de sua existência como pessoa do direito internacional.⁷⁴

O princípio é anunciado também no preâmbulo da Carta das Nações Unidas, que prevê que "é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus Membros". As principais implicações da igualdade jurídica dos Estados são que, em qualquer situação que deva ser decidida pela comunidade internacional, todos os Estados terão direito de voto, e o voto do mais fraco valerá tanto quanto o do mais forte; e ainda, nenhum Estado tem o direito de reclamar jurisdição sobre outro Estado soberano. Assim sendo, os tribunais de um Estado não têm jurisdição sobre outro Estado e não têm competência judiciária em relação a outro Estado. Ressalta-se, porém, que tal princípio não deve ser tomado em sentido absoluto.⁷⁵

Pode-se considerar diferentes os atos praticados pelo Estado como pessoa pública ou no exercício do seu direito de soberania, e os que ele executa como pessoa privada. Assim, os primeiros estão desobrigados da competência de qualquer tribunal estrangeiro, já os segundos estão sujeitos a esta jurisdição.⁷⁶

Na Carta da ONU, no Conselho de Segurança, é proporcionado aos cinco membros o direito de veto, o que viola de certa maneira o princípio da igualdade

⁷³ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.388.

⁷⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de direito internacional público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.105.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Ibid.*, p.106.

jurídica se o considerarmos estritamente, isso devido ao fato de o voto desses Estados passar a ter maior peso do que os dos demais membros.

Tem-se procurado justificar o veto a partir da distinção entre igualdade jurídica e igual capacidade para o exercício de funções derivadas de obrigações internacionais. Um entendimento criado no sentido que de fato os Estados são desiguais. Dessa maneira, os que tiverem mais obrigações na ordem internacional teriam o direito de usufruir de benefícios. Aí se justifica o veto, porque os membros permanentes do Conselho de Segurança são mais encarregados do que os demais da manutenção da paz.⁷⁷

A igualdade soberana apresenta-se também como fundamento da cooperação das Nações Unidas, conforme artigo 2.º, parágrafo 1.º da Carta, e explicações e fundamentos da Declaração Relativa aos princípios de Direito Internacional respeitantes as reações amigáveis e a cooperação dos Estados – resolução 2625, XXV – da Assembleia Geral.⁷⁸

1.2.2 Igualdade/Desigualdade e reciprocidade

Hodiernamente não se interpreta a igualdade jurídica estritamente, pois no Direito Internacional Público, em que a política ainda é muito relevante, deve-se atentar para as desigualdades de fato dos Estados. Porque obviamente existem status jurídicos distintos para cada Estado que são adequados às capacidades peculiares de cada Estado. A igualdade jurídica seria uma sujeição à categoria análoga ao direito. Variando essas categorias, é possível a criação de status particulares (como ocorre no Conselho de Segurança acima descrito).⁷⁹

Considerando a possibilidade de coexistirem regimes diferenciados de exercício de direitos e obrigações internacionais aos Estados, a igualdade soberana pode guiar a descurar e a eternizar desigualdades concretas entre Estados. O Direito Internacional,

⁷⁷ MELLO, 2000, p.426.

⁷⁸ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.388.

⁷⁹ MELLO, *op. cit.*, p.426/428.

influenciado pelo Terceiro Mundo vitimizado pela situação atual (globalização, companhias multinacionais etc.), tende a seguir o caminho dos países desenvolvidos nos séculos XIX e XX, isto é, introduzir elementos de correção das incapacidades, sejam elas históricas ou naturais, para que esses países passem a usufruir da igualdade soberana.⁸⁰

Por isso, o princípio da igualdade jurídica rege a vida internacional. Ressalta-se, porém, que a igualdade jurídica em um regime liberal guia os países subdesenvolvidos a desvantagens, dessa forma, tais países têm reivindicado maiores vantagens com a finalidade de alcançar o desenvolvimento. Enfim, o princípio da igualdade é uma abstração que pode ser admitido em uma sociedade cujos membros são pouco numerosos e muito similares, por isso se torna uma ficção jurídica na sociedade atual.⁸¹

Na maioria das doutrinas políticas internacionais, a principal implicação do princípio da igualdade é a reciprocidade dos direitos e das vantagens; assim, advêm dele o princípio da não discriminação e o princípio da reciprocidade, ambos protetores da soberania.⁸²

Cabe citar trecho do discurso proferido por Rui Barbosa na II Conferência de Paz de Haia, em 1907, no qual o autor expõe o tema igualdade jurídica entre Estados como vital e o mais digno em tal categoria:

Por certo que entre os Estados, como entre indivíduos, diversidades há de cultura, probidade, riqueza e força. Mas daí derivará, com efeito, alguma diferença no que lhes entende com os direitos essenciais? Os direitos políticos são os mesmos para todos os cidadãos. [...] A soberania é o direito elementar por excelência dos Estados constituídos e independentes. Quer em abstrato, quer na prática, a soberania é absoluta, não admite graus. Mas a distribuição jurídica dos direitos é um dos ramos da soberania.⁸³

Como já frisado, a igualdade entre Estados é reconhecida pelo direito internacional, mas pode ser subestimada pelas grandes potências. Deriva da igualdade jurídica entre Estados a proibição de um país intervir na jurisdição de outro

⁸⁰ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.389.

⁸¹ MELLO, 2000, p.426/428.

⁸² PELLET; DAILLIER; DINH, *op. cit.*, p.388.

⁸³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Repertório da prática brasileira do direito internacional público**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1986. p.54.

(princípio da não intervenção), todavia, essa proibição pode ser mitigada, quando houver consentimento expreso ou tácito de outro Estado. Por esse motivo, pode-se asseverar que a igualdade jurídica foi um dos princípios norteadores da teoria dos direitos fundamentais.⁸⁴

O princípio continuou a evoluir desde seu surgimento prático, em 1648, e caminhou no sentido de evitar a supremacia das grandes potências sobre os países subdesenvolvidos. O poder econômico, as riquezas e a extensão territorial não determinam, quando se trata de direitos e deveres, quaisquer desigualdades.⁸⁵

Os direitos e os deveres de cada Estado são correlatos, os deveres são os de respeitar e reconhecer os direitos de outros Estados, constituem conexão jurídica entre Estados, que são indissociáveis na preservação da cooperação internacional. Nota-se que a percepção de deveres dos Estados não se afasta da concepção de direitos, pois para cada direito existe um dever.⁸⁶

Considerando que não há hierarquia entre as normas de Direito Internacional, somente a política eterniza um dos princípios mais relevantes da ordem normativa – não intervenção, que peregrina muito próximo do princípio da igualdade soberana.

Na ordem interna as relações entre o Estado e os indivíduos ocorrem mediante a subordinação, contudo, na ordem internacional a relação entre os sujeitos de Direito Internacional ocorre a partir de ações de coordenação, pautadas pelo escopo de não intervenção e de reconhecimento dos demais Estados como iguais. Por isso o princípio da subordinação não reflete no ordenamento internacional em função da igualdade soberana.⁸⁷

Caso não haja igualdade de oportunidades para os Estados, a competição é injusta porque as condições de partida não são idênticas. Diversos pontos passam pelo tema da desigualdade e das possibilidades de supressão da mesma.⁸⁸

⁸⁴ PEDERNEIRAS, 1956, p.177.

⁸⁵ *ibid.*, p.175.

⁸⁶ *Ibid.*, p.183.

⁸⁷ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002. p.2.

⁸⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p.141.

Dentre as dificuldades encaradas pelos países em desenvolvimento nessas tentativas de superação encontra-se sua política externa: por não possuir pessoal técnico capacitado para formular diretrizes de política e atuação externas capazes de considerar a situação do Estado como trunfos de negociação, os negociadores muitas vezes perdem a oportunidade de utilizar, no âmbito das Relações Internacionais, quer bilaterais, quer multilaterais (especificamente nas organizações internacionais), determinações, princípios e atenuantes de situação que lhes favoreceriam.⁸⁹

A igualdade entre os Estados é destacada e lembrada pelos Estados em desenvolvimento quando há possibilidade de intervenção de Estados desenvolvidos em assuntos internos de outro, mas, em contrapartida, é enfatizada a desigualdade para que a estes seja disponibilizada a capacidade de se proteger nas relações internacionais de caráter econômico.

Frisa-se que o princípio da igualdade soberana não exclui a possibilidade de se estabelecerem desigualdades compensadoras, que tomam um papel de defesa. A partir disso surge uma nova igualdade, cujo o cerne encontra-se em uma igualdade de oportunidades para cada nação, a comunidade internacional deve ministrar medidas adequadas para que tal fim seja alcançado. Nessa miragem está a "discriminação positiva" ou de "igualdade compensadora". Por exemplo, a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos de um Estado prevê um certo número de privilégios em favor dos países em desenvolvimento.⁹⁰

1.2.3 Igualdade e soberania

Como já afirmado nos itens anteriores, ambos, igualdade e soberania como princípios, são confundíveis em diversos aspectos, tanto é que alguns autores⁹¹ apontam a igualdade entre Estados como "igualdade soberana".

⁸⁹ MELLO, 1993, p.141.

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.69.

⁹¹ Tais como: PELLET; DAILLIER; DINH, 1999; REZEK, 2002; BROWNLIE, 1997; dentre outros.

Esses princípios são princípios gerais de Direito Internacional, consuetudinário, baseados em princípios gerais de direito, ou em proposições lógicas resultantes de um raciocínio judicial baseado em fragmentos existentes de Direito Internacional e em analogias de direito interno.⁹²

Dentre os princípios que regem as Relações Internacionais na Constituição de 1988, ambos possuem a mesma importância na defesa nos interesses nacionais, internacionalmente. A partir da fixação desses princípios ao patamar de constitucional, foi estabelecida a primazia de valores que não deixam de permear não só a retórica, mas também a materialização dos atos advindos da política externa.⁹³

Em geral, a idéia de princípio designa a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas, por uma ideia mestra, chave, uma baliza normativa, da qual derivarão ou à qual se subordinarão as demais ideias e normas.⁹⁴

Os princípios constitucionais exercem o papel de congruência, equilíbrio e essencialidade do sistema jurídico legítimo. Elencados no ápice da pirâmide normativa, estão em grau de normas das normas, fontes das fontes. "São qualitativamente a viga mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição"⁹⁵.

A complementariedade situa-se dentre as características dos princípios constitucionais, isto é, toda construção jurídico normativa da sociedade que forma o modelo fundamental é assegurada pela conjunção, entrosamento, dos princípios constitucionais. "Conjugados os princípios se amalgamam, formando um todo coordenado", dessa forma os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros.⁹⁶ Nessa característica encontra-se a razão pela qual a igualdade e a soberania devem ser aplicadas e interpretadas conjuntamente, restando por vezes confundíveis.

⁹² BROWNLIE, 1997, p.30.

⁹³ DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.18.

⁹⁴ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.53.

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.260/261 *apud* ESPÍNDOLA, 2002, p.79

⁹⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.41.

1.3 AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS

1.3.1 Conceito

Em 1945 na tentativa de implantação de uma ordem mundial, deu-se a criação das Nações Unidas, mediante o reconhecimento de categorias jurídicas e políticas fundamentais para reger as Relações Internacionais.

Foi nesse ambiente que o direito à autodeterminação dos povos passou a ser formalmente reconhecido pelas Nações Unidas, em seus capítulos XI e XII da Carta, tendo sido ampliado expressamente por meio da Declaração sobre a Outorga da Independência aos países e povos coloniais, de 1960, e posteriores resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.⁹⁷ Nesse período o princípio aqui estudado passou a ser considerado uma categoria jurídica, e não apenas política e moral como anteriormente,⁹⁸ passou, então a ser uma regra de direito internacional consuetudinário.⁹⁹

Autodeterminação é a capacidade do povo de assegurar por meio do autogoverno sua liberdade substancial, garantida pela efetiva cidadania. A miséria, de fome, as inseguranças econômicas, sociais e culturais, que ainda são características de algumas nações descolonizadas pelo processo de institucionalização do direito à autodeterminação dos povos pelas Nações Unidas, não permitiram a esses países o poder de implantar de forma substancial a autodeterminação.¹⁰⁰ As garantias e as normas que regulam o tratamento dos indivíduos enfatizam a igualdade, com isso, buscam proteger também os grupos¹⁰¹ como, por exemplo, a discriminação racial ou indígena. A autodeterminação representa também a base jurídica que guia ao princípio

⁹⁷ REDIN, Giuliana. **Direito a autodeterminação dos povos e desenvolvimento**: uma análise a partir das relações internacionais. Passo Fundo: Méritos, IMED, 2006. p.77.

⁹⁸ BROWNLIE, 1997, p.618.

⁹⁹ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.463.

¹⁰⁰ REDIN, *op. cit.*, p.81.

¹⁰¹ BROWNLIE, *op. cit.*, p.617.

da independência; princípio este que gera um caráter meramente declarativo, pois a constituição do referido direito é efetuada a partir da autodeterminação.¹⁰²

A atuação das Nações Unidas no processo de efetivação do direito à autodeterminação dos povos ocorreu por meio de três etapas. A primeira seria pela criação do sistema de tutela, sucessor do sistema de mandatos da Liga das Nações. A segunda, pelo reconhecimento dos territórios sem-governo-próprio (artigo 73, da Carta das Nações Unidas). E a terceira, como resultado indireto do texto da Carta da ONU, que foi expressamente reafirmada em 1960, pela Declaração sobre a Outorga da Independência aos Países e Povos Coloniais. Em 1962 foi implementado o Comitê de Descolonização.¹⁰³

Trata-se do direito de "grupos nacionais coesos" (povos) de escolherem de que forma pretendem organizar sua política e sua relação com outros grupos.¹⁰⁴

Importante citar os pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas denominados Pactos de Direitos Civis e Políticos e o Pactos de Direitos Culturais Econômicos e Sociais, de 1966, o qual prevê também o direito de autodeterminação dos povos. Os tratados destacam que os Estados-parte assumem obrigações não só em relação aos seus próprios povos, mas em relação a todos os povos que não tenham sido capazes de exercer ou tenham sido privados da possibilidade de exercer seus direitos a autodeterminação (artigo 1-3).

Existem duas dimensões do direito à autodeterminação. A externa, a que tem como consequência o repúdio à dominação estrangeira, e a interna, focada no direito de escolha de seu destino para segurar sua livre vontade, que deve prevalecer ainda que contra seu próprio governo.¹⁰⁵

¹⁰² PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.463.

¹⁰³ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Nesse sentido: SEITENFUS, Ricardo A. S. **Manual das organizações internacionais**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005. p.132.

¹⁰⁴ BROWNLIE, 1997, p.617-618.

¹⁰⁵ TRINDADE, *op. cit.*

Ambas as dimensões implicam a existência de um corpo político consolidado. Assim, enquanto não fosse possível ao povo o exercício do autogoverno, as Nações Unidas, provisoriamente, passariam a ser autoridade na administração dos territórios sem-governo-próprio.

Conforme a Carta das Nações Unidas, um território sem governo próprio tem *status* jurídico internacional capaz de gerar respeito ao direito de autodeterminação de seu povo, de salvaguarda dos Direitos Humanos de seus habitantes e proteção dos recursos naturais; refere-se a uma obrigação devida à comunidade internacional em sua totalidade.¹⁰⁶

Dessa forma, o direito à autodeterminação passa a ser estendido à população de um território sem governo, sendo interligado ao princípio da não anexação, retirando-se a aplicação desse território das regras clássicas sobre aquisição de território no direito internacional.

A supervisão desses territórios é encargo exclusivo das Nações Unidas que agem em observância do bem-estar e desenvolvimento das populações, detentoras do direito à autodeterminação.

A autodeterminação dos povos pressupõe muito mais do que o direito de o povo ser governado pelas pessoas que ele mesmo escolheu, mas principalmente a necessidade da evolução espiritual do povo que forma a base da nação, que não apenas tenha definida uma identidade cultural, mas que possa se afirmar como sociedade com plena capacidade de escolha.¹⁰⁷

As Nações Unidas preveem a autodeterminação como um elo para a realização de capacidades emancipatórias e, por conseguinte, do próprio desenvolvimento. Sem o impulso inicial do sistema de cooperação internacional eficiente para esse processo, falar em direito à autodeterminação, com a negação das mínimas condições de emancipação e escolha é insistir em uma falácia ou ilusão. Consoante Amartya Sen, o que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições de aperfeiçoamento de iniciativa.¹⁰⁸

¹⁰⁶ REDIN, 2006, p.79.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p.80.

¹⁰⁸ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.19.

Reza o artigo 4.º, inciso III que a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: dentre eles, III - autodeterminação dos povos. Todos os princípios elencados como regentes do Brasil nas suas Relações Internacionais, dentre eles o princípio da autodeterminação dos povos, deverão guiar o Brasil em toda matéria referente à Política Externa, incluindo também independência econômica, social e cultural.¹⁰⁹

As normas da Constituição repercutem na ordem jurídica internacional, pois limitam e regulamentam as atividades externas do Estado. Por outra vertente, há casos em que a norma constitucional terá seu conteúdo fixado pelo Direito Internacional Público, como no caso presente, o princípio da autodeterminação dos povos, o que irá estabelecer seu alcance será o Direito Internacional Público.¹¹⁰

A autodeterminação dos povos pode ser traduzida como o respeito à soberania dos demais Estados. Nesse sentido, cabe a análise do conceito de soberania (explicado no item anterior), visto que se interliga ao princípio em questão.

1.3.2 Autodeterminação, Estado, transferência e descolonização

Ressalta-se que, para as Nações Unidas, o Direito de autodeterminação é um direito humano universal que se aplica a todos os povos e, por isso, não deve ser vinculado exclusivamente ao processo de descolonização, mas também a situações pós-coloniais e outras que carecem de relação com situações coloniais.

Conforme a já citada Carta de descolonização de 1960, a ausência de preparação no domínio político, econômico ou social e no domínio do ensino jamais deve ser considerada como pretexto para retardar a independência, apresentando o direito à descolonização como um princípio absoluto, oponível a todos os Estados, e que deve ser respeitado aos territórios não autônomos e aos territórios sob tutela.¹¹¹

¹⁰⁹ DANTAS, Ivo. **Constituição federal**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p.226.

¹¹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução: Constituição de 1988, revista em 1994. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.5-6.

¹¹¹ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.463.

No plano internacional, a interdependência que é visualizada contemporaneamente entre os Estados demonstra um entrelaçamento entre os conceitos de soberania e de cooperação jurídica,¹¹² econômica e social, que afeta de maneira considerável a pretensão à autonomia.¹¹³

O princípio da autodeterminação dos povos aqui referido é exclusão de todo poder colonizante, isto é, visa dar a cada Estado o direito de livre condição política, além da liberdade quanto ao desenvolvimento cultural, econômico e social dos povos. Verifica-se que tal princípio aparentemente impulsiona a formação de uma comunidade internacional, mas alguns autores afirmam que se pode constatar o isolacionismo que pode surgir mediante um cumprimento estrito deste princípio, uma vez que ele pode gerar barreiras não apenas de uma nação a outra, mas pode gerar vários microestados dentre de um único Estado.

Assim, uma interpretação estrita do direito de autodeterminação poderia conduzir à criação de um grande número de Estados pequenos e frágeis, cuja existência beneficiaria as grandes potências e ajudaria a afiançar a tendência de sua dominação. O desmembramento de Estados existentes também poderia provocar o desmoronamento da comunidade Internacional, com efeitos negativos no momento em que se realizam esforços de integração para intensificar a cooperação internacional deste mundo interdependente, especialmente na questão econômica.

Esse princípio, como já afirmado, teve muita importância nos períodos coloniais; contudo, em razão da inexistência de povos tutelados ou colonizados, não se pode deixar de observar a existência de grupos minoritários, que dentro do próprio Estado buscam uma forma de independência, ou simplesmente um

¹¹² O conceito de cooperação se modificou, a nova cooperação, assentada na premissa de que o Direito dos Estados é o melhor meio para se resolver os problemas. Em vez de guerras, há o diálogo e uma estrutura jurídica internacional mais ativa, capaz de impor sanções aos Estados que desrespeitarem normas de Direito Internacional, ou de Direitos Humanos. Os Estados cooperam nesse ambiente abertamente. A Democracia passa ser objeto de identificação e pressão da comunidade internacional. Portanto, o monopólio do Estado de dizer o Direito dá lugar a cooperação, na criação da lei (MALISKA, 2006b, Capítulo V).

¹¹³ STRECK; MORAIS, 2000, p.125.

reconhecimento de sua existência, o que pode gerar uma forma de instabilidade política provocada.¹¹⁴

A sucessão de Estados gera à população, normalmente, uma transferência de nacionalidades, pois a população afetada adquire a nacionalidade do sucessor. Contudo, diante da aplicação do princípio da autodeterminação, a população afetada tem direito de escolher.¹¹⁵

A transferência de território e suas restrições remetem ao princípio em questão, mas trata-se de um princípio facultativo pelo qual Estados concretos podem concordar em observar as relações entre si. As disposições das principais potências, as transferências consoante processos prescritos por organizações internacionais e as cessões bilaterais hodiernas são expressas como estando de acordo com o princípio da autodeterminação. Destaca-se que, nesses casos, para solucionar controvérsias pode ser utilizado o plebiscito.¹¹⁶

Observa-se que este princípio guia e conduz a outros diversos de Direito Internacional, como a soberania, igualdade entre os Estados e povos, não intervenção, e não apenas no contexto de autodeterminação econômica. Nesse prisma, se um Estado for apropriado pela força e o se o objetivo for a implementação deste princípio, então o título pode provir, devido à aceitação e ao reconhecimento, mais agilmente do que em outros casos de apropriação ilegal. No caso de intervenção para combater um movimento de libertação é ilícito, mas o auxílio a esse movimento é lícito. Por fim, na hipótese de abandono pelo atual soberano e território habitado por povos não organizados não pode ser considerado apto de apropriação por outros Estados.¹¹⁷

¹¹⁴ NICZ, Alvair Alfredo. Princípios constitucionais regentes das relações internacionais. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (Coord.). **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/2004 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex, 2007. p.13.

¹¹⁵ BROWNLIE, 1997, p.582.

¹¹⁶ *Ibid.*, p.183.

¹¹⁷ *Ibid.*, p.619.

1.3.3 O pacto de direitos sociais, econômicos e culturais

Consoante Canellas¹¹⁸ este seria mais um suporte legal, para a interpretação do inciso III do artigo 4.º da Constituição Federal.¹¹⁹ Na primeira parte do Pacto está previsto o direito dos povos à autodeterminação, que implica a definição de seu estatuto político e de desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como a disposição de suas riquezas e recursos naturais. Os Estados-partes que administrassem ou mantivessem territórios ou povos não autônomos deveriam empreender esforços para promover o direito à autodeterminação desses povos.

É dever dos Estados-partes, também, a adoção de medidas legislativas ou administrativas visando à introdução em seus ordenamentos jurídicos internos dos direitos e das garantias fundamentais previstos no Pacto. É imperativo o direito ao livre acesso à Justiça para a reclamação de eventuais violações, garantindo-se o cumprimento das decisões judiciais, inclusive, e principalmente, pelo próprio Estado.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de fato, consagra muitos dos direitos fundamentais da pessoa humana, reafirmando a Declaração Universal. Vários dos princípios previstos mostraram-se genéricos, tornando-se mais detalhados em outros diplomas internacionais específicos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, a Convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, dentre outras.

Forma-se inequivocamente num instrumento substancial para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, que, embora reconhecidos neste e noutros tratados internacionais e, em grande parte, na própria legislação interna, inclusive constitucional, ainda carecem de efetiva introjeção na cultura do povo brasileiro, com vistas a garantir a concretização de um Estado Democrático de Direito.

A proteção desses direitos econômicos, sociais e culturais, numa perspectiva das relações internacionais e dos Direitos Humanos, encontra alguns desafios,

¹¹⁸ CANELLAS, Alfredo. **Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006. p.13.

¹¹⁹ Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Artigo 1.º 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

inclusive no que se trata do direito de autodeterminação, devido às transformações resultantes dos processos de globalização.

A globalização econômica tem agravado ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando as marcas da pobreza absoluta e da exclusão social.¹²⁰ Considerando a pobreza como ameaça sistêmica fundamental à estabilidade do mundo que se globaliza, é preciso reforçar a responsabilidade do Estado no tocante à implementação de direitos econômicos sociais e culturais. A ação governamental deve promover a igualdade social, enfrentar as desigualdades, compensar os desequilíbrios criados pelos mercados e assegurar um desenvolvimento sustentável. A ação entre governos e mercados deve ser complementar.¹²¹

A globalização econômica faz, também, premente a incorporação da agenda de Direitos Humanos por atores não estatais. Nesse sentido surgem dois atores fundamentais: a) as agências financeiras internacionais, embora vinculadas ao sistema das Nações Unidas, na qualidade de agências especializadas, o FMI e o Banco Mundial, por exemplo, carecem de uma política voltada aos Direitos Humanos; b) o setor privado, deve ser acentuado seu setor social, especialmente o das empresas multinacionais, visto que são as grandes beneficiárias da globalização. Entre as 100 maiores empresas do mundo 51 são multinacionais, sendo apenas 49 Estados Nacionais.¹²²

Nesse contexto surgem dúvidas quanto à efetividade do direito de autodeterminação, se interpretado conforme prevê o Pacto, mas consoante às transformações decorrentes do mundo globalizado. A análise do caminho percorrido historicamente pelas Relações Internacionais, que no final do século XX se desenvolve juntamente com o Estado-nação fragilizado como instituição soberana e com poder de autodeterminação, mostra que o reconhecimento do direito à autodeterminação dos povos, conforme previsto no Pacto de Direitos Civis, Políticos e Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas de 1966, foi insuficiente para assegurar o desenvolvimento dos países periféricos.

¹²⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. Saraiva: São Paulo, 2006. p.23.

¹²¹ *Id.*

¹²² *Ibid.*, p.24 e 26.

A interdependência, hodiernamente característica definidora das Relações Internacionais, relativizou o direito à autodeterminação como pressuposto para o desenvolvimento, condicionando o desenvolvimento dos países a um processo muito mais complexo e difícil.¹²³

Não há dúvida de que a afirmação do direito à autodeterminação dos povos foi fundamental para o ingresso na sociedade internacional dos países de Terceiro Mundo, no entanto, o que se verifica é um desenvolvimento não satisfatório desses países, "o desmantelamento das economias planificadas revelou e acirrou a vulnerabilidade do terceiro mundo e as dificuldades em avançar rumo ao desenvolvimento"¹²⁴.

Dessa forma, o direito à autodeterminação dos povos, considerado um princípio basilar do direito internacional e fundamental para o desenvolvimento, encontra alguns empecilhos para sua realização, diante do sistema internacional guiado por forças econômicas, que chegam a ultrapassar o poder de mando dos próprios Estados.

Já a estrutura formadora da globalização fragiliza a base que suporta o corpo político da nação e torna inaplicável o sistema de cooperação internacional, tal como projetado pelas Nações Unidas, como fundamental para a efetivação do direito à autodeterminação dos povos.

Após a análise dos pontos acima descritos, tem-se que a criação das Nações Unidas em 1945 foi o ambiente em que o direito à autodeterminação dos povos passou a ser formalmente reconhecido, tendo sido ampliado expressamente por meio da Declaração sobre a Outorga da Independência aos países e povos coloniais, de 1960, e posteriores resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas.

A autodeterminação dos povos pode ser traduzida como o respeito à soberania dos demais Estados e a capacidade do povo de assegurar por meio do autogoverno sua liberdade substancial, garantida pela efetiva cidadania.

Enfim, o direito à autodeterminação dos povos, considerado um princípio basilar do direito internacional e fundamental para o desenvolvimento, encontra alguns empecilhos para sua realização, diante do sistema internacional guiado por forças econômicas, que chegam a ultrapassar o poder de mando dos próprios Estados. A interdependência propõe a aplicação do princípio da autodeterminação dos povos,

¹²³ REDIN, 2006, p.157.

¹²⁴ *Ibid.*, p.158.

num ambiente de variações políticas, econômicas e culturais, advindas da globalização, que geram uma difícil aplicação concreta do princípio em questão.

1.3.4 O povo como elemento fundamental na realização da autodeterminação dos povos

A Constituição brasileira de 1988 traz em seu preâmbulo que a Carta foi promulgada "pelos representantes do povo brasileiro", com o intuito de instituir um Estado Democrático. No artigo primeiro (título I, art. 1.º, CF/88) visualiza-se que a República Federativa do Brasil é Estado Democrático de Direito, no qual todo poder Emanado do Povo, mas o seu exercício é feito por meio de seus representantes.

Grande parte da doutrina explica que o poder não está no povo, mas emana dele, isto é, o poder é exercido por encargo do povo e em regime de "responsabilização realizável" diante dele. A afirmação emanar é normativa, por isso não pode quedar-se na ficção.¹²⁵

As noções de povo e de autodeterminação dos povos são de difícil separação e diferenciação; como sujeitos de direito, os povos definem-se pelos direitos e deveres que lhes são reconhecidos pelo direito internacional.¹²⁶

A palavra povo comporta um significado político, jurídico e sociológico. O conceito político de Povo se refere ao "quadro humano sufragante, que se politizou, ou seja, o corpo eleitoral". Essa ideia é resultado de uma concepção atual, uma vez que o absolutismo não conhecia este aspecto, pois só identificava a comunidade estatal como um conjunto de súditos. O conceito jurídico de povo é o único a explicar plenamente o conceito de povo, já que aponta para aqueles "que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas, presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania". Assim, é a cidadania que mostra o vínculo entre o indivíduo e o Estado. No sentido sociológico, povo "é

¹²⁵ MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p.51.

¹²⁶ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.464.

compreendido como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns"¹²⁷.

A referência ao povo é fundamental às diferentes concepções de democracia, já que elas precisam legitimar-se. O sistema deve poder representar-se como se funcionasse com base na soberania popular, na autodeterminação do povo, na igualdade de todos e no direito de decidir de acordo com a vontade da maioria. E, ainda, devem haver oportunidades iguais para os partidos políticos chegaram ao poder e direito à oposição legal.¹²⁸

Faz-se necessário passar do campo textual, formal, retórico, por meio do qual se utilizam as Constituições da expressão povo, como meio de legitimação apenas, para o plano da realidade, de forma a conferir ao povo a efetiva inserção no âmbito do poder, cuja titularidade, enfim, lhe pertence.

O povo como sujeito de direitos só tem sua existência afirmada no direito à descolonização, e o direito dos povos à autodeterminação não se diferencia do princípio da autonomia constitucional senão no mesmo quadro jurídico. A busca pela descolonização impôs que direitos fossem reconhecidos diretamente aos povos para promover o seu acesso à independência e, conseqüentemente, formar um Estado. Após a criação do Estado, os direitos reconhecidos aos povos são exercidos pelos Estados (por intermédio de seus representantes), sob reserva das tendências recentes considerando o fortalecimento de um direito à democracia pluralista.¹²⁹

O povo como sujeito ativo atua como sujeito de dominação, mediante eleições de uma assembleia constituinte; votação para uma nova Constituição; escolhas, por meio da iniciativa popular, do referendo. Generalizando, nesse povo ativo, a totalidade de eleitores é considerada a fonte da determinação do convívio social por meio de prescrições jurídicas. Nesse contexto, insere-se a autodeterminação institucionalizada ao lado da autodeterminação municipal (p. ex. participação nas empresas, escolas, universidades). Eleições têm a função de enviar representantes a grêmios, sancioná-

¹²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.74-78.

¹²⁸ MULLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/artigos.htm>. Acesso em: 23 out. 2010a.

¹²⁹ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.464.

los por meio de atos eleitorais posteriores, e tomar decisões individuais válidas ou editar prescrições.¹³⁰

Insta fornecer o cerne do conceito de democracia, que se trata da determinação normativa do tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Impossível pensar em autogoverno, mas sim na autocodificação das prescrições vigentes baseada na livre competição entre opiniões e interesses, mediante alternativas palpáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político. O povo das Constituições atuais não deveria ser diferenciado conforme a disponibilidade de procedimentos representativos ou plebiscitários; não deveria ser diferenciado dependendo do sistema eleitoral ou de governo. O que se nota é que o povo dos textos constitucionais hodiernos procura justificar-se por meio dele, sendo ponto de partida da legitimação pós-monárquica.¹³¹

O povo não é somente a fonte ativa da instituição de normas por meio de eleições (forma indireta), ou participação em referendos legislativos (forma direta), mas é destinatário de prescrições, e paralelamente deveres, direitos e funções de proteção. Por isso, o povo explica o ordenamento jurídico de maneira ampla, aceitando globalmente, sem insurgir-se contra o Estado.¹³²

O povo como cidadania ativa engloba os eleitores, já como instância de atribuição compreende os cidadãos. As pessoas que se encontram dentro de um mesmo território são protegidas pelo direito constitucional e pelo infraconstitucional vigente, gozam de proteção jurídica, são protegidas pelos direitos humanos contra a ação ilegal do Estado etc. Os habitantes não habitam um Estado, mas um território, tanto nacionais, detentores de nacionalidades distintas ou apátridas, desde que pertençam à mesma população. A função do povo pode ser dita como legitimar o Estado. A democracia refere-se a todos os tipos de categorias, a distinção entre direitos humanos e direitos de cidadania é extremamente relevante para o sistema, os direitos humanos realizados são imprescindíveis para a realização de uma democracia legítima.¹³³

¹³⁰ MULLER, 2010b, p.45/46.

¹³¹ *Ibid.*, p.47.

¹³² *Ibid.*, p.49.

¹³³ *Ibid.*, p.61.

Dentre o núcleo sólido das ideias democráticas considerando os aspectos científicos jurídicos e políticos, um sistema taxado de "democrático" deverá funcionar, conforme Muller: i) com base na soberania nacional e autodeterminação do povo; ii) com base no desenvolvimento juridicamente livre e na igualdade dos direitos de todos os cidadãos; iii) com liberdade de constituição e de tratamento dos partidos políticos, de sua igualdade de oportunidades diante da Constituição e da lei, bem como de seu direito à oposição leal; iv) sob o domínio do princípio majoritário e simultaneamente com proteção constitucional suficiente das minorias.¹³⁴

O processo político deverá ser um para todo o povo e não apenas para um grupo nacional, para uma comunidade religiosa ou para uma camada social. Na realidade atual dos Estados, percebe-se como muitos Estados continuam apresentando apenas a mecânica formação, mas não a realidade da Democracia. Obviamente as minorias políticas devem ter uma oportunidade comprovada, em uma sociedade democrática pluralista, tornar-se a maioria. Dessa forma, todo o povo deve poder participar do processo político, sem exclusão social.¹³⁵

O núcleo da Democracia pode ser definido como a autodeterminação do povo por meio da autolegalidade (autonomia) e da autofixação de normas. A norma deveria se referir àqueles que as criaram. Porém, aí se revela uma redução (retirada do pensamento de Rousseau), a de que somente uma população de deuses poderia se governar de forma democrática. São necessárias pessoas para governar uma instituição especial, podemos criar apenas as leis para o governo e para a justiça. A redução seguinte está na substituição das normas diretas pela Democracia representativa; a terceira redução, pela exclusão do mandato imperativo dos deputados; a quarta, pelo sistema presidencial; a quinta por instrumentos, como o direito à eleição da maioria ou por cláusulas parlamentares de veto. O que vivemos hoje em nosso poder é uma cópia da Democracia.¹³⁶

A renovação demanda um novo paradigma para ambos os elementos "demos" e "kratein". O novo paradigma requer, em primeiro lugar, instituições e direitos, para poder dificultar, complicar dividir esse domínio pela força do povo. Em segundo

¹³⁴ MULLER, 2010a.

