



COSMOPOLITAN LAW JOURNAL

VOLUME 2, NÚMERO 1, JUNHO 2014

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Conselho Editorial

Profa. Dra. Andrea Pacífico
Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira
Universidade Federal de Roraima

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão

Editor Gerente

Prof. Dr. Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Editores

Prof. Me. Rafael Zelesco Barretto
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)

Prof. Me. Rodrigo Bastos Raposo
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)

Conselho Permanente de Revisores

Profa. Dra. Andrea Pacífico
Universidade Estadual da Paraíba

Prof. Me. André Bezerra Meireles
Universidade Estadual do Maranhão

Profa. Ma. Carolina de Abreu Batista Claro
Universidade de São Paulo (doutoranda)

Prof. Dr. Felipe Kern Moreira
Universidade Federal de Roraima

Prof. Me. Gustavo da Frota Simões
Centro Universitário do Distrito Federal

Prof. Dr. José Manuel Avelino de Pina Delgado
Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais (Praia, República de Cabo Verde)

Profa. Dra. Mônica Teresa Costa Sousa
Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Nitish Monebhurrin
Centro Universitário de Brasília

Profa. Ma. Patrícia Loureiro
Universidade Federal de Santa Catarina (doutoranda)

Prof. Me. Paulo Cesar Villela Souto Lopes Rodrigues
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (doutorando)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
ARTIGOS AVALIADOS.....	8
A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO COSMOPOLITA (Alexandre Sales Cabral Arlota).....	10
EL CONFLICTO DE CRIMEA COMO UN EPISODIO MÁS DE LA DIALÉCTICA TIERRA/MAR EN LA HISTORIA UNIVERSAL (Gerardo Tripolone).....	24
REsp Nº 426.945/PR: REGIME TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E DUPLA TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE IMPOSTOS SOBRE A RENDA (Ivaldo Guimarães Macieira Neto).....	40
REPERCUSSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA” (Priscila Barboza Tavares).....	56
O VALOR JURÍDICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DE SUA POSIÇÃO NA HIERARQUIA DAS FONTES A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA DOCTRINA DO DIREITO INTERNACIONAL (Thiago Moreira Feitosa de Aguiar).....	73
ARTIGOS CONVIDADOS.....	96
A (NÃO) CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS (Ana Cristina Paulo Pereira).....	98
A NACIONALIDADE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO (Carmen Tiburcio).....	131
UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE EXTRADIÇÃO: O BRASIL NÃO É O PARAÍSO PARA OS CRIMINOSOS ESTRANGEIROS (Irene Bogado Diniz e Marcos Vinícius Torres Pereira).....	168
RESENHAS DE DECISÕES.....	200
TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR: REINO DOS PAÍSES BAIXOS <i>versus</i> FEDERAÇÃO RUSSA: O CASO DO ARCTIC SUNRISE (Laíla Antonia Santos)	202
SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM: R <i>v</i> MOHAMMED GUL (Lenara Ferreira Duarte Costa).....	209

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos ao público leitor o segundo número da Revista de Direito Cosmopolita¹. Os artigos que a compõem refletem a pluralidade de ideias e métodos existentes no campo do direito internacional e ilustram a grande aventura que é a busca humana pela compreensão do universo que nos cerca.

Nesses tempos pós-modernos, as grandes narrativas unificadoras parecem nos acenar de um tempo em que a crença na razão e em seus poderes era mais plausível e em que indagações teleológicas ou a busca do segredo da dinâmica da história pareciam os caminhos para iluminar a jornada da humanidade e para controlar o seu destino. As reflexões de Alexandre Arlota e de Gerardo Tripolone evocam essa tradição. O artigo de Alexandre Arlota desenvolve uma defesa do papel a ser desempenhado pelo direito internacional em um mundo que pretenda superar as suas contradições e tornar-se uma comunidade cosmopolita fundada na ética. Gerardo Tripolone, por sua vez, reafirma a pujança da lógica do conflito como impulsionadora das relações entre os Estados retomando categorias do pensamento de Carl Schmitt para analisar a anexação da Crimeia pela Rússia no início de 2014.

No entanto, antes que o leitor salte para o sempre instigante debate acerca da primazia da força sobre o direito ou vice-versa, deve-se chamar a atenção para os artigos seguintes, mais típicos do modo como as mentes estão organizadas nesse princípio de século. A sua marca é a tópica, a localização dos temas em contextos limitados, situando-os perante um quadro conceitual já estabelecido, ou aproveitando para expor as inconsistências de verdades comumente assumidas. Nessa linha temos os trabalhos de Ivaldo Macieira Neto, Priscila Barboza Tavares, Thiago Aguiar e o trabalho em co-autoria de Irene Diniz e Marcos Pereira.

O artigo de Ivaldo Macieira Neto analisa a argumentação em um caso paradigmático da jurisprudência brasileira sobre dupla tributação em matéria de imposto sobre a renda e retoma a ideia de validade para explicar a superioridade do direito internacional. Priscila Barboza Tavares, por sua vez, apresenta outro

¹ DOI desta apresentação: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.14879>.

estudo de caso, desta vez analisando o Caso Gomes Lund. A ênfase do trabalho está nas dificuldades que o princípio da soberania impõe ao cumprimento das obrigações de fazer definidas pela sentença, ao mesmo tempo em que ressalta o efeito pedagógico da decisão. Thiago Aguiar discute sobre a hierarquia das fontes tendo por objeto a posição brasileira relativa aos tratados de direitos humanos e aponta que a tese da suprallegalidade, consagrada no Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, não representou o fim das divergências sobre o tema. Irene Diniz e Marcos Pereira também se dedicam à análise da jurisprudência brasileira, desta vez sobre o tema da extradição, apontando que o Brasil, ao contrário da ideia presente no imaginário, é um país que respeita os compromissos internacionais que determinam a cooperação judicial entre os Estados.

Finalmente, esta edição traz dois artigos de experimentadas internacionalistas. Nesses trabalhos, a perspectiva contemporânea surge na seleção dos temas e a reflexão proposta conduz o leitor, a partir de bases bem concretas, a refletir sobre questões fundamentais do direito internacional. A professora Carmen Tiburcio fala sobre nacionalidade ressaltando o princípio da competência, pelo qual o Estado soberano é o principal legislador na matéria, confrontando-o com os limites que o direito internacional apresenta aos países na definição desse vínculo de fundamental importância. A professora Ana Cristina Pereira, por sua vez, trata do princípio da precaução e de sua insuficiente implementação por parte dos tribunais internacionais, destacando as divergências na doutrina e jurisprudência internacionais quanto à temática e argumentando em defesa de sua juridicidade e de sua aplicação efetiva.

Eis a Revista de Direito Cosmopolita, aos leitores as saudações da equipe editorial e o desejo de que o itinerário que cada um traçar pelos artigos que compõem essa edição seja proveitosa e estimulante.

Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo, Me.
Editor.

ARTIGOS AVALIADOS

Esta seção é composta por artigos submetidos pelos autores à dupla revisão cega por pares.

A GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO COSMOPOLITA

Globalization and Cosmopolitan Law¹

Alexandre Sales Cabral Arlota²

Sumário: 1 Introdução. 2 Desconcentração concentrada e a criação de novas diferenças. 3 Características da contemporaneidade e o direito. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo visa a traçar um panorama geral do fenômeno da globalização, e delinear como característica marcante a difusão de elementos de *estraneidade*, a permear as relações interpessoais. No esteio da internacionalização, estabelecem-se relações atípicas, situações da vida privada a que afetam elementos estrangeiros, desestruturando-se a normalidade decorrente de vínculo exclusivo com um único Estado. Associada à pluralidade, a cognoscibilidade se apresenta como traço definidor da contemporaneidade, sendo que a incorporação de distintas áreas no modelo pós-fordista de produção depende da revelação dos atrativos daquele território, de modo que se evidencie o que ele pode oferecer à ordem global. A globalização, por sua vez, ao mesmo tempo em que permite a integração de novos territórios à ordem internacional, afasta outros tantos, aprofundando assimetrias já existentes, em uma dialética centrípeta e centrífuga. Por sua vez, a ação das transnacionais, desfidelizadas e desenraizadas, leva com alguma reincidência a lógicas fragmentadas, o que facilita a desestabilização dos laços de solidariedade que ligam os povos e os territórios. A emergência de um direito efetivamente cosmopolita funda-se no reconhecimento de que muitos dos desafios contemporâneos não podem ser satisfatoriamente enfrentados de forma desconcertada e, simultaneamente, procura retomar o fundamento ético que se esvai das relações interestatais e interpessoais.

Palavras-chave: Globalização. Fragmentação territorial. Pós-fordismo. Sujeitos de direito internacional. Transnacionais. Direito cosmopolita.

Abstract: On the present academic paper, the author aims to outline the phenomenon of globalization and to assess how the spreading of extraneous elements permeates interpersonal relationships. In the wake of internationalization, atypical relationships are established, situations affected by foreign elements, disrupting the normality due to a unique bond with a single state. Associated with the plurality, cognoscibility is presented as a defining feature of contemporary society, especially because the post-Fordism model depends on the revelation of new areas for investments, in order to evidence what they can offer to this new global order. Globalization allows the integration of new territories, as further precludes others, deepening existing asymmetries in a centripetal and centrifugal dialectic. In turn, the action of transnationals, non-rooted and disloyal agents, leads to a fragmented logic, what facilitates the destabilization of bonds of solidarity that bind the peoples and territories. The emergence of a truly cosmopolitan law is founded on the recognition that many of today's challenges cannot be adequately addressed in a staggered manner and simultaneously seeks to resume the ethical foundation that now fades from interstate and interpersonal relationships.

Keywords: Globalization. Territorial fragmentation. Post-Fordism. International Law subjects. Transnationals. Cosmopolitan law.

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.10023>.

² Professor Substituto de Direito Internacional Privado e Direito Civil da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); Mestre em Direito Internacional - UERJ; Graduado em Direito - UERJ; Secretário Geral da Comissão de Direito Marítimo, Portuário e do Mar - OAB-RJ (mandato triênio 2013-2016); Membro da AIPN – Association of International Petroleum Negotiators; Membro do IBP - Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis; Membro da International BAR Association; Membro do Instituto Brasileiro de Direito da Construção - IBDIC.