¹³⁵ *Id.*

¹³⁶ *Id.*

lugar, uma resposta à matéria, para quem a política é sumariamente feita "for the people", quem é a instância legitimadora de fato dentro do Estado. Se a política não for sumariamente feita considerando o interesse da população, a "Democracia" representará nada mais que um sistema formal.¹³⁷

A Constituição brasileira prevê em seu artigo 14 o que se pode chamar de povo politicamente participante. O referido dispositivo, juntamente com o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, se assemelha à legislação popular. Frisa-se que se deve analisar o artigo 14 em conjunto com os artigos 49 e 61 da Constituição Federal de 1988. O plebiscito deve ser convocado pelo Congresso Nacional, o referendo pelo autorizado, também dentro da competência exclusiva do Congresso (artigo 49, XV). A iniciativa popular deve ser apresentada à câmara dos deputados (artigo 62, § 2.º). Isto é, a decisão sobre a realização de um plebiscito ou referendo depende do Congresso Nacional, assim como no caso da iniciativa popular, quem decide se analisa, aceita ou rejeita o resultado proposto por ela é a Câmara dos Deputados.¹³⁸

Dessa forma, no primeiro caso a elite política estabelece a questão, seus limites, e o povo decide dentro do pré-decidiado, e no segundo caso, o povo tem iniciativa e decisão, mas a decisão final é de competência da elite política novamente. Os dispositivos acima mencionados e interpretados demonstram que as formas de legislação popular não são autônomas, nem de competência essencial do povo, de maneira a não representar nenhum contrapeso na legislação representativa – parlamentar.¹³⁹

Para a realização da autodeterminação dos povos, devem ser respeitados os direitos humanos e os direitos fundamentais políticos. Que são normas, direitos iguais, que fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um Estado democrático. "Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o povo permanece uma metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade". Mediante a prática de Direitos Humanos, o povo satisfaz suas funções normativas, tornando-se o povo de um país, de uma sociedade democrática com atribuição global de legitimidade.¹⁴⁰

¹³⁷ MULLER, 2010a.

¹³⁸ MULLER, 2010b, p.62.

¹³⁹ *Id.*

¹⁴⁰ *Ibid.*, p.51/52.

Considerando o Constitucionalismo Global, pode-se dizer que no plano interno a Democracia seria, como afirma Canotilho, o "governo menos mau", e no plano externo seria aquela que promove a paz. No plano internacional e constitucional, o princípio da autodeterminação dos povos deve ser interpretado não só que o povo deixa de estar submetido ao colonialismo, mas também no sentido da legitimação da autoridade e da soberania, encontrando suportes sociais e políticos nos níveis supranacionais, diferentemente do tradicional Estado-nação.¹⁴¹

1.4 O CASO CESARE BATTISTI

O caso Cesare Battisti¹⁴², julgado no Supremo Tribunal Federal (STF), se refere à extradição do italiano Cesare Battisti e teve grande repercussão tendo sido assunto de inúmeras discussões, por parte tanto dos órgãos públicos brasileiros e italianos como da sociedade internacional.

O italiano na década de 1970 foi membro militante político do grupo italiano de esquerda "Proletários Armados pelo Comunismo (PAC)". Em 1979 foi detido por estar envolvido em crimes praticados por esse grupo, sendo condenado pela justiça italiana a uma pena de 12 anos e 6 meses de prisão.

Tornou-se foragido da polícia por ter escapado da cadeia em 1981, e procurou refúgio em outros países. Manteve-se em situação ilegal e não conseguiu adquirir uma proteção no plano internacional.

Na década de 1990 foi para França tentar refúgio. Lá foi detido e seu caso foi analisado pelos tribunais desse país, e ao final Battisti foi liberado sob a alegação de que a legislação italiana era contrária aos princípios franceses de direito.

Em 1993 foi condenado à prisão perpétua em decorrência de ter sido julgado culpado da autoria de quatro assassinatos cometidos pelo PAC. Nessas circunstâncias, o condenado não se encontrava na Itália, permaneceu em território francês, até

¹⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed., 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p.1369.

¹⁴² STF. REPÚBLICA ITALIANA, EXTRADIÇÃO. **Extradição 1085**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 16/12/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

mudar-se em 2005 para o Brasil. No Rio de Janeiro em 2007 foi preso e submetido a novos julgamentos, de acordo com as leis brasileiras.

No Brasil, requereu administrativamente a situação de refugiado por meio do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o que lhe foi negado em primeira instância. Posteriormente, valendo-se do artigo 29 da Lei n.º 9.474/1997, recorreu ao Ministro da Justiça, que deferiu seu pedido de *status* de refugiado político nos termos do art. 1.º, inciso I da Lei n.º 9.474/1997, que prevê:

Art. 1.º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: "I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país".

A Lei n.º 9.474/1997 define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados foi adotada, em Genebra, em 28.7.1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários, convocada pela Resolução 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14.12.1950. A Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16.12.1966, pela Resolução n.º 2.198 (XXI) adotou o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados (1966), ao qual aderiram os Estados signatários daquela Convenção, para o efeito de ampliar o significado do termo refugiado que, assim, passou a abranger "qualquer pessoa que se enquadre na definição dada no artigo primeiro da Convenção". Nesse sentido, a situação do interessado se enquadra nas regras da referida Convenção.

Dessa forma, a decisão do Ministro da Justiça encontra respaldo legal no direito interno e no direito internacional, pois reconheceu os fundados temores de perseguição do interessado em seu Estado de origem por motivos de opiniões políticas. Para assim decidir, observou o Ministro:

Vê-se, portanto, que no caso ora em análise impõe-se uma inquietante e crucial questão central: o Recorrente possui fundado temor de perseguição por suas opiniões políticas? Teria o Recorrente, ademais, cometido crimes políticos ou sofrido perseguição política que resultasse na constatação de ilícitos criminais por ele não perpetrados?¹⁴³

¹⁴³ Trecho da decisão do Ministro da Justiça Tarso Genro *apud* SILVA, José Afonso da. PROCESSO: 2008.31.02061-01 - Parecer: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - ASSUNTO: Pedido de análise da situação do italiano Cesare Battisti preso no Brasil e a legalidade da decisão do Ministro da Justiça.

Nessa vertente, a decisão demonstra que os mecanismos de funcionamento da exceção foram utilizados na Itália fora das regras da própria excepcionalidade prevista na lei, sujeita a "poderes ocultos", verificando-se flagrantes, em casos concretos, medidas de exceção que ressoam ainda hoje nas organizações internacionais de defesa dos direitos humanos.¹⁴⁴

Sobre o processo acusatório de Battisti:

Um dos princípios fundamentais do processo acusatório é o da obrigatoriedade de um defensor técnico do acusado. Ninguém pode ser processado e julgado sem um defensor que efetivamente promova sua defesa de modo amplo. Ora, Cesare Battisti alega que não teve advogados que efetivamente defendessem seus direitos nos processos em que foi condenado à prisão perpétua. Alega que as procurações que foram exibidas por advogados eram falsas, obtidas pelo preenchimento de papéis em branco que deixou assinados em mãos de seus companheiros do PAC. É uma alegação que pode ser verdadeira, mas é difícil acreditar nela, porque não parece plausível que ele, que estava dissociando-se do grupo, deixasse ali, ingenuamente, papéis assinados. Seja como for, o que parece é que sua defesa foi deficiente, especialmente pelo fato de estar ausente. Sua condenação, até onde se conhece, fundamentou-se no testemunho de pessoas beneficiárias da instituição da delação premiada. Isso, sendo verdade, realmente macula o processo, porque se trata de testemunhos imprestáveis à luz do devido processo legal de natureza acusatória. A delegação premiada tem a natureza de uma notícia crime com a indicação da autoria, mas não pode ser elemento probatório. A delação serve para indicar o fato e sua autoria, cuja veracidade tem que decorrer de outros meios de prova: pericial, inspeção e até testemunhas idôneas, que a acusação tem o ônus de apresentar em juízo.¹⁴⁵

Pelas afirmações acima, que constam dos fundamentos da decisão do Ministro da Justiça, a conclusão é a de que ela se reveste do princípio da legalidade e se harmoniza com a Constituição.

Na sequência o Estado italiano requereu a extradição de Cesare Battisti. Ao STF coube o julgamento do caso nos termos do artigo 102, inciso I, "g" da Constituição Federal. O STF autorizou a extradição.

No julgamento a decisão resultou em 4 (quatro) votos contra a extradição – dos Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Carmem Lúcia e Marco Aurélio Mello e 4 (quatro) votos – dos Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres e

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. PROCESSO: 2008.31.02061-01 - Parecer: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - ASSUNTO: Pedido de análise da situação do italiano Cesare Battisti preso no Brasil e a legalidade da decisão do Ministro da Justiça.

¹⁴⁵ *Id.*

Ellen Gracie – a favor dela. Coube ao Ministro Gilmar Mendes, presidente do STF, o Voto de Minerva que decidiu pela extradição. Ocorre que o STF julgou que a decisão final cabe ao Presidente da República, por este ser o representante máximo do Poder Executivo brasileiro e por ser de sua responsabilidade acatar, ou não, a decisão julgada pelo STF.

Conforme se contempla na ementa do Acórdão:

8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.¹⁴⁶

Aqueles que não concordam com a extradição, dentre eles os renomados juristas Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Dalmo de Abreu Dallari e Celso Antônio Bandeira de Mello, justificaram seu entendimento pelo reconhecimento do CONARE (Instituído e regulamentado pela Lei n.º 9.474/1997, Título III.) como órgão competente para "analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado" (Artigo 12, I da Lei n.º 9.474/97).

Do mesmo modo, reconhecem como legítima e irrecorrível a decisão do Ministro da Justiça ao recurso do pedido de refúgio de acordo com a lei dos refugiados; concedida a condição de refugiado, é vedado seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio.

Na visão dos defensores de Battisti, o Supremo Tribunal Federal deveria declarar extinto o processo de extradição, sem julgamento de mérito e com expedição do alvará de soltura, segundo o artigo 33 da Lei n.º 9.474/97, já que não haveria dúvidas dos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio. Isso porque consideram que o cerceamento de defesa configurado nos atos do processo que

¹⁴⁶ STF. REPÚBLICA ITALIANA, EXTRADIÇÃO. **Extradição 1085**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 16/12/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

condenou Cesare Battisti à prisão perpétua por crimes de homicídio, já demonstra por si a perseguição política sofrida pelo então Réu.

José Afonso da Silva conclui que:

- 1) a decisão do Ministro da Justiça, concedendo a condição de refugiado a Cesare Battisti, sob ser um ato da soberania do Estado brasileiro, está coberta pelos princípios da constitucionalidade e da legalidade;
- 2) em face dessa decisão, e nos termos do art. 33 da Lei 9.474, de 1997, fica obstada a concessão da extradição, o que implica, de um lado, impedir que o Supremo Tribunal Federal defira o pedido em tramitação perante ele, assim como a entrega do extraditando ao Estado requerente, mesmo que o Supremo Tribunal Federal, apesar da vedação legal, entenda deferir o pedido.¹⁴⁷

Por outro lado, há aqueles que são a favor da extradição. Afirmam que o ato ilegal praticado pelo Ministro da Justiça garante ao STF competência para julgar sobre a extradição, tendo em vista o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, art. 5.º, XXXV CF/88 de que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Analisando a decisão do Ministro que concedeu refúgio, alguns concluem que os crimes que condenaram Battisti não podem ser considerados políticos, mas sim crimes comuns, e por isso ele não poderia ter a garantia do refúgio, conforme a Declaração de Direitos do Homem ou a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Sobre a fundamentação de que a Itália não seria um Estado Democrático de Direito na época da condenação de Battisti, sendo assim violados os direitos como à ampla defesa, ao contraditório, ou ao devido processo legal em seu julgamento, deve-se considerar que esse é um questionamento direto à soberania do Judiciário italiano.

E, ainda, a extradição de Battisti não pressupõe perigo a sua vida, tendo em vista que atualmente a Itália é um Estado Democrático de Direito, motivo esse também que não deixa razões para que se mantenha a concessão de refugiado.

Contestados os motivos do deferimento de refúgio pelo Ministro da Justiça, o Ministro Cezar Peluzo discorre ainda em seu voto: "Se de um lado não há previsão legal para o chefe do Executivo decidir, o Tratado diz que a Itália e o Brasil são

¹⁴⁷ SILVA, José Afonso da. PROCESSO: 2008.31.02061-01 - Parecer: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - ASSUNTO: Pedido de análise da situação do italiano Cesare Battisti preso no Brasil e a legalidade da decisão do Ministro da Justiça.

obrigados a extraditar. Esse é um princípio capital dos Tratados. Não tem nexo celebrar Tratado para não ser cumprido"¹⁴⁸.

Nesse sentido, pode-se pressupor que o não cumprimento do Tratado possa ocasionar alguma espécie de restrição ao nosso Brasil diante da União Europeia. Isso porque se trata de um caso emblemático na Itália, e a decisão de o Presidente não conceder a extradição pode ser entendida muito além de um mero descumprimento de Tratado, mas como uma afronta à soberania daquele país.

Excepcionalmente, nas hipóteses de asilo político, o STF possui julgados nos quais salientou não estar vinculado à decisão do Poder Executivo na concessão do asilo, e que isso não impedia o prosseguimento do processo de extradição:

[...] Não há incompatibilidade absoluta entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou de opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada (EXT 524/Paraguai, Pleno, rel. Min. Celso de Mello, j. 31/10/1990, DJ 08/03/1991, p.2200).

No presente caso não houve discussão quanto ao explicado acima, isto é, a competência do Poder Executivo para decidir definitivamente o caso. Battisti, que continua preso desde 2007 no Brasil, já fez greve de fome por 10 dias contínuos, como protesto contra a "retaliação tardia e injusta" que a seu ver o Estado italiano o está condenando, suspendendo-a, porém, pelo fato de ainda não ter a previsão de quando será a decisão do Presidente brasileiro.

Cabe ressaltar que tal decisão do Chefe do Executivo deverá seguir e respeitar as especificidades de cada artigo do mencionado Tratado, no intuito de cumpri-lo e fazer *jus* aos compromissos do Estado brasileiro.

Além disso, frisa-se que os Ministros do STF ressaltaram (também por 5x4 votos), em questão de ordem, que sua decisão sobre o pedido de extradição não

¹⁴⁸ STF. REPÚBLICA ITALIANA, EXTRADIÇÃO. **Extradição 1085**. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO. Julgamento: 16/12/2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

vincula o Presidente da República, que discricionariamente pode – ou não – conceder a extradição, após o reconhecimento da legalidade do pedido na fase judicial do processo.¹⁴⁹

De outro lado, para a opinião majoritária, o julgamento do STF é autorizativo, por isso, coube ao Presidente da República a decisão definitiva, indeferimento do pedido, com fundamento no art. 84, VII, da Constituição.¹⁵⁰

A decisão do Presidente da República ocorreu em 31/12/2010 e foi baseada em parecer proferido pela Advocacia Geral da União; nela o Chefe do Executivo decidiu indeferir o processo de extradição ao italiano, mantendo-o no Brasil, garantindo a ele a concessão de Asilo Político. No entanto, o caso ainda não está encerrado, pois caberá novamente ao Supremo Tribunal Federal a análise do requerimento de soltura de Cesare.

1.4.1 O caso e os princípios que regem o Brasil nas relações internacionais

A Constituição Federal de 1988 assegura que o Brasil respeite tratados e normas internacionais. Essa segurança está contida nos princípios que regem o Brasil nas suas relações internacionais.

No presente caso, a autodeterminação dos povos, garantia esta que implica a capacidade de o povo assegurar, por meio do autogoverno, sua liberdade e cidadania, assim como a não intervenção em questões internas de outros Estados. São princípios que, juntamente com o princípio da soberania e da concessão de asilo político, devem ser visualizados no envolvimento do Brasil no âmbito internacional, como neste caso. Cesare Battisti foi acusado e condenado pelo Poder Judiciário de seu país à prisão perpétua, pela morte de quatro pessoas, na década de 1970.

¹⁴⁹ Conforme a doutrina tradicional, o processo de extradição está dividido em três etapas: a primeira administrativa (é a recepção do pedido no âmbito do Executivo, compreende o recebimento do pedido até o envio dos autos para o STF); a segunda é a judiciária (no âmbito do STF, de caráter contencioso, consiste na verificação da legalidade e no julgamento do pedido); e a terceira é a efetivação da medida realizada no âmbito do Executivo, isto é, a entrega do extraditando. (MEIRA, Márcia de Brito. A extradição e o refúgio à luz do princípio da dignidade humana. In: MILESI, Rosita. **Refugiados: realidade e perspectivas**. Brasília: Loyola, 2003. p.102).

¹⁵⁰ Que prevê ser de sua atribuição celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

O italiano chegou ao Brasil e requereu asilo político. Foi considerado perseguido político, obtendo, então, o deferimento do pedido de refugiado, concedido pelo Ministro da Justiça. Este fato é considerado o exercício dos princípios da autodeterminação dos povos e concessão do asilo político, ante o reconhecimento do *status* de perseguido político.

A decisão tomada pelo Governo brasileiro, por intermédio do Ministro da Justiça (autoridade legalmente competente para tanto), pode até descontentar o Estado italiano, mas constitui ato de soberania do Estado brasileiro, nesse sentido:

[...] muito recentemente o governo da França negou atendimento a pedido italiano de extradição de Marina Petrella, que, como Battisti e na mesma época, foi militante político armado, as Brigadas Vermelhas. O governo italiano acatou civilizadamente a decisão francesa, reconhecendo-se tratar-se de um ato de soberania. Qual o motivo da diferença de reações? O governo e o povo do Brasil não merecem o mesmo respeito que os franceses?

[...]

A concessão do estatuto de refugiado a Cesare Battisti é um ato de soberania do Estado brasileiro e não ofende nenhum direito do Estado italiano nem implica desrespeito ao governo daquele país, não tendo cabimento pretender que as autoridades brasileiras decidam coagidas pelas ofensas e ameaças de autoridades italianas ou façam concessões que configurem uma indigna subserviência do Estado Brasileiro.¹⁵¹

Como país soberano, a Itália tem todo o direito de se sentir ofendida, de pedir a revisão da decisão tomada e requerer a intervenção das Nações Unidas e da Corte de Haia, mas deve respeitar o ato soberano praticado pelo Estado brasileiro.

¹⁵¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. Refugiados: uma decisão soberana do Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p.A3, 19 jan. 2009.

CAPÍTULO 2

PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS, A COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE E REPÚDIO AO TERRITORISMO E AO RACISMO

Os princípios escolhidos para formar o capítulo segundo da presente dissertação envolvem fortemente os Direitos Humanos, diante do princípio da prevalência dos Direitos Humanos, assim como o repúdio ao terrorismo e ao racismo, o qual representa uma manifestação específica do respeito ao direito fundamental da igualdade e a cooperação entre os povos como rumo ao progresso da humanidade. O estudo de caso envolve todos os princípios deste capítulo, pois o caso Elwanger demonstrou como o respeito à prevalência dos Direitos Humanos e o repúdio ao racismo são responsáveis pela cooperação entre os povos.

2.1 PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

2.1.1 Artigo 5.º, parágrafo 3.º da Constituição Federal

Os Direitos Humanos podem ser conceituados, conforme o clássico entendimento de Perez Luño, como

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos internacional e nacional.¹⁵²

Na interpretação desse princípio Constitucional, deve-se considerar o todo conglomerado que forma a concepção contemporânea dos Direitos Humanos, nas observações de Flavia Piovesan, quando cita Bobbio para explicar que os Direitos

¹⁵² LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 7.ed. Madri: Tecnos, 1998. p.46.

Humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas. Na mesma linha complementa com Hannah Arendt, para quem os Direitos Humanos não são um dado, mas um construído, uma construção humana em constante transformação e reconstrução.¹⁵³

Ainda conceituando, nos termos do entendimento de Joaquim Herrera Flores, os Direitos Humanos formam a nossa racionalidade de resistência, pois traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Enfatizam a esperança de um horizonte moral, regulada pela gramática da inclusão, conjeturando a plataforma emancipatória de nosso tempo.¹⁵⁴

Ao elencar o princípio da prevalência dos Direitos Humanos, a Constituição de 1988 traduz tanto o entendimento do Império quanto a preocupação com a independência nacional e a não intervenção, assim como os paradigmas republicanos, quanto à defesa da paz, prevalência dos Direitos Humanos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, mostrando a preocupação com uma visão internacionalista. Demonstra, ainda, que o tema dos Direitos Humanos constitui uma preocupação legítima e global.¹⁵⁵

A abordagem hermenêutica deve ser edificada em premissas axiológicas que salientem a expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado, isto é, "prevalência dos direitos humanos". Isso admitirá que as Cortes Brasileiras interpretem corretamente o relevante papel, a influência e a eficácia das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.¹⁵⁶

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora Ijuí, 2007b. (Coleção Relações Internacionais e Globalização). p.86; PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7.ed., rev., ampl. e atual., 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007a. p.7-8; PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa** (versão impressa). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=pt&nrm=&tlng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2010.

¹⁵⁴ FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos humanos interculturalidade e racionalidade de existência**. Mimeografado. p.7.

¹⁵⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009b. p.39.

¹⁵⁶ Min. Celso de Mello, voto no HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, em 12/03/2008. p.38/39.

Na prerrogativa de interpretar os textos normativos, abarca-se a prerrogativa judicial de reformulá-los, em face de novas realidades às vezes inexistentes naquele específico período histórico em que tais regras foram concebidas e elaboradas. Insta consignar que "o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la", como no caso do STF. Assim, o poder de interpretar o ordenamento normativo do Estado, ainda que disseminado por todo o corpo social, exprime prerrogativa efetiva daqueles que o aplicam, competindo ao Judiciário o exercício dessa imputação de ordem jurídica.¹⁵⁷

O princípio da prevalência dos Direitos Humanos invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional dos Direitos Humanos, e o compromisso em adotar políticas contrárias àqueles países que o desrespeitarem.¹⁵⁸

Cançado Trindade, ao se referir ao parágrafo 2.º, afirma que o dispositivo é imenso avanço nos Direitos Humanos Internacionalmente consagrados quando introduzidos constitucionalmente. Frisa que os Direitos são acompanhados das garantias, por isso é alentador que as conquistas do Direito Internacional em favor do ser humano venham a projetar-se no Direito Constitucional, o que demonstra um enriquecimento, pois a proteção da pessoa humana encontra respaldo tanto no pensamento constitucionalista quanto no internacionalista.¹⁵⁹

A primeira reflexão quanto ao tema se refere à incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos. No ordenamento jurídico brasileiro o artigo 5.º, parágrafo 3.º, incluído no texto constitucional pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, prevê: "Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

¹⁵⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. São Paulo: Freitas Bastos, 1956. v.2. p.403 *apud* Min. Celso de Mello, voto no HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, em 12/03/2008. p.41/42

¹⁵⁸ PIOVESAN, 2009b. p.39.

¹⁵⁹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p.631.

O primeiro entendimento quanto às mudanças advindas da Emenda n.º 45/2004 foi que os antigos tratados já aprovados por decreto legislativo, sobre direitos fundamentais, restariam com força de lei ordinária, sendo que, para conseguirem o *status* de emenda, teriam de passar pelo novo processo legislativo (3/5). Todavia parte da doutrina (inclusive a defendida nesta dissertação) já entendia que a redação do próprio art. 5.º, § 2.º, já denotava que os tais tratados teriam *status* de norma constitucional, sendo prescindível a reforma.

Antes da entrada em vigor dessa Emenda, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado sobre a hierarquia dos tratados em relação ao Direito Interno, sendo dada a posição de que os tratados internacionais tinham eficácia de lei ordinária, não podendo tratar de norma referente à lei complementar, nem ser contrária a esta ou à norma Constitucional¹⁶⁰.

Os doutrinadores¹⁶¹ que se posicionaram contra a decisão do STF justificam que o art. 5.º, § 2.º, da Constituição Federal estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição "não excluem outros decorrentes de acordos ou tratados internacionais", e que as normas e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º, da CF/88). Dessa forma, os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos já teriam *status* constitucional, antes mesmo da Emenda n.º 45/04; na medida em que a Constituição não exclui os direitos humanos oriundos de tratados, é porque ela os compreende no seu catálogo de direitos protegidos, dilatando o seu 'bloco de constitucionalidade' e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional.¹⁶²

¹⁶⁰ A partir do Recurso Extraordinário 80.004-SE/77 (Rel. Min. Cunha Peixoto, julgado em 1º/06/1977) o Brasil adotou o referido posicionamento que previa a hierarquia de lei ordinária a tratados internacionais que versavam sobre Direitos Humanos. Outro precedente relevante constou na ADIn 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello (j. em 04/09/1997), que tinha por objeto a Convenção nº 158 da OIT, o Pleno do STF decidiu que todos os tratados internacionais estão subordinados à Constituição, a qual tem precedência hierárquica sobre eles. Havia uma relação de paridade normativa entre a lei ordinária e os tratados.

¹⁶¹ Dentre eles Flavia Piovesan, Valério Mazzuoli, Antonio Augusto Cançado Trindade. Na mesma vertente se posicionou o Ministro Celso de Mello no HC 87.585-TO: "Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional".

¹⁶² Ver: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009b. p.764; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a. p.233-252; MAZZUOLI, Valerio de

Assim, a partir da previsão dessa Emenda, todos os tratados aprovados conforme ordena a Emenda, o parágrafo 3.º do art. 5.º, seriam equivalentes às emendas constitucionais, conforme anteriormente já defendido por Flávia Piovesan, ou seja, teriam eficácia de norma constitucional, e de acordo com o § 1.º da Constituição Federal, aplicação imediata, não dependendo de nenhuma outra lei ou decreto para entrar em vigor ou ter validade.¹⁶³

Destaca-se que com a mudança continuou havendo a negociação, a assinatura pelo Presidente da República, a aprovação¹⁶⁴ pelo Congresso Nacional da matéria a ele submetida, ratificação do Tratado pelo Presidente da República, não havendo a necessidade de publicação de Decreto Presidencial para que o mesmo entre em vigor nos casos de tratados sobre Direitos Humanos (conforme art. 5.º, § 1.º) e havendo necessidade de publicação de decreto presidencial para dar eficácia ao tratado nos demais casos.

A função primordial da Emenda Constitucional 45 foi confirmar que os tratados internalizados pelo Brasil por meio do processo comum teriam hierarquia infraconstitucional. Porém surge a possibilidade de recepção de tais tratados por meio do processo mais rigoroso referente às emendas constitucionais, quando, nesse caso, teriam a graduação equivalente à da Carta Constitucional. O sistema de incorporação de tratados estaria dividido em dois, a hierarquia normativa seria determinada pelo processo adotado.

O texto originário da Constituição comportava interpretação que igualava a hierarquia dos tratados de Direitos Humanos à das normas constitucionais, tanto que vários juristas defendiam esta tese. O STF, no entanto, não compartilhava deste entendimento e atribuía às mencionadas Convenções o nível de normas infraconstitucionais. Tais controvérsias certamente impulsionaram a inovação trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 que, efetivamente, cerceou qualquer possibilidade de o referido entendimento doutrinário vir a vingar.

Oliveira. **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002b. p.109-176; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Tratados Internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p.357-395.

¹⁶³ PIOVESAN, 2009b, p.76.

¹⁶⁴ Por três quintos dos membros de cada casa em dois turnos de votação – matéria sobre Direitos Humanos para que tenha hierarquia constitucional - ou maioria simples nos demais casos

Na verdade, pode se dizer conforme a interpretação básica, que não haveria sentido em submeter um documento normativo a um quórum especial de votação se houvesse o dever de aprová-lo.

Convém citar outras vertentes relevantes como o entendimento de Rezek, para quem o Estado-tratadista, a partir de declarada sua vontade de participar de um acordo internacional, fica obrigado perante o Direito Internacional a tomar todos os cuidados para que sejam válidas e eficazes, em sua ordem jurídica interna, as normas dispostas na Convenção. "Se não procede dessa forma, comete ato ilícito e deve se responsabilizar por ele."¹⁶⁵

Enfim, para parte da doutrina, as novas disposições constitucionais dadas pela Reforma do Judiciário não alteraram a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sustentando-se a incorporação automática delas.

Isto é, não parece razoável, a título ilustrativo, que após todo o processo solene e especial de aprovação do tratado de Direitos Humanos (com a observância do quorum exigido pelo art. 60, § 2.º), fique a incorporação do mesmo no âmbito interno condicionada a um decreto do Presidente da República.¹⁶⁶

Como exemplo prático e questão pertinente, não há como olvidar o voto do ministro Gilmar Mendes proferido no RE n.º 466.343-SP, relator ministro Cezar Peluso, j. 22.11.06, o qual concebe os tratados internacionais de Direitos Humanos como direito supralegal. A Emenda Constitucional 45/04 (Reforma do Judiciário) autoriza que tenham *status* de emenda constitucional, desde que seguido o procedimento contemplado no parágrafo 3.º do artigo 5.º da CF.¹⁶⁷

Para o ministro, os tratados de Direitos Humanos integram o ordenamento jurídico brasileiro de quatro formas: i) supraconstitucional, baseado na tese de que é comum a todos os ordenamentos a proteção aos direitos e garantias que resguardam

¹⁶⁵ REZEK, 2002, p.96.

¹⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p.75.

¹⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados de direitos humanos: nível supralegal. **Revista Juristas**, 27 maio 2007. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/a_2698-p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal>. Acesso em: 30 maio 2009.

a personalidade humana e sua convivência política, assim, nem mesmo as emendas constitucionais teriam poderes para revogar os tratados e as convenções subscritos pelo Estado; ii) constitucional (posição doutrinária)¹⁶⁸; iii) infraconstitucional – lei ordinária; e iv) infraconstitucional – supralegal, a tese defendida pelo ministro no voto acima citado.

Do voto do Ministro Gilmar Mendes proferido no RE n.º 466.343-SP, pode-se citar:

Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de 'supralegalidade' aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de 'supralegalidade'. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.

O *status* supralegal estaria acima das leis infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição, isso para os Tratados ratificados antes da Emenda n.º 45/2004. Seu entendimento busca um meio termo entre o status constitucional dado pela EC n.º 45/04 e o entendimento jurisprudencial do STF, anterior a esta Emenda e posterior à CF/88, que prezava pelo *status* de lei ordinária infraconstitucional.¹⁶⁹

Incompatibilidade vertical material descendente (entre o DIDH e o direito interno) resolve-se em favor da norma hierarquicamente superior (norma internacional), que produz "efeito paralisante" da eficácia da norma inferior (Gilmar Mendes). Não a revoga (tecnicamente), apenas paralisa o seu efeito prático (ou seja: sua validade). No caso da prisão civil do depositário infiel, todas as normas internas (anteriores ou posteriores à CADH) perderam sua eficácia prática (isto é, sua validade). Alguns votos (no STF) chegaram a

¹⁶⁸ "A primeira possibilidade vem disciplinada no parágrafo 3.º, do artigo 5.º, da Constituição, inserido pela Emenda Constitucional 45, que diz: "*Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais*". A segunda foi sustentada no voto supracitado do ministro Gilmar Mendes (RE 466.343-SP, relator ministro Cezar Peluso, j. 22 de novembro de 2006). A terceira emana de uma forte corrente doutrinária (Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Ada Pellegrini Grinover, L. F. Gomes etc.), que já conta com várias décadas de existência no nosso país".

¹⁶⁹ MALISKA, 2008, p.4-7.

mencionar a palavra revogação (cf. RE 466.343-SP e HC 87.585-TO). Tecnicamente não é bem isso (na prática, entretanto, equivale a isso). A norma inválida não pode ter eficácia (aplicabilidade), logo, equivale a ter sido revogada.¹⁷⁰

No mesmo voto o ministro expõe o efeito paralisante dos tratados de Direitos Humanos em relação à legislação infraconstitucional, porque, devido à supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a prisão do depositário infiel não foi revogada pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de San José da Costa Rica, no entanto, deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional vigente que prevê a matéria (art. 1287 do CC e Decreto-lei n.º 911/1969).¹⁷¹

Com a vedação da prisão civil por dívida, propõe-se uma interpretação da Constituição conforme os tratados, o que retiraria da Constituição sua força normativa e a colocaria à disposição de instrumentos normativos infraconstitucionais. Dessa forma, o tratado prevalece sobre o texto da Constituição, gerando a vedação da prisão civil por dívida. A Constituição irá prevalecer quando tiver condições de produzir efeitos jurídicos, sem necessidade de lei regulamentadora; nos demais casos cria-se a figura da interpretação da Constituição conforme os Tratados.¹⁷²

Se a Constituição estabelece que os direitos e as garantias nela elencados "não excluem" outros provenientes dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, é porque ela própria está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados internacionais de Direitos

¹⁷⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Prisão civil**: Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, Häberle e o estado humanista de direito. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> 22 junho. 2009>. Acesso em: 05 jan. 2011. Sobre o efeito paralisante ver GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos**: conflito e critério de solução. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 27 maio. 2009>. Acesso em: 14 nov. 2010.

¹⁷² "Como exemplo, pode-se citar o artigo 12, número 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que confere aos pais e tutores o direito de dar aos filhos e pupilos a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. A Constituição Brasileira não é tão precisa nessa questão, de modo que o tratado, nesse caso, também teria a função interpretativa não obrigatória da Constituição. Note-se que nessa hipótese o direito não estará sujeito à lei regulamentadora, ou seja, ele terá condições de produzir efeitos jurídicos por si. Aqui o efeito paralisante não tem vez, e o Tratado apenas será respeitado se o intérprete buscar uma interpretação da Constituição conforme o Tratado. No entanto, observe-se que essa interpretação não é obrigatória. Outro exemplo, com característica diferente, encontra-se no artigo 6, número 3 da Convenção, que interpreta o conceito trabalhos forçados. Aqui há necessidade de regulamentação legal do conceito trabalhos forçados, e o Tratado poderia produzir o chamado efeito paralisante ou impeditivo da lei". (MALISKA, 2008, p.117/118).