1 INTRODUÇÃO

A globalização não se constitui como fenômeno recente; sendo, em verdade, o desdobramento de processo imemorial de internacionalização da atividade humana³, o qual se intensificou no último século, em decorrência da introdução de novos meios de comunicação e transporte, bem como do incremento da dinamicidade daqueles já existentes. ⁴

Inclui-se, nas principais repercussões da intensificação dos fluxos de bens, pessoas e informações e da aceleração do contato entre diferentes nações, o forjar de uma nova divisão internacional do trabalho: se, no passado, as economias de aglomeração foram preponderantes para o sucesso da onda industrializante, amplamente dependente da proximidade a mercados consumidores, a centros produtores de energia e a locais concentradores de mão de obra disponível; na atual fase de internacionalização, tornou-se possível a descentralização espacial da produção – a qual se orienta, precipuamente, pela busca de maior flexibilidade trabalhista, ambiental e fiscal. ⁵

³Para Rudolph Dolzer e Christoph Schreuer, a 1ª e a 2ª Guerras Mundiais marcaram o refluxo de intensa onda de internacionalização da economia, a qual seria retomada apenas em 1945: "Generalizando-se, o papel e a importância dos investimentos internacionais aumentaram, na modernidade, em duas grandes ondas. Na primeira, de 1870 a 1914, uma nova dimensão de mobilidade internacional levou ao crescimento dos investimentos internacionais. Em uma perspectiva legal, essa profunda alteração foi acompanhada por leis internas, que abriram as fronteiras econômicas, sobretudo em face da ausência de acordos internacionais, os quais se limitavam às telecomunicações e à facilitação do transporte, essa primeira onda fundou-se na mudança da dinâmica de relacionamento entre as economias nacionais. Esse primeiro período moderno de internacionalização econômica foi suspenso em 1914, pela I Guerra Mundial e os subsequentes problemas econômicos da década de 1920; e, depois, pela II Guerra Mundial. Após 1945, o ritmo de investimentos estrangeiros se acelerou lentamente e chegou a um primeiro pico nos anos de 1990, quadruplicando entre 1990 e 2000, novamente estimulados pelo desenvolvimento tecnológico e pela redução dos custos de transporte." (Tradução livre do Autor) DOLZER, Rudolph e SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. p. 01. Outros autores identificam as décadas de 1910 a 1950 como um interlúdio protecionista no processo de internacionalização, o qual remeteria a séculos anteriores: "Globalists regard the forty-year interlude of protectionism (c. 1910-1950) as a temporary detour from a longer historical trend towards the construction of a single integrated world economy [...]. From this perspective [...] contemporary economic globalization continues the universalizing project of modernity launched several centuries ago." BAYLIS, John; SMITH, Steve e OWENS, Patricia. **The Globalization of World Politics**. p. 455. Também para Franz Benda-Beckman, Keebet Von Benda-Beckman e Anne Griffiths, o atual incremento dos laços internacionais é resultado de longa trajetória, que remonta à Antiguidade Clássica. Para os autores, a leitura histórica permite entender a globalização como o desdobramento de um processo que, embora marcado por influxos, não constitui fenômeno singular da contemporaneidade. BENDA-BECKMAN, Franz; VON BENDA-BECKMAN, Keebet Von; e GRIFFITHS, Anne. *Mobile People, Mobile Law: An Introduction*. In **Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World**. p. 118.

⁴ "A globalização é, de certa forma, o ápice do processo de internacionalização do mundo capitalista." SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 17.

⁵ "Countless discussions of globalization have highlighted its economic aspects. For example, Milton Friedman, a Nobel-Prize-winning economist, remarks that it has become possible to

Além de promover uma frouxidão regulatória, os Estados se lançam ao oferecimento de vantagens locacionais. Nessa busca ativa por se tornar o destino preferencial de dada parcela de capital, promove-se ferrenha competição, e desestruturam-se os laços de solidariedade que, antes, ligavam diferentes territórios e/ou unidades políticas a um Estado ou comunidade.

Ao Estado caberá conceber arranjos institucionais e socializar os custos de infraestrutura e de segurança necessários ao funcionamento de setores inseridos na economia globalizada. Uma prova disso é a promoção por Estados nacionais da 'guerra dos lugares'. É hoje algo comum, com governos a oferecerem vantagens fiscais e locacionais diversas para a implantação de investimentos e capitais externos às cidades, regiões e países.⁶

Se, por um lado, esse novo arranjo, denominado de *pós-fordista*, permite a produção maciça de bens industriais nos países periféricos, não se mostrou o mesmo capaz de estimular o equilíbrio entre os povos. Inobstante o vetor homogeneizante que se propõe a revelar áreas distantes⁷, evidenciando suas potencialidades de produção, incluindo-as no mercado global, a inserção da periferia se dá, com frequência, de forma subordinada e hierarquizada, conforme acurada crítica de Milton Santos.