Humanos ratificados pelo Brasil "se incluem" no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem.¹⁷³

E, ainda, com a inserção do § 3.º no art. 5.º na Constituição formaram-se duas categorias de tratados de Direitos Humanos: "a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais". Frise-se: todos os tratados internacionais de Direitos Humanos são materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se as emendas à Constituição, no âmbito formal.¹⁷⁴

Entende-se, então, que a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 não altera, nem retira a efetividade potencial dos direitos fundamentais, se adotada a concepção monista no caso concreto. Essa solução dogmática impede que a realização dos Direitos Humanos esteja condicionada a procedimentos formais. Para tanto, somente concorre a atuação do magistrado, retirando da norma constitucional, no caso concreto, o máximo de efetividade, mediante a necessária contextualização.

Nessa vertente explicou o Ministro Celso de Mello:

O Juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição – e garante de sua supremacia – na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e desta Suprema Corte, em particular.¹⁷⁵

¹⁷³ GOMES, Luiz Flavio. **Tratados de direitos humanos**: nível supralegal. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal>. Acesso em: 30 maio 2009.

¹⁷⁴ PIOVESAN, 2009b, p.77.

¹⁷⁵ Min. Celso de Mello, voto no HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, em 12/03/2008. p.7.

Essa tese reforça a ideia no sentido de que as normas de direitos e garantias fundamentais expressas em tratados internacionais ratificados pelo Brasil podem e devem ser aplicadas no caso concreto.¹⁷⁶

Criticando o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes, Valério Mazzuoli afirma que a tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados por maioria qualificada peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma "duplicidade de regimes jurídicos" imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece "categorias" de tratados que têm o mesmo fundamento ético. E tal fundamento ético lhes é atribuído não pelo direito interno ou por qualquer poder do âmbito interno, mas pela própria ordem internacional da qual tais tratados provêm. Ao criar as "categorias" dos tratados de nível constitucional e supralegal (caso sejam ou não aprovados pela dita maioria qualificada), a tese da supralegalidade acabou por regular assuntos iguais de maneira totalmente diferente. Por isso, o autor afirma ser equivocado colocar certos tratados de direitos humanos abaixo da Constituição e outros (também de direitos humanos), no mesmo nível dela, sob pena de se subverter toda a lógica convencional de proteção de tais direitos, a exemplo daquela situação em que um instrumento acessório teria equivalência de uma emenda constitucional, enquanto o principal estaria em nível hierárquico inferior.¹⁷⁷

O que se considera nos termos da corrente doutrinária aqui defendida e antes citada é que, em decorrência dessa reforma constitucional e ressalvadas as hipóteses a ela anteriores (§ 2.º do art. 5.º da Constituição), tornou-se possível atribuir, não apenas material (como ocorria antes da Emenda n.º 45/04), mas, formalmente, às convenções internacionais sobre direitos humanos, hierarquia constitucional, desde que observado, quanto ao processo de incorporação das Convenções, o "*iter*"

¹⁷⁶ LOPES, Soraya Santos. A efetividade dos direitos humanos e a emenda constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, José Casali (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.287.

¹⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, v.14, n.2107, 8 abr. 2009a. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12584>>. Acesso em: 13 nov. 2010; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 03 de abril de 2009>. Acesso em: 13 nov. 2010a.

procedimental atinente ao rito de apreciação e de aprovação das propostas de emenda à Constituição.¹⁷⁸

Dessa forma, pode-se afirmar a existência de três situações quanto aos referidos tratados internacionais: (i) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil e incorporados à ordem interna, antes da promulgação da Constituição de 1988, estas possuem índole constitucional, já que formalmente recebidas (pelo § 2.º do art. 5.º da Constituição); (ii) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil após a promulgação da EC n.º 45/2004, estas, para adquirirem natureza constitucional, devem observar os trâmites do § 3.º do art. 5.º da Constituição; e (iii) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil no período que vai entre a promulgação da Constituição de 1988 e a EC n.º 45/2004, estes assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco¹⁷⁹ de constitucionalidade.¹⁸⁰

Enfim, mesmo com todas as controvérsias doutrinárias e interpretativas geradas pelo § 3.º do artigo 5.º, percebe-se que sua função é a de resguardar e proteger os Direitos Humanos, e o intuito do legislador foi elevar ainda mais a supremacia dos Direitos Humanos.

2.1.2 Artigo 109 da Constituição Federal e o artigo 7.º ADCT

Para fortalecer a defesa dos Direitos Humanos, garantindo-os, foi incluído em nossa Constituição o parágrafo 5.º do art. 109¹⁸¹. Atribui-se ao Procurador-Geral

¹⁷⁸ Min. Celso de Mello, voto no HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, em 12/03/2008. p.53.

¹⁷⁹ É o somatório daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

¹⁸⁰ Min. Celso de Mello, Citando CELSO LAFER, voto no HABEAS CORPUS 87.585-8 TOCANTINS, em 12/03/2008. p.27.

¹⁸¹ Prevê o artigo 109 da CF: Aos juízes federais compete processar e julgar: § 5.º Nas hipóteses de grave violação de Direitos Humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

da República o poder de interpretar o conceito aberto do que seja grave violação de Direitos Humanos. Com a intenção de assegurar as obrigações decorrentes de tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos, a possibilidade de deslocar a competência, mediante um requerimento ao STJ, em toda e qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Como requisitos para que se efetive o descolamento de competência, tem-se: a) conduta de violação de Direitos Humanos; b) grave violação, no sentido de que não basta ser uma violação qualquer para que ocorra o deslocamento de competência, exige que seja uma violação de natureza grave aos direitos humanos¹⁸²; c) incidente de deslocamento de competência o qual consiste em procedimento judicial incidental, a ser proposto no Superior Tribunal de Justiça por provocação do Procurador Geral da República.¹⁸³ Uma vez reconhecida a situação de grave violação dos direitos humanos desloca-se para o juízo federal respectivo a competência para julgar a conduta perpetrada; d) em qualquer fase do inquérito ou do processo – foi dada uma extensão do deslocamento de competência, que vai desde a fase inquisitorial até após a instauração do processo.

É uma medida que visa instigar as autoridades locais na apuração de crimes que possuam grande repercussão. Como exemplo prático pode-se citar o caso da freira Dorothy Stang, morta em 2005. Haveria a federalização do crime, conforme manifestou-se o Procurador-Geral da República, se não se fizesse a apuração em tempo hábil, ou se as autoridades locais fossem cooptadas ou ameaçadas de qualquer forma.¹⁸⁴

Na realidade, o que se espera desse dispositivo é o respeito ao cumprimento interno dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional. Não há violência ao pacto federativo. Procura-se evitar a influência do poder local perante os órgãos locais, frágeis para suportar pressões de diversas ordens.

¹⁸² A avaliação do que deve ser considerada grave violação dos direitos humanos queda sob a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça, como expressamente consignado no texto constitucional que, mediante provocação do Procurador Geral da República, deve julgar incidente de deslocamento de competência definindo se há grave violação de direitos humanos, movendo assim a competência da Justiça Federal.

¹⁸³ Trata-se de incidente de natureza processual penal que é objeto de regulação legislativa e regimental pelo Tribunal para que possa ser utilizado, já que se trata de norma constitucional de eficácia limitada que sem a devida regulação não pode ser objeto de sua efetiva aplicação.

¹⁸⁴ Em julgamento o acusado por mandar matar a irmã Dorothy foi condenado a 30 anos de prisão.

O que se conclui do artigo 109, § 3.º da Constituição, é que sendo respeitado, percebe-se um avanço considerável no processo civilizatório, com reflexos no Estado Democrático de Direito e na cooperação internacional. O princípio da dignidade do ser humano deixa de ser condição de critério apenas informativo-interpretativo e se torna norma constitucional cogente, fonte de todo o ordenamento jurídico nacional, privilegiando assim a supremacia dos Direitos Humanos.

Outro dispositivo que traz esse princípio à luz da Constituição Brasileira é o Art. 7.º do ADCT – O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos Direitos Humanos. Por meio de seu corpo diplomático o Brasil participou, e com destaque, da Comissão Preparatória para o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional. Em julho de 1998, na Conferência de Roma, foi ineditamente aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional. Em 1.º de julho de 2002 o Estatuto de Roma entrou em vigor.

O Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar os direitos e combater a impunidade, no que se refere a crimes graves e internacionais.¹⁸⁵

Esse tribunal aparece como aparato complementar às cortes nacionais, considerando que, por vezes, na ocorrência de tais crimes, essas instituições nacionais se mostram falhas ou omissas na realização da justiça. Assim, afirma-se a responsabilização primária dos Estados em relação às violações de crimes internacionais graves, e como responsabilidade complementar ou subsidiária, está o TPI. Por isso, o Estado tem o dever de exercer sua jurisdição penal, ficando o tribunal com essa responsabilidade subsidiária. Dessa forma, o Estatuto busca equacionar a garantia do Direito a Justiça, o fim da impunidade e a soberania do Estado, à luz do princípio da complementaridade e do princípio da cooperação.¹⁸⁶

Conforme o artigo 5.º do Estatuto de Roma, compete ao Tribunal o julgamento dos seguintes crimes: 1) crime de genocídio; 2) crimes contra humanidade; 3) crimes de guerra; 4) crimes de agressão (o único ainda pendente de definição, consoante artigo 5.º, inciso II, do Estatuto).

¹⁸⁵ PIOVESAN, 2009b, p.226.

¹⁸⁶ *Id.*

A jurisdição internacional será acionada por meio de uma denúncia de um Estado-parte ou do conselho de segurança da ONU à promotoria, a fim que esta investigue o crime, propondo a ação penal cabível, nos termos dos artigos 13 e 14 do Estatuto. Ressalta-se que a própria promotoria também pode agir de ofício, como prevê os artigos 13 e 15. O que condiciona a jurisdição é a adesão do Estado ao tratado. Outro destaque é que a ratificação do Estado ao tratado não comporta reservas, devendo o Estado ratificá-lo na íntegra e sem ressalvas (art. 120).¹⁸⁷

No que se refere às penas, o Estatuto prevê como regra máxima 30 anos, no entanto, admite excepcionalmente prisão perpétua, isso justificado pela extrema gravidade do crime e pelas circunstâncias pessoais do condenado (art. 77). O Tribunal também pode impor sanções de natureza civil, para reparar danos às vítimas e aos seus familiares (art. 75).¹⁸⁸

Outro ponto destacável é a aplicação do Tribunal: segundo o Estatuto em seu artigo 27, ele aplica-se a todas as pessoas, sem distinção alguma, independentemente de qualquer cargo oficial. Todos serão responsabilizados penalmente, inclusive sem redução de pena. Os acusados receberão tratamento justo em todas as fases do processo, consoante parâmetros internacionais.

Finalizando o papel do Tribunal Penal Internacional como Tribunal Internacional de Direitos Humanos, garantia preestabelecida no artigo 7.º do ADCT,

é nesse cenário que o tribunal penal internacional simboliza um avanço civilizatório extraordinário, ao celebrar a esperança por justiça e pelo combate à impunidade dos mais graves crimes, permitindo que a força do direito possa prevalecer em detrimento do direito da força.¹⁸⁹

¹⁸⁷ PIOVESAN, 2009b, p.227

¹⁸⁸ *Id.*

¹⁸⁹ *Ibid.*, p.229.

2.1.3 A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos

A promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, também é uma manifestação do princípio da prevalência dos Direitos Humanos. Essa convenção é de 1969, mas entrou em vigor em 1978. Somente Estados membros da OEA podem aderir a esta Convenção, que conta com 25 Estados-partes, tendo sido o Estado Brasileiro um dos Estados que mais tardiamente aderiram à Convenção (1992).

O pacto é o principal instrumento do sistema interamericano, assegura substancialmente um amplo catálogo de direitos civis e políticos. Vale ressaltar que a Convenção Americana não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, limitando-se a determinar aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização desses direitos, mediante a adoção de medidas legislativas. Posteriormente, em 1988, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos adotou um Protocolo Adicional à Convenção, concernente aos direitos sociais, econômicos e culturais (Protocolo de San Salvador), que entrou em vigor em 1999.¹⁹⁰

O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um "constitucionalismo regional", que objetiva salvaguardar Direitos Humanos fundamentais no plano interamericano. Observe-se que a Convenção Americana é considerada como um verdadeiro "código latino-americano de Direitos Humanos"¹⁹¹.

Cabe ainda salientar que, ao integrar o sistema interamericano, bem como as obrigações internacionais dele decorrentes, o Estado passa a pactuar com o monitoramento internacional no que se refere ao modo pelo qual os direitos fundamentais são respeitados em seu território. O Estado passa, assim, a consentir no controle e na fiscalização da comunidade internacional quando, em casos de

¹⁹⁰ PIOVESAN, 2006, p.85-119.

¹⁹¹ *Id.*

violação a direitos fundamentais, a resposta das instituições nacionais se mostra falha ou omissa¹⁹².

O Estado tem a responsabilidade primária relativamente à proteção dos Direitos Humanos, constituindo a ação internacional uma ação suplementar, adicional e subsidiária, que pressupõe o esgotamento dos recursos internos para o seu acionamento.

Quanto à Corte Interamericana, vale citar ainda o Decreto n.º 4.463, de 8.11.2002. Publicado no DOU de 11.11.2002. Promulga a Convenção de Reconhecimento da Competência obrigatória da Corte interamericana de Direitos Humanos sob reserva da reciprocidade¹⁹³, em consonância com o artigo 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.¹⁹⁴

O sistema interamericano iniciou-se quando os Estados Americanos, exercendo sua soberania, estruturaram um sistema regional de proteção e promoção dos Direitos Humanos, por meio de uma evolução baseada na adoção de diferentes instrumentos internacionais. O sistema calca-se no reconhecimento dos Direitos Humanos com a aprovação de normas de condutas obrigatórias, destinadas a promovê-los e protegê-los com a instituição de órgãos internacionais destinados a resguardar a observância desses mesmos direitos.

Imprescindível para a efetivação do Sistema interamericano foi a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que amplia o molde de proteção até então existente, composto apenas pela Comissão Interamericana. A Corte tem como principal função garantir a proteção internacional descrita na Convenção, preservando a integridade do sistema pactuado pelos Estados.

¹⁹² Vide <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>, para analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no que se refere aos casos que envolvem o Brasil, que até a presente data conta com 05 (cinco) “casos contenciosos”, nos quais foram emitidas sentenças. (Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7>. Acesso em 14/04/2011).

¹⁹³ Decreto n.º 4.463, Art. 1.º - É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

¹⁹⁴ SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da (Org.). **Constituição Interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais**: Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

A proteção exercida pela Corte atribui à Convenção uma posição de supranormatividade em relação ao ordenamento jurídico interno, sobrepondo-se, inclusive, à Constituição dos Estados, visto que característica essencial à jurisdição é a capacidade de proferir decisões com definitividade pela aptidão que seus provimentos possuem para formar coisa julgada e, assim, tornarem-se incontrastáveis para as partes, intocáveis para o juiz, e, por essa razão, irretratáveis, tanto o provimento quanto seus efeitos.¹⁹⁵

Importante frisar que *conditio sine qua non* para a atuação da Corte é que os Estados, por ato formal, reconheçam sua competência contenciosa. Mas esse momento de reconhecimento não precisa ser no exato ato de adesão da Convenção, podendo ocorrer depois, como é o caso do Brasil.

E, ainda, esse sistema de proteção dos Direitos Humanos não se aperfeiçoa sem a presença de um órgão jurisdicional, por não ser suficiente somente assumir o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais do indivíduo. A garantia jurisdicional desses direitos é o que assegura o seu efetivo cumprimento, no caso de virem a ser violados pelo Estado.¹⁹⁶

Dessa forma, aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos sem reconhecer a competência jurisdicional contenciosa da Corte seria o mesmo que reconhecer uma proteção parcial dos Direitos Humanos, isso porque os direitos elencados na Convenção se quedariam sem garantias.

Isso não quer dizer que os relatórios emitidos pela Comissão têm menos valor; esses têm fundamento no princípio da boa-fé que informa os tratados internacionais, força suficiente para impor aos Estados-partes na Convenção o dever de cumprir tarefas orientadas na proteção dos Direitos Humanos. Porém, os relatórios da Comissão não possuem a força de uma coisa julgada, privativa do órgão jurisdicional, e assim carecem de força coercitiva.¹⁹⁷

Entretanto, a efetiva participação do Brasil no sistema regional de proteção de Direitos Humanos, nesse caso o Interamericano, formado pela Comissão e pela Corte

¹⁹⁵ JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Delrey, 2005. p.65.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p.66.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p.67.

Interamericana, exerce papel inquestionável na efetivação do princípio da supremacia dos Direitos Humanos, como regente do Brasil nas suas relações internacionais.

Marca-se essa etapa como a passagem do Direito Internacional, o que transforma esse direito não apenas "no direito de todas as gentes, mas no direito de todos os indivíduos"¹⁹⁸. A ordem internacional consagra a tutela dos direitos dos indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, inclusive para aqueles que sejam heimatlos. O que ocorreu a partir da verificação da existência do direito de ter direitos e de um direito de pertencer a algum tipo de comunidade organizada, em decorrência do surgimento de milhões de pessoas que haviam perdido esses direitos e não podiam mais recuperá-los devido à nova situação de política global.¹⁹⁹

Enfim, a Supremacia dos Direitos Humanos, como princípio regente do Brasil nas suas relações internacionais, é assegurada no Estado brasileiro por meio de tais dispositivos constitucionais: o artigo 5.º, § 3.º da Constituição Federal; o artigo 109 da Constituição Brasileira: competência dos juizes federais; o artigo 7.º do ADCT; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O artigo 5.º § 3.º, pois, prevê como os Tratados de Direitos Humanos são recepcionados pelo ordenamento jurídico pátrio. Salieta-se que, apesar de todas as controvérsias doutrinárias e interpretativas, tal dispositivo funciona como um garantidor da Supremacia dos Direitos Humanos quando diferencia os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos dos demais tratados internacionais.

O artigo 109, § 5.º da Constituição representa uma medida que visa instigar as autoridades locais na apuração de crimes que possuam grande repercussão. Atribui-se ao Procurador-Geral da República o poder de interpretar o conceito aberto do que seja grave violação de Direitos Humanos. Na realidade, o que se espera desse dispositivo é o respeito ao cumprimento interno dos compromissos assumidos pelo Brasil no plano internacional.

¹⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.139.

¹⁹⁹ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2000. p.330.

Outro dispositivo que visa garantir a supremacia dos Direitos Humanos é o Art. 7.º do ADCT, o qual afirma que Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos. Nessa perspectiva cabe a formação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil participou e ao qual aderiu, esse tribunal assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar os direitos e combater a impunidade, no que se refere a crimes graves e internacionais.

Por fim a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção é o principal instrumento do sistema interamericano, assegura substancialmente um amplo catálogo de direitos civis e políticos. Já a corte, com sua competência complementar, suas decisões o possuem a força de uma coisa julgada, privativas do órgão jurisdicional, com força coercitiva, o que exige dos Estados participantes um efetivo respeito aos Direitos Humanos.

2.2 COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS PARA O PROGRESSO DA HUMANIDADE

Respeitada e devidamente assegurada a prevalência dos Direitos Humanos, guia-se automaticamente para o Estado Constitucional Cooperativo que gera a Cooperação Internacional.

2.2.1 Cooperação Internacional para Peter Haberle: O Estado Constitucional Cooperativo

O Estado Constitucional Cooperativo é uma proposta desenvolvida por Peter Haberle no final da década de 1970. Para o autor, o Estado Constitucional ocidental, livre e democrático não é imutável. Isso porque à medida que se desenvolvem os conceitos de Direitos Fundamentais, sociais e culturais também se modifica o Estado Constitucional. Com isso, o Estado Constitucional do Direito Internacional adentrou num

período de entrelaçamento das Relações Internacionais. Esse período é marcado pela textura aberta, tanto para dentro quanto para fora. É garantido principalmente pela democracia pluralista, direitos fundamentais e por um Poder Judiciário independente.²⁰⁰

Devem ser compreendidos conjuntamente os aspectos ideal-moral e sociológico econômico, de forma teórico-estatal. Com isso, a Cooperação deve fazer parte do Estado Constitucional, na prática, e também previsto em documentos constitucionais.²⁰¹

O Estado Constitucional ocidental é um tipo atual, e a sua existência permite uma discrepância da considerável ampla variação: decisiva é a sua composição, isto é, a limitação pelo Direito, e decisiva é a sua estrutura aberta (de dentro para fora), garantida pela democracia pluralista, dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes, que é estendida dentro da sociedade, e de um Poder Judiciário independente. A cooperação mostra-se como parte da identidade do Estado Constitucional, que ele, no interesse da transparência constitucional, deveria praticar em seus textos jurídicos e documentar, em especial nos documentos constitucionais.²⁰²

O Estado Constitucional Cooperativo preocupa-se consideravelmente com outros Estados, instituições internacionais e supranacionais, cidadãos estrangeiros, e, ainda, realiza-se jurídica e politicamente.²⁰³ O Estado Cooperativo apresenta-se como certa forma de reação interna do Estado Constitucional Ocidental livre e democrático à mudança do Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.²⁰⁴

E, ainda, no que se refere a explicar o Estado Cooperativo, este não coloca como prioridade nem o Direito Internacional, nem o Constitucional, o que ele observa

²⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.2.

²⁰¹ *Ibid.*, p.3.

²⁰² MALISKA, Marcos Augusto. Cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. desafios do estado constitucional cooperativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.391, p.628, maio/jun. 2007.

²⁰³ HÄBERLE, *op. cit.*, p.6.

²⁰⁴ *Ibid.*, p.10.

são as relações recíprocas que ocorrem entre ambos, de maneira que o direito interno e externo caminham juntos e, assim, crescem²⁰⁵. Dessa forma:

o Estado Constitucional Cooperativo substitui o conceito tradicional de Estado Constitucional Nacional, entendido como Estado Constitucional democrático internamente, mas não cooperante e amigo no plano internacional. O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas ele agrega a essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional.²⁰⁶

Frisa-se que a cooperação não pode ser descrita ou catalogada definitivamente, isso iria contrariar sua abertura e espontaneidade, por isso pode-se dizer que ela possui alto grau de variação. Essa variedade se dá porque cada país possui características específicas que influem na cooperação.²⁰⁷

Haberle cita em sua obra as linhas que conduzem ao caminho da cooperação; em suma, pode-se dizer que a abertura para as Relações Internacionais; o potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo de realização internacional; e a solidariedade estatal de prestação, isto é, disposição de cooperação para além fronteiras, apoio ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente etc., seriam as linhas de condução para se chegar ao Estado Cooperativo.²⁰⁸

No que se refere ao aspecto normativo, as consequências da Cooperação Internacional para o Direito Constitucional podem ser sintetizadas na diferença entre produção normativa exclusiva (plano interno) e produção normativa compartilhada/cooperativa (plano externo). Na primeira, a vontade soberana do país é exclusiva, já na segunda existe um conjunto de vontades soberanas motivadas pela cooperação normativa.²⁰⁹

²⁰⁵ HÄBERLE, 2007, p.12.

²⁰⁶ MALISKA, 2007, p.628.

²⁰⁷ HÄBERLE, *op. cit.*, p.14.

²⁰⁸ *Ibid.*, p.70.

²⁰⁹ MALISKA, *op. cit.*, p.633.

Podem-se citar dois exemplos brasileiros de produção normativa compartilhada no plano externo, quais sejam: a hipótese de prisão civil por dívida (tratado no item anterior); e a hipótese de prisão perpétua prevista no Tratado de Roma. O Tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional é resultado de um acordo entre diversos países, e o Brasil ao participar da criação do Tribunal não teve e não tem condições de impor o ponto de vista da sua ordem constitucional interna.

O resultado das negociações apontou para a razoabilidade da pena de prisão perpétua tendo em vista a natureza dos crimes que lá serão julgados. Portanto, se é sustentável que a pena de prisão perpétua possa ser incompatível com os Direitos Humanos, é indiscutível que o Tribunal Penal Internacional revela-se como um importante instrumento de garantia dos Direitos Humanos no plano internacional, do qual o Brasil não pode se furtar de cooperar.²¹⁰

Enfim, o Tribunal Penal Internacional foi consequência de inúmeras vontades soberanas, por isso a não compatibilização com a Constituição Federal (art. 5.º, inciso XLVII, alínea "b") deve ser ponderada tendo em vista o art. 4.º inciso II, que trata da prevalência dos Direitos Humanos.

Considerando que a doutrina e a jurisprudência constitucional brasileira pós-1988 deram aos direitos fundamentais posição de realce na ordem jurídica, recepcionando os modernos métodos de interpretação e os diversos princípios vocacionados à máxima efetivação das normas constitucionais, elas devem se transpor de uma feição de Estado Constitucional Nacional para um Estado Constitucional Cooperativo, conforme prevê a própria Constituição.²¹¹

2.2.2 A realização cooperativa dos Direitos Fundamentais

Observa-se que a evolução histórica dos Direitos Humanos ocorreu sob diversos aspectos, como a sua vinculação com a cultura judaico-cristã e as guerras religiosas do século XVI. E, ainda, com a Magna Carta, documento cunhado como o

²¹⁰ MALISKA, 2007, p.633.

²¹¹ *Ibid.*, p.634.

marco inicial da evolução dos Direitos Humanos, que culminou nas declarações francesa e norte-americana do século XVIII. Pode-se afirmar que os Direitos Humanos possuem duas dimensões, a primeira, interna, vinculada à ordem jurídica de cada país e, a segunda, externa, vinculada ao Direito Internacional e com pretensões de universalidade. Aqui nos interessa desenvolver a dimensão internacional já que a questão da internacionalização dos Direitos Humanos não afasta o Direito Constitucional desse debate, apenas requer uma atitude guiada pela abertura e Cooperação Internacional.²¹²

A realização Cooperativa dos Direitos Fundamentais é apresentada como uma reação automática do Estado Constitucional Cooperativo, ela se coloca como tarefa desse Estado. É basicamente função, segundo Haberle, "nas suas relações externas de criar, na comunidade jurídica internacional, uma medida mínima de realidade material processual dos direitos fundamentais para estrangeiros e apátridas entre si"²¹³. No entanto, vale ressaltar que não há receitas e fórmulas de patente, nem para os Direitos Fundamentais isoladamente, nem para as suas formas de aplicação.

Assim, a defesa jurídica dos Direitos Humanos é um lado, mas não o único da liberdade do Direito Fundamental que o Estado Constitucional Cooperativo baseia-se para guiar sua atuação. Consoante Haberle, "a esta se acrescentam outros lados do Direito Fundamental"²¹⁴. Atividades de Direitos Humanos praticadas no âmbito interno são igualmente importantes para a Cooperação efetiva dos Direitos Humanos.

Situando o Estado Cooperativo no sistema brasileiro, explica-se que a Constituição aberta de 1988, a qual reconhece decisões, no caso, o art. 4.º inciso VII da CF brasileira e normativas internacionais, aqui, o art. 4.º, inciso II e parágrafo único da CF brasileira, insere problemas jurídicos para o Direito Constitucional. O que se percebe é um Direito Constitucional Cooperativo em substituição ao Direito Constitucional Nacional. "Esse seria aquele direito constitucional que desconhece como área de atuação sua as normativas internacionais e está essencialmente

²¹² MALISKA, 2007, p.630.

²¹³ HÄBERLE, 2007, p.66.

²¹⁴ *Ibid.*, p.67.

vinculado a uma concepção de Constituição como ordem jurídica fundamental fechada do Estado Nacional"²¹⁵.

O Direito Constitucional, nessa visão, tem problemas para compreender certas normas da Constituição de 1988, exemplo disso encontra-se no art. 5.º, § 2.º, o qual visa à abertura internacional do sistema de direitos fundamentais. Maliska completa: "A Constituição Brasileira de 1988 fez uma opção pelo Estado Constitucional Cooperativo e necessita de um Direito Constitucional Cooperativo que dê conta dessa opção"²¹⁶.

A análise do futuro do Estado Constitucional partindo da proposta do Estado Constitucional Cooperativo de Peter Häberle mostra-se como basilar para a reflexão da inserção do Direito Constitucional Brasileiro no plano do Direito Constitucional Internacional.

A cooperação pode ser alcançada por meio de duas vias: a bilateral e a multilateral. A primeira se refere a uma dupla de Estados interessados estabelecerem relações recíprocas de colaboração, e na segunda envolvem-se vários interessados, por isso, nesta surgem as organizações regionais ou globais. Enfatiza-se que as multilaterais devem crescer continuamente diante dos inúmeros problemas internacionais que surgem dia a dia. O princípio da Cooperação, juntamente com a autorização para a integração latino-americana, disposta no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição Federal, é princípio que deve ser enaltecido nesses tempos de globalização econômica, em prol da melhoria nas condições de vida do ser humano.²¹⁷

Os objetivos aqui propostos caminham pelos princípios norteadores do Estado Constitucional brasileiro, tais como o art. 3.º, I, da Constituição Federal, isto é, no plano interno, alcançar o ideal de uma sociedade livre, justa e solidária, do Estado Constitucional Democrático. E no plano externo, art. 4.º, II, V,VI, IX, da CF, políticas que privilegiem a prevalência dos Direitos Humanos, a igualdade entre os Estados, a defesa da paz, enfim, a cooperação entre os povos para um desenvolvimento mundial.

²¹⁵ MALISKA, 2007.

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ MALISKA, 2006b, p.192.

2.2.3 Integração e cooperação

O Parágrafo único do artigo 4.º prevê a busca pela integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, com o intuito de formar uma comunidade latino-americana das nações.

Entende-se que tal previsão foi baseada no cap. I, artigo 1, 3 da Carta de São Francisco, que elenca como um dos propósitos das Nações Unidas:

Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.²¹⁸

E, ainda, consoante capítulo IX, que prevê a cooperação internacional econômica e social, artigos 55 a 60.²¹⁹

Tais previsões da Carta de São Francisco, assim como na Constituição pátria, não visam àquela integração primordialmente de natureza econômica, mas sim àquela, regional, de natureza comunitária. Devido a esse enfoque, repete-se no artigo 55 da Carta, o disposto no artigo 1, 3, ao asseverar que

²¹⁸ Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>>. Acesso em: 20 maio 2010.

²¹⁹ *Artigo 55:* Com o fim de criar condições de estabilidade e bem estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; b) a solução dos problemas internacionais econômicos, sociais, sanitários e conexos; a cooperação internacional, de caráter cultural e educacional; e c) o respeito universal e efetivo raça, sexo, língua ou religião.
Artigo 56: Para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55, todos os Membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.
Artigo 57: 1. As várias entidades especializadas, criadas por acordos intergovernamentais e com amplas responsabilidades internacionais, definidas em seus instrumentos básicos, nos campos econômico, social, cultural, educacional, sanitário e conexos, serão vinculadas às Nações Unidas, de conformidade com as disposições do Artigo 63. 2. Tais entidades assim vinculadas às Nações Unidas serão designadas, daqui por diante, como entidades especializadas.
Artigo 58: A Organização fará recomendação para coordenação dos programas e atividades das entidades especializadas.
Artigo 59: A Organização, quando julgar conveniente, iniciará negociações entre os Estados interessados para a criação de novas entidades especializadas que forem necessárias ao cumprimento dos propósitos enumerados no Artigo 55.
Artigo 60: A Assembléia Geral e, sob sua autoridade, o Conselho Econômico e Social, que dispões, para esse efeito, da competência que lhe é atribuída no Capítulo X, são incumbidos de exercer as funções da Organização estipuladas no presente Capítulo.

a solução dos problemas internacionais, econômicos, sociais, culturais, sanitários e conexos; o respeito universal é efetivo dos direitos da pessoa humana e o favorecimento dos mais altos níveis de vida, trabalho efetivo e das condições de progresso e desenvolvimento econômico e social.²²⁰

O Direito de Integração tem a função de Estudar as relações jurídicas, econômicas, sociais e culturais, existentes entre os "sujeitos de direito"²²¹ inseridos na sociedade internacional. Da evolução e do desenvolvimento dessas relações surgem os blocos econômicos, o que, no caso em tela, desenvolveu o Mercosul.²²²

Os artigos referentes à Carta de São Francisco geram um comprometimento solene dos Estados-membros da Organização, por meio da Assembleia Geral e do ECOSOC (Conselho Econômico e Social), e suas diversas entidades especializadas, criadas mediante acordos intergovernamentais como UNESCO (Organização Educacional Científica e Cultural das Nações Unidas), OIT (Organização Internacional do Trabalho) e OMS (Organização Mundial de Saúde).

Quanto à relação entre cooperação e integração, cabe dizer que "quando o elemento cooperação atua em bases comunitárias regionais, num plano sensivelmente econômico, não exclui – mas, ao contrário, aspira – a uma unidade política"²²³.

2.2.4 Princípio da Integração Latino-Americana

Esse princípio está previsto no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição Federal, e tem como objetivo buscar a integração e formar uma comunidade latino-americana de nações. Regula de forma aberta o dispositivo que pode ser considerado a "cláusula autorizativa"²²⁴ para a mencionada integração.

²²⁰ MATTOS, Adherbal Meira. **Direito internacional público**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002. p.413.

²²¹ Estados, Organizações Internacionais e indivíduos.

²²² GOMES, Eduardo Biacchi. **Manual de direito da integração regional**. Curitiba: Juruá, 2010b. p.17/18.

²²³ MATTOS, *op. cit.*, p.414.

²²⁴ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p.464.

Por outra vertente, o que se nota é que o texto constitucional não elenca de forma expressa qualquer aceitação da referida norma como pressuposto de admissibilidade do instituto da supranacionalidade e da delegação de poderes. A disposição do parágrafo único é norma de alcance geral, expõe o objetivo de uma integração, sem definição do modelo que se deve seguir, isto é, demonstra apenas o elemento vontade política em participar da formação de uma integração na América Latina.²²⁵

Para Canotilho, a concretização das normas programáticas pela intermediação da instância legiferante não significa que tais normas não sejam dotadas de positividade jurídica autônoma. Essa positividade é dotada de eficácia vinculativa na medida em que implica vinculação permanente do legislador à sua realização; vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores e, por fim, vinculação negativa dos poderes públicos, no sentido de que os atos que as contrariem deverão ser censurados por inconstitucionalidade.²²⁶

Na mesma vertente, a ocorrência de uma norma constitucional programática pode contribuir para a realização da integração, pois abre perspectivas concretas, mesmo que não explicitamente, para gerar modificações no ordenamento jurídico brasileiro, capazes de dar efetividade aos desígnios do Tratado de Assunção. O caráter de regra indutora do comportamento do Brasil na comunidade internacional não pode, todavia, ofuscar seu valor de regra indutora de modificações no direito brasileiro que decorram dos resultados da ação de política externa que se pretendeu pautar.²²⁷

A integração tem como função principal o aumento das potencialidades de cada país, para objetivar um fim comum e manter a paz. Os países devem considerar os problemas de interesse recíproco, para concessão de vantagens mútuas, identidade comum e valores compatíveis. Esses elementos fazem da integração um fenômeno

²²⁵ GOMES, E. B., 2010, p.182.

²²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998. p.1.102/1.103.

²²⁷ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro. In: BASSO, M. (Org.). **Informativo Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados membros**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.111.

natural²²⁸ e não artificial²²⁹, acarretando um entrelaçamento entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos no setor econômico²³⁰.

Forma-se uma integração por meio de um Tratado, que forma o bloco econômico. A motivação usualmente é econômica para que os Estados, se associando, estejam mais preparados para competir diante da globalização e do Comércio Internacional. Frisa-se que para a integração surtir efeitos, faz-se indispensável a vontade política dos governantes.²³¹

A integração visa alcançar um modelo societário resumido na cooperação de soberanias nacionais²³², a partir da limitação e do partilhamento de soberanias. O modelo de cooperação comunitária é formado por algumas etapas, que os Estados vão ultrapassando conforme seus interesses. Cada etapa demonstra a uma parcela de renúncia de soberania.²³³

A Aladi (Associação Latino-Americana de Integração) é uma organização intergovernamental cujo objetivo é promover a expansão da integração regional e a constituição de um mercado comum, contribuindo assim para o desenvolvimento econômico e social. Detém dentre seus princípios o pluralismo em matéria política e econômica, a convergência progressiva de ações parciais para a criação de um mercado comum latino-americano, flexibilidade, e tratamentos diferenciais com base no nível de desenvolvimento dos países-membros. Surgiu com o Tratado de Montevideu (1980) e é formada por 12 (doze) países membros.²³⁴

A Aladi tem como uma de suas funções a criação de uma área de preferências econômicas na região, com o intuito de formar um mercado comum latino-americano, mediante três mecanismos: a) uma preferência tarifária regional, aplicada a produtos

²²⁸ Comunitário = comunidade.

²²⁹ Societário = sociedade.

²³⁰ MATTOS, 2002, p.414.

²³¹ GOMES, E. B., 2010b, p.19.

²³² Como ocorre na União Européia e já explicado no Capítulo I.

²³³ ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul & União Européia**: estrutura jurídico-institucional. 3.ed. 2.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2004. p.27.

²³⁴ Disponível em: <http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSTITIOWEBp/quienes_somosp>. Acesso em: 03 jan. 2011.

originários dos países-membros ante as tarifas em vigor para terceiros países; b) acordos de alcance regional (comuns a todos os países-membros); e c) acordos de alcance parcial, com a participação de dois ou mais países da área.²³⁵

A Unasul (União de Nações Sul-Americanas) é formada pelos doze países da América do Sul. Originou-se em 2004, com a criação da "Comunidade Sul-americana de Nações"²³⁶. Em 2007, durante a I Cúpula Energética Sul-americana (Venezuela), foi escolhido o nome "União de Nações Sul-Americanas". A Unasul tem como escopo construir um recinto de articulação no âmbito cultural, social, econômico e político entre seus povos. Grifa o diálogo político, as políticas sociais, a educação, a energia, a infraestrutura, o financiamento e o meio ambiente, entre outros, com vistas a criar a paz e a segurança, eliminar a desigualdade socioeconômica, alcançar a inclusão social e a participação cidadã, fortalecer a democracia e reduzir as assimetrias no marco do fortalecimento da soberania e independência dos Estados.²³⁷

O Mercosul (Mercado Comum do Sul)²³⁸, surgiu em decorrência das necessidades levantadas na década de 1990, para uma melhor inserção dos países no mundo globalizado. Este tratado previu que a estruturação definitiva do bloco, isto é, momento de formação do mercado comum, se realizaria até 1994, meta não atingida.²³⁹

É um projeto de integração que engloba dimensões econômicas, políticas e sociais, formado por diversos órgãos, os quais cuidam dos mais variados temas. No aspecto econômico assume o caráter de União Aduaneira, mas seu objetivo maior é constituir-se em verdadeiro Mercado Comum, seguindo os objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção.²⁴⁰

²³⁵ Disponível em: <http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/VSITIOWEBp/quienes_somosp>. Acesso em: 03 jan. 2011.

²³⁶ Na III Reunião de Chefes de Estado e de Governo da América do Sul, Peru.

²³⁷ Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

²³⁸ Sobre as características do Mercosul, vide GOMES, E. B., 2010a, p.160.

²³⁹ *Ibid.*, p.110.

²⁴⁰ Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/>>. Acesso em: 28 dez. 2010.

Em 1994 foi celebrado o Tratado de Ouro Preto (entrou em vigor no Brasil em 1995), o qual reformou a estrutura do bloco econômico mediante a criação do Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum, a Comissão de Comércio do Mercosul, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico e Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul. Atribui ao Mercosul personalidade jurídica de Direito Internacional (art. 34) e alterou o regime de funcionamento de zona de livre comércio para união aduaneira imperfeita, com a criação da tarifa econômica comum²⁴¹ (TEC).²⁴²

A integração econômica é formada por quatro etapas: a) zona de livre comércio; b) união aduaneira; c) mercado comum; d) união econômica e monetária. No caso do Mercosul, por se tratar de união aduaneira imperfeita, às vezes reveste-se de zona de livre comércio, outras vezes de união aduaneira. Diante disso, cabe aqui conceituar as duas etapas.

A primeira é caracterizada como o primeiro estágio da integração, mediante a progressiva eliminação de barreiras tarifárias e não tarifárias, com o fim de estabelecer a livre circulação de mercadorias. Nesta fase cada Estado mantém sua soberania integralmente para negociar acordos comerciais com outros Estados ou blocos econômicos. Destaca-se que o bloco econômico até aqui então formado não possui personalidade jurídica de Direito Internacional, por isso não possui competência para celebrar tratados.²⁴³

O tratado de Assunção, instituidor do Mercosul, tentou inovar ao prever um grau mais elevado de integração, isto é, a formação de um mercado comum. Contudo, em seu artigo 8.º, "c", estabelece que os Estados-partes realizarão consultas entre si para negociar esquemas amplos de desgravação tarifária, visando formar zonas de

²⁴¹ "Matéria de política tarifária, o Mercosul conta, desde 1995, com uma Tarifa Externa Comum (TEC) que abrange todo o universo de produtos comercializados com terceiros países. Cerca de 9 mil itens tarifários integram hoje a nomenclatura comum do Mercosul, com tarifas ad valorem que variam, em geral, de 0% a 20%, de acordo com a categoria de produtos e a existência ou não de produção regional. Além disso, há uma série de procedimentos aduaneiros e administrativos que foram adotados com vistas a assegurar maior uniformização na aplicação da TEC". (Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2010).

²⁴² GOMES, E. B., 2010a, p.58.

²⁴³ GOMES, E. B., 2010b, p.65/66.

livre comércio com os demais membros da Associação Latino Americana de Integração (Aladi).²⁴⁴

A segunda é denominada união aduaneira, engloba as características da zona de livre comércio juntamente com: i) o bloco passa a ser sujeito de Direito Internacional, dessa forma as negociações são feitas bloco, como a celebração de acordos comerciais; ii) as mercadorias que ingressam ou são produzidas no interior do bloco, e são destinadas ao mercado exterior, possuem tarifa comum, evitando, assim, a guerra fiscal; iii) para alcançar tais objetivos faz-se necessária a criação da TEC; iv) tornam-se necessárias a implementação de uma harmonização tributária e a implementação de um regulamento aduaneiro comum. Frisa-se que no caso do Mercosul, por se tratar de união aduaneira imperfeita, não há harmonização tributária, nem um código aduaneiro comum.²⁴⁵

Há uma lista de exceções, na qual a TEC não vigora. Tais exceções impostas à TEC foi um dos grandes problemas visualizados no Mercosul, o que gerou a já conceituada união aduaneira imperfeita.

Cabe afirmar que a união aduaneira atinge um degrau a mais em relação à zona de livre-comércio ao comportar a livre circulação de bens, sejam eles oriundos de Estados dos quais ela seja parte ou importados de outros países, desde que devidamente legalizados.²⁴⁶

Uma correlação entre os países se vislumbra no aspecto econômico, na produção de riquezas ocorre um intercâmbio de necessidades, pois cada país tem uma necessidade em questão de quantidade e qualidade, o que gera uma satisfação das necessidades mundiais; a partir desse aspecto econômico surge o social, gerando uma interdependência entre os Estados. No entanto, visto que cada país se apresenta como Estado soberano, com governo próprio, surgem alguns princípios para nortear a ordem jurídica internacional. Dentre eles os que mais se destacam são o da efetividade, da reciprocidade e da legitimidade.²⁴⁷

²⁴⁴ ACCIOLY, 2004, p.27-28.

²⁴⁵ GOMES, E. B., 2010b, p.66.

²⁴⁶ ACCIOLY, *op. cit.*, p.29.

²⁴⁷ MATTOS, 2002, p.414.

O princípio da efetividade tem sua importância, pois o direito surge quando a efetividade jurídica internacional é reconhecida. Visualizam-se as normas jurídicas da efetividade tanto no costume como nos tratados internacionais, isso porque inexistente uma autoridade internacional superior, e estes passam a ser os elementos formadores do que é direito. Exceto pelos países desenvolvidos que por serem fortes são capazes de criar e de manter situações que transformem o direito.²⁴⁸

A reciprocidade está ligada à igualdade, consiste em promover um tratamento igual entre Estados, e recíproco; dependendo do que um Estado lhe oferece, o outro corresponde com o mesmo tratamento. Um exemplo desse princípio está na cláusula da nação mais favorecida, nesse caso, além da simples reciprocidade, os países subdesenvolvidos reivindicam tratamento mais favorável, por necessitarem de vantagens adicionais das quais os desenvolvidos não precisam.²⁴⁹

Quanto à legitimidade, deve-se considerar não ser este um princípio de legalidade, mas estar acima do direito positivo. Valores relacionados à atividade política dos Estados, inclusive quando reunidos em organismos regionais, como ocorre na integração, que, embora desvie sempre para um desenvolvimento econômico, está ligada intrinsecamente por aspectos políticos.²⁵⁰

A natureza jurídica dos tratados fundacionais do Mercosul é de Direito Internacional Público, e são "tratados institucionais" (pois estabelecem regras de composição e funcionamento do bloco). Ressalta-se que no Mercosul, diferentemente da União Europeia, não se pode cogitar a existência de Direito Comunitário ou supranacionalidade – estas são características daquele processo de integração. As relações comerciais no Mercosul são regidas pelos princípios acima elencados, além do princípio do *pacta sunt servanda*.²⁵¹

O Direito de Integração articula a noção de regionalismo econômico, traduzida na América Latina pelo Mercosul, criado em 1990, formado apenas por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, e pode ser exemplo da ausência de uma vontade política já que visava consolidar-se em mercado comum em cinco anos contados de sua

²⁴⁸ MATTOS, 2002, p.414-415.

²⁴⁹ *ibid.*, p.415.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ GOMES, E. B., 2010a, p.58.

criação, e ainda possui instituições não definitivas. Isso porque ainda existem inúmeras diferenças econômicas, sociais, comerciais e políticas a serem superadas, o que forma uma união aduaneira imperfeita, comportando-se, dependendo da hipótese, como zona de livre comércio ou como união aduaneira.²⁵²

Quanto às fontes do Direito do Mercosul, podem-se elencar as fontes de direito originário, de direito derivado e as complementares. As primeiras são aquelas que discorrem acerca dos fins para os quais o bloco foi criado²⁵³, e os mecanismos que viabilizariam o alcance do fim pretendido. As segundas subdividem-se em típicas e atípicas. As típicas estão elencadas no artigo 41, III do Protocolo de Ouro Preto (decisões do Conselho do Mercado Comum, resoluções do grupo Mercado Comum e as diretrizes da Câmara de Comércio do Mercosul); já os atípicos são aqueles atos que produzem efeitos internos (organização e funcionamento das instituições e órgãos do Mercosul, regulamentos internos, recomendações da Comissão Parlamentar Conjunta, dentre outros), assim como aqueles *sui generis* (programas de trabalho do Grupo Mercado Comum, informes e prestação de contas etc.). E por fim, as terceiras, as fontes complementares são formadas por princípios norteadores do Direito Internacional Público, Direito de Integração, doutrina, costumes, decisões arbitrais, princípios gerais de direito. Essas últimas são formadas considerando a não taxatividade das fontes elencadas dos Tratados do Mercosul.²⁵⁴

Os Estados Associados do Mercosul hoje são Bolívia, Chile, Colômbia, Equador e Peru. Frisa-se que somente países membros da Aladi podem associar-se ao Mercosul, desde que celebrem Acordos de Livre Comércio com o bloco. Os Estados que aspirarem se associar devem aderir ao Protocolo de Ushuaia sobre Compromisso Democrático no Mercosul, Bolívia e Chile, e à "Declaração Presidencial sobre Compromisso Democrático no Mercosul". Os Estados Associados podem participar

²⁵² GOMES, E. B., 2010b, p.19.

²⁵³ Basicamente o Tratado de Assunção, seus anexos e protocolos complementares.

²⁵⁴ BASSO, Larissa de Santis. Questões sobre a natureza jurídica do direito do Mercosul. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **A integração regional no direito internacional: o futuro do Mercosul e da União Européia**. São Paulo: Lex, 2006. p.30-32.

como convidados das reuniões dos órgãos da estrutura institucional para tratar temas de interesse comum, contudo sem direito a voto.²⁵⁵

A aplicabilidade das normas previstas nos tratados do Mercosul fica condicionada às Constituições de cada Estado-parte e como estas recepcionam dentro de seus ordenamentos jurídicos estes tratados, conjuntamente ao posicionamento hierárquico que é dado às demais normas internacionais nas Constituições.²⁵⁶

Para formar um modelo adequado devem-se considerar a história política e as estruturas de poder dos países envolvidos; a diversidade cultural e étnica existente; a desigualdade de desenvolvimento entre os Estados e regiões; a experiência democrática nacional para formar a estrutura supranacional para que as estruturas supranacionais sirvam como instrumentos para fortalecer as democracias deficitárias. Devem-se considerar todos esses aspectos no âmbito nacional e simultaneamente no internacional, supranacional.²⁵⁷

É consignável declarar a possibilidade de uma hegemonia de ordem territorial, populacional e econômica, contudo o sucesso da integração só é possível a partir de uma participação consciente e efetiva dos países envolvidos. É imprescindível que haja esforço conjunto de todos os Estados visando beneficiar todo o grupo em prol do bem-estar de suas coletividades.²⁵⁸

Como ponto destacável acresce-se ainda a questão da identidade cultural latino-americana. As questões que envolvem identidade cultural pressupõem aquelas relativas à alteridade e à diferença, no sentido de reconhecer a existência do outro e aceitá-lo como diferente. Um sujeito sabe quem é quando percebe quem não é, reconhecendo a adoção de mecanismos distintos do outro para identificar a identidade cultural. Dessa forma, quanto mais universalizante for o elemento de identificação cultural maior será o número de indivíduos que compartilhará de identidade cultural idêntica. Não existe apenas uma única identidade cultural para um grupo social, mas, sim, diversos graus de dimensões possíveis; o mesmo indivíduo possui várias

²⁵⁵ Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br>>. Acesso em: 20 nov. 2010. A normativa referente aos Estados Associados, e as Decisões do Conselho Mercado Comum de números 14/96 e 18/04, pode ser consultada neste sítio já citado ou no sítio da Secretaria (www.mercosur.int).

²⁵⁶ GOMES, E. B., 2010a, p.160.

²⁵⁷ MALISKA, 2006a, p.113.

²⁵⁸ NICZ, 2007, p.18-19.

identidades culturais, dependendo do grau de universalização dos elementos culturais adotados para cada caso.²⁵⁹

A identidade cultural da América Latina será percebida a partir de um grau de generalização dos elementos gerais ou particulares que a caracterizam. Os elementos universalizantes conduzem à formação de identidades regionais, nacionais, civilizacionais e globais; dessa maneira, os elementos gerais de identificação da cultura geral ocidental levam a uma identidade cultural latino-americana. De outra vertente, as identidades culturais locais também se reafirmam em todos os ambientes. Todas as culturas locais rejeitam e excluem de seu universo cultural os elementos culturais alienígenas, preservando seu sentimento de alteridade e de distinção com os demais grupos. Ocorre um processo dialético entre diferentes culturas, cada qual pretendendo o seu reconhecimento em relação às demais. Nesse contexto devem haver mediadores de significados culturais intertextuais, para mediar essas relações sociais.²⁶⁰

O que se pode afirmar quanto à identidade cultural é que não há dúvidas de que haverá divergências quando da reconstrução de uma identidade cultural latino-americana, as quais poderão logicamente ser superadas se observados os elementos acima elencados.

Uma das justificativas para o Mercosul não avançar significativamente na integração é a priorização do aspecto econômico. Frisa-se que, para o avanço da integração, deve-se focar no aspecto político, criar bases políticas sólidas, pois isso viabilizaria o processo. Ocorre que alguns fatores como a economia instável prejudicam o processo. Nesse contexto, o aspecto econômico seria apenas mais um dentro dessa instituição politicamente sólida e capaz de enfrentar todas as questões que uma instituição supranacional carrega.²⁶¹

²⁵⁹ SEIXAS, Rentato. Identidade cultural da América Latina: conflitos culturais globais e mediação simbólica. In: CACCIAMALI, M. C.; BRAGA, Márcio Bobik. **Cadernos de Pós-Graduação em Integração da América Latina da Universidade de São Paulo – PROLAN/USP**, ano 7, v.1, n.12, p.116/117, jan/jun. 2008.

²⁶⁰ *ibid.*, p.117-118.

²⁶¹ MALISKA, 2006b, p.92-93.

2.3 REPÚDIO AO TERRORISMO E AO RACISMO

2.3.1 Terrorismo

A Constituição Federal de 1988, além de elencar o repúdio ao terrorismo como princípio regente do Brasil nas Relações Internacionais, prevê em seu artigo 5.º XLIII que

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

O legislador contemplou o terrorismo em nível constitucional e infraconstitucional. Não obstante o tema abarque *status* de cláusula pétrea, o legislador infraconstitucional prevê o terrorismo no artigo 2.º²⁶², I e II, da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/90), e a sua comissão junto de outras ações ilícitas que integram um único tipo penal. A prática do terrorismo é prevista no artigo 20²⁶³ da Lei n.º 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

A expressão "terrorismo" vem do latim *terrere*, que significa "tremar", alguns filólogos acreditam que esta expressão emana de *perterrere*, no sentido de amedrontar. A expressão foi utilizada, pela primeira vez, durante os "quatro meses de terror" (entre 1793 e 1794), na Revolução Francesa.²⁶⁴

²⁶² "Art. 2.º - Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança [...]"

²⁶³ "Art. 20 - Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos".

²⁶⁴ PELEGRINO, Carlos Roberto Mota. **Terrorismo e cidadania**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo11.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

O Direito Constitucional não define precisamente o conceito de terrorismo, tampouco o Direito Internacional; o que se afirma é que "atos terroristas" são fatos criminosos praticados contra um Estado com o objetivo de gerar o terror àqueles indivíduos.²⁶⁵

Outra definição extraída de um manual do exército norte-americano assevera que "terror é o uso premeditado da violência ou da ameaça de violência para atingir metas ideológicas políticas ou religiosas mediante intimidação, coerção ou instilação do medo". Isso é terrorismo.²⁶⁶

Pode-se afirmar, ainda, que terrorismo é uma forma derradeira de ação política. A opinião pública mundial abomina qualquer ato terrorista; comove-se com as vítimas e, por isso, os governos ao longo do tempo duramente conseguiram oferecer justificativas para negociação com os autores dos atentados terroristas. O terrorismo internacional está usualmente ligado a conflitos regionais. Almeja, o avanço de uma causa e o restabelecimento do equilíbrio (perdido devido aos conflitos em que se inserem). Para alcançar seus fins, usa redes de simpatizantes ou diásporas étnicas. Os atores terroristas são treinados e financiados por Estados que pretendem pressionar outros Estados, ou por organizações criminosas por meio de contas bancárias, em "paraísos fiscais". Os métodos mais utilizados são: atentados à bomba, sequestros, apoderamentos ilícitos de aeronaves etc.²⁶⁷

Como exemplos das práticas terroristas, pode-se elencar o grupo separatista basco ETA (Euskadi Ta Askatasuna - basco para Pátria Basca e Liberdade), o qual pretende o reconhecimento do país Basco na Espanha, assim como a OLP (organização para libertação à Palestina), que visa ao reconhecimento do Estado da Palestina. Este grupo foi admitido como observador nas Nações Unidas e seu líder Yasser Arafat pronunciou-se na assembleia geral.²⁶⁸

²⁶⁵ GOMES, Eduardo Biacchi. Direito humanitário e terrorismo. In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.356.

²⁶⁶ CHOMSKY, Noam. **A nova guerra contra o terror**. Disponível em: <<http://direitosp.freevar.com/pdf/terror5.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

²⁶⁷ MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Terrorismo na agenda internacional**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo13.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

²⁶⁸ GOMES, E. B., *op. cit.*, p.354.

Os órgãos de Inteligência brasileiros como a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) asseveram que não há indícios da existência de grupos, células ou atividades terroristas em território nacional. Porém, a partir de sua nova dimensão globalizada (pós-ataque às Torres Gêmeas), alguns fatores são preocupantes, tais como a precariedade das medidas de segurança e controle no Brasil, a facilidade de ingresso em território nacional através da vasta extensão de fronteiras terrestres e marítimas e a existência de pontos de apoio constituídos por segmentos da comunidade árabe-palestina nos Estados de São Paulo, Paraná, Pará e Rio Grande do Sul, contrários às políticas de paz com o Estado de Israel (acordos de Oslo).²⁶⁹

Como já afirmado, há dificuldade para se definir o terrorismo no plano internacional. O que pode ser considerado terrorismo na civilização europeia cristã pode não o ser no Oriente Médio muçulmano, por exemplo, devido às diferentes culturas. Para determinados países o problema do terrorismo não pode ser abordado sem se invocar, primeiro, as desigualdades econômicas e sociais, a luta anticolonialista etc. Tantas divergências explicam por que é tão difícil, na Organização das Nações Unidas, a concordância com uma definição universal de terrorismo, visto que o terrorismo de Estado pode ser imputado a diversos países-membros daquela Organização.²⁷⁰

No Direito Internacional hodierno, há 12 convenções internacionais multilaterais para a repressão e o combate ao terrorismo.²⁷¹ O Brasil integra todas essas Convenções

²⁶⁹ WOLOSZYN, Andre Luis. **Aspectos gerais e criminais do terrorismo e a situação do Brasil**. 2006. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/docs/aspectos_socio-criminais_do_terrorismo.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2010.

²⁷⁰ MEDEIROS, 2010.

²⁷¹ Todos em vigor e os principais deles são os seguintes: i) Convenção para a Repressão do Aposseamento Ilícito de Aeronaves, assinada em Haia, em 1970; ii) Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinada em Montreal, em 1971; iii) Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que gozam de Proteção Internacional, inclusive agentes diplomáticos, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1973; iv) Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, adotada também pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1979; v) Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares, assinada em Viena, em 1980; vi) Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroaviação Civil Internacional, complementar à Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, assinado em Montreal, em 1988; vii) Convenção para a Supressão de Atos Ilegais contra a Segurança da Navegação Marítima, celebrada em Roma, em 1988; viii) Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas situadas na Plataforma Continental, celebrado em Roma, em 1988; ix) Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas a Bomba, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1997; x) Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, aceita pela Assembléia- Geral das Nações Unidas, em 1999 (*Id.*).

que buscam tipificar os atos terroristas, conforme a conduta delituosa cometida, mediante previsões de crimes específicos, que formam um catálogo de atos terroristas.

Conforme o Projeto de Convenção Interamericana para a Repressão do Terrorismo, a Assembleia da Organização dos Estados Americanos (Caribe - 2002), para a Convenção, "considera-se terrorista todo ato ilícito e intencional, individual ou coletivo, cujo propósito seja gerar terror, intimidar a população ou obrigar governo ou organização internacional a fazer ou deixar de fazer algo". Ocorre que a maioria dos países do sistema interamericano elegeu não fazer constar a referida definição, expondo o objeto de prevenir, punir e eliminar o terrorismo. Nesse contexto, os Estados-partes ostentam o compromisso de tomar as medidas cabíveis para cooperação entre eles.²⁷²

A busca pela cooperação, como propõe a Convenção, parece ser eficaz ao combate ao terrorismo, quer no âmbito de troca de informações, quer nas medidas de combate aos delitos prévios ao terrorismo (lavagem de dinheiro), quer no tratamento entre as autoridades competentes para a aplicação da lei, por meio de assistência judiciária recíproca.²⁷³

Nesse contexto, resta evidente que o "11 de Setembro" guiou um novo patamar do terrorismo na busca da paz e da segurança internacionais. Entende-se que os atentados a Nova York e Washington aprofundaram esse processo e a integração definitiva do terrorismo na agenda de segurança internacional. A partir de então, são inéditos os esforços internacionais para conter o financiamento do terrorismo e a aquisição de armas de destruição em massa.²⁷⁴

O terrorismo, como ameaça à paz e à segurança internacionais, é também explicado pela índole transnacional e organizada em redes do fenômeno, que se tornou "globalizado"²⁷⁵. Quanto às regras gerais do regime internacional antiterrorista, as normas advindas do regime podem ser diferenciadas entre deveres de prevenção e deveres de repressão. A prevenção vem do princípio da igualdade soberana dos

²⁷² MEDEIROS, 2010.

²⁷³ *Id.*

²⁷⁴ CUNHA, Ciro Leal M. da. **Terrorismo internacional e a política externa brasileira após o 11 de setembro**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. p.36.

²⁷⁵ *Ibid.*, p.38.

Estados, já a repressão tem como fundamento impedir a impunidade de pessoas culpadas de terrorismo.²⁷⁶

Destaca-se que a cooperação internacional, por todos os meios possíveis, insere-se nas obrigações de prevenção, tendo seus deveres presentes nos tratados sobre terrorismo, bem como em todas as resoluções consensuais da Assembleia Geral das Nações Unidas. Isso, no sentido de prestar informações para evitar atos ou atividades de terrorismo e, obviamente não organizar, instigar, ajudar ou participar de atos terroristas contra outros Estados ou seus nacionais. Outro dever, daí quanto à repressão do terrorismo, é a extradição ou o julgamento penal de supostos terroristas em seu território.

Há outros deveres de repressão que consistem em tipificar os delitos estabelecidos previstos nos tratados, no direito interno, quais sejam: subministrar a informação relativa às circunstâncias dos atos e aos supostos terroristas; deter os suspeitos e investigar os fatos; prestar toda a assistência possível ao processo penal ou de extradição, como traslado do acusado e envio de provas; e prestar contas dos resultados dos procedimentos para repressão e punição dos terroristas.²⁷⁷

O Secretário-Geral do Conselho da Europa declarou em uma conferência judicial internacional o seguinte:

O terrorismo é uma violação aos Direitos Humanos, e à norma da lei. Deve ser combatido com vigor máximo, mas não a qualquer custo, certamente não ao custo desses valores. Nós não devemos destruir ou até mesmo subestimar a democracia nos fundamentos de defendê-la [...]. Assim, nós estamos limitados a seguir uma abordagem "vencervencer": reduzindo a ameaça de terrorismo através de ação punitiva e preventiva muito firme, e salvaguardar as liberdades de maiores dimensões possíveis e seus princípios de apoio e procedimentos.²⁷⁸

Nessa seara de ligação entre terrorismo e Direitos Humanos, mesmo sendo complexa a função de manutenção da norma de lei e Direitos Humanos, enquanto confrontando o terrorismo e suas atrocidades, não se pode permitir que a lei dos

²⁷⁶ CUNHA, 2009, p.45.

²⁷⁷ *ibid.*, p.47.

²⁷⁸ RODLEY, Nigel. **Terrorismo**: segurança do Estado - direitos e liberdades individuais. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/terrorismo/ridley_terrorismo.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.

Direitos Humanos se coadune com as circunstâncias nas quais as exigências da segurança de Estado possam se envolver, restringindo a ação dos Direitos Humanos. Um Estado não pode apenas invocar a segurança nacional para justificar o desconhecimento ou a não aplicação do Direito.²⁷⁹

O que não se pode olvidar é que o Direito Internacional prevê aos Estados um setor substancial para tomar medidas que em situações de paz e estabilidade jamais seriam toleradas. Por exemplo, "aquela de detenção administrativa sem acusação ou julgamento, suscetível de abuso, e de erro grosseiro resultante de um serviço de inteligência fraco, ineficiente ou incompetente"²⁸⁰.

Não existe troca realizada como acordo entre ação efetiva contra o terrorismo e a proteção dos Direitos Humanos. Inclusive, a situação é oposta; em longo prazo concluir-se-á que os Direitos Humanos, unidos com a democracia e a Justiça social, são as melhores armas contra o terrorismo. Isso porque o terrorismo é uma arma para pessoas desesperadas e alienadas. Se a todos os seres humanos for oferecida a expectativa de alcançar seu autorrespeito e uma vida digna por meio de métodos pacíficos, será muito mais difícil recrutar terroristas e estes receberão muito menos solidariedade e apoio da sociedade em geral.²⁸¹

Pode-se dizer que um dos desafios dos Direitos Humanos na ordem internacional contemporânea é o combate ao terrorismo *versus* a preservação de direitos e liberdades públicas. No cenário do "pós-11 de setembro", o risco é que a luta contra o terror comprometa o aparato civilizatório de direitos, liberdade e garantias, sob o clamor da segurança máxima. Nesse viés, a doutrina de segurança adotada nos EUA voltou-se para o unilateralismo, ataques preventivos e na hegemonia do poderio militar.²⁸²

Se cada um dos 200 Estados que integram a ordem internacional atuasse dessa forma, seria o atestado de óbito do Direito Internacional, no absoluto e hobbesiano Estado de natureza. Nesse cenário, o equilíbrio da ordem internacional exige o

²⁷⁹ RODLEY, 2010.

²⁸⁰ *Id.*

²⁸¹ *Id.*

²⁸² PIOVESAN, 2006, p.30-31.

multilateralismo e o fortalecimento da sociedade civil internacional, com base em um solidarismo cosmopolita.²⁸³

O ataque terrorista às torres gêmeas ficou marcado mundialmente. O grupo terrorista Al-Qaeda assumiu a titularidade dos ataques, e Osama Bin Laden, líder do grupo justificou a morte de inocentes como uma guerra declarada aos Estados Unidos.²⁸⁴

A sociedade internacional após o 11 de setembro inquiriu-se sobre um possível novo conflito mundial, contudo, nenhum Estado declarou guerra em desfavor dos Estados Unidos. Concluiu-se que não se estava diante de um conflito entre Estados, mas sim entre a grande potência mundial e um grupo terrorista.²⁸⁵

Considerando que inexistem critérios específicos para se definir o conceito de terrorismo, este pode ser praticado por um grupo de pessoas, Estado ou entidades paramilitares, o que varia são os valores adotados em cada sociedade e sua caracterização. O conceito é polêmico e aberto, isto é, na sociedade ocidental é completamente diferente que no contexto islâmico, por exemplo.²⁸⁶

Enfim, para que o princípio constitucional do repúdio ao terrorismo seja respeitado conforme a Constituição, compete a todos que acreditam nos direitos e nas liberdades individuais unir-se acima das fronteiras, dos interesses econômicos e das crenças religiosas, de maneira cooperativa para, pacificamente, combater o terrorismo de Estado deste início de século, e lutar para que não se repitam as tragédias que amorteceram o mundo.²⁸⁷

E cabe ao Estado brasileiro cooperação, partilhar a sua soberania e atuar no âmbito das Organizações Internacionais, com o intuito de cumprir as normativas internacionais já existentes e evitar novos conflitos.

²⁸³ PIOVESAN, 2006, p.30-31.

²⁸⁴ GOMES, E. B., 2008, p.358.

²⁸⁵ *Id.*

²⁸⁶ *Ibid.*, p.357.

²⁸⁷ DOLINGER, Jacob. **Terrorismo do estado no século XX: lições para o século XXI.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo14.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

2.3.2 Racismo

O princípio do repúdio ao racismo refere-se primordialmente a causar a eliminação de toda e qualquer forma de discriminação racial nas relações internacionais, como forma de promover os Direitos Humanos no sentido da igualdade entre as pessoas.

A Convenção pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, adotada pela Resolução n.º 2.106-A da Organização das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965 (entrou em vigor no Brasil em 1969) conceitua discriminação racial como:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de Direitos Humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública.²⁸⁸

A convenção acima mencionada prevê ainda em seu preâmbulo "a existência de barreiras raciais repugna os ideais de qualquer sociedade humana", como forma de reconhecer a necessidade de políticas públicas, que agreguem a igualdade como condição de desenvolvimento social, repudiando todas formas de discriminação racial.²⁸⁹

Os mecanismos internos que garantem o respeito a tal princípio positivados na legislação interna são o artigo 5.º, XLII, artigo 3.º, IV, ambos da Constituição Federal, e a Lei n.º 7.716/89, a qual define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

O art. 3.º da Constituição elenca os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais consta "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Dessa

²⁸⁸ LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium – Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, v.1, n.3, jan./abr. 2009. p.12.

²⁸⁹ *Id.*

forma, a prática do racismo é considerada crime (Lei n.º 7.716/89), cujo agente responde nos termos do art. 5.º, XLII, da Constituição Federal.

O artigo 5.º da Constituição explica o princípio da igualdade/isonomia, ao garantir que

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: inciso XLV – a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão.

Como forma de assegurar o cumprimento do princípio constitucional em questão, delinea-se como função do Supremo Tribunal Federal extrair das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos sua máxima eficácia, para possibilitar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais a sistemas institucionalizados de proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, para que as palavras liberdade, tolerância e respeito não se tornem palavras utópicas.²⁹⁰

Esse aspecto e a interligação entre os dispositivos acima elencados foram vastamente tratado pelo STF no Habeas corpus n.º 82.424/RS²⁹¹, de 17.9.2003, conhecido como Caso Ellwanger:

Adesão do Brasil a tratados e acordos multilaterais, que energicamente repudiam quaisquer discriminações raciais, aí compreendidas as distinções entre os homens por restrições ou preferências oriundas de raça, cor, credo, descendência ou origem nacional ou étnica, inspiradas na pretensa superioridade de um povo sobre outro, de que são exemplos a xenofobia, 'negrofobia', 'islamafobia' e o 'anti-semitismo'.