Um mercado avassalador dito global é apresentado como capaz de homogeneizar o planeta quando, na verdade, as diferenças locais são aprofundadas.⁸

O meio técnico-científico-informacional não se impõe igualmente sobre o território [...] cada ponto do território modernizado é chamado a oferecer aptidões específicas à produção. É uma nova divisão territorial, fundada na ocupação de áreas até então periféricas e na remodelação de regiões já ocupadas.⁹

Por concentrarem a produção de conhecimento técnico e científico, os países centrais mantêm-se como os mais relevantes pontos de conexão na

produce a product anywhere, using resources from anywhere, by a company located anywhere". BAYLIS, John; SMITH, Steve e OWENS, Patricia. **The Globalization of World Politics**. p. 452.

⁶ PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 872 e 873.

⁷ "A cognoscibilidade do planeta constitui dado essencial à operação das empresas e à produção do sistema histórico atual." SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 33. Em trecho seguinte da mesma obra, o autor retoma essa ideia: "A vida assim realizada por meio dessas técnicas é, pois, cada vez menos subordinada ao aleatório e cada vez mais exige dos homens comportamentos previsíveis." Idem. p. 63.

⁸ Idem. p. 19.

⁹ SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI**. p. 105.

estrutura internacional. Descentraliza-se a produção; mas, não, a riqueza. Similarmente, o poder de mando continua a ser irradiado do centro – ou sede – do ator econômico, e não de suas filiais, espalhadas pelo mundo. Assim, subsiste a diferença entre os “locais que mandam e aqueles que obedecem”.¹⁰

Não obstante os reiterados esforços dos países hospedeiros em refinar sua legislação interna e desenvolver novas modalidades de atração do capital estrangeiro – inclusive a partir do aporte direto de capital público para o estabelecimento da infraestrutura necessária à ação do ente estrangeiro – há dificuldades na ruptura do caráter circunstancial e na permanência dos investimentos vindos do exterior. A seletividade das fronteiras nacionais, porosas aos voláteis fluxos financeiros, e rígidas aos demais, promove uma ação disruptiva e privilegia a especulação improdutiva.¹¹

Mais que isso, há subversão do papel do Estado, o qual, como defende João Eduardo de Alves Pereira, pretere o bem-estar da população local e se dedica à criação de aptidões no território para as transnacionais.

A economia atual necessita de áreas contínuas, dotadas de infraestrutura coletivas, unitárias, realmente indissociáveis quanto ao seu uso produtivo. Mas esse equipamento chamado coletivo é, na verdade, feito para serviço de empresas hegemônicas. Construídas com dinheiro público, essas infraestruturas aprofundam o uso seletivo do território, deixando excluída ou depreciada a maior parte da economia e da população.¹²

Habitualmente, o capital não se fideliza ao território, e segue obedecendo às diretrizes emanadas dos centros. As transnacionais¹³, destituídas de lealdade

¹⁰ “Se a produção se fragmenta tecnicamente, há, de outro lado, uma unidade política de comando. Essa unidade política de comando funciona no interior das firmas, mas não há propriamente uma unidade de comando no mercado global. Cada empresa comanda as respectivas operações dentro da sua respectiva topologia, isto é, do conjunto de lugares de sua ação, enquanto a ação dos Estados e das instituições supranacionais não basta para impor uma ordem global.” Idem. p. 27. Em outro trecho da mesma obra: “Levando-se em consideração o acúmulo de funções diretoras em certos lugares e a sua falta na maioria dos demais, será lícito admitir que há espaços que comandam e espaços que obedecem? [...] pode-se dizer que há espaços que comandam e espaços que obedecem, mas o comando e a obediência resultam de um conjunto de condições [...]” Idem. p. 264 e 265.

¹¹ De fato, as fronteiras facilitam a entrada de fluxos financeiros, de caráter essencialmente especulativo; mas dificultam a imigração de pessoas, sobretudo aquelas sem qualificação técnica. É essa seletividade das fronteiras aos diferentes fluxos que Milton Santos qualifica como ora *porosas*, ora *rígidas*. SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 83 e 84.

¹² PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 884.

¹³ Seguimos a linha capitaneada por Celso D. de Albuquerque Mello, também eleita por outros ilustres autores, para quem a adoção do termo *transnacional* justifica-se, porquanto há uma nacionalidade da sede controladora. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional**

aos locais em que atuam, emergem, então, como um dos principais veículos desta onda de desconcentração espacial da produção.

Os lucros, por sua vez, revertem-se da periferia ao centro tradicional (Estados Unidos, Europa e Japão), com a admissão de alguns poucos membros (China, Coréia do Sul, Cingapura e outras economias emergentes do Sudeste Asiático).

2 DESCONCENTRAÇÃO CONCENTRADA E A CRIAÇÃO DE NOVAS DIFERENÇAS

Se o desejo homogeneizante das forças econômicas expande, com sucesso, a sociedade de consumo, implicando na reprodução de modelos comportamentais cunhados nos países centrais, a que se associa a desconstrução de formas sociais tradicionais, esse processo não se dá na mão única da uniformização. Paralelamente, aprofundam-se diferenças pré-existentes e se criam outras, amparadas, sobretudo, na difusão assimétrica das técnicas.¹⁴

Não se pode deixar de reconhecer que dos centros de onde partem os principais vetores de uniformização - ao mesmo tempo em que transformam o mundo à sua imagem e semelhança - são também moldados por influências que lhe são alienígenas. Tampouco se pode dizer que toda e qualquer área periférica habilitar-se-á à integração, ainda que subordinada, na ordem econômica internacional: apenas as regiões em que se difundem os meios técnicos tornar-

Econômico. p. 105 e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 465.