²⁹⁰ Ministro Celso de Mello, no voto de antecipação do HC 82.424/RS. Em LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005. p.107.

²⁹¹ EMENTA: HABEAS-CORPUS. PUBLICAÇÃO DE LIVROS: ANTI-SEMITISMO. RACISMO. CRIME IMPRESCRITÍVEL. CONCEITUAÇÃO. ABRANGÊNCIA CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. LIMITES. ORDEM DENEGADA. Esse caso será descrito e explicado detalhadamente mais adiante.

E ainda:

Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pêlos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.²⁹²

Porque a divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista.

A Constituição Federal de 1988 impôs aos agentes de delitos dessa natureza, pela gravidade e repulsividade da ofensa, a cláusula de imprescritibilidade, para que permaneçam, *ad perpetuam rei memoriam*, verberados o repúdio e a abjeção da sociedade nacional à sua prática.

A Constituição é bastante complexa e abrangente, pois veda preconceito e discriminação com base na origem, raça e cor. Raça não é termo suficientemente aberto, porque, com a miscigenação, vai perdendo sentido. O racismo indica teorias e comportamentos destinados a realizar e a justificar a supremacia de uma raça. O preconceito e a discriminação são consequências da teoria. Nem raça nem cor abrangem certas formas de discriminações com base na origem, como, por exemplo, discriminações de pessoas de origem social menos favorecida.²⁹³

Das considerações acima, percebe-se que erradicar o racismo de qualquer sociedade é uma utopia, mas repudiá-lo é possível, e como consequência pode-se diminuí-lo consideravelmente com de um ambiente cultural que favoreça sobretudo o indivíduo, não como membro de determinado grupo, contudo, como um ser humano único, que deve ser julgado por seus próprios méritos e deméritos. Nesse viés, pode-se aduzir que:

²⁹² *Habeas corpus* 82.424/RS

²⁹³ SILVA, J. A., 2005, p.224.

O individualismo considera o homem – todos os homens – como uma entidade soberana, independente, que possui um direito inalienável à sua própria vida, direito este derivado de sua natureza de ser racional. Uma sociedade civilizada, ou qualquer forma de associação, cooperação ou coexistência pacífica entre os homens, pode ser atingida somente com base no reconhecimento dos direitos individuais.²⁹⁴

Sob o aspecto dos Direitos Humanos, cabe destacar que, para proteção desses direitos, não são suficientes apenas as políticas universalistas, devem-se adicionar alguns referenciais específicos, endereçados a grupos socialmente vulneráveis, considerando-os vítimas preferenciais da discriminação. Dessa maneira, a consolidação dos Direitos Humanos requer a universalidade, a indivisibilidade, mas também a diversidade. Mostra-se necessária a especificação do sujeito de direito que deve ser visto com particularidade e peculiaridade.²⁹⁵

Insta citar as vertentes explicativas da concepção de igualdade, quais sejam: a primeira seria a igualdade formal, aquela do *caput* do artigo 5.º da Constituição Federal, que pode ser formulada como "todos são iguais perante a lei". A segunda é a igualdade material que corresponde ao ideal de justiça social e distributiva, seria basicamente a igualdade guiada por critérios socioeconômicos. E, por fim, a terceira trata da igualdade material no sentido de ideal de justiça como reconhecimento de identidades (gênero, idade, raça, etnia).²⁹⁶

Ainda quanto à concepção de igualdade:

temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades.²⁹⁷

²⁹⁴ RAND, Ayn. **A virtude do egoísmo**. Porto Alegre: Ortiz, 1991. p.161.

²⁹⁵ PIOVESAN, 2006, p.29.

²⁹⁶ *Ibid.*, p.28.

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: _____. **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p.56.

Para assegurar o repúdio ao racismo (incluem-se aí sexismo, xenofobia, homofobia e qualquer outras formas de intolerância), deve-se utilizar a vertente repressiva, mediante a proibição e punição da discriminação, e também a vertente promocional, por meio da elevação da igualdade.²⁹⁸

Por fim, como já explicado acima, o racismo envolve exercício de mentalidade segregacionista, que pretende a superioridade de alguns seres humanos, com claro fator de desagregação social. O combate dessa discriminação é apenas a garantia dos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. O operador do Direito não pode considerar apenas a posição de alguns tipos penais em lei especial (Lei n.º 7.716/89) e assim considerar em virtude do princípio da legalidade a prática de racismo como todos os delitos vinculados a esta motivação, presentes em qualquer lei.²⁹⁹

2.4 O CASO ELLWANGER – APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO REPÚDIO AO RACISMO E PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

2.4.1 Histórico do caso

Siegfried Ellwanger Castan nasceu em 30 de julho de 1928, em Candelária, Estado do Rio Grande do Sul, é empresário e pesquisador sobre acontecimentos políticos atuais e os fatos da Segunda Guerra Mundial.³⁰⁰

Desconfiado das versões oficiais sobre a Segunda Guerra Mundial, e após visitar pessoalmente alguns campos de concentração na Alemanha e, também, na Polônia, onde estudou documentos e fez trabalho de campo, entrevistando testemunhas

²⁹⁸ PIOVESAN, 2006, p.29.

²⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Racismo**: uma interpretação a luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://clausulapetrea.blogspot.com/2010/04/racismo-uma-interpretacao-luz-da.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

³⁰⁰ CASTAN, Siegfried Ellwanger. Siegfried Ellwanger: o caso Ellwanger. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 03 maio 2004.

contrárias e favoráveis aos fatos oficialmente publicados, escreveu os livros, sob o pseudônimo de S.E. Castán, "*Holocausto judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século*", "*Acabou o gás... O fim de um mito*", "*SOS para Alemanha*", "*A implosão da mentira do século*" e "*A verdade sobre o "diálogo" católico-judaico no Brasil*". Editou ainda "*O Judeu Internacional*", de Henry Ford, "*A História Secreta do Brasil*" e "*Brasil Colônia de Banqueiros*", de Gustavo Barroso, além de "*Os Protocolos dos Sábios de Sião, Hitler - Culpado ou Inocente?*", de Sérgio Oliveira, e "*Os conquistadores do Mundo - os verdadeiros criminosos de guerra*", de Louis Marschalko. Essas edições e reedições provocaram o aforamento da denúncia de racismo e prisão, objeto do julgamento do Habeas Corpus 82.424-2, que foi o principal caso de discurso de ódio já julgado no Brasil.

2.4.2 O caso que provocou a impetração do Habeas Corpus

Analisa-se aqui o caso que teve maior repercussão no que concerne a racismo, liberdade de expressão e liberdade religiosa. O estudo do Habeas Corpus 82.424-2 possibilitará a visualização dos princípios e o entendimento que o STF emana quando a questão envolvendo preconceito religioso (tese utilizada pela defesa) esbarra no conceito de racismo (fundamento que Indeferiu o HC).

Em 12 de dezembro de 2002, o STF iniciou o julgamento do Habeas Corpus que, por maioria de votos, em 17 de setembro de 2003, quase um ano após o início das sessões, foi indeferido.

Dos onze Ministros, votaram pelo indeferimento Maurício Corrêa (relator do acórdão), Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Veloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Gilmar Mendes e Cezar Peluso. Os Ministros Moreira Alves (relator-originário) e Marco Aurélio foram votos vencidos, sob o fundamento de reconhecimento da prescrição do crime. O único voto, *sui generis*, foi do Ministro Carlos Ayres, que entendeu que não havia tipicidade na conduta do paciente, absolvendo-o, conforme fundamentação a ser apresentada ainda neste item.

O voto da maioria

O Ministro Maurício Corrêa teve por base do seu fundamento a premissa de que o entendimento do termo "racismo" inscrito na Constituição Federal (art. 5.º, XLII) não pode sê-lo como, somente, expressão biológica, mas sim, ser fundido com sua valoração antropológica e aspectos sociológicos.³⁰¹

Faz considerações fundadas no estudo do Projeto Genoma Humano³⁰², que banuiu o conceito tradicional de raça, e levou o geneticista Craig Venter a declarar que, na essência, somos todos gêmeos³⁰³. Esclarece ainda que a divisão dos seres humanos em raças decorre de um processo político-social contaminado pela sociedade, portanto não existe base científica para existência de raça, o que torna ainda mais repugnante qualquer manifestação de racismo.

Cita o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁰⁴, em que existe a contraposição da visão racista com a visão contemporânea dos direitos humanos e tratamento igualitário entre os seres humanos.

Na norma mais relevante para a fundamentação do seu voto, esboça a aprovação, assinatura pelo Brasil e ratificação sem reservas, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial de 1965, principalmente em seus artigos 1.º e 4.º. Relevância esta motivada pela inspiração da Assembleia Constituinte de 1988 e de seu legislador originário.

Descreve que o antissemitismo é a exteriorização do racismo e tem respaldo no Direito Internacional público, uma vez que a Assembleia Geral da ONU, em sua resolução 623 de dezembro de 1988, incita a todos os países cooperarem com a Comissão de Direitos Humanos.³⁰⁵ A partir daí, descreve as participações da França

³⁰¹ STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, p.232.

³⁰² Ver nota de rodapé - STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, p.233.

³⁰³ Ver nota de rodapé - STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, p.233.

³⁰⁴ Artigo 1: Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

³⁰⁵ STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, p.251.

(com a Lei n.º 90.615/1990), Espanha (lei contra o racismo e 1995), Portugal (alteração do artigo 240 do código penal, em 1988) e o Parlamento Europeu.³⁰⁶

Compara o HC de Ellwanger com a questão enfrentada pela Corte de Apelação da Califórnia no caso Lemrick Nelson, também com outro enfrentado pela Suprema Corte norte-americana, quando decidiu, em 1987, no Justice White e no caso Inglês "Mandla versus Dowell Lee" julgado pela Câmara dos Lords em 1983.

O Ministro indeferiu o habeas corpus, após 39 páginas de um voto, à luz da legislação brasileira, concluindo que Ellwanger cometeu ato de racismo, sendo o crime praticado imprescritível, derrubando a tese de defesa que tentava descaracterizar a conduta para preconceito religioso.

Na mesma linha de raciocínio, os demais dez Ministros que votaram pelo indeferimento, em quase seiscentas laudas, discorreram sobre o histórico do racismo e a essência da palavra.

Celso de Melo, ao discorrer sob o histórico dos atos de racismo praticados pela humanidade, enaltece a Declaração Internacional de Direitos Humanos, que é o instrumento permanente de realização dos direitos e liberdades nele proclamados.

Nesse mesmo sentido, cita a Declaração e Programa de Ação esposado na Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada no ano de 1993, em Viena, e enfatiza o compromisso que todos os Estados celebraram que trata do comprometimento em promover o respeito universal e a observância e proteção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais das pessoas.

Finaliza seu voto com uma citação que serve como base para toda fundamentação dos que votaram pelo indeferimento do habeas corpus:

Se é certo, como proclama a milenar sabedoria judaica, que aquele que salva uma vida, salva toda a Humanidade, não é menos exato afirmar, Senhor Presidente, que aquele que ofende a dignidade pessoal de qualquer ser humano, especialmente quando movido por questões de fundo racista, também atinge – e atinge profundamente – a dignidade de todos e de cada um de nós.³⁰⁷

³⁰⁶ STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, p. 233. item 6, p.254.

³⁰⁷ STF. Acórdão - Habeas Corpus 82.424-2, antecipação de voto – fls. 309/310.

Carlos Velloso, na sua confirmação do voto, argumentou citando a própria fundamentação de Mello, quando afirma que Ellwanger praticou conduta criminosa de crime de racismo protegido pela Constituição Federal, em seu artigo 5.º, XLII. Explica que os livros editados pelo paciente não circulam simplesmente teses ideológicas, mas sim tratam da pregação do preconceito, principalmente contra os judeus, estimulando o ódio contra estes.

A liberdade de expressão, também prevista na Constituição federal, não pode ser superior ao um bem maior, que é o princípio da dignidade humana, consagrado como fundamento da República no inciso III do artigo 1.º da CF.

Gilmar Mendes, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, solveu a colisão entre os direitos fundamentais atacados no julgamento do HC. Concluiu que prevalece a posição do Estado no que tange à defesa dos fundamentos da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III CF), do princípio do repúdio ao terrorismo e ao racismo (art. 4.º, VIII), do pluralismo político (art. 1.º, V, CF) e da norma que estabelece ser o racismo crime imprescritível (art. 5.º, XLII).

Voto da Minoria

Os Ministros Moreira Alves e Marco Aurélio foram os únicos que votaram no sentido de reconhecer a prescrição do crime cometido por Ellwanger e deferir o Habeas Corpus.

Moreira Alves, após fundamentar seu voto, nos dizeres da obra "Compreendendo o Judaísmo" de Eugene B. Bnrowitz, traduzido em 1986, por ocasião do cinquentenário da congregação Israelita Paulista, ainda, no sermão feito pelo Rabino Samuel M. Stahl em 2002, e, também, pela manifestação do Rabino Henry I. Sobe, que realça a inexistência da raça judaica, ocorrida em 15 de fevereiro de 1988, em conferência realizada na Igreja Presbiteriana do Jardim das Oliveiras, entendeu que os judeus não seriam uma raça e, em uma análise totalmente positivista, desqualificou o crime cometido por Ellwanger como crime de racismo e declarou a extinção da punibilidade do paciente pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Marco Aurélio interpretou o inciso XLII do artigo 5.º da Carta Magna de uma forma mais limitada. Entendeu que a imprescritibilidade mencionada no diploma só pode ser praticada na discriminação racista contra negro, por ser a mais grave forma prevista e a única prevista na Constituição por conta do histórico social do nosso país.

Os demais casos devem ser tratados sob a égide da legislação ordinária específica. Do contrário, defende o ministro, criar-se-ia um tipo penal aberto e imprescritível, o que, segundo ele, seria impensável no Estado Democrático de Direito que vive o Brasil.

Voto *Sui Generis* – Carlos Ayres Brito

Carlos Brito entendeu que Ellwanger não incorreu em conduta penalmente típica.

Seu fundamento discorre que o delito (prática de racismo) não se materializou no lapso de vigência do dispositivo legal invocado na denúncia como incriminador da conduta de Ellwanger. A Lei Federal n.º 8.081 de 21 de setembro de 1990 que veiculou o novo artigo 20 da Lei Penal n.º 7.716/89 – "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. Pena reclusão de dois a cinco anos".

A prática do crime de edição ou reedição dos livros por ele escritos se deu em 1989, a reedição do Livro do húngaro Louis Marschalko não tem ano indicado, e os demais livros, escritos por Gustavo Barroso – "A História Secreta do Brasil", e por Sergio Oliveira – "Hitler, Culpado ou Inocente?", só constam como ano de edição 1990, portanto, pelo princípio do *indubio pro reo*, consideram-se reeditados anteriormente à vigência da referida lei, que foi setembro de 1990.

Nesse sentido, fundamenta seu entendimento citando o inciso XXXIX do artigo 5.º da Magna Carta, que reza: "não há crime se lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Ainda, na linha de raciocínio da fundamentação pela inexistência de conduta penal típica, cita que a proibição de venda de livros não constava na Lei n.º 8.081/90, que foi normatizada somente em maio de 1997, pela Lei n.º 9.459, e ainda assim para criminalizar outro tipo de conduta, "*Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos, propagandas que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.*" (Artigo 20, § 1.º).

Em resumo, entende Carlos Brito que sem previsão legal o crime não se materializa e, conseqüentemente, não se materializa o apenamento. Invoca o princípio da irretroatividade da lei penal para prejudicar o réu e vota pelo deferimento do *habeas corpus*, de ofício, por falta de conduta penalmente típica.

Considerações Finais sobre o caso

No Habeas Corpus objeto desta análise, coube ao STF decidir se o termo "racismo", esculpido no inciso XLII do artigo 5.º da Carta Magna, teria na sua essência não apenas a discriminação contra os negros, mas também contra os judeus. Já que essa foi a tese utilizada pela defesa na fundamentação do HC.

O que se percebeu foi um desvio na análise dos votos, que focaram o aspecto do embate entre dois direitos: liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana.

Em quase setecentas laudas, o julgamento analisou a abrangência do termo racismo e o conflito entre liberdade de expressão e dignidade humana. Segundo a maioria dos Ministros, o texto constitucional e a Lei n.º 7.714/68 visam proteger as vítimas do racismo e não a "raça" propriamente dita. Veja-se que a inexistência de distinção entre os humanos não afasta o perigo do racismo, visto que este tem origem na cultura histórica, sociológica e ideológica.

Entender que a espécie humana é dividida em raça é uma afronta ao avanço genético que, mediante incontáveis pesquisas, concluiu que "somos todos iguais".

A liberdade de expressão é um direito fundamental que, quando conflitado com a dignidade humana, deve ser utilizada a teoria da ponderação no caso concreto – no presente caso prevaleceu a dignidade humana.

CAPÍTULO 3

DEFESA DA PAZ, NÃO INTERVENÇÃO, SOLUÇÃO PACÍFICA DE CONFLITOS E CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO

O capítulo final refere-se primordialmente à paz, no sentido de como se teoriza o princípio da defesa da paz e quais os mecanismos utilizados para que ela seja alcançada, a partir da não intervenção, da solução pacífica dos conflitos e da concessão de asilo político. O Estudo de caso escolhido para finalizar o capítulo – Caso Zelaya – abrange os princípios da não intervenção e concessão de asilo político, e teve grande repercussão no cenário internacional.

3.1 A DEFESA DA PAZ

O princípio da defesa da paz determina que o país deverá buscar sempre a solução pela paz, seja mediando conflitos entre países, o que vem ocorrendo mediante posicionamentos em contrário a ações que ensejem conflitos. Situando o princípio constitucionalmente, pode-se combinar com o artigo 21, XXIII, letra "a", da Constituição Federal, que define que as instalações nucleares somente deverão ser utilizadas para fins pacíficos.

A comunidade internacional tem como objetivo de existência a vontade dos Estados de viverem em comum, apesar das diferenças que os separam, incluindo nesta vontade, principalmente a aspiração geral a paz.³⁰⁸

3.1.1 A paz perpétua

Para entender a essência de tal princípio vale explicar o clássico posicionamento de Immanuel Kant, na sua obra "A paz perpétua", escrita na época da

³⁰⁸ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.32.

Revolução Francesa. Na obra, o autor prioriza o indivíduo nas relações internacionais e relativiza o conceito de Estado, o que marca uma evolução histórica. Para ele,

no direito das gentes não é só tomada em consideração a relação de um Estado com outro na sua totalidade, mas também as relações das pessoas singularmente consideradas de um Estado com as de outro, bem como a sua relação com outro Estado na sua totalidade.³⁰⁹

A meta da paz pode ser alcançada somente com o esforço puramente humano, sem as constatações de que a natureza do ser humano é má ou boa; no entanto, os conflitos são inerentes às relações humanas, daí a necessidade do Direito. A paz, de fato, só poder ser atingida por meio do contínuo esforço humano para o racional conter sua própria natureza. Kant, nesse propósito, elabora os artigos a seguir descritos para viabilizar uma mudança estrutural sociedade internacional.

Hannah Arendt destaca que a primazia do filósofo alemão pelo sistema confederativo para a sociedade internacional ocorre devido à constatação de que um governo mundial, de caráter centralizador, seria a pior tirania imaginável. Assim, Kant formulou a concepção de uma ordem pluralista de coletividades estatais soberanas, baseada na regulação jurídica das relações federativas internacionais.³¹⁰

A paz perpétua divide-se em três partes principais: os artigos preliminares para a paz perpétua entre os Estados – preliminares porque marcam a saída do Estado de natureza; os artigos definitivos para a paz perpétua entre Estados, com dois suplementos – da garantia da paz perpétua, o artigo secreto para a paz perpétua, e um apêndice que junta ambas as partes.

Os artigos preliminares subdividem-se em seis, e são fruto da ideia de que é proibido entre Estados qualquer ação suscetível de destruir a confiança que os povos se devem mutuamente, aos Estados devido a esse respeito recíproco não é permitido arquitetar a guerra.³¹¹

³⁰⁹ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2005. p.227.

³¹⁰ ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997. p.58.

³¹¹ REDSLOB, R. La Doctrine idéaliste du droit des gens proclamée par la revolution Française et par le philosophe Emmanuel Kant. *RGDIP*, v.28, p.451, 1921 *apud* PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **A intervenção humanitária no direito internacional contemporâneo**. Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

Quanto aos dois primeiros artigos preliminares, primeiro: não deve considerar-se válido nenhum tratado de paz que se tenha feito com a reserva secreta de elementos para uma guerra futura, e nenhum Estado independente poderá ser adquirido por outro mediante herança, troca, compra ou doação. A honra de um Estado decorre do cumprimento de sua palavra e não do aumento de seu poder ou território.³¹² No segundo artigo preliminar, o conceito de Estado é substituído por uma visão contratualista. Deixa de ser patrimônio e passa a ser uma sociedade de homens sobre a qual somente ele pode mandar e dispor, não pode ser inserido a outro qualquer e seu destino está nas mãos do povo.³¹³

Os artigos terceiro e quarto têm a função de impedir a preparação da guerra, a partir do desaparecimento dos exércitos permanentes e da proibição de contração de dívidas pelo Estado a fim de não gerar guerras futuras.³¹⁴ O quinto artigo determina o princípio da não intervenção, quando prevê que nenhum Estado deve intervir por meio da força na Constituição e no governo de outro. Conforme Kant,

deve continuar considera-se injusta toda guerra feita em nome de um princípio que, se erigido em regra geral, alargaria o recurso da força, em lugar de o reduzir, afastando assim as relações entre os Estados e, por conseqüência, a paz que deve entre eles vingar.³¹⁵

O sexto artigo prevê que: "nenhum estado em guerra com outro deve permitir tais hostilidades que tornem impossível a confiança mútua na paz futura"³¹⁶. Como exemplo pode-se citar a utilização de venenos, assassinos, espões e instigação a traição. Isso significa que mesmo em estado de guerra deve haver alguma confiança no modo de pensar do inimigo, caso contrário não seria possível negociar e a guerra acabaria em extermínio. A guerra apresenta-se como meio necessário no estado de natureza em que a justiça não pende para nenhuma das partes. Somente o seu

³¹² KANT, Immanuel. A paz perpétua: um projeto filosófico. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Ed. 70, 1990. p.121.

³¹³ *Id.*

³¹⁴ *Ibid.*, p.123.

³¹⁵ PEREIRA, 2009, p.155.

³¹⁶ KANT, *op. cit.*, p.124.

desfecho permite a aplicação do direito à parte vencedora. Visto que não há relação de hierarquia e subordinação entre os Estados, não pode se admitir guerra punitiva. Com isso, caso o Estado não veja outra saída senão a guerra deve fazê-la objetivando restabelecimento da paz.

Finalizados os artigos preliminares, passa-se à análise dos artigos definitivos, próximo trecho da obra de Kant. Aplicar-se-ão tais artigos definitivos, apenas após estarem reconhecidos universalmente os preliminares.

Subdividem-se em três; o primeiro é o artigo republicano, o qual prevê que a Constituição civil de cada Estado deve ser republicana, isto é, baseada na liberdade entre os homens e na dependência de toda sociedade a uma lei comum a todos os cidadãos, fundada na igualdade entre os homens. A Constituição republicana tem toda sua legislação baseada na ideia de contrato originário, nela é exigido o consentimento dos cidadãos para fazer a guerra. O que dificilmente ocorrerá visto que todos sabem os prejuízos que advêm de uma guerra.³¹⁷

O segundo é o artigo federativo, nasceu de um estado de natureza em que os homens se prejudicavam mutuamente. A Constituição civil estabelece uma federação de Estados livres. Forma-se uma federação de tipo especial chamada federação da paz, que não visa obter o poder do Estado, pois cada um deles mantém sua soberania, o que propõe é manter e garantir a paz de um Estado para si próprio e, ao mesmo tempo, a dos outros Estados federados, sem que estes necessitem submeter-se a leis públicas e à sua coação.³¹⁸

E Kant explica a progressividade da criação da Federação:

se a sorte dispõe de um povo forte e ilustrado possa formar uma república, esta pode constituir o centro da associação federativa para que todos os outros Estados se reúnam a sua volta e assim assegurem o estado de liberdade dos Estados conforme à idéia dos direitos das gentes e estendendo-se sempre mais mediante outras uniões.³¹⁹

³¹⁷ KANT, 1990, p.127/128.

³¹⁸ *Ibid.*, p.132-135.

³¹⁹ *Ibid.*, p.135.

E, por fim, o terceiro é o artigo cosmopolita que determina basicamente o direito de um estrangeiro de ser bem tratado em um território alheio, significa um direito de visita, em razão da propriedade comum da superfície da terra. Trata-se de um código não escrito, tanto de direito político como do direito das gentes, num direito político e, dessa maneira, complemento da paz perpétua.³²⁰

Agregando-se esses ensinamentos percebe-se que a obra possui alguns aspectos fundamentais, dentre eles, vislumbra-se que seu objetivo principal era estabelecer as diretrizes filosóficas para o advento da paz permanente, não a paz internacional entre Estados, mas a paz entre os homens, como membros de um Estado Soberano. E, ainda, a paz na liberdade, para todos os seres humanos, equilibrando a coexistência pacífica com o gozo universal de liberdade. Esses objetivos e fundamentos coexistindo simultaneamente formam a paz a todos, perpétua.³²¹

Outro ponto destacável é a defesa da regra da não intervenção, conjuntamente com a ideia de interdependência entre os povos da humanidade, e assim, a violência ocorrida em um território irá respingar em todos os outros, fazendo-se, então, indispensável um direito cosmopolita, que seja complemento da paz perpétua. Enfim, Kant abominava qualquer espécie de intervenção, independentemente de seus motivos.

Toda essa descrição da obra de Kant retoma a ideia de que o estado de paz não é natural, mas deve ser instituído e prega que os países deveriam se conectar em uma liga com o interesse de proteger a própria coexistência pacífica de seus Estados. Tal afirmação é de extrema importância e por isso foi aqui descrito, considerando que essa ideia foi a semente das duas organizações mundiais, a Liga das Nações e, sua sucessora, a Organização das Nações Unidas.

³²⁰ KANT, 1990, p.137-138.

³²¹ PEREIRA, 2009, p.163.

3.1.2 A previsão na Carta das Nações Unidas - a defesa da paz e da segurança nacional como princípio

O direito à paz está consagrado em diversos textos, como: Declaração Universal dos Direitos do Homem, Pacto internacional de Direitos Civis e Políticos, Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Declaração sobre os direitos dos Povos a paz etc. Ele é ao mesmo tempo um direito individual e coletivo, visando contribuir para uma racionalidade no sistema internacional. Conforme Bobbio, a paz é pressuposto necessário para o reconhecimento e a efetiva proteção dos direitos do homem em cada Estado e no Sistema Internacional.³²²

Conforme os artigos 39 a 51 da Carta das Nações Unidas, a existência de qualquer ameaça à paz internacional será determinada pelo Conselho de Segurança, que fará recomendações ou adotará medidas que entender necessárias para a manutenção da paz. Preliminarmente, com o intuito de impedir o agravamento da situação, pode o Conselho antes de adotar tais medidas ou recomendações, propor às partes interessadas para que aceitem algumas medidas provisórias, sem causar qualquer prejuízo às partes.³²³

Os empregos do uso da força, quando determinados pelos órgãos competentes da ONU, são compatíveis com as previsões da Carta, desde que obedecendo aos limites impostos pela Carta e que visem obviamente à manutenção da paz. Nos termos do artigo 53 da Carta das Nações Unidas, os organismos regionais de segurança podem fazer uso da força por dois motivos, ou porque estejam autorizados pelo conselho de segurança ou porque foram encarregados pelo mesmo órgão.³²⁴

Com o fim de efetivar suas decisões, o conselho primeiramente adota medidas que não envolvam o emprego de forças armadas, e indica os membros da ONU envolvidos a aplicá-las. Caso tais medidas tenham se mostrado inadequadas, poderá se utilizar de ações armadas. As medidas para assegurar a paz que dispensam ação

³²² MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v.1. p.765.

³²³ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de direito internacional público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p.220.

³²⁴ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.827.

armada incluem: "interrupção completa ou parcial das forças econômicas, dos meios de comunicações de qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas". As medidas com utilização de ações armadas incluem: "demonstrações, bloqueios, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos membros da ONU"³²⁵.

Assim, a partir de designados pelo Conselho de Segurança, devem tais Estados aplicar as decisões de manutenção da paz, fazendo uso da força armada se necessário, conforme previsto no artigo 48 da Carta. Frisa-se que "ao mesmo tempo que os órgãos das Nações Unidas empreendem uma ação preventiva ou coercitiva, estes Estados devem beneficiar de assistência de outros Estados membros (art. 2.º, § 5.º e 49)"³²⁶.

De qualquer sorte, a principal função do Conselho de Segurança é a manutenção da paz e da segurança internacionais. O que não se pode esquecer é que o poder de veto pode impedir que ele exerça as atribuições concernentes a essa matéria .

Em 1950 foi adotada uma resolução intitulada "União para a Paz". Nela se estabeleceram algumas disposições: i) em caso de veto, a assembleia poderá reunir-se em 24 horas; ii) a assembleia poderá fazer recomendações aos Estados-membros, para medidas coletivas, incluindo ação armada em caso de ato de agressão que prejudique a paz; iii) recomendações aos países membros quanto aos treinamentos das forças armadas internas; iv) a previsão de uma comissão de observação, para informar áreas que detenham tensão internacional, e sugerir ações coletivas para manter a paz.³²⁷

Assinala-se, por fim, que em caso de atraso por parte do Conselho de Segurança, a Carta da ONU prevê o direito à legítima defesa, em seu artigo 51. No caso de ataque armado o Estado-membro pode defender-se até a intervenção do Conselho para retomar a paz e a segurança.³²⁸ Essa foi a explicação dos Estados Unidos quanto ao ataque no Afeganistão, como um direito de legítima defesa devido aos ataques de 11 de setembro de 2001, considerando tais atos equivalentes a atos de guerra.

³²⁵ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.221.

³²⁶ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.827.

³²⁷ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, *op. cit.*, p.221-222.

³²⁸ *Ibid.*, p.222.

O exercício da legítima defesa fica condicionado somente à "agressão armada"³²⁹ e não, a qualquer forma de coação. Ademais este direito só pode ser utilizado enquanto o Conselho de Segurança não tenha tomado as medidas necessárias para manutenção da paz, e quando exercido deve ser imediatamente informado para que o Conselho tome as providências cabíveis. Por isso se explica que a legítima defesa em Direito Internacional possui as mesmas características de caráter temporário e subsidiário como no direito interno.³³⁰

Nessa vertente, insta observar a visão de Hans Kelsen quanto à questão da paz e do direito, pois, para ele, a paz é uma condição na qual inexiste o uso da força. Por isso, o Direito assegura a paz apenas de forma relativa, e não absoluta, já que priva os indivíduos do direito de empregar a força, mas reserva-o à comunidade. Afinal, uma comunidade (nesse caso a internacional) só se torna viável se cada indivíduo (ou Estado) respeitar certos interesses – vida, saúde, liberdade e propriedade – dos demais, ou seja, se cada um se abster de interferir pela força nas esferas de interesses dos outros.³³¹

Na organização Educativa, Científica e Cultural da ONU (UNESCO), criada por uma Convenção da qual o Brasil participou, foi acordado que mesmo nascendo as guerras do espírito dos seres humanos, é nesse mesmo espírito que devem ser construídas as defesas da paz. O propósito da UNESCO é contribuir para a paz e a segurança, mediante a educação, ciência e cultura, para que o direito à justiça, os Direitos Humanos e as liberdades individuais possam predominar. Em 1946 o Brasil aprovou tal Convenção por meio do Decreto-lei n.º 9.290, cujas atribuições promovem a paz pela ação de espírito, livre circulação de ideias, palavra, imagem e educação. Na sequência, no mesmo ano foi publicado o Decreto-lei n.º 9.355/46, que criou o Instituto Brasileiro de Educação, Ciência e Cultura (IBECC), que atua no Ministério das Relações Exteriores.³³²

³²⁹ Agressão como é o termo utilizado no artigo 51 da Carta refere-se ao emprego da força armada por um Estado contra a soberania, integridade territorial, ou independência política de outro Estado, ou ainda qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas (resolução 3314 (XXIX) de 1974). (PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.823).

³³⁰ *Ibid.*, p.824.

³³¹ KELSEN, Hans. **Princípios do direito internacional**. Tradução de Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Editora Ijuí, 2010. p.46.

³³² PEDERNEIRAS, 1956, p.505.

O Brasil é um dos 50 países fundadores das Nações Unidas. Desde sua promulgação, as Forças Armadas brasileiras têm participado de inúmeras operações de paz, sob a égide da ONU ou em função de outros compromissos internacionais, aglomerando conhecimento nas atividades empregadas para a solução de conflitos. Essa participação tem também o intuito de buscar uma maior inserção do Brasil no cenário político internacional.³³³

Fundamentado pelo art. 4.º da CF é que as Forças Armadas participam do estabelecimento da paz e da segurança internacionais nas operações de paz. O Brasil procura participar do maior número possível de operações de paz, seja pelo envio de observadores militares, pelo emprego de tropas.³³⁴

A primeira participação das Forças Armadas brasileiras em operações de paz se deu na "Questão de Letícia", entre o Peru e a Colômbia (1934), pelo envio de um oficial para compor a comissão estabelecida pela Liga das Nações para verificar a retirada de guerrilheiros peruanos daquela cidade. Promoveu a paz entre os dois litigantes, celebrando o Protocolo da Paz entre Colômbia e Peru, no Rio de Janeiro. Em 1947, na Comissão Especial das Nações Unidas para os Bálcãs (UNSCOB), participaram da missão militares e civis do Ministério das Relações Exteriores, com o intuito de cooperar com as autoridades regionais no problema dos refugiados e monitorar a situação na fronteira entre a Grécia, em guerra civil, e a Albânia, a Bulgária e a Iugoslávia, países que, segundo relatório das Nações Unidas, estariam intervindo na guerra grega.³³⁵

O efetivo emprego das Forças Armadas em missão de paz ocorreu com o envio do "Batalhão Suez" ao Egito (1956-1967), organizada com o fim de separar as forças egípcias e israelenses. A partir disso, o Brasil participa de inúmeras operações de paz em todo Mundo, pelas Nações Unidas e pela Organização dos Estados Americanos.³³⁶

³³³ MINISTÉRIO DA DEFESA. **Manual de operações de paz**: MD33-M-01. 2.ed. 2006. p.29/30. Disponível em: <http://www.coter.eb.mil.br/html/cepaeb/CEPAEB%20WEB%20SITE/Docs/manuais/ManualOpPaz_MD33_M_01.pdf>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

³³⁴ *Id.*

³³⁵ *Id.*

³³⁶ *Id.*

A defesa da paz nos termos previstos no artigo 4.º, VI, além de considerar as premissas das Nações Unidas, invoca o previsto no mesmo artigo nos incisos IV e VII, isto é, a utilização da solução pacífica de conflitos, assim como a não intervenção em assuntos internos dos demais países. Tais princípios serão explicados nos itens seguintes.

3.2 A NÃO INTERVENÇÃO

3.2.1 Definição

A intervenção trata-se fundamentalmente da ingerência de um Estado nos negócios internos ou internacionais de outro, sendo ambos soberanos, com o fim de um impor sua vontade sobre o outro. O dever de os Estados se absterem de intervir nos assuntos internos dos demais representa o corolário do princípio da independência e da igualdade entre Estados, e reúne diversas regras específicas sobre a competência jurídica e a responsabilidade dos Estados.³³⁷

A regra é que todo governo é independente no que se refere à administração do Estado pelo qual é responsável, e qualquer ingerência externa, quer feita por outro Estado, quer por uma organização internacional, representa violação à soberania estatal.³³⁸

As primeiras manifestações quanto a esse princípio como norma de direito internacional são do início do século XIX, entretanto, na segunda metade desse século restou consolidado entendimento que se tratava de intervenção armada.³³⁹

Por outro lado, alguns autores acreditam que a intervenção não é necessariamente armada, mas pode ser econômica ou diplomática. É considerada armada

³³⁷ BROWNLIE, 1997, p.313.

³³⁸ PINTO, Simone Martins Rodrigues. O princípio da não intervenção e a ingerência humanitária. In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p.169.

³³⁹ PEREIRA, 2009, p.356.

apenas quanto advém das forças armadas em caráter coletivo. Pode ser econômica, por meio do Conselho de Segurança da ONU (art. 41 da Carta)³⁴⁰ e diplomática, por meio de representações diplomáticas e efetivadas pela Assembleia Geral da ONU.³⁴¹

O princípio da não intervenção é considerado corolário da proibição do uso da força, assim como conquista dos países de Terceiro Mundo, visto que estes foram os principais alvos de intervenções. As lutas colonialistas por independência e a introdução do princípio da autodeterminação numa época em que o mundo era dividido em fronteiras artificiais, desenhadas por grandes potências coloniais, consolidaram a defesa do direito de não intervenção como um fator essencial para a preservação das soberanias que nasciam.³⁴²

Há divergências quanto às ações das Organizações Internacionais, se podem ser consideradas uma intervenção ou não. Tratando-se de organização internacional da qual o Estado faça parte, tenha aderido volitivamente, suas ações não podem ser assim consideradas.

Como condições para a caracterização da intervenção podem-se elencar três, quais sejam: a imposição da vontade exclusiva do Estado que a prática; a existência de dois ou mais Estados soberanos; ato abusivo – não embasado em compromisso internacional.³⁴³

O que se nota hodiernamente, diferentemente do acima descrito, é que inexistente um direito de intervenção, como houve no passado, mas um dever de não intervenção, baseado na autodeterminação dos povos, independência nacional e soberania dos Estados. E no caso da ONU, nos casos elencados na Carta, ela só pode ser coletiva, e nos casos em que não se trate de domínio reservado, de competência interna exclusiva dos Estados (Cap. VII da Carta da ONU). Uma questão destacável é

³⁴⁰ "O Conselho de Segurança decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas. Estas poderão incluir a interrupção completa ou, parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais telegráficos, radiofônicos, ou de outra qualquer espécie e o rompimento das relações diplomáticas".

³⁴¹ MATTOS, 2002, p.94.

³⁴² RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.102.

³⁴³ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.130.

que não constam expressamente na Carta quais seriam esses assuntos que tratam essencialmente de competência interna dos Estados soberanos.³⁴⁴

Analisando a Carta das Nações Unidas, tem-se que dentre os princípios ali descritos não há previsão expressa sobre a proibição da intervenção, mas, de outro lado, se refere a relações específicas entre a ONU e seus membros. Frisa-se que isso não significa que a Carta não consagre tal princípio, mas sim que sua interpretação ocorra por diferentes vias.³⁴⁵

Assim, conforme a Carta das Nações Unidas: Artigo 2: A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios: 7.

Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os Membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do Capítulo VII.³⁴⁶

A intervenção só ocorre se for nos assuntos internos. E ainda, no art. 2. 4: "Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas".

A Carta da OEA (Organização dos Estados Americanos) prevê a matéria de maneira mais rigorosa no seu art. 19: "Nenhum Estado ou grupo de Estados tem o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos internos ou externos de qualquer outro". Este princípio exclui não somente a força armada, mas também qualquer outra forma de interferência ou de tendência atentatória à personalidade do Estado e dos elementos políticos, econômicos e culturais que o constituem.³⁴⁷

³⁴⁴ MATTOS, 2002, p.94. No mesmo sentido: PINTO, 2008, p.171.

³⁴⁵ PEREIRA, 2009, p.356.

³⁴⁶ Ação relativa a ameaças a paz, ruptura da paz e atos de agressão.

³⁴⁷ MATTOS, *op. cit.*, p.93.

Tais previsões são o que alguns autores designam por *domínio reservado dos Estados*, definido como uma área de autoridade interna do Estado, que está fora do alcance do direito internacional.

O domínio reservado representa aquelas atividades que não estariam vinculadas pelo Direito Internacional; tais matérias não estão previstas na Carta, pois variam de acordo com o desenvolvimento do Direito Internacional, por isso não há na Carta um rol taxativo.³⁴⁸

Alguns juristas defendem que se pode elencar mas matérias que neste momento histórico pertencem as matérias de domínio reservado, nesta lista estariam presentes, por exemplo, as matérias de imigração e nacionalidade. Contudo, deve-se considerar que tudo depende das questões jurídicas relevantes que envolvam o caso concreto, pois não tem caráter absoluto.³⁴⁹

Ressalta-se que as previsões da Carta da ONU sugerem várias interpretações devido ao seu caráter ambíguo; na Carta há preceitos como "intervir" e "assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado", suscetíveis de várias interpretações. Diante disso, vale aprofundar o estudo quanto a tais expressões.

Quanto ao termo intervir, ele se aplica aos órgãos da organização, não se pode restringir o termo no seu sentido técnico, isto é, ação coercitiva. Deve-se considerar que o conselho de segurança é o único órgão com capacidade de exercer poder coercitivo, por isso não teria aplicabilidade tal conceito, que sempre estaria na salvaguarda do artigo 2.7 da Carta, o que prejudicaria a utilidade do mesmo. Alguns afirmam que a simples inscrição de uma matéria na ordem do dia de qualquer órgão da ONU já representa uma intervenção, outros defendem que haveria intervenção apenas a partir da aprovação de uma recomendação.³⁵⁰

Quanto aos assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna dos Estados, a dúvida paira em saber como definir tais assuntos. Primeiramente, pode-se concluir que esses não poderiam abranger aquelas matérias que de alguma forma tenham repercussão no direito internacional. Em segundo lugar, deve-se definir o que pode ser tratado como domínio reservado. Assim, surgem duas alternativas,

³⁴⁸ BROWNLIE, 1997, p. 313.

³⁴⁹ *Id.*

³⁵⁰ PEREIRA, 2009, p.360.

considerando a afirmação do segmento acima, pode-se dizer que domínio reservado seria a ausência de normas de direito internacional reguladoras de determinadas matérias, ou outra alternativa seria que a sua demarcação decorre de princípios mais profundos, que definem as matérias que, por sua própria natureza, o direito internacional não deveria se pronunciar.³⁵¹

Ambos entendimentos geram consequências distintas, o primeiro, baseado na liberdade de atuação dos Estados, assim, o fato de ser criada uma norma jurídico-internacional faz por si só esta matéria ser retirada do domínio reservado. A doutrina majoritária defende a primeira concepção porque, declarar que uma matéria seria de natureza uma questão de domínio reservado significa que o Direito Internacional jamais poderia intervir em tais matérias. Mas, devido à amplitude do Direito Internacional, a Carta não se apresenta como inalterável.³⁵²

Assim, percebe-se que as matérias que integram o núcleo do domínio reservado dependem do desenvolvimento das relações internacionais, por isso podem variar. Todavia, algumas como a definição territorial, estabelecidas em tratados de paz, ou compromissos com outros Estados, talvez nunca possam integrar tal núcleo.

Destaca-se que intervenções por ameaça ou uso da força hodiernamente são completamente interditas pelo Direito Internacional, na maneira como este evoluiu a partir do artigo 2.4 da Carta da ONU. Na realidade, não se trata de manifestação do princípio da não intervenção nos assuntos internos ou externos do país, mas sim, de norma de Direito Internacional.³⁵³

Outro ponto destacável seria que, de acordo com o artigo 2.7 da Carta da ONU, a questão do domínio reservado não é oponível ao Conselho de Segurança, quando este atua por via coercitiva. Pode-se dizer que quando se trata de defesa da

³⁵¹ PEREIRA, 2009, p.361. Como exemplo cita-se o Sistema de Governo, ou a forma como o Estado cuida de seus próprios nacionais dentro de seu território. Conclui-se então que o domínio reservado pode ser definido pela negativa, ou pela positiva, fixando o leque de matérias nele abrangidas.

³⁵² Vale citar no mesmo sentido, que em 1954, o *Institut de Droit International* teve uma resolução intitulada A determinação do domínio reservado e seus efeitos, a qual em seu artigo 1.º previa: "O domínio reservado é aquele domínio em que as atividades estaduais em que a competência não Estado não está vinculada pelo direito internacional. A extensão desse domínio depende do direito internacional, e varia com seu desenvolvimento". (*Ibid.*, p.363).

³⁵³ BROWNLIE, 1997, p. 313. No mesmo sentido: PEREIRA, *op. cit.*, p.365.

paz ocorre uma exceção a tal princípio. Estando a paz ameaçada, a Organização tem o dever de agir (como já observado no item anterior).³⁵⁴

Na África do Sul ocorreu o "apartheid", que versa sobre um regime de discriminação, em que a minoria branca comandava uma maioria negra, tal sistema foi condenado pelo Conselho de Segurança da ONU, todavia, na época houve discussão sobre a matéria abordar ou não de assunto que depende essencialmente da jurisdição interna de cada Estado. Contudo, prevaleceu a ideia de que as questões referentes à não discriminação e autodeterminação dos povos são consideradas matérias de interesse internacional, independentemente de ameaça à paz e à segurança internacionais.³⁵⁵

Relacionando Direitos Fundamentais e o dever de não intervenção, deve-se analisar como um Estado trata quem está dentro de seu território (estrangeiro), considerando a existência de domínio reservado. Caso nessa matéria existisse um domínio reservado, a matéria dos Direitos Fundamentais do homem não teria sentido.³⁵⁶

Relacionando Direitos Fundamentais e o dever de não intervenção, deve-se analisar como um Estado trata quem está dentro de seu território (estrangeiro), considerando a existência de domínio reservado. Caso nessa matéria existisse um domínio reservado, a matéria dos Direitos Fundamentais do homem não teria sentido.³⁵⁷

Cabe assinalar ainda quanto ao princípio da não intervenção nas relações interestaduais (entre Estados e não entre Estados e Organização Internacional, como já explicado) que este é desenvolvido nas Resoluções da Assembleia Geral da ONU, que contém declarações e a partir de aprovadas são idôneas para apurar a *opinio juris* as matérias nela tratadas, quanto a das partes e do Estado. Essas

³⁵⁴ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.405/406.

³⁵⁵ BROWNLIE, 1997, p.316.

³⁵⁶ Tal consideração se faz para reflexão da evolução do princípio da não intervenção nas antigas nações colonizadoras as quais detinham total superioridade em face de suas colônias, mas com a autodeterminação das nações colonizadas, o domínio reservado em tais matérias foi sofrendo mutações.

³⁵⁷ Tal consideração se faz para reflexão da evolução do princípio da não intervenção nas antigas nações colonizadoras as quais detinham total superioridade em face de suas colônias, mas com a autodeterminação das nações colonizadas, o domínio reservado em tais matérias foi sofrendo mutações.

resoluções traduzem uma adesão ao valor da regra ou da série de regras declaradas pela resolução e tomadas em si mesmas (Resolução n.º 2.625, XXV).³⁵⁸

Da Resolução n.º 36/103 cabe ressaltar o item II, alíneas "b" e "h", as quais prevêm respectivamente: o direito soberano de um país dispor livremente sobre seu sistema político, econômico, social e cultural, desenvolver-se nas relações internacionais e determinar a utilização de seus recursos naturais; o direito soberano de um país ter livre acesso à informação e de desenvolver amplamente, sem intervenção, os seus sistemas de informação e de comunicações e de pôr seus meios de informação ao serviço de seus interesse políticos, sociais e culturais; ainda, o dever de o país soberano não utilizar ajuda externa ou não adotar medidas multi ou unilaterais de represálias ou bloqueios econômicos e de impedir que as sociedades transnacionais e multinacionais que relevem de sua jurisdição e de seu controle sejam usados como instrumentos de pressão ou coerção políticas.³⁵⁹

Diante do acima descrito, percebe-se que o conceito de intervenção pode variar. Daí porque é interessante citar algumas formas de intervenção, assim: a) diplomática (oficial) ou armada; b) direta ou indireta; c) individual ou coletiva; d) clara (aberta) ou oculta (dissimulada); e) política ou não política (como no caso de políticas econômicas abusivas, tarifas alfandegárias excessivas, interrupção das comunicações etc.). Frisa-se que uma intervenção pode ser caracterizada por mais de uma das formas acima descritas.³⁶⁰

O que se deve ter em mente é que não está configurada a intervenção nos casos em que uma ação coletiva é decorrente de um compromisso internacional

³⁵⁸ PEREIRA, 2009, p.367. Outras resoluções de destaque são a 2131 (XX), de 1965, intitulada: "declaração sobre a inadmissibilidade da intervenção nos assuntos internos dos Estados e a proteção da sua independência e de sua soberania". No mesmo sentido a já citada resolução 2625 (XXV) de 1970, que na parte dispositiva contém uma disposição denominada "dever de não intervir nos assuntos que são da jurisdição interna dos Estados, em conformidade com a Carta", no sentido de que todo país tem o direito inalienável de escolher o seu sistema político, econômico, social e cultural, sem qualquer forma de ingerência de outro. E ainda, a mais recente resolução é de 1981, n. 36/103 – intitulada: declaração sobre a inadmissibilidade da intervenção e da ingerência nos assuntos internos dos Estados. Essas resoluções transformam em direito consuetudinário as normas já existentes.

³⁵⁹ *Ibid*, p.373-374.

³⁶⁰ Por exemplo: nos casos de intervenção em sede de Guerra civil, verifica-se que a proteção de nacionais é frequentemente invocada, bem como a necessidade de proteger as populações locais contra os atos de crueldade e em defesa dos Direitos Humanos (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.131).

adotado por um determinado país soberano como, por exemplo, a Carta das Nações Unidas, se o Estado contraiu um compromisso multilateral que autoriza o conselho de segurança a adotar as medidas que julgar cabíveis para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais; em dessa forma agindo, não se pode falar em intervenção.

3.2.2 Tipos de intervenção

3.2.2.1 Intervenção em nome do direito de defesa e de conservação

Como o próprio nome indica, esse é o tipo de intervenção em que os Estados podem utilizar, respeitando o Direito Internacional e Carta das Nações Unidas, as medidas que julgar necessárias para atender sua conservação e defesa. Essa atividade caracteriza-se como legítima. O que não se admite é a intervenção de um Estado em outro que não o ameace militarmente.³⁶¹

Essa intervenção, além de sadia, relaciona-se ao princípio da defesa da paz e a legítima defesa prevista na Carta das Nações Unidas

3.2.2.2 Intervenção para a proteção dos Direitos Humanos

Intervenção que se tornou legítima a partir do reconhecimento internacional dos Direitos Humanos na Carta da ONU e na Declaração Internacional dos Direitos Humanos, inclusive o desconhecimento dela por um Estado justificaria uma intervenção para conter tais abusos.

³⁶¹ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.132. Um exemplo de intervenção para proteção dos Direitos Humanos é "a decisão da OTAN de bombardear pontos estratégicos da Sérvia com o objetivo de obrigar o governo daquele país a permitir o estacionamento de suas tropas na Província de Kosovo para impedir a prática de atos de violência contra as minorias de origem étnica albanesa. O fato de a OTAN ser uma organização internacional não modifica a situação, pois agiu como aliança militar e sem levar em conta os princípios da Carta das Nações Unidas de condenação a guerra ou ato semelhante". (p.133).

Figura-se como legítima aquela praticada pela Organização Internacional (ONU). Conforme o Institut de Droit International, em sua sessão em Santiago de Compostela (1990), previu em tal resolução que, os Estados, atuando individual ou coletivamente, "têm o direito de adotar em relação a outro Estado que tenha violado suas obrigações na matéria, as medidas diplomáticas, econômicas, e outras admitidas no Direito Internacional, desde que não se trate do emprego de força armada em violação a Carta da ONU"³⁶².

Os Direitos Humanos não fazem parte do domínio reservado dos Estados, o direito de intervenção humanitária, fora dos mecanismos da ONU, não encontra amparo legal devido à proscrição geral da ameaça ou uso da força (art. 2.º, § 4.º); contudo, a ONU poderá intervir, inclusive com a utilização de força militar, nos termos do Capítulo VII da Carta, nos casos em que a violação dos Direitos Humanos for considerada pelo Conselho de Segurança uma ameaça à paz e segurança internacionais.³⁶³

Não sendo o Estado capaz de garantir os Direitos Humanos da população, é imperioso que tal tarefa seja exercida pela comunidade internacional e é nessa situação que se coloca a questão da intervenção humanitária, no sentido de intervenção pela comunidade internacional para restaurar ou construir condições para a vigência dos direitos humanos. No cenário pós-Guerra Fria surgiu a ideia de que o sofrimento humano em larga escala representa uma ameaça à paz e à segurança internacionais, por isso os direitos humanos passaram a ser atrelados à segurança coletiva. Essa concepção pode ser observada nas resoluções da ONU que autorizaram o uso da força, pois todas relacionaram questões de direitos humanos a ameaças à segurança e à paz internacionais.³⁶⁴

³⁶² ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.133.

³⁶³ RODRIGUES, S. M., 2000, p.100.

³⁶⁴ VIGEVANI, Tullo; LIMA, Thiago; OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. Conflito étnico, direitos humanos e intervenção internacional. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vl 51, n.1, p.183-213, 2008.

3.2.2.3 Intervenção para a proteção dos interesses de seus nacionais

Fundamenta-se no dever dos Estados em proteger seus nacionais no exterior. Foi codificado na Convenção de Viena sobre relações diplomáticas em 1961. O exercício desse direito é normalmente realizado por meio de missões diplomáticas, e não pode ser considerado uma ingerência abusiva nos negócios do Estado, respeitados seus limites.³⁶⁵

3.2.3 A doutrina Drago

Esta doutrina refere-se à reprovação ao uso da força para constranger um Estado a pagar suas dívidas públicas. Desencadeou-se com o bombardeio dos portos venezuelanos, por França, Grã-Bretanha e Itália, o que gerou grandes protestos na América Latina, e um protesto em especial, do Ministro das relações exteriores argentino Luís Maria Drago ao governo dos Estados Unidos.³⁶⁶

Tal protesto teve grande repercussão, por isso ficou conhecido como Doutrina Drago. O ministro não negava a obrigação da nação devedora de pagar suas dívidas, mas condenava a cobrança coercitiva delas, pois afirmava que isso poderia levar as nações mais fracas à ruína. Drago pretendia que fosse reconhecido o princípio segundo o qual a dívida pública não pode ensejar a intervenção armada e nem a ocupação material do solo das nações americanas por uma potência europeia.³⁶⁷

³⁶⁵ "A demonstração naval perante os portos venezuelanos em 1902 de parte da Grã-Bretanha e Itália foi seguida dos bombardeios dos portos de Maracaibo, La Guardiã e Puerto Cabello com o objetivo de forçar o governo da Venezuela a pagar seus compromissos financeiros com nacionais dos três países. A intervenção financeira foi objeto de muita polêmica, havendo provocado o pronunciamento do ministro do Exterior da Argentina, Luís Maria Drago." (ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.134).

³⁶⁶ *Ibid.*, p.135.

³⁶⁷ *Ibid.*, p.135/136.

Em 1907, na 2.^a conferência para a Paz, em Haia, essa doutrina transformou-se na Convenção Drago-Porter³⁶⁸, e proibiu o emprego da força para a cobrança de dívidas contratuais, a única exceção seria a negação das partes a se submeterem à arbitragem ou a se recusarem a cumprir sentença arbitral.³⁶⁹ O título oficial da referida Convenção é "Convenção relativa a limitação do emprego da força para recuperação de dívidas contratuais", o que demonstra seu alcance prático extremamente limitado.³⁷⁰

O fundamento principal da doutrina Drago foi desenvolvido no artigo 1.^o da Convenção de Haia, o qual prevê que as potências contratantes estão de acordo em não recorrerem à força armada para a cobrança de dívidas contratuais reclamadas ao governo de um país pelo governo de outro como devidas aos seus nacionais. Passou-se a utilizar a solução pacífica dos conflitos paralelamente, primordialmente arbitragem, além da prerrogativa de fazer guerra, para solucionar e solver as referidas dívidas.³⁷¹

Na sequência, em 1936, na Conferência Interamericana para a consolidação da Paz, celebrada em Buenos Aires, a delegação argentina tentou, sem sucesso, dar forma convencional à Doutrina Drago. A delegação brasileira impugnou o projeto, afirmando que estaria de acordo se lhe adicionasse uma disposição no sentido de declarar que, no caso de controvérsia entre a cobrança das dívidas, ou reclamações pecuniárias, e na hipótese de ser impossível um acordo por meios diplomáticos, as partes se obrigassem a tentar solucionar o conflito pela arbitragem ou pela decisão de uma corte de justiça internacional. Frisa-se que Drago não se opôs a tal proposta, requerendo apenas que antes ou após a arbitragem, não se utilizasse de força para solução da lide.³⁷²

³⁶⁸ Horace Porter foi delegado dos EUA nessa conferência.

³⁶⁹ MATTOS, 2002, p.93.

³⁷⁰ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.817.

³⁷¹ *Ibid.*, p.818.

³⁷² ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.136.

Essa doutrina continuou prevendo a competência discricionária aos Estados para recorrer ao uso da força armada, mas colocou-se como uma das primeiras grandes manifestações aos princípios da não intervenção e solução pacífica de conflitos.³⁷³

3.2.4 A doutrina Monroe

Em 1823, o então presidente norte-americano James Monroe enumerou os princípios que deveriam reger a política externa do país. Aqueles que deram nome a Doutrina Monroe foram:

1) o continente americano não pode ser sujeito no futuro de ocupação por parte de nenhuma potência europeia; 2) é inadmissível a intervenção de potência europeia nos negócios internos ou externos de qualquer país americano; 3) os Estados Unidos não intervirão nos negócios pertinentes a qualquer país europeu.³⁷⁴

O discurso de James Monroe, devido aos princípios que o norteiam, como acima descrito, pode ser considerado um manifesto anti-imperialista e anticolonialista, pois reprovou a possibilidade de futuras aventuras coloniais da Europa nos continentes americanos.³⁷⁵

No início do século XX, os Estados Unidos como uma nação forte de território ampliado, não aplicava mais tais princípios, mas, o então presidente Theodor Roosevelt desenvolveu o que os americanos chamaram de "Roosevelt Corollary of the Monroe Doctrine"; a partir dela, os Estados Unidos intervinham nos países da América Latina sob o pretexto de evitar intervenções por parte dos países europeus. Tal política era denominada política da *bick stick*, exercida por meio dos *marines* e era justificada pela faculdade dos Estados Unidos, consoante o Direito Internacional, de intervir nos casos de colapso da ordem, com a conseqüente ameaça à vida e à propriedade

³⁷³ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.818.

³⁷⁴ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.13.

³⁷⁵ RODRIGUES, Luís Nuno. A doutrina de Monroe e a separação de "esferas". **História**, v.25, n.58, p.24-30, jul./ago. 2003.

dos cidadãos americanos. Foram praticadas diversas intervenções, porém com a consolidação do Sistema Interamericano combinado com a mesma previsão de não intervenção na Carta da ONU, tudo indicava que a não intervenção iria prevalecer.³⁷⁶

Diante disso, mesmo com a superação dessa doutrina, percebe-se que ela teve grande importância na consolidação do princípio da não intervenção principalmente nas nações latino-americanas.

Enfim, o princípio da não intervenção reflete na independência nacional no que se refere ao respeito à soberania dos Estados, tanto nas relações internas quanto nas externas. Estabelece um duplo papel às políticas externas dos Estados, o de não intervenção em assuntos exclusivamente domésticos dos Estados e o de rebater as ameaças à ingerência interna. Relaciona-se à ideia de uma paz perpétua entre os Estados, baseada no respeito à integridade territorial e às políticas domésticas.

3.3 SOLUÇÃO PACÍFICA DOS CONFLITOS

3.3.1 Conceito de Controvérsias Internacionais e finalidade da matéria

Os conflitos internacionais são basicamente irrefreáveis na sociedade internacional organizada juridicamente da forma como se encontra, isto é, uma pluralidade de sociedades, interesses, disputas etc.

A sociedade internacional está sempre na busca de meios jurídicos para a solução de suas controvérsias, a fim de poder assegurar mais segurança nas relações internacionais. Uma das mais relevantes razões da criação desse sistema jurídico de solução de controvérsia reside no fato de não existir no cenário internacional uma autoridade suprema que dite normas de conduta e exija seu cumprimento por parte

³⁷⁶ ACCIOLY; NASCIMENTO E SILVA, 2002, p.138.

dos Estados e das organizações internacionais. Diversamente do que ocorre no direito interno, em que a Constituição Federal é a líder do Estado.³⁷⁷

A resolução desses conflitos inevitáveis faz parte da busca pela manutenção da paz e da segurança internacionais. Nos termos da Carta das Nações Unidas, a única forma de resolver esses conflitos é a via pacífica; porém, no Direito Internacional não existe obrigação de resolver litígios, por isso o processo de resolução envolve procedimentos formais e jurídicos pelo consentimento das partes, como será visto nos itens seguintes.³⁷⁸

Controvérsia internacional pode ser definida como toda oposição de interesses entre Estados, ou de Estados e Organizações Internacionais. Dessa forma, uma controvérsia não é apenas aquela grave entre Estados ou organizações Internacionais, como conflitos armados, porém também aquelas sobre dúvidas na interpretação de tratados, por exemplo.³⁷⁹

Para efetivar as soluções pacíficas de controvérsias existem os meios políticos e os meio jurídicos. Os primeiros abrangem as negociações diplomáticas, os congressos e as conferências, os serviços amistosos, os bons ofícios e a consulta. Os segundos são as comissões internacionais de inquérito, a conciliação, a solução arbitral e a solução judicial. Não há hierarquia entre eles, e cabe às partes escolhê-los, segundo os seus critérios de avaliação e a situação de fato e de direito que envolve a questão.

3.3.2 Meios políticos

Pontua-se que os meios políticos confundem-se com os meios diplomáticos dado que a política é o substrato maior da diplomacia em qualquer circunstância. Esses meios diferem dos jurisdicionais, pela ausência de um compromisso elementar com o primado do direito.

³⁷⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito internacional público**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b. p.131.

³⁷⁸ BROWNLIE, 1997, p.735.

³⁷⁹ MAZZUOLI, *op. cit.*, p.132.

3.3.2.1 Negociações diplomáticas

A obrigação de negociar possui fundamento consuetudinário e impõe-se quando dois sujeitos de Direito Internacional se encontrem em conflito, haja vista que ela constitui o mínimo do que deles se espera para resolverem pacificamente o litígio. Essa prática deve ser aplicada em todas as circunstâncias, mesmo que não haja previsão textual para tanto.³⁸⁰

Caracterizam-se primordialmente por trocas de notas ou explicações verbais entre Estados, de governo a governo ou de governo com agente diplomático. Trata-se basicamente de um interesse direto em sua forma simples; alcança-se um bom termo quando as partes mutuamente transigem em suas pretensões, ou quando uma delas acabe por reconhecer a validade das razões da outra.³⁸¹

Essa forma de solução poderá assumir a forma de negociações bilaterais, entre dois sujeitos de direito internacional, ou multilaterais entre três ou mais sujeitos. Tais negociações ocorrem usualmente em conferências ou congressos internacionais, ou durante reuniões em organizações internacionais. São caracterizadas por sua informalidade e podem desenvolver-se a qualquer tempo durante um conflito.³⁸²

3.3.2.2 Congressos e conferências

Os congressos e as conferências são definidos como encontros entre representantes estatais, autorizados para discutir problemas internacionais. Hodiernamente, não há uma distinção propriamente dita entre os institutos. Compreendem duas fases, primeiramente um Estado (normalmente o mais interessado) tem a iniciativa de propor a efetivação do acordo, na sequência ocorrem negociações de caráter diplomático. Após, ocorre a organização do programa, com expedição de convites e convocação.

³⁸⁰ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.728/729.

³⁸¹ REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p.342.

³⁸² MAZZUOLI, 2010b, p.134/135.

Normalmente, o resultado de tais sessões são resoluções, emitidas pelas comissões e subcomissões então formadas, que transmitem a conclusão final das atividades das delegações dos Estados envolvidos.³⁸³

3.3.2.3 Serviços amistosos

São basicamente as atividades realizadas entre agentes diplomáticos, ou seja, os próprios funcionários do governo interessado. Reveste-se de aspecto não oficial, visando alcançar entendimentos entre as partes envolvidas no litígio e, dessa forma, a paz.³⁸⁴

3.3.2.4 Bons ofícios

Os bons ofícios são realizados com a ação de um terceiro Estado, no conflito de dois outros Estados. Podem ser oferecidos, ou solicitados, e a recusa não configura qualquer atitude inamistosa para o Estado que ofereceu ajuda.³⁸⁵

Assim, chama-se prestador de bons ofícios o sujeito internacional, Estado ou Organização Internacional, podendo ser identificado como o Ministro que exterioriza esse apoio aos litigantes. Ressalta-se que este terceiro não propõe a solução para o conflito, isso porque ele não conhece as razões de ambas as partes, ele apenas tenta proporcionar um campo neutro de negociação, pois reinava uma desconfiança impeditiva de um diálogo capaz de solucionar a lide. Diante disso, percebe-se a razão desse tipo de solução pacífica ter iniciativa a partir do terceiro e não de uma das partes.³⁸⁶

³⁸³ MATTOS, 2002, p.450.

³⁸⁴ *Id.*

³⁸⁵ *Id.*

³⁸⁶ REZEK, 1991, p.343.

O Brasil prestou bons ofícios, e já foi favorecido pela prestação de bons ofícios de terceiros. Em 1864, Brasil e Grã-Bretanha estavam de relações cortadas, devido ao caso Christie, Portugal foi prestador de bons ofícios, o que fez com que os Estados que estavam se desentendendo, voltassem a ter relações amistosas.³⁸⁷

3.3.2.5 Mediação

Na mediação existe a figura de um terceiro, que atua diretamente na solução da controvérsia. Frisa-se que inexistente intervenção, diante da ausência de coação, há um oferecimento de uma solução amistosa, e os Estados envolvidos podem acatar ou não.

A atuação do mediador muito se assemelha com a do juiz ou do árbitro, pois ele toma conhecimento do litígio, conhece as razões de cada uma das partes, para após propor-lhes uma solução. Entretanto, a característica-chave que diferencia as duas figuras é que o parecer ou a proposta do mediador não obriga as partes.³⁸⁸ Dessa maneira, elas só a respeitarão se ambas concordarem com o entendimento do mediador.³⁸⁹

³⁸⁷ REZEK, José. Francisco. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.341.

³⁸⁸ Em 1995 houve mediação do Brasil, quando surgiu um problema de demarcação de fronteiras na Pan-Amazônica. Trata-se da fronteira Peru/Equador. Tal fronteira havia sido demarcada entre os dois países andinos em 1942, pelo protocolo do Rio de Janeiro, com a presença do Brasil, EUA, Argentina e Chile. Essa região, segundo os Estudos geopolíticos de Terezinha de Castro, é detentora das nascentes de vários rios, inclusive, a calha principal da bacia amazônica, tendo o protocolo do Rio estabelecido uma fronteira fluída (Cordilheira de Conor) como linha divisória, reconhecida pelas partes em 1942. Em 1947 o Equador a repudiou, discordando do traçado de fronteira objeto do tratado do Rio. Nessa ocasião o Equador repudiou o traçado não somente na Cordilheira de Conor, como também em outros pontos. Tais pontos de atrito demonstram que o Equador ora pleiteia o território geo-histórico que ocupou no século passado, ao tempo da audiência de Quito em 1822. Em fevereiro de 1995, Peru e Equador selaram um acordo de paz, em reunião em Brasília, após negociações entre os representantes do Brasil, EUA, Argentina e Chile, países garantes do protocolo do Rio. Foram assumidos os seguintes compromissos: separação imediata e simultânea dos dois países, para impedir o reinício das hostilidades; a criação de uma missão de paz, através de observadores, para a efetivação do cessar fogo; desmobilização gradual e recíproca nas zonas fronteiriças não comprometidas diretamente no conflito; e, conversações bilaterais para a solução duradoura dos impasses subsistentes (Lima e Quito reivindicaram 78 km da fronteira, trecho não demarcado após a assinatura do Protocolo do Rio). (MATTOS, 2002, p.452).

³⁸⁹ REZEK, 1991, p.344.

Para que a mediação tenha possibilidade de surtir efeitos é necessário que as duas partes confiem no mediador, pois não existe mediação à revelia de uma das partes. Assim como é lícita a recusa em cumprir o parecer da mediação, é lícita também a recusa a prestá-la.³⁹⁰ Diante disso, instaurada a mediação, significa que as partes de alguma forma confiam no mediador e nada mais, já que a solução encontrada por ele não é obrigatória; é suficiente que uma das partes a rejeite para que esta forma de solução pacífica não surta efeitos.