¹⁴ Apesar de reconhecer a potencialidade de homogeneização, Milton Santos defende que a difusão seletiva de técnicas pelo território resulta no aprofundamento de diferenças já existentes e no estabelecimento de novas: "Os homens não são igualmente atores desse tempo real. Fisicamente, isto é, potencialmente, ele existe para todos. Mas efetivamente, isto é, socialmente, ele é excludente e assegura exclusividades, ou, pelo menos, privilégios de uso. Como ele é utilizado por um número reduzido de atores, devemos distinguir entre a noção de fluidez potencial e a noção de fluidez efetiva. Se a técnica cria aparentemente para todos a possibilidade da fluidez, quem, todavia, é fluido realmente?" SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 28 e 29. Marilda Rosado de Sá Ribeiro e Bruno Almeida também tratam da globalização como estimuladora de novas diferenças: "Outro aspecto corriqueiramente atribuído a esta conjuntura é a chamada 'eliminação das fronteiras', pressupondo a criação de um novo cenário mundial onde os indivíduos estariam cada vez mais próximos. Os valores imbuídos em expressões amplamente utilizadas tais como 'aldeia global' ou 'comunidade internacional' podem levar à conclusão equivocada de que este processo seja natural ou de que não tenha contribuído para o agravamento dos problemas existentes na ordem mundial hodierna." RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno de. **Do Conflito Aparente de Normas no Espaço à Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo**. p. 5.

se-ão aptas a receber os investimentos estrangeiros, criando, a partir de um processo de *desconcentração-concentrada*, macroáreas receptoras de investimento. Isto é, apesar de as novas técnicas se espalharem pelo território de forma mais ampla que no passado, persiste uma tendência de concentração nas regiões tradicionais, pois lá é o território mais apto a responder às demandas dos atores externos. Sobre essa dinâmica, posicionam-se Milton Santos e Maria Laura Silveira:

Como em todos os períodos, o novo não é completamente difundido no território. Todavia os objetos técnico-informacionais conhecem uma difusão mais generalizada e mais rápida do que os objetos técnicos de pretéritas divisões territoriais do trabalho. A área de abrangência dos objetos atuais e das ações associadas é mais ampla. Isso não impede que tantos objetos como ações modernas tendam a concentrar-se em certos pontos e áreas do país. Eis uma das interpretações possíveis da existência, de um lado, de uma Região Concentrada, de apenas manchas e pontos desse meio técnico-científico-informacional, mais ou menos superposto a outras divisões territoriais do trabalho [...].¹⁵

A interconexão entre os diferentes pontos espaciais se dá por meio de redes sobrepostas (ligação reticular), que se conectam aos centros.¹⁶ Assim, a admissão de pontos esparsos de dado território à ordem global pode, ao mesmo tempo, aprofundar o alijamento dos demais – aos quais as modernas técnicas não alcançaram. Conseqüentemente, a globalização suscita e se manifesta por tendências contraditórias, permitindo a conexão de diferentes áreas e a virtual supressão das distâncias; mas, alienando outros tantos territórios.¹⁷

Com a globalização são instalados numerosos nexos extravertidos, na medida em que, havendo a política econômica deixado de privilegiar o mercado interno, a necessidade de exportar conduz a uma lógica competitiva que vai privilegiar relações externas comandadas pelas empresas globais responsáveis pela demanda.

Na medida em que, com o mercado chamado global, cada empresa busca satisfazer-se nos lugares onde as respostas aos seus clamores é mais adequada, tal demanda é errática e o território passa a ter, nas

¹⁵ SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 140.

¹⁶ OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. **Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação**. p. 5.

¹⁷ “Essas técnicas da informação (por enquanto) são apropriadas por alguns Estados e por algumas empresas, aprofundando assim os processos de criação de desigualdades.” SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 39. “Em nossa época, o que é representativo do sistema de técnicas atual é a chegada da técnica da informação, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica. Ela vai permitir duas grandes coisas: a primeira é que as diversas técnicas existentes passam a se comunicar entre elas. A técnica da informação assegura esse comércio, que antes não era possível. Por outro lado, ela tem um papel determinante sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações e, por conseguinte, acelerando o processo histórico. [...] Quando um determinado ator não tem condições para mobilizar as técnicas consideradas mais avançadas, torna-se, por isso mesmo, um ator de menor importância no período atual.” Idem. p. 25

áreas atingidas por esse tipo de relações, uma dinâmica [...] que é também alienada, já que não precisa ter correspondência com os interesses da sociedade local ou nacional. Novas formas de compartimentação do território ganham relevo e são capazes de impor distorções ao seu comportamento: são as novas caras da fragmentação territorial.¹⁸

O fato de que aqueles pontos, que se ligam às redes internacionais, obedeçam, quase que instantaneamente, aos interesses externos - funcionando a partir de motivações exógenas - implica na ruptura da integração no seio social.¹⁹

Não por acaso, recrudesceram, nas últimas décadas, movimentos emancipacionistas como o Separatista Basco, dirigido à formação de um Estado Catalão. Em apertada simplificação, observa-se a superveniente incapacidade de determinadas áreas identificarem-se com outras que compõem um mesmo território.²⁰ O próprio terrorismo poderia ser interpretado, sob essa ótica, como movimento de reação à tendência uniformizadora contemporânea de imposição dos valores ocidentais e, por conseguinte, da dissolução de tradições históricas.²¹

Há, portanto, umbilicalmente associada ao movimento de unificação de mercado a fragmentação territorial. Nesse sentido, contrapõem-se aos vetores

¹⁸ SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI**. p. 254.