3.3.2.6 Consulta

Sistema instituído pela conferência interamericana de Consolidação da paz, em Buenos Aires, 1936, e aperfeiçoado pela Conferência de Petrópolis em 1947. Ocorre pela troca (direta ou indireta) programada de entendimentos entre governos envolvidos em controvérsia internacional.³⁹¹

Por meio dele Estados ou Organizações Internacionais consultam-se mutuamente sobre os pontos de controvérsia do litígio em questão, traçando o caminho para um futuro acordo, programado antecipadamente; nessa oportunidade as partes expõem seus pontos controversos e ao final chegam a uma solução amistosa. Normalmente, estão previstas expressamente em tratados e servem como pilar para uma negociação futura que envolva as partes da questão.³⁹²

³⁹⁰ REZEK, 1991, p.346.

³⁹¹ MATTOS, 2002, p.452.

³⁹² MAZZUOLI, 2010b, p.135.

3.3.3 Meios jurídicos

3.3.3.1 Comissões Internacionais de Inquérito

O inquérito, também conhecido como investigação, ou *fact findings*, como forma de solução diplomática de controvérsias, foi criado com forma das comissões internacionais na Primeira Conferência da Paz de Haia, de 1899 e de 1907. Como regra geral é formada por cinco membros, divididos de forma que cada parte interessada nomeia dois, e o quinto é escolhido com anuência de ambas.³⁹³

Essa formação de cinco membros tem por função apurar fatos ainda incertos (a materialidade dos fatos), ocorridos/praticados pelas partes, que necessitem de investigação³⁹⁴, para que num próximo momento elas ingressem em um dos outros meios de solução de controvérsias. Os países envolvidos têm o dever de suportar a presença de sujeitos em seu território e, da mesma forma, fornecer as informações e os dados que facilitem ou promovam as investigações.³⁹⁵

O inquérito representa uma preliminar de instância diplomática, política ou jurisdicional, só tem cabimento quando o fato em questão reclama esclarecimento, não cabe, por exemplo, quando se trata apenas de interpretação de normas.³⁹⁶

³⁹³ MATTOS, 2002, p.452/453.

³⁹⁴ Como, por exemplo, a averiguação do regime geral de proteção dos Direitos Humanos; ou controle relativo a armas nucleares.

³⁹⁵ MAZZUOLI, 2010b, p.136.

³⁹⁶ REZEK, 1991, p.347.

3.3.3.2 Conciliação

Está prevista em vários tratados, tais como a Convenção de Viena sobre direitos dos tratados, de 1969, e a Convenção das Nações Unidas sobre direito do mar, de 1982.³⁹⁷

Este instituto assenta-se sempre sobre um acordo, mas não corresponde a uma obrigação consuetudinária, ele se impõe a um Estado devido à assunção de um compromisso convencional. Pode ser consequência de um acordo com caráter preventivo que organiza por antecipação a constituição e o modo de apelo ao órgão, e a comissão é recorrida apenas nos casos de não resolução de algum conflito. Em algumas hipóteses trata-se de um acordo concluído para conflitos já nascidos.³⁹⁸

A conciliação assemelha-se de certa forma com a mediação e com os inquéritos, com a segunda, pois visa solucionar as controvérsias internacionais mediante a proposição de um exame imparcial, para posterior proposição de acordo.³⁹⁹ Já com a primeira apenas difere-se, pois na mediação existe um mediador, enquanto a conciliação é formada por uma equipe de conciliadores, composta por representantes dos Estados envolvidos na controvérsia e por pessoas neutras ao conflito. Essas pessoas devem estar obrigatoriamente em número ímpar e ao final emitem um relatório em que manifestam sua solução para resolver a controvérsia, nos termos da maioria dos votos. Assim como as demais formas de solução pacífica até então elencadas, o parecer dos conciliadores não possui força vinculante, por isso só será respeitado se as partes quiserem.⁴⁰⁰

³⁹⁷ "Em ambos casos prevêem amplas listas de personalidades suscetíveis a serem escolhidas para compor comissões de conciliação, e nessas listas, preferencialmente, serão escolhidos os elementos da confiança dos Estados litigantes e o conciliador noutro. As duas grandes Convenções são explícitas em recordar que o relatório da Comissão de Conciliação, bem assim suas eventuais conclusões ou recomendações, não obrigam as partes". (REZEK, 1991, p.347).

³⁹⁸ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.735.

³⁹⁹ MATTOS, 2002, p.453.

⁴⁰⁰ MAZZUOLI, 2010b, p.137.

3.3.3.3 Arbitragem⁴⁰¹

A solução arbitral se diferencia das demais técnicas de solução pacífica de controvérsias, pois a decisão resultante de tal processo obriga as partes envolvidas, e os laudos resultante do processo têm o mesmo efeito de uma sentença proferida por um tribunal internacional.⁴⁰²

A soberania estatal permite que os Estados se recusem a ser julgados por um terceiro, por isso o consentimento dos Estados envolvidos deve ser claro e preciso para que se forme uma obrigação jurídica internacional.⁴⁰³

Trata-se basicamente de um processo em que são escolhidas terceiras pessoas ou instituições, pelas partes interessadas, que se comprometem de forma solene a cumprir suas decisões. Podem ter caráter jurídico ou político, e normalmente estão previstas em tratados especiais de arbitragem ou em tratados com cláusula compromissória. O compromisso define a matéria da controvérsia, designa árbitros e indica seus poderes. O árbitro é considerado um juiz, na medida em que profere sentenças com força obrigatória. A figura do árbitro pode variar entre personalidades como Chefes de Estado, Papa, Jurisconsulto, diplomatas, dependendo da vontade das partes. Caso essas não entrem em consenso, nomeiam dois árbitros, e estes escolhem um superárbitro.⁴⁰⁴

Em 1899, e posteriormente mantida em 1907, foi criada a Corte Permanente de Arbitragem, em Haia. É um tribunal *ad hoc*, sua jurisdição não é obrigatória, nem permanente, mas apenas uma lista de nomes dentre os quais os Estados em litígio escolhem o árbitro que melhor lhes convém. Usualmente, os poderes do árbitro são determinados no compromisso, caso isso não ocorra, ele tem liberdade para estatuir sobre sua própria competência. Porém, delimitada a competência do árbitro, este

⁴⁰¹ Não confundir arbitragem e arbitramento, pois são vocábulos diferentes na linguagem jurídica, não obstante derivem do mesmo verbo latino *arbitrare*. Arbitramento é o procedimento para determinar de valores, atualização de cálculos de fatos ou coisas que possam ser expressos monetariamente e que não têm avaliação exata. A arbitragem por outro lado, como será explicado abaixo é um modo de solucionar controvérsias.

⁴⁰² MAZZUOLI, 2010b, p.137.

⁴⁰³ PELLET; DAILLIER; DINH, 1999, p.764.

⁴⁰⁴ MATTOS, 2002, p.453/454.

não pode extrapolá-la, a fim de interpretar o texto extensivamente em prejuízo de qualquer das partes ou do direito em questão.

O processo é formado por uma fase de instrução e outra de debates, e a decisão é proferida pela decisão da maioria dos votos, numa sessão secreta. Não pairam dúvidas quanto à natureza do compromisso, sempre obrigatório, escrito, e é válido o recurso à equidade, por parte do árbitro. Destaca-se que mesmo a decisão sendo obrigatória, não é executória, já que não existe uma autoridade internacional máxima que possa exigir seu cumprimento.⁴⁰⁵

A decisão emitida por meio da arbitragem pode ser nula quando comprovada fraude, excesso de poder ou atuação de árbitros despreparados, ou pode ser também revista, caso surja fato novo ou desconhecido, à época da sentença, mas que já existia quando esta foi proferida.⁴⁰⁶

A sentença arbitral tem natureza irrecorrível, ou seja, é definitiva, dela não cabe recurso. Proferida a sentença, cabe às partes o fiel cumprimento da decisão. Conforme Rezek, é possível que as partes dirijam-se a novo árbitro requerendo o esclarecimento de alguma ambiguidade, omissão ou contradição; representa o que no direito brasileiro chama-se embargo de declaração, mas que no direito internacional é intitulado "pedido de interpretação", e não tem o caráter de um recurso.⁴⁰⁷

Quanto ao produto final da arbitragem, como já explicado acima, trata-se de sentença obrigatória, em não sendo cumprida, incorre a parte em ato ilícito e não apenas em deselegância, como nas demais soluções pacíficas elencadas nos itens acima. O fundamento dessa obrigação são os compromissos assumidos pelas partes que se responsabilizam por executar a sentença, normalmente contraído no tratado internacional que serviu como base para a arbitragem, isto é, consoante o princípio *pacta sunt servanda*.⁴⁰⁸

Por outro lado, a carência de executoriedade existente na sentença arbitral se dá, pois o seu cumprimento depende da boa-fé das partes, principalmente daquela

⁴⁰⁵ MATTOS, 2002, p.454.

⁴⁰⁶ *Id.*

⁴⁰⁷ REZEK, 1991, p.355.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p.356.

que sucumbiu na decisão. O árbitro não possui prerrogativa jurisdicional, e nem força para garantir o cumprimento da sentença.⁴⁰⁹

Um tratado internacional pode prever cláusula arbitral com o fim de sanar dúvidas e litígios quanto à interpretação desse tratado; ou ainda, pode ser prevista como uma maneira rápida de solucionar alguma controvérsia levantada pelos envolvidos. Como exemplo cita-se o Protocolo para a Solução de Controvérsias do Mercosul – "Protocolo de Brasília", ratificado pelo Brasil em 22.12.1992, que prevê em seu artigo 7.º:

Quando não se puder solucionar controvérsia mediante a aplicação dos procedimentos referidos nos capítulos II e III, qualquer dos Estados – partes na controvérsia poderá comunicar à secretaria administrativa sua intenção de recorrer ao procedimento arbitral que se estabelece nesse protocolo.⁴¹⁰

No caso, a cláusula arbitral veio expressa com a finalidade de solucionar eventuais conflitos, e o seu desrespeito, como já dito, constitui ato ilícito para o direito internacional, por isso grande parte das decisões arbitrais é respeitada a risca.

3.3.3.4 Solução judicial

Com a evolução da sociedade internacional e as mudanças no conceito de soberania, os meios judiciais para a solução de conflitos internacionais tornam-se cada vez mais necessários e respeitados, principalmente dadas as suas funções humanizadoras.

Dentre os tribunais internacionais de caráter e jurisdição permanente, destaca-se a Corte Internacional de Justiça, com sede em Haia; instalado em 1920, tinha como nome original Corte Permanente de Justiça (CPJI), estava composta por 15 juízes, e foi o primeiro órgão dotado de vocação univerval, pronto para decidir demandas

⁴⁰⁹ REZEK, 1991, p.357.

⁴¹⁰ MAZZUOLI, 2010b, p.139. No mesmo sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O VIII laudo do tribunal arbitral ad hoc do Mercosul e seus fundamentos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.10, n.41, p.55-68, out./dez. 2002c.

entre quaisquer Estados. Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação da ONU, a Corte passou por uma espécie de ressurreição, na mesma sede, porém com novo nome, Corte Internacional de Justiça, constituindo naquele momento um órgão da Organização das Nações Unidas.⁴¹¹

A Corte de Haia possui uma jurisdição extensa, abrangendo todo e qualquer Estado que deseje recorrer a ela para solucionar um litígio, ou caso perceba que uma de matéria de direito internacional público tenha sido violada.⁴¹²

Quanto aos juízes da Corte, são quinze, efetivos, eleitos sob votos separados, pela Assembleia Geral e o Conselho de Segurança das Nações Unidas; o mandato é de nove anos, sendo permitida a reeleição, e procedendo-se à renovação pelo terço a cada três anos. Não podem ser escolhidos mais de um juiz da mesma nacionalidade, visando formar uma equipe a mais plural possível. Nenhum juiz pode ser excluído da Corte antes do fim de seu mandato, exceto por decisão unânime dos demais.⁴¹³

A Corte tem competência apenas para julgar litígios entre países soberanos, excluídas Organizações Internacionais e Particulares. Mostra-se indispensável para início dos trabalhos que os países litigantes concordem com a jurisdição da corte.⁴¹⁴

O Acórdão proferido pela Corte de Haia é definitivo e obrigatório, podendo ser executório em circunstâncias excepcionais. O artigo 94 da Carta da ONU prevê que os Estados-membros se comprometem a cumprir as decisões da CIJ e em caso de recalcitrância a outra parte pode denunciar ao Conselho de Segurança, e este, caso entenda necessário para assegurar a paz mundial, pode tomar as medidas necessárias para que a decisão seja cumprida.⁴¹⁵

Não se pode deixar de citar os tribunais regionais especializados como a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional, que cada vez mais adquirem importância no cenário

⁴¹¹ REZEK, 1991, p.358/358.

⁴¹² MAZZUOLI, 2010b, p.141.

⁴¹³ REZEK, *op. cit.*, p.359-361.

⁴¹⁴ "O Estado autor de uma demanda evidencia sua submissão à autoridade da Corte pelo só fato de ajuizar o pedido inicial. Citado, o Estado réu que por outro motivo não esteja obrigado a aceitar a jurisdição da Corte prova essa disposição se, abstendo-se de rejeitar o foro, contesta o mérito". (*Ibid.*, p.361).

⁴¹⁵ *Ibid.*, p.366.

internacional visto que tratam de violações de Direitos Humanos entre os Estados e o Indivíduo.

Considerando que o Brasil participa do Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, deve-se tecer alguns comentários.⁴¹⁶ No âmbito do sistema regional interamericano, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978. Somente Estados-membros da OEA podem aderir a esta Convenção, que conta com 25 Estados-partes, tendo sido o Estado brasileiro um dos Estados que mais tardiamente aderiram à Convenção (1992).

Na qualidade do principal instrumento do sistema interamericano, a Convenção Americana assegura substancialmente um amplo catálogo de direitos civis e políticos.⁴¹⁷ É sob esta perspectiva que se destaca a atuação da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem sede em Washington DC, é integrada por sete membros de alta autoridade moral e reconhecida versação em matéria de Direitos Humanos, que podem ser nacionais de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. A comissão é integrada por sete membros, eleitos por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez.

A competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos alcança: a) todos os Estados-partes da Convenção Americana, em relação aos Direitos Humanos nela consagrados; b) todos os Estados-Partes da OEA, em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948.

A principal função da Comissão é a de promover a observância e a proteção dos Direitos Humanos na América. Desta feita, para viabilizar a consecução de sua principal função, apresenta a Comissão certas funções secundárias. Assim, são também funções da Comissão⁴¹⁸: - fazer recomendações aos governos dos Estados-partes prevendo a adoção de medidas adequadas à proteção dos direitos previamente mencionados; - procedimentos não contenciosos de busca de soluções amigáveis

⁴¹⁶ Todas as considerações sobre o sistema interamericano baseiam-se nas lições de: PIOVESAN, 2006, p.63-85.

⁴¹⁷ Como explicado no capítulo II, item 2.1.3.

⁴¹⁸ STEINER, Sylvania Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.54.

para conflitos; - funções investigativas; - emissão de opiniões consultivas em relação à interpretação da Convenção ou de outros Tratados de proteção aos Direitos Humanos; - emissão de opiniões consultivas em relação à adequação dos ordenamentos internos à Convenção ou aos demais Tratados de proteção dos Direitos Humanos; - preparar estudos e relatórios que se mostrem necessários; - requisitar aos governos informações relativas às medidas por eles adotadas concernentes à efetiva aplicação da Convenção; - examinar as petições encaminhadas por indivíduo ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que contenham denúncia de violação a direito consagrado pela Convenção por Estado que dela seja parte; - submeter um relatório anual à Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos; - e comparecer a todos os casos perante a Corte.

Ressalta-se, ainda, que a Comissão não tem o poder de coagir os Estados-Membros à adoção de medidas. Porém paira a força da Comissão na publicação dos abusos, bem como na competência de iniciar ações contra os Estados-Membros em representação da vítima, perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Quanto ao Sistema de Petição Inicial, qualquer pessoa, em representação pessoal ou de terceiros, bem como as Organizações Não Governamentais possuem legitimidade para peticionar perante a Comissão.

São requisitos de admissibilidade da petição pela Comissão: 1) o Estado acusado deverá ter violado um dos direitos estabelecidos na Convenção ou na Declaração Americana; 2) esgotamento dos recursos internos; 3) a apresentação do caso deve ser feita dentro de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; 4) a matéria da petição não pode estar pendente de outro processo internacional; 5) a petição deve narrar com precisão os fatos e deve ser acompanhada dos meios de prova necessários.

Em caso de admissibilidade por parte da Comissão, segue-se o seguinte procedimento: 1) a Comissão solicitará informações ao Governo; 2) o Governo deverá enviar as informações solicitadas dentro de um prazo fixado pela comissão; 3) não sendo arquivado o caso, a Comissão busca solucionar o problema de forma amistosa; 4) ausente a possibilidade de solução amistosa, fica estabelecido o prazo de três meses para que o caso seja solucionado pelas partes; ou seja, o caso remetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Apenas em 1998, o Brasil passou a aceitar a competência obrigatória da Corte. É composta por sete juízes, sendo que não pode haver mais de um juiz com a mesma

nacionalidade. O mandato é de seis anos e com direito a uma reeleição. O quórum para deliberação na Corte Interamericana de Direitos Humanos é de cinco juízes.

Como funções da corte elenca-se a função Consultiva: concerne à interpretação de normas da OEA e de outros tratados e também de interpretação da compatibilidade desses com as legislações internas dos Estados. E a função Contenciosa que não se estende automaticamente a todos os Estados-Membros da OEA, dependendo do depósito da carta de aceitação da jurisdição obrigatória por cada um dos Estados-Membros da Convenção. Na Corte, ao contrário da Comissão, não ocorre o direito individual de petição, admitindo apenas denúncias de Estados, ou denúncias encaminhadas pela Comissão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui poderes mais amplos que os da Corte Europeia. Se a Corte Interamericana decide que houve violação, pode ordenar que a parte ofendida seja recomposta, ou, ainda, que seja indenizada. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são mandatórias e são executadas nos Estados condenados, assim como qualquer outro título judicial.

Frisa-se, por fim, que consoante normas de direito internacional público, não se pode ordenar que os Estados se submetam a essas Cortes Internacionais caso não o desejem. No entanto, tendo o Estado manifestado o consentimento quanto à competência de um tribunal, deve-se cumprir a decisão proferida, sob pena de cometer ato ilícito.

3.4 CONCESSÃO DE ASILO POLÍTICO

Esse princípio tem a função de proteger os cidadãos que são vítimas de perseguição. A palavra asilo deriva do latim "*asylum*", que por sua vez se origina de um termo grego que significa "sítio ou local inviolável". Pode ser na forma de asilo político, também chamado de diplomático, ou na forma de asilo territorial, mas os dois casos são aplicados para crime político. Trata-se de direito do indivíduo e direito do Estado, que devido a sua soberania não é obrigado a conceder o asilo.

Conforme Gigena Torres: "o asilo se origina em uma ação instintiva do indivíduo, necessidade biológica de buscar amparo para salvar a vida ou a liberdade"⁴¹⁹.

3.4.1 Asilo político/diplomático

O asilo político emana da inviolabilidade e imunidade de jurisdição do agente diplomático. A inviolabilidade dos locais da missão diplomática⁴²⁰ deu ensejo à criação do instituto do asilo diplomático. A Convenção Interamericana sobre Asilo Diplomático, de 1954, assinada em Caracas, define em seu artigo primeiro que o Asilo Diplomático é aquele:

outorgado em legações, navios de guerra e acampamentos ou aeronaves militares, a pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos, será respeitado pelo Estado territorial, de acordo com as disposições desta Convenção. Para os fins desta Convenção, legação é a sede de toda missão diplomática ordinária, a residência dos chefes de missão, e os locais por eles destinados para esse efeito, quando o número de asilados exceder a capacidade normal dos edifícios. Os navios de guerra ou aeronaves militares, que se encontrarem provisoriamente em estaleiros, arsenais ou oficinas para serem reparados, não podem constituir recinto de asilo.⁴²¹

Lembra-se que, acerca do asilo diplomático, constatam-se Convenção de Havana (1928), a Convenção de Montevideu (1933) e a Convenção de Caracas (1954), acima citada, a qual apresenta-se como o texto mais abrangente.

O asilo vale para os casos de criminalidade política, na qual o objeto da afronta não é um bem jurídico tutelado e sim, uma maneira de autoridade baseada sobre ideologia ou metodologia que cause confrontos graves no Estado Democrático.⁴²²

⁴¹⁹ TORRES, Gigena *apud* MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v.2. p.774.

⁴²⁰ Sobre inviolabilidade das missões diplomáticas, ver BROWNLIE, 1997, p.374/375.

⁴²¹ RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**: textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo). 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.445.

⁴²² REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.222.

O asilo diplomático é uma forma provisória de asilo político, encontrou sua consagração na América Latina, onde foi regularmente instituído como instituição costumeira, consideravelmente mais do que na Europa, devido à grande instabilidade existente nas instituições políticas, o que gerava maior possibilidade de proteger um indivíduo considerado criminoso político. O asilo diplomático é abrangente apenas na América Latina, tanto é que os Estados Unidos não participam das Convenções sobre a matéria.⁴²³

A Convenção de Viena não faz menção ao asilo diplomático, no entanto, a expressão "acordos especiais" constante no artigo 41 mostra a possibilidade de interpretação no sentido de um reconhecimento bilateral do direito de conceder asilo a refugiados políticos dentro da missão. Sustenta-se que a omissão ocorre devido à ausência do assunto na agenda, e a natureza do asilo manifesta-se como costume regional latino-americano.⁴²⁴

Ressalta-se que o asilo diplomático nunca será definitivo, seu caráter transitório ocorre, pois ele representa uma espécie de ponte para o asilo territorial, que alcança sua forma plena "no solo daquele mesmo país cuja embaixada acolheu o fugitivo, ou eventualmente no solo de um terceiro país que o aceite"⁴²⁵.

O artigo 2.º da Convenção sobre asilo diplomático prevê que "todo Estado tem o direito de conceder asilo, mas não se acha obrigado a concedê-lo, nem a declarar por que o nega"⁴²⁶. Portanto, não há obrigatoriedade quanto à concessão do asilo, é ato totalmente discricionário do Estado, relativo a sua soberania, também não está sujeito à reciprocidade.⁴²⁷

⁴²³ MELLO, 1997, p.780.

⁴²⁴ BROWNLIE, 1997, p.374/375.

⁴²⁵ REZEK, 2000, p.223.

⁴²⁶ RANGEL, 2005, p.445.

⁴²⁷ "Não se pode falar em extraterritorialidade da missão, uma vez que o asilado se encontra dentro do território do Estado cujas autoridades ele foge: apenas ele não encontra-se sujeito a jurisdição do Estado territorial. A teoria da extraterritorialidade foi completamente abandonada. Atualmente fala-se em inviolabilidade e imunidade de jurisdição dos imóveis da missão diplomática, o que fundamenta o asilo diplomático, uma vez que o Estado territorial não pode mais submeter o asilado a sua jurisdição." (MELLO, *op. cit.*, p.781).

Vale lembrar que o asilo diplomático representa uma exceção à plenitude da competência que o Estado exerce em seu território, uma espécie de renúncia. Foi instituído na América-Latina por conveniência políticas, e

nos países que não reconhecem essa modalidade de asilo, toda pessoa procurada pela autoridade policial que entre no recinto de missão diplomática estrangeira deve ser de imediato restituída, pouco importando saber se se cuida de criminoso político ou comum.⁴²⁸

Frisa-se que as regras de direito diplomático impediriam que polícia invadisse o recinto inviolável, sem prévia autorização, todavia, não configuram forma de asilo.⁴²⁹

A solidificação do instituto ocorreu em 1949, em virtude do caso Haya de la Torre, quando este buscou abrigo na Embaixada da Colômbia em Lima no Peru, após a derrota de um movimento político contra o Peru. Asseverou o Peru que Haya era criminoso comum, no entanto, a Colômbia aduziu que cabia a ela decidir se se tratava de crime político ou comum. A Corte Internacional de Justiça foi chamada a se pronunciar no assunto, mas não emitiu decisão definitiva, o que contribuiu pra que o asilado permanecesse cinco anos na Embaixada Colombiana. Esse caso foi objeto de discussão na Convenção de Caracas, e serviu de base para o entendimento dos Estados sobre utilizar a inviolabilidade dos locais diplomáticos para garantir os direitos do criminoso político.⁴³⁰

⁴²⁸ REZEK, 2000, p.223.

⁴²⁹ Sobre arquivos, documentos e correspondência oficial e sua inviolabilidade, ver BROWNLIE, 1997, p.376.

⁴³⁰ WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. **Direito internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p.136.

3.4.1.1 A concessão do asilo

Pode se dar em diversos locais, dentre eles, cita-se⁴³¹:

- i) Nas Legações, que consoante definição no artigo 1.º da Convenção de Caracas são a sede de toda missão diplomática ordinária, a residência dos chefes de missão, e os locais por eles destinados para esse efeito, quando o número de asilados exceder a capacidade normal dos edifícios.
- ii) O asilo pode ser concedido pelo comandante de navios e aeronaves militares, todavia os que se encontrarem em estaleiros, arsenais ou oficinas para reparação não podem ser considerados locais de asilo.
- iii) a concessão pode ocorrer também em acampamentos militares. Frisa-se que não são considerados locais de asilo as sedes das organizações internacionais, nem as dos consulados, e nem os automóveis da Missão diplomática.

Conceder-se-á asilo diplomático somente a pessoas que sejam perseguidas por delitos políticos, consoante artigo terceiro da Convenção sobre asilo diplomático:

Não é lícito conceder asilo a pessoas que, na ocasião em que o solicitem, tenham sido acusadas de delitos comuns, processadas ou condenadas por esse motivo pelos tribunais ordinários competentes, sem haverem cumprido as penas respectivas; nem a desertores das forças de terra, mar e ar, salvo quando os fatos que motivarem o pedido de asilo, seja qual for o caso, apresentem claramente caráter político.⁴³²

Ressalta ainda o mesmo dispositivo que as pessoas mencionadas acima "que se refugiarem em lugar apropriado para servir de asilo, deverão ser convidados a retirar-se, ou, ser entregues ao governo local, o qual não poderá julgá-las por delitos políticos anteriores ao momento da entrega". O asilo poderá ser concedido apenas em casos de urgência, mas o tempo necessário para que o asilado parta do país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, para que

⁴³¹ i); ii), iii) baseia-se em MELLO, 1992, p.781-782.

⁴³² RANGEL, 2005, p.445.

permaneça em segurança sua liberdade e integridade pessoal (artigo 5.º da Convenção de Caracas).⁴³³

A Convenção antes mencionada define casos de urgência em seu artigo 6.º como

aqueles que o indivíduo é perseguido por pessoas ou multidões que não possam ser contidos pelas autoridades, ou pelas próprias autoridades, bem como se encontre em perigo de ser privado de sua vida ou de sua liberdade por motivos de perseguição política e não possa, sem risco, pôr-se de outro modo em segurança.

E ainda, o artigo 7.º prevê que compete ao Estado asilante considerar ou não caso de urgência e ainda decidir se se trata ou não de crime político.⁴³⁴

Após a concessão do asilo, a primeira obrigação do asilante é comunicar, de preferência por escrito, às autoridades do Estado que concedeu asilo a tal indivíduo. Entretanto, essa comunicação poderá deixar de ser feita quando representar algum perigo para a segurança dos asilados.⁴³⁵

O asilado não poderá desenvolver nenhuma atividade política interna no país, conforme artigo 18 da Convenção⁴³⁶, nem poderá praticar atos contrários à tranquilidade pública. E, ainda, o asilante deverá impedir qualquer comunicação do asilado com o exterior, nem permitir que este receba visitas, a não ser que sejam entes familiares e o chefe da missão conceda autorização. Também não pode ser o asilo "oferecido", isso porque, o asilado deve atingir os locais de asilo por seus próprios meios.⁴³⁷

A concessão de asilo político a estrangeiro é ato de competência do Presidente da República que primeiramente concede o asilo e após o Ministério da Justiça lavra termo fixando o prazo de estada do asilado no Brasil e, dependendo do caso concreto, as condições adicionais às quais ficará o asilado sujeito. Na sequência, no prazo de trinta dias a contar da concessão do asilo, o asilado deverá registrar-se no

⁴³³ RANGEL, 2005, p.446.

⁴³⁴ *Id.*

⁴³⁵ MELLO, 1992, p.783.

⁴³⁶ RANGEL, *op. cit.*, p.447.

⁴³⁷ MELLO, *op. cit.*, p.783.

Departamento de Polícia Federal e identificar-se pelo sistema datiloscópico. Caso o asilado precise se ausentar do país, para após reingressar, continuando na condição de asilado, deverá requerer autorização do Ministro da Justiça, assim como compete ao Ministro da Justiça a prorrogação dos prazos de estada do asilado.⁴³⁸

Caso o asilado abandone o país, não poderá pleitear novamente asilo, isso porque a missão diplomática não é local que o asilado utiliza simplesmente para lograr as autoridades do Estado territorial. O asilo pode ser prolongado, consoante artigo 14 da Convenção caso necessário para coligir informações sobre fatos que ponham em perigo a segurança do asilo durante o trajeto para um país estrangeiro.⁴³⁹

Uma vez concedido o asilo, o país não poderá determinar o retorno do asilado ao seu país de origem, exceto por vontade do asilado. E continua o artigo 17, da referida Convenção, que prevê:

o fato de o Estado territorial comunicar à autoridade asilante a intenção de solicitar a extradição posterior do asilado não prejudicará a aplicação de qualquer dispositivo desta Convenção. Nesse caso, o asilado permanecerá residindo no território do Estado asilante até que se receba o pedido formal de extradição, segundo as normas jurídicas que regem essa instituição no Estado asilante. A vigilância sobre o asilado não poderá exceder de trinta dias. As despesas desse transporte e as da permanência preventiva cabem ao Estado do suplicante.⁴⁴⁰

Por fim, vale citar o artigo 19 da Convenção que explica o não desaparecimento do asilo em caso de rompimento das relações diplomáticas. Caso o Estado territorial não conceda salvo-conduto para a saída dos asilados, esses serão entregues à guarda e proteção de Missão Diplomática de outro Estado. Na hipótese de este outro Estado não aceitar, poderão os asilados ser entregues a outro país, mesmo que não participe da Convenção de Caracas, mas se disponha a manter o asilo.⁴⁴¹

⁴³⁸ MORAES, Alexandre. **Asilo político**. Disponível em: <<http://abadireitoconstitucional.blogspot.com/2009/12/asilo-politico.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

⁴³⁹ MELLO, 1992, p.783.

⁴⁴⁰ *Id.*

⁴⁴¹ *Ibid.*, p.784.

3.4.2 Asilo territorial, externo ou internacional

O asilo territorial é a forma acabada, finalizada do asilo político, é concedido à aquele indivíduo que após cruzar a fronteira requereu ao Estado soberano asilante tal benefício.⁴⁴²

É aquele que o Estado concede aos indivíduos perseguidos dentro de seu território, é admitido em toda a sociedade internacional e está previsto no artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

1 - Todo homem, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2 - Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das nações unidas.⁴⁴³

Normalmente o candidato a asilo territorial não terá toda documentação necessária (passaporte, visto) para ingressar no outro país. quando ele chega parece um deportando em potencial, por isso, requer naquele momento, à autoridade, o pedido de asilo. O Estado territorial, após conceder-lhe o benefício, providenciará sua documentação.⁴⁴⁴

A concessão de asilo político a estrangeiro é ato de soberania estatal, de competência do Presidente da República, e, uma vez concedido, o Ministério da Justiça lavrará termo no qual serão fixados o prazo de estada do asilado no Brasil e, se for o caso, as condições adicionais aos deveres que lhe imponham o direito internacional e a legislação vigente, aos quais ficará sujeito.

No prazo de trinta dias a contar da concessão do asilo, o asilado deverá registrar-se no Departamento de Polícia Federal, bem como identificar-se pelo sistema datiloscópico. Em seu registro deverão constar os seguintes dados: nome, filiação, cidade e país de nascimento, nacionalidade, data de nascimento, sexo, estado civil, profissão, grau de instrução, local e data de entrada no Brasil, espécie e número de

⁴⁴² REZEK, 2000, p.222.

⁴⁴³ MELLO, 1992, p.774.

⁴⁴⁴ REZEK, *op. cit.*, p.222.

documento de viagem, número e classificação do visto consular, data e local de sua concessão, meio de transporte utilizado, bem como dados relativos aos filhos menores e locais de residência, trabalho e estudo.

Quanto à obrigatoriedade do asilo, pode-se afirmar que mesmo tendo a finalidade de proteger a pessoa humana, é um direito do Estado e não do indivíduo, por isso é uma faculdade do Estado a concessão ou não do asilo.

Realizada em 1954, na cidade de Caracas, a Convenção Interamericana sobre asilo territorial, estabelece em seu artigo 1.º que "todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro de seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação"⁴⁴⁵.

O fundamento do asilo está previsto na Convenção Interamericana de Caracas, baseando-se nos princípios: i) cabe ao Estado decidir que entrem seu território os indivíduos que bem entender; ii) no seu território a sua jurisdição é exclusiva.⁴⁴⁶

3.4.3 Refugiados

O Brasil exerce um papel de consideração na conjuntura internacional, como já afirmado acima, participa da Política Internacional, em razão de seu compromisso e conduta com a diplomacia global junto à Organização das Nações Unidas. Dessa forma, o nosso país sempre esteve preocupado com a implementação dos Direitos Humanos, tornando-se um modelo para muitos países do continente, pela maneira que recepciona as leis internas da proteção ao refugiado.

As pessoas que têm direito a asilo territorial são denominadas refugiadas. Segundo a Convenção de Viena de 1951⁴⁴⁷, refugiado é aquele que temendo ser perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, opiniões etc., encontra refúgio fora do país de sua nacionalidade e que não pode, ou, em virtude de temor, não

⁴⁴⁵ RANGEL, 2005, p.449.

⁴⁴⁶ MELLO, 1992, p.776.