¹⁹ “A globalização traz uma tendência de fragmentação territorial, segregando áreas, cidades e regiões ricas e modernizadas daquelas que vão se tornando cada vez mais pobres e incapazes de acompanhar um mundo marcado, entre outros aspectos, pelo crescente poder da mídia internacional. Isto atinge diretamente o Estado nacional, que pode assistir ao surgimento de forças centrífugas que põem em risco sua integridade.” PEREIRA, João Eduardo de Alves. *Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI*. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Caçado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 872 e 873.

²⁰ O impulso a racionalidades externas, em detrimento de uma visão localista, é, com extrema propriedade, denominado por Milton Santos de *esquizofrenia do território*: “O território tanto quanto o lugar são esquizofrênicos, porque de um lado acolhem os vetores da globalização, que neles se instalam para impor sua nova ordem, e, de outro lado, neles se produz uma contra-ordem [...]”. SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 114.

²¹ HOBBSAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. p. 94 a 96. Especificamente sobre a Revolução Iraniana e o aprofundamento do fundamentalismo religioso, Henrique Altemani de Oliveira e Antônio Carlos Lessa expõem: “O Irã significou um desafio para o Ocidente sobretudo pela sua capacidade de congregar grande número de pessoas identificadas com o fundamentalismo islâmico e por ter assumido um caráter declaradamente antiocidental. Isso se deve ao fato de que por muito tempo o destino do Irã e de todo o Oriente Médio foi determinado a partir de fora, sob influência europeia e norte-americana. Ademais, a Revolução foi francamente uma reação associada a uma profunda rejeição aos valores relacionados ao Ocidente. Mas não é só isso. O objetivo dos aiatolás era também purificar o próprio mundo islâmico.” In OLIVEIRA, Henrique Altemani; LESSA, Antônio Carlos. **Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação**. p. 112.

homogeneizantes manifestações de rejeição e resistência, irredentas à desestabilização das formas de vida tradicionais.²²

3 CARACTERÍSTICAS DA CONTEMPORANEIDADE E O DIREITO

O primeiro elemento da sociedade pós-moderna que afeta o Direito é a pluralidade ou o pluralismo: pluralidade de sujeitos, pluralidade de agentes no mercado, pluralidade de vínculos obrigacionais.²³

Neste sentido, mesmo uma família, descrita como *típica* - aquela formada por pessoas de uma só nacionalidade, domicílio em um só país, adeptas de uma só religião, criadas em uma só cultura, a manter contato aparente com um só Estado soberano – seria, na visão atual, uma pluralidade, face aos diferentes sujeitos que a integram e aos interesses e direitos que ali coexistem e, por vezes, colidem. Há, ainda, relações outras, as quais apresentam elementos de internacionalidade, a romper a ficção de tipicidade ou normalidade do vínculo com um único Estado ou dado ordenamento jurídico. De fato, o incremento da internacionalidade traduz-se na difusão desses elementos de *estranheidade* a permearem as relações interpessoais; sendo que, com maior frequência, observam-se as chamadas relações atípicas.²⁴

Em adição à aplicação de regras de diferentes ordenamentos jurídicos, justificável, e até recomendável; ressalta-se, em meio a relações que crescentemente comportam elementos internacionais, outra característica: a emergência de novos atores, capazes de contrair obrigações e de titularizar direitos no plano internacional, sendo – portanto – reconhecidos como sujeitos de Direito Internacional.²⁵

²² “Com a globalização, todo e qualquer pedaço da superfície da Terra se torna funcional às necessidades, usos e apetites de Estados nesta fase da história. [...] Redefinida em função das características de uma época, a compartimentação atual distingue-se daquela do passado e frequentemente se dá como fragmentação. [...] Já a fragmentação revela um cotidiano em que há parâmetros exógenos, sem referência ao meio.” SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização**. p. 81.

²³ JAYME, Erik. **Curso de Haia de 1995 - Identité Culturelle et Intégration: Le Droit Internationale Privé Postmoderne**.

²⁴ MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 319-350.

²⁵ “A sociedade internacional [...] ilustra a dimensão internacional das normas jurídicas do direito interno, e abriga inter-relações entre empresas e diferentes Estados”. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. p. 24.