⁴⁴⁷ O Protocolo de Nova Iorque, de 31 de Janeiro de 1967, foi adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra em 28 de Julho de 1951.

quer valer-se da proteção advinda do país de origem. E, ainda, caso não tenha nacionalidade e se encontra fora do país onde detinha residência fixa, devido a acontecimentos ou temor, não pode a ele retornar.⁴⁴⁸

Francisco Rezek diferencia refúgio de asilo, para ele o status de refugiado ocorre não em razão de uma perseguição política, todavia, é caracterizado a partir da perseguição por motivos de raça, religião ou de nacionalidade, ou mesmo pela participação em determinado grupo social ou por possuir determinada opinião política. O motivo gerador das situações de asilo político e refúgio é distinto, ou seja, enquanto o asilo se aplica em situações de perseguição de modo completamente individual, o refúgio tem por causa determinantes situações que alcançaram uma coletividade.⁴⁴⁹

Frisa-se que não é concedido asilo àqueles que cometem crime de guerra, crime contra a paz ou contra a humanidade. Concede-se asilo àqueles que cometem crimes políticos. O asilo se inicia a partir do ato de qualificação de um indivíduo como refugiado, quem pratica tal ato é sempre o Estado soberano que concede ou não asilo.⁴⁵⁰ Tal previsão encontra-se no artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos do Homem: 1) Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países; 2) Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.⁴⁵¹

3.4.3.1 O Estatuto dos Refugiados

Em certas épocas, os refugiados apresentaram-se na sociedade internacional como grande problema devido ao seu elevado número, foi o que ocorreu na Primeira e na Segunda Guerras Mundial. Como consequência, foi instituído em 1950, pela Assembléia Geral, no âmbito do secretariado da ONU, o Alto Comissariado das

⁴⁴⁸ MELLO, 1992, p.776.

⁴⁴⁹ REZEK, 2000, p.198.

⁴⁵⁰ MELLO, *op. cit.*, p.776.

⁴⁵¹ RANGEL, 2005, p.438.

Nações Unidas para os refugiados.⁴⁵² Ele tem a função de prestar assistência aos países em relação aos refugiados, no sentido de ajudar sua inclusão e repatriá-los.⁴⁵³

O Estatuto dos refugiados⁴⁵⁴ determina o dever dos Estados em cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas. Os refugiados possuem os mesmos direitos e deveres que os estrangeiros, têm direito à propriedade, liberdade de religião, de locomoção, podem exercer profissões liberais, beneficiam-se da legislação trabalhista, previdência social e educação pública, dentre outros. Quanto a taxas e impostos, são assimilados aos nacionais. E no que se refere à naturalização, esta deve ser facilitada pelo Estado.⁴⁵⁵

O refugiado não sofrerá qualquer sanção penal por adentrar ilegalmente ao país, pois está isento a restrições da imigração, mas deve apresentar-se imediatamente às autoridades do Estado que o recebe, demonstrando ter vindo do país onde é perseguido. Os refugiados devem respeitar as leis, regulamentos, não se intrometer na vida pública do Estado e se adaptar com as medidas do país que os recebem quanto às medidas que estes tomem para manter a ordem pública.⁴⁵⁶

A Convenção sobre asilo territorial elenca direitos e deveres aos refugiados:

a) garante ao asilado a liberdade de expressão e de pensamento como reconhecida aos demais habitantes do Estado, inclusive contra seu governo, desde que os conceitos expressos não constituam propaganda sistemática por meio do qual incite ao emprego da força ou da violência contra o governo do Estado que apresentar reclamação; b) a liberdade de associação só poderá ser restringida se a reunião estiver por objetivo promover o emprego da força ou da violência contra o governo do Estado que apresentar reclamação; c) os que fizerem parte de movimentos subversivos poderão ser internados a uma distância prudente das fronteiras do Estado que for interessado; d) os internados só poderão sair do Estado de refugio comunicando esse fato ao seu governo e sob condição de não se dirigirem ao país de sua procedência.⁴⁵⁷

⁴⁵² "O Alto Comissário é eleito pela Assembléia Geral, por proposta da Secretaria Geral. O mandato é de cinco anos. As despesas serão financiadas por subvenção no orçamento da ONU e doações. Sua sede é em Genebra". (MELLO, 1992, p.777.)

⁴⁵³ *Id.*

⁴⁵⁴ Criado pela Convenção de 1951, que entrou em vigor em 1954, e foi complementada pela Convenção de Nova York em 1967.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p.778.

⁴⁵⁶ *Id.*

⁴⁵⁷ *Id.*

O asilado deve, ainda, respeitar os princípios e objetivos das Nações Unidas. Um Estado não pode proibir a entrada de uma pessoa que procure asilo em seu território, nem obrigá-lo a retornar ao país onde é perseguido. A Convenção de 1951 declara que o Estado que abriga um asilado deve dar-lhe um documento de viagem com validade por um ou dois anos, que será reconhecido por todos os países signatários. Porém, em razões de segurança nacional, para proteção da população, isso pode ser mitigado. Por exemplo, no caso de uma massa de pessoas procurar asilo, o Estado não está obrigado a acolher todas, no entanto, deve proporcionar a elas um asilo temporário ou a oportunidade de poderem ir a outro Estado.⁴⁵⁸

No ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-lei n.º 941 de 1969, em seus artigos 111 e seguintes, discorre acerca dos asilados, e entre as obrigações lá descritas está que o asilado não pode retirar-se do Brasil sem comunicação prévia e obtenção de visto.⁴⁵⁹

A Lei n.º 6.815/1980 define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração, e prevê no artigo 28 que "o estrangeiro admitido no território nacional na condição de asilado político ficará sujeito, além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional, a cumprir as disposições da legislação vigente e as que o Governo brasileiro lhe fixar". E, ainda, "o asilado não poderá sair do País sem prévia autorização do Governo brasileiro. A inobservância do disposto neste artigo importará na renúncia ao asilo e impedirá o reingresso nessa condição", consoante art. 29.

3.4.4. O fim do asilo

Quanto ao fim do asilo, poucas considerações devem ser feitas. O asilo pode terminar por diversas causas, dentre elas, elenca-se: i) devido a naturalização do asilado no país de refúgio; ii) quando o refugiado parte do país de refúgio; iii) em caso excepcional de expulsão do país de refúgio; iv) caso termine a causa que

⁴⁵⁸ MELLO, 1992, p.778-779.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p.779. E tal matéria está prevista ainda, nos artigos 138 e seguintes do Decreto n.º 66.689/70.

ensejou o asilo; v) a fuga do asilado; vi) a morte do asilado; vii) a renúncia do asilo; viii) a entrega do asilado como criminoso comum etc.

3.5 ESTUDO DE CASO – O CASO ZELAYA - HONDURAS

Em junho de 2009, teve início uma crise política e diplomática entre Brasil e Honduras devido a um golpe de Estado que depôs o presidente eleito Manuel Zelaya, sob a alegação de violação a Constituição daquele país. Na sequência Zelaya foi exilado na Costa Rica.

No mês seguinte ao golpe, em 24 de julho de 2009, Zelaya tentou regressar a Honduras, ocasião em que foi impedido de entrar no país pelo exercito hondurenho. Em 21 de setembro do mesmo ano o presidente deposto conseguiu retornar a Honduras e dirigiu-se à Embaixada do Brasil, em Tegucigalpa. A partir disso, Manuel Zelaya ficou refugiado na embaixada brasileira, criando uma crise entre estes dois países, com reflexos políticos e jurídicos, envolvendo princípios comuns ao Direito Internacional e ao Direito Constitucional brasileiro.

Os responsáveis pelo golpe afirmam ter provas cabais para processar Zelaya por violação da Constituição hondurenha, todavia eles atuaram ilegalmente, desrespeitando o princípio do devido processo legal, a partir do sequestro do presidente deposto, exilando-o do país.

O governo hondurenho assevera que Zelaya teria afrontado a Constituição ao propor reeleição, violando os termos do art. 239 da Constituição de Honduras, cuja sanção é perda do cargo.

Verifica-se que o art. 239, tem a seguinte redação, *in verbis*:

ARTICULO 239- El ciudadano que haya desempeñado la titularidad del Poder Ejecutivo no podrá ser Presidente o Designado. El que quebrante esta disposición o proponga su reforma, así como aquellos que lo apoyen directa o indirectamente, cesarán de inmediato en el desempeño de sus respectivos cargos, y quedarán inhabilitados por diez años para el ejercicio de toda función pública.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond05.html>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

O alojamento do presidente hondurenho na embaixada brasileira relaciona-se com os institutos jurídicos do asilo político, do refúgio, assim como com o princípio constitucional da Não-intervenção.⁴⁶¹ Como exaustivamente exposto no item 3.4 do capítulo 3, o asilo político é conceituado como

o acolhimento, pelo Estado, de estrangeiro perseguido alhures – geralmente, mas não necessariamente, em seu próprio país – por causa de dissidência política, de delitos de opinião, ou por crimes que, relacionados com a segurança do Estado, não configuram quebra do direito penal comum.⁴⁶²

Por sua vez, o refúgio se refere ao acolhimento dado ao indivíduo que está sofrendo perseguições por questões raciais, religiosas, de nacionalidade, grupos sociais, por opiniões políticas, ou pela violação dos direitos humanos.

A inviolabilidade da representação diplomática, em decorrência do artigo 22 da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961, internalizado no Brasil pelo Decreto n.º 56.435/1965 é respeitada por todos os países, mesmo em situações de crise de ordem interna. Dessa forma, a Embaixada Brasileira de Honduras é território hondurenho, contudo protegido nos termos da referida Convenção. O que se deve destacar é que esta inviolabilidade tem a função de proteger a missão diplomática e não manter no país acreditado, pessoas já exiladas.

Em respeito aos princípios da independência nacional, da autodeterminação dos povos e da não intervenção, o Brasil não poderia conceder abrigo a um cidadão e, desobedecendo a Convenção de Viena, inseri-lo na Embaixada encontrada no Estado que o exilou.

A partir da análise dos institutos do Asilo Político e do Refúgio, percebe-se que o abrigo dado pela embaixada brasileira a Manoel Zelaya não caracterizou refúgio nem asilo político, seja na modalidade territorial, seja na diplomática, pois tais institutos jurídicos possuem como objetivo final o acolhimento do indivíduo em Estado distinto daquele em que está sofrendo a perseguição e (ou) risco à liberdade ou à vida. No caso em tela, a intenção de Zelaya foi a de permanecer em segurança no próprio território hondurenho.

⁴⁶¹ Explorado no capítulo 3, item 3.2.

⁴⁶² REZEK, 2000, p.205/206.

Dessa forma, em uma primeira análise, entende-se que o abrigo dado ao presidente deposto violou o princípio constitucional da não-intervenção, não cabendo, neste aspecto, análise da legalidade ou não da retirada de Zelaya de Honduras, pois um ato ilegal não justifica a prática de outro. O que se verifica é que, ao Brasil, caberia acolher o ex-presidente hondurenho, se este tivesse buscado abrigo na embaixada para deixar o país, ou requerido proteção no território brasileiro, contudo, auxiliar seu retorno da Costa Rica à Honduras não é cabível, o que violou o princípio da não intervenção.

Por outra vertente, pode-se afirmar que o princípio da não intervenção não é absoluto e a ingerência, em outro Estado, pode ser efetuada em situações excepcionais. O caso de Honduras trata-se justamente de uma dessas situações excepcionais, pois a legitimidade do governo de Micheletti, que rompeu a ordem constitucional hondurenha, não foi reconhecida por país algum do mundo, inclusive, tendo sido condenado pela ONU.

Portanto, ao receber Zelaya, o governo brasileiro defendeu o princípio democrático e da ordem institucional contra golpes de Estado, sendo coeso com os costumes adotados pela comunidade internacional.

Pode-se comparar o presente caso com abrigo concedido ao político peruano Haya de La Torre⁴⁶³, que, perseguido em seu próprio país, pediu refúgio na embaixada da Colômbia em Lima, onde permaneceu por cinco anos.

Na visão de Celso Amorim, Ministro das Relações Exteriores à época dos fatos:

No caso de Honduras, nossa postura inicial foi de veemente condenação ao golpe de Estado que derrubou o presidente Zelaya, em consonância às decisões da ONU e da OEA sobre a matéria. Só fomos envolvidos mais diretamente na questão quando o presidente constitucional do país apareceu em nossa embaixada em Tegucigalpa. Tenho a convicção de que a firmeza da posição brasileira contribuiu para que houvesse evolução no diálogo entre os golpistas e o presidente deposto e, portanto, para evitar um maior derramamento de sangue.

⁴⁶³ Caso já descrito no capítulo 3, item 3.4.

O Brasil favorece sempre o diálogo. O presidente Lula, com sua história de líder sindical, ajudou a tornar essa característica da diplomacia brasileira ainda mais pronunciada em seu governo. Portanto, quando as partes envolvidas em uma questão entendem que o Brasil pode facilitar o diálogo – em geral porque mantemos interlocução em alto nível com todos –, nós procuramos contribuir.⁴⁶⁴

A Organização dos Estados Americanos (OEA) se posicionou a respeito na Resolução n.º 953 aprovada pelo Conselho Permanente no dia 28 de junho de 2009, na qual condenou o golpe de Estado contra o governo constitucional de Honduras e a detenção arbitrária, assim como expulsão do país do Presidente Zelaya, isso independentemente da provocação de uma alteração inconstitucional da ordem democrática, exigindo o imediato retorno seguro de José Manuel Zelaya inclusive às suas funções constitucionais. Consta na resolução 953:

O CONSELHO PERMANENTE DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS,

CONSIDERANDO a grave situação vivida pela República de Honduras em virtude do golpe de Estado contra o Governo do Presidente José Manuel Zelaya Rosales, que provocou uma alteração inconstitucional da ordem democrática, que rechaça e repudia;

PREOCUPADO com a ruptura da ordem constitucional na República de Honduras;

REAFIRMANDO a importância do respeito irrestrito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais bem como ao princípio da não-intervenção nos assuntos internos de outros Estados;

REITERANDO os princípios estabelecidos na Carta da Organização dos Estados Americanos e na Carta Democrática Interamericana sobre o fortalecimento e a preservação da institucionalidade democrática nos Estados membros; e

RECORDANDO a resolução CP/RES. 952 (1699/09), de 26 de junho de 2009, sobre a situação em Honduras,

RESOLVE:

1. Condenar energicamente o golpe de Estado ocorrido na manhã de hoje contra o governo constitucional de Honduras e a detenção arbitrária e expulsão do país do Presidente Constitucional José Manuel Zelaya Rosales, que provocou uma alteração inconstitucional da ordem democrática.
2. Exigir o imediato, seguro e incondicional retorno do Presidente José Manuel Zelaya Rosales às suas funções constitucionais.
3. Declarar que não será reconhecido nenhum governo que decorra dessa ruptura inconstitucional.
4. Incumbir o Secretário-Geral de se fazer presente, com urgência, na reunião do Sistema de Integração Centro-Americana (SICA) que será realizada em Manágua, Nicarágua e de, em conformidade com o artigo 20 da Carta Democrática Interamericana, levar adiante todas as consultas que sejam necessárias com os Estados membros da Organização.

⁴⁶⁴ AMORIM, Celso. **Política externa é uma política pública como as demais. Está sujeita à expressão das urnas.** Entrevista. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=14709>. Acesso em: 03 jan. 2011.

5. Condenar energicamente todo ato de violência, especialmente a detenção arbitrária denunciada da Secretária de Estado das Relações Exteriores, Patricia Rodas, e de outros membros do Gabinete de Ministros, bem como do Prefeito de San Pedro Sula e outras pessoas afetadas, e exigir que se respeite sua integridade física e que sejam libertados imediatamente.
6. Convocar um período extraordinário de sessões da Assembléia Geral da OEA, a ser realizado na sede da Organização na terça-feira, 30 de junho de 2009, que deverá aprovar as decisões que julgue adequadas, em conformidade com a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Direito Internacional e as disposições da Carta Democrática Interamericana.
7. Encarregar o Secretário-Geral de encaminhar esta resolução ao Secretário-Geral das Nações Unidas.⁴⁶⁵

A Assembleia Geral da ONU, por sua vez, seguiu o mesmo caminho e, no dia 30 de junho de 2009, condenou o golpe de Estado em Honduras, requerendo o retorno da ordem constitucional ao *status quo ante*.⁴⁶⁶

Conclui-se que, mesmo a proteção dada pelo Brasil a Zelaya não tendo se enquadrado em uma categoria jurídica específica, foi legítima, considerando a defesa da democracia e da ordem institucional em face de golpes de Estado e, também, porque foi confirmada pela comunidade internacional.

⁴⁶⁵ Disponível em: <<http://www.oas.org/CONSEJO/pr/resoluciones/res953.asp>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

⁴⁶⁶ Nesse sentido: <<http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=3948>>, Acesso em: 03 jan. 2011 e <<http://www.oas.org/CONSEJO/pr/resoluciones/res953.asp>>. Acesso em: 03 jan. 2011.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo, elaborado à sombra do modelo constitucional da Constituição Brasileira de 1988, e nos termos dos princípios internacionais que regem a República Federativa do Brasil nas suas Relações Internacionais, objetivou, a partir dos princípios elencados no artigo 4.º e incisos, a descrição e interpretação da independência nacional, prevalência dos Direitos Humanos, autodeterminação dos povos, não intervenção, igualdade entre Estados, defesa da paz, solução pacífica de conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

Ao final desta dissertação, faz-se imprescindível abordar algumas questões de impacto para a hipótese trazida a estudo. Os princípios aqui tratados podem ser analisados separadamente, como se fez ao longo do texto, mas também devem ser interpretados como um todo, considerando a unidade e a harmonização da Constituição. Isto é, como norma constitucional, devem ser analisados de forma integrada e não isoladamente, de maneira a evitar eventuais contradições aparentemente existentes.

Os bens constitucionalmente protegidos no artigo 4.º foram interpretados conforme o Direito Internacional, visto que constituem princípios participantes do núcleo desta disciplina; todavia, em caso de conflito ou concorrência, devem ser tratados de maneira que a afirmação de um não implique o sacrifício do outro, o que só se obtém na aplicação ou na prática do texto.⁴⁶⁷

Por outro lado, as normas constitucionais repercutem na ordem jurídica internacional, pois limitam e regulamentam as atividades externas do Estado. No presente caso, a norma constitucional terá seu conteúdo fixado pelo Direito Internacional, para, a partir dele, encontrar fundamento no Direito Interno. Por isso, outro conceito importante na matéria é o princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade, o qual resulta, algumas vezes, no processo de ponderação de normas, bens ou valores.

⁴⁶⁷ Princípio da Concorrência ou da Harmonização, nesse sentido: COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1997. p.91.

A independência nacional está situada no inciso I do artigo 4.º, por um motivo mais do que relevante, por se apresentar como o princípio básico da relação entre Estados, da qual derivam todos os outros, formando um sistema completamente coerente. Os direitos de as nações se autogovernarem como julgar oportuno, nenhuma tendo legitimidade para imiscuir-se no governo da outra, constituem decorrência básica da liberdade e da independência entre os Estados.

A igualdade entre Estados é regra firmada na ordem jurídica no plano internacional, e é trazida ao ordenamento interno no artigo 4.º, V, para afirmar que mesmo com todas as diferenças existentes entre Estados soberanos, estes devem ser tratados de maneira isonômica, considerando a sociedade pluralista atual.

Na sequência analisaram-se a autodeterminação dos povos e sua função como regente do Brasil no exterior; importante salientar que, mesmo com a globalização crescente e constante, no contexto de supranacionalidade em que vivemos, deve-se preservar o direito de o Estado soberano se autogovernar. Não se pode aceitar que regras de direito internacional venham a interferir nessa liberdade substancial que todos os Estados detêm para efetivar sua cidadania interna.

Após a análise desses três princípios foi explicado brevemente um caso de grande repercussão no país, o chamado "Caso Cesare Battisti", o qual envolve os princípios do Asilo Político (tratado no último capítulo), independência nacional – soberania e autodeterminação dos povos.

A prevalência dos Direitos Humanos é o princípio que demonstra, de maneira aberta, a preocupação constitucional com os valores intrínsecos da dignidade e da igualdade da pessoa humana. A Constituição também se preocupa com estes valores de Direitos Humanos no artigo 5.º, e principalmente no que se refere à incorporação dos tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos nos §§ 2.º e 3.º. Outros dispositivos constitucionais foram utilizados para embasar esse princípio, tais como o artigo 109 da Constituição e o artigo 7.º do ADCT, que preveem, respectivamente, a incidente de descolamento de competência em caso de grave violação aos Direitos Humanos e a criação do Tribunal Penal Internacional. Por fim, não se olvidou de mencionar a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e como se sucede seu *iter* procedimental.

A cooperação entre os povos para o progresso da Humanidade representa uma cláusula de abertura no ordenamento jurídico pátrio. Para análise desse princípio, foi utilizada a importante conceituação de Estado Constitucional Cooperativo, elaborada

por Peter Haberle, assim como os mecanismos que são utilizados para que realizem os Direitos Humanos num Estado que tem como característica a cooperação.

Nesse mesmo item do segundo capítulo foi explorada a noção de integração em conjunto com a cooperação, para que se pudesse adentrar no princípio estabelecido no parágrafo único do artigo 4.º da Constituição, isto é, o princípio da integração latino-americana. O parágrafo único representa uma norma de alcance geral, que pode ser considerada cláusula autorizatória, porém vaga, para a formação da comunidade-latino-americana; dessa forma, restou imprescindível a análise do Mercosul, suas características, dificuldades, retrocessos e avanços para a formação de uma comunidade latino-americana das nações.

O repúdio ao terrorismo e ao racismo possui grande relevância na política externa exercida pelo Brasil, pois são os males mais intimidadores que a sociedade pode sofrer. Por isso a importância dos conceitos discorridos quando explorado esse princípio. Após a descrição e conceituação desses princípios, analisou-se o emblemático "Caso Ellwanger".

Na parte seguinte, derradeiro capítulo, foi avaliado o princípio da defesa da paz, o qual foi interpretado em conjunto com a solução pacífica dos conflitos e a não intervenção, já que estes são caminhos percorridos para que se alcance a paz. Quanto à conceituação, foi utilizada a clássica obra de Kant – A paz perpétua, para elaborar um conceito e entendê-lo nos termos do que pregam os tratados internacionais que se debruçam sobre a paz.

A não intervenção representa, além de uma força de mirar a paz, um respeito à independência nacional, à soberania dos Estados. Para demonstrar tamanha significância, foi utilizada a Carta das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, as quais, assim como a Constituição Brasileira, priorizam o princípio. Nesta linha, foi explicada quais as ocasiões em que a intervenção é tolerada, como, por exemplo, no caso de intervenção para a proteção dos Direitos Humanos etc.

A solução pacífica dos conflitos é princípio que busca a paz e a segurança internacionais; nesse princípio foram analisados os meios políticos de solução controversa e os meios jurídicos. A política é o substrato maior da diplomacia em qualquer circunstância. Esses meios diferem dos jurisdicionais, pela ausência de um compromisso elementar com o primado do direito.

Por fim, foi esmiuçado o princípio da concessão do asilo político, o qual tem a função de proteger os cidadãos vítimas de perseguição política. Para tanto, foi observado que o asilo político é uma prática que foi consolidada fortemente apenas na América Latina, e como de direito consuetudinário. Foram descritas as duas formas de asilo, diplomático e territorial, sendo que a primeira trata-se de uma simples etapa para se alcançar a segunda.

Os princípios elencados no artigo 4.º da Constituição Federal de 1988 e descritos nesta dissertação formam uma base fixa e traduzem a preocupação do ordenamento jurídico brasileiro em participar ativamente da sociedade internacional e das relações internacionais. A intenção primordial do dispositivo constitucional mencionado é convivência pacífica do Estado Brasileiro na sociedade internacional, partindo da Soberania e Independência nacional, englobando os demais princípios aqui interpretados, para alcançar a manutenção da paz.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elizabeth. **Mercosul & União Européia**: estrutura jurídico-institucional. 3.ed. 2.^a tiragem. Curitiba: Juruá, 2004.

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de direito internacional público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Manual de direito internacional público**. 15.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AMORIM, Celso. **Política externa é uma política pública como as demais. Está sujeita à expressão das urnas**. Entrevista. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=14709>. Acesso em: 03 jan. 2011.

ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1997.

_____. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASSO, Larissa de Santis. Questões sobre a natureza jurídica do direito do Mercosul. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **A integração regional no direito internacional**: o futuro do Mercosul e da União Européia. São Paulo: Lex, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários a constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: por uma teoria geral da política. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

_____. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **Dicionário de política**. 13.ed. Brasília: UnB, 2000. v.2.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de F. Favon Batista e Ariani B. Sudatti. São Paulo: Edipro, 2001.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12.ed. Brasília: UnB, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gubenkian, 1997.

CANELLAS, Alfredo. **Constituição interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed., 2.^a reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTAN, Siegfried Ellwanger. Siegfried Ellwanger: o caso Ellwanger. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 03 maio 2004.

CHOMSKY, Noam. **A nova guerra contra o terror**. Disponível em: <<http://direitosp.freevar.com/pdf/terror5.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre, Sérgio A. Fabris, 1997.

CUNHA, Ciro Leal M. da. **Terrorismo internacional e a política externa brasileira após o 11 de setembro**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 21.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Elementos da teoria geral do estado**. 26.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Refugiados, uma decisão soberana do Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, p.A3, 19 jan. 2009.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. O Mercosul perante o sistema constitucional brasileiro. In: BASSO, M. (Org.). **Informativo Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos estados membros**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 1994.

DANTAS, Ivo. **Constituição federal: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

DOLINGER, Jacob. **Terrorismo do estado no século XX: lições para o século XXI**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo14.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos humanos interculturalidade e racionalidade de existência**. Mimeografado.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Integração e soberania: o Brasil e o Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

GOMES, Eduardo Biacchi. Direito humanitário e terrorismo. In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. **Blocos econômicos: solução de controvérsias**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2010a.

_____. **Manual de direito da integração regional**. Curitiba: Juruá, 2010b.

GOMES, Luiz Flavio. **Tratados de direitos humanos: nível supralegal**. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal>. Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **Prisão civil: Ingo Sarlet, Gilmar Mendes, Häberle e o estado humanista de direito**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br> 22 junho. 2009>. Acesso em: 05 jan. 2011.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Tratados de direitos humanos: nível supralegal. **Revista Juristas**, 27 maio 2007. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/a_2698~p_1~Tratados-de-direitos-humanos:-n%C3%ADvel-supralegal>. Acesso em: 30 maio 2009.

_____. **Constituição brasileira e os tratados de direitos humanos**: conflito e critério de solução. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 27 maio. 2009>. Acesso em: 14 nov. 2010.

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2000.

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1942.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Delrey, 2005.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian, 2005.

_____. A paz perpétua: um projeto filosófico. In: _____. **A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Ed. 70, 1990.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicolas de B. **Fundamentos políticos do direito internacional**. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 1938.

_____. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. São Paulo: Martin Fontes, 2000.

_____. **Princípios do direito internacional**. Tradução de Gilmar Antonio Bedin e Ulrich Dressel. Ijuí: Editora Ijuí, 2010.

LAFER, Celso. Os dilemas da soberania. In: _____. **Possibilidades e paradoxos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982.

_____. **A internacionalização dos direitos humanos**: constituição, racismo e relações internacionais. São Paulo: Manole, 2005.

LEWANDOSWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LOPES, Inez. Breves considerações sobre os princípios constitucionais das relações internacionais. **Consilium – Revista Eletrônica de Direito**, Brasília, v.1, n.3, jan./abr. 2009.

LOPES, Soraya Santos. A efetividade dos direitos humanos e a emenda constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; BRITO, Edvaldo; BAHIA, José Casali (Coord.). **Reforma do judiciário**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. 7.ed. Madri: Tecnos, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. O estado constitucional cooperativo em face da cooperação regional e global. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, n.6, dez./jan. 2006a.

_____. **Estado e século XXI**: a integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

_____. Cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. desafios do estado constitucional cooperativo. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v.391, maio/jun. 2007.

_____. Constituição e cooperação normativa no plano internacional: reflexões sobre o voto do ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinario n.º 466.343-1. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v.9, n.2, jul./dez. 2008.

MATTEUCCI, Nicola. Soberania. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 12.ed. Brasília: UnB, 2002.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito internacional público**. 2.ed. São Paulo: Renovar, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais**: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.

_____. **Prisão civil por dívida e o Pacto de San José da Costa Rica**: especial enfoque para os contratos de alienação fiduciária em garantia. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.

_____. O VIII laudo do tribunal arbitral ad hoc do Mercosul e seus fundamentos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v.10, n.41, p.55-68, out./dez. 2002c.

_____. **Tratados Internacionais**: com comentários à Convenção de Viena de 1969. 2.ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

_____. A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. **Jus Navigandi**, Teresina, v.14, n.2107, 8 abr. 2009a. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12584>>. Acesso em: 13 nov. 2010.

_____. **Curso de direito internacional público**. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009b.

_____. **A tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>. 03 de abril de 2009>. Acesso em: 13 nov. 2010a.

_____. **Direito internacional público**: parte geral. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Terrorismo na agenda internacional**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo13.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

MEIRA, Márcia de Brito. A extradição e o refúgio à luz do princípio da dignidade humana. In: MILESI, Rosita. **Refugiados**: realidade e perspectivas. Brasília: Loyola, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 9.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. v.2.

_____. **Direito internacional econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Direito constitucional internacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direito constitucional internacional**: uma introdução: Constituição de 1988, revista em 1994. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MINISTÉRIO DA DEFESA. **Manual de operações de paz**: MD33-M-01. 2.ed. 2006. p.29/30. Disponível em: <http://www.coter.eb.mil.br/html/cepaeb/CEPAEB%20WEB%20SITE/Docs/manuais/ManualOpPaz_MD33_M_01.pdf>. Acesso em: 1.º dez. 2010.

MIRANDA, Jorge. O direito internacional do início de um novo século. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **Desafios do direito internacional no século XXI**. Ijuí: Editora Ijuí, 2007. (Coleção Relações Internacionais e Globalização).

MORAES, Alexandre. **Asilo político**. Disponível em: <<http://abadireitoconstitucional.blogspot.com/2009/12/asilo-politico.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

MULLER, Friedrich. **Democracia e exclusão social em face da globalização**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_72/artigos/artigos.htm>. Acesso em: 23 out. 2010a.

_____. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010b.

NICZ, Alvacir Alfredo. Princípios constitucionais regentes das relações internacionais. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (Coord.). **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/2004 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Racismo**: uma interpretação a luz da Constituição Federal. Disponível em: <<http://clausulapetrea.blogspot.com/2010/04/racismo-uma-interpretacao-luz-da.html>>. Acesso em: 19 nov. 2010.

OBREDGÓN, Marcelo F. Quiroga. **A necessidade da aplicação do direito comunitário no Mercosul**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **A constituição europeia como signo: da superação dos dogmas do estado nacional.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito internacional compendiado.** 11.ed. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1956.

PELEGRINO, Carlos Roberto Mota. **Terrorismo e cidadania.** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero18/artigo11.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2010.

PELLET, Alain DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc. **Direito internacional público.** 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. **A intervenção humanitária no direito internacional contemporâneo.** Coimbra: Editora Coimbra, 2009.

PINTO, Simone Martins Rodrigues. O princípio da não intervenção e a ingerência humanitária. In: PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. **Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos humanos e justiça internacional.** Saraiva: São Paulo, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7.ed., rev., ampl. e atual., 2.^a tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007a.

_____. Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **Desafios do direito internacional no século XXI.** Ijuí: Editora Ijuí, 2007b. (Coleção Relações Internacionais e Globalização).

_____. **A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro.** Disponível em: <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1896785571/Envio2.doc?url=%2FBibliotecaWeb%2FVarios%2FDocumentos%2FBBD_1896785571%2FEnvio2.doc>. Acesso em: 05 nov. 2009a.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

_____. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa** (versão impressa). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742005000100004&lng=pt&nrm=&tlng=pt>. Acesso em: 11 nov. 2010.

RAND, Ayn. **A virtude do egoísmo**. Porto Alegre: Ortiz, 1991.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**: textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo). 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 2.ed. São Paulo: Martins, 1960.

REDIN, Giuliana. **Direito a autodeterminação dos povos e desenvolvimento**: uma análise a partir das relações internacionais. Passo Fundo: Méritos, IMED, 2006.

REIS, Márcio Monteiro. Interpretação constitucional do conceito de soberania: as possibilidades do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Mercosul**: Integração regional e globalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REZEK, Jose Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito internacional público**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WELFFORT, Francisco. **Os clássicos da política**. 8.ed. São Paulo: Ática, 1998.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODLEY, Nigel. **Terrorismo**: segurança do Estado - direitos e liberdades individuais. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/denunciar/terrorismo/ridley_terrorismo.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2010.

RODRIGUES, Luís Nuno. A doutrina de Monroe e a separação de "esferas". **História**, v.25, n.58, p.24-30, jul./ago. 2003.

RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no pós-guerra fria.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: **Coleção Os Pensadores.** 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

_____. **O contrato social.** Tradução de Antonio de Pádua Danesi. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: _____. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SEITENFUS, Ricardo A. S. **Manual das organizações internacionais.** 4.ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2005.

SEIXAS, Rentato. Identidade cultural da América Latina: conflitos culturais globais e mediação simbólica. In: CACCIAMALI, M. C.; BRAGA, Márcio Bobik. **Cadernos de Pós-Graduação em integração da América Latina da Universidade de São Paulo – PROLAN/USP,** ano 7, v.1, n.12, jan/jun. 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Alfredo Canellas Guilherme da (Org.). **Constituição Interpretada pelo STF, tribunais superiores e textos legais:** Constituição da República Federativa do Brasil. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Repertório da prática brasileira do direito internacional público.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 1986.

_____. **A proteção internacional dos direitos:** fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O direito internacional em um mundo em transformação.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VATTEL, Emmerich de. **O direito das gentes (Le Droit des gens).** Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Ijuí, 2008.

VIGEVANI, Tullo; LIMA, Thiago; OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. Conflito étnico, direitos humanos e intervenção internacional. **Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, vl 51, n.1, p.183-213, 2008.

WENDPAP, Friedmann; KOLOTELO, Rosane. **Direito internacional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

WOLOSZYN, Andre Luis. **Aspectos gerais e criminais do terrorismo e a situação do Brasil.** 2006. Disponível em: <http://www.defesanet.com.br/docs/aspectos_socio-criminais_do_terrorismo.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2010.

Sites consultados:

http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitec.nsf/VSTITIOWEBp/quienes_somosp

http://www.corteidh.or.cr/pais.cfm?id_Pais=7

<http://www.itamaraty.gov.br/temas/america-do-sul-e-integracao-regional/unasul>

<http://www.onu-brasil.org.br/doc1.php>

<http://www.mercosul.gov.br/>

<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Honduras/hond05.html>

<http://www.oas.org/CONSEJO/pr/resoluciones/res953.asp>

<http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=3948>

C931

Crippa, Stefania Dib.

Os princípios constitucionais das relações internacionais: estado, direitos humanos e ordem internacional/ Stefania Dib Crippa. - Curitiba: UniBrasil, 2011.

182p. ; 29 cm.

Orientador: Marcos Maliska.

Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, 2011.

Inclui bibliografia.

1. Direito – Dissertação. 2. Princípios constitucionais – Relações Internacionais. I. Faculdades Integradas do Brasil. Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. II. Título.

CDD 340