O resgate de concepção *privatista*, em oposição a uma teorização meramente estatal, passa pela readoção sistemática da expressão *Direito das Gentes*, a qual remonta à designação romana *Ius Gentium*²⁶ - usada para tratar dos temas atinentes ao Direito Internacional. Após a enunciação da soberania estatal como postulado básico, na Paz de Westfália²⁷, e o subsequente nascimento dos Estados nacionais no pós-Revolução Francesa, o Direito Internacional passou a tratar fundamentalmente das questões estatais, reconhecendo-se apenas o Estado como destinatário de normas no plano internacional. Na transição do século XIX para o XX e, em especial, após a derrota dos regimes nazifascistas, em 1945, a partir de quando se difundiram os Direitos Humanos, passou-se a reconhecer a voluntariedade e o poder de outros atores, a exemplo dos indivíduos, a moldar o plano internacional.²⁸⁻²⁹⁻³⁰

²⁶ “Os romanos tinham um profundo respeito pela organização e pelas leis. O direito unia todo o império e era um ponto de referência essencial para todos os habitantes desse gigantesco domínio. O direito romano primitivo (o *jus civile*) aplicava-se somente aos cidadãos romanos. [...] O *jus civile* era totalmente incapaz de fornecer uma estrutura adequada a uma nação em expansão e desenvolvimento. Essa necessidade foi atendida pela criação e progressiva ampliação do *jus gentium*, que fornecia normas simplificadas para governar as relações dos cidadãos romanos com os estrangeiros e destes entre si.” SHAW, Michael N. **Direito Internacional**, trad. Marcelo Bandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antonio de Oliveira Sette-Câmara, rev. Marcelo Brandão Cipolla. p. 205.

²⁷ A Paz de Westfália pôs fim, em 1648, à Guerra dos Trinta Anos, lançando as bases para o moderno sistema estatal europeu.

²⁸ “[...] a perda de exclusividade da ação internacional do Estado, o desafio que este passou a enfrentar com a emergência de outros atores políticos, como as ONGs, os grupos de interesses internacionais, as internacionais religiosas e as grandes corporações internacionais, bem com de outros sujeitos de direito na ordem pública mundial, como o ser humano individualmente e as organizações internacionais, acentuando que a compreensão desse quadro pós-Westfália só se daria numa perspectiva multidisciplinar.” PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 884.

²⁹ “[...] os indivíduos compõem o conceito contemporâneo de Direito Internacional Público, ao lado dos Estados e das Organizações Internacionais intergovernamentais. A condição dos indivíduos como detentores de personalidade jurídica internacional é uma das mais notáveis conquistas do Direito Internacional Público do século XX, lograda em decorrência do processo de desenvolvimento e solidificação dos Direitos Humanos. [...] Não vemos como pode ser negada a personalidade jurídica internacional dos indivíduos atualmente, principalmente levando-se em conta o ocorrido após a eclosão da Segunda Guerra quando os indivíduos passaram a ter direitos próprios, estranhos às normas endereçadas aos Estados, tendo sido dotados, inclusive, de instrumentos processuais para vindicar e fazer valer seus direitos no plano internacional.” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. p. 343.

³⁰ Embora exista uma redefinição do papel estatal, a exemplo da flexibilização da soberania – definida por Celso D. de Albuquerque Mello como um feixe de competências que o Estado possui e lhe é dado pela ordem jurídica internacional, o Estado subsiste como ator decisivo; não se podendo concordar com a concepção de *morte do Estado*. Entre outros, Samuel Pinheiro Guimarães rechaça a concepção do ocaso estatal: “A despeito dos argumentos sobre o gradual desaparecimento do Estado e de sua substituição por organizações não-governamentais ou pelas grandes empresas transnacionais, o fato é que o Estado foi, é e continuará a ser o principal ator

Não foram, porém, os indivíduos os únicos atores a se destacar internacionalmente nesta *globalização*: em relação às empresas transnacionais, faz-se imperioso chamá-las à responsabilização³¹, porquanto funcionam e obedecem a uma ótica própria - desterritorializada e desconexa da racionalidade dos locais em que agem.

Atuam, a partir de uma política externa própria, cunhada pelos interesses do centro de comando, onde se localiza a matriz, lançando-se aos demais mercados e segmentam a instância de tomada de decisão (na sede) do restante do mundo:

[...] como principal característica das empresas transnacionais, a capacidade de orientar, centralizadamente, as suas operações em diversos pontos do mundo, através de um planejamento global, inclusive no que diz respeito aos programas de pesquisa e de desenvolvimento e às metas financeiras, na busca pela mitigação dos custos, aumento de sua influência e expansão dos seus mercados consumidores. Nesse contexto, a referida empresa atua como se existisse um mercado mundial, no qual ela possa operar em várias localidades, de modo que os mercados nacionais são menos importantes que o mundial, no que diz respeito à tomada de decisão das empresas, sendo certo que as mesmas relativizam a preocupação com os interesses locais. O controle das filiais ou subsidiárias, em todos os aspectos, é pressuposto da coordenação de seus objetivos globais.³²

Essa responsabilização, na esfera internacional, pressupõe o enquadramento desses agentes como sujeitos de Direito Internacional, titulares de direitos e vinculados a obrigações no plano supraestatal.³³

A economia global, para seu melhor funcionamento, requer uma sociedade, que, por sua vez, se fundamente em sistema efetivo de Direito. As transações devem ser baseadas em instrumentos legais que propiciem confiança, e os Estados devem organizar suas competências segundo a boa governança;

do sistema internacional.” GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos anos de periferia**. p. 53.

³¹ “Celso Mello soube identificar a relevância das empresas transnacionais na vida internacional, reconhecendo-as como sujeitos de direito internacional, com normas de DIP a elas dirigidas.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. *In* RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. p. 26.

³² RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional. *In* DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 463.

³³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. p. 103.

mediante a promoção de controle legal do poder econômico, público ou privado, e da coibição a distorções à competição.³⁴

A complexidade jacente assevera a necessidade da cooperação e da coordenação, conduzidas preferencialmente por órgãos e mecanismos multilaterais. A ação concertada – balizada pelas regras de conduta de órgãos efetivamente multilaterais – outorga a legitimidade necessária à ação internacional, inclusive no plano do Direito.³⁵

Para Ricardo Lobo Torres, a ideia racional de uma comunidade pacífica e perpétua, formada por todos os povos da terra (mesmo quando não sejam amigos), entre os quais podem se estabelecer relações, não é um princípio filantrópico (ético), mas um princípio jurídico. Este direito, como a união de todos os povos e com relação a certas leis universais, poderia ser chamado de *direito cosmopolita*. Ricardo Lobo Torres vai além, e faz a defesa enfática de que o direito cosmopolita abranja os direitos humanos no espaço supranacional. A integração regional e, no caso europeu, seu corolário – a cidadania comunitária; a proteção ao meio ambiente (somente eficaz se articulada no plano transcendente aos Estados); o controle dos conflitos armados; a defesa da construção de espaços decisórios democráticos e multilaterais; o reconhecimento de fontes não estatais, e até as não governamentais, como legítimas e válidas normas internacionais; todas essas manifestações são apontadas como vetores, a impulsionar o direito cosmopolita.³⁶

A percepção de que fatores locais podem afetar todo o sistema internacional também reforça a necessidade de que o campo de pesquisa não

³⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. p. 39. Em sentido distinto, dispõem, contudo, Michael J. Trebilcock e Robert Howse: “In a world where (apart from background rules of contracting) government action does not influence the allocation of productive resources, markets themselves should generate optimal levels of foreign investment. In such a world, government intervention would, almost by definition, distort the allocation of productive resources”. TREBILCOCK, Michael J. e HOWSE, Robert. **Regulation of International Trade**. p. 443.

³⁵ “O interesse particular, quando se projeta multilateralmente, deve estar amparado pela demonstração de que serve ao coletivo.” FONSECA JR, Gelson. **O Interesse e a Regra – Ensaio sobre o Multilateralismo**. p. 24. “Outro princípio essencial na sociedade contemporânea é o da cooperação internacional. A própria lei de coexistência entre os Estados foi substituída por uma lei internacional da cooperação.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. p. 29.

³⁶ TORRES, Ricardo Lobo. A Afirmação do Direito Cosmopolita. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. p. 919-940.

mais se constanja às economias centrais e ao estudo dos ordenamentos jurídicos adotados apenas por esses países. O conceito de *community of shared risks*, como preceitua Habermas³⁷, espraia-se, portanto, como um dos principais fatores para que se incorporem outros Estados no esforço de prevenção e combate de crises na esfera internacional.

4 CONCLUSÃO

A urgência em se responder satisfatoriamente aos desafios contemporâneos guia o Direito na atualidade. Não pode, contudo, a legitimidade das críticas às assimetrias do comércio internacional turvar a percepção de que os investimentos abarcam uma dimensão concreta, e que servem de irrenunciável estímulo econômico ao local que os recebe. E é também em relação a esse aspecto prático – associado à busca de estabilidade nas relações privadas – que o Direito Internacional oferecerá ferramentas, antecipando eventos, mitigando riscos, reduzindo a aleatoriedade das circunstâncias e estabelecendo uma previsibilidade mínima das condutas.

O reconhecimento das transnacionais como sujeito de direito internacional comporta o imperativo de responsabilização desses agentes que imprimem uma lógica própria aos diferentes locais, não raro desconexa das tradições e das necessidades nativas.

A proposta de um *direito cosmopolita* procura, assim, redirecionar o direito internacional a um fundamento ético, permeado indissociavelmente pelo princípio da solidariedade, que a *guerra de lugares* vem paulatinamente desconstruindo.

REFERÊNCIAS

BAYLIS, John *et al.* **The Globalization of World Politics**. Oxford: Oxford Press, 2009.

BENDA-BECKMAN *et al.* Mobile Law: an introduction. In:_____. **Mobile People, Mobile Law: Expanding Legal Relations in a Contracting World**. Surrey, UK: Asggate, 2005.

DOLZER, Rudolph e SCHREUER, Christoph. **Principles of International Investment Law**. Oxford: Oxford University Press, 2008.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Learning by Disaster? A Diagnostic Look back on The Short Twentieth Century**. p. 317.

FONSECA JR, Gelson. **O Interesse e a Regra – ensaios sobre o multilateralismo**. Brasília: Paz e Terra, 2008.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Quinhentos Anos de Periferia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Learning by Disaster? a diagnostic look back on the short twentieth century. **Constellations** 5, n. 3, 1998.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, Democracia e Terrorismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JAYME, Erik. **Identité Culturelle et Intégration: le droit internationale prive postmoderne**. Curso de Haia de 1995.

LAFER, Celso. O Impacto de um Mundo em Transformação no Direito Internacional. In DUPAS, Gilberto; LAFER, Celso e DA SILVA, Carlos Eduardo Lins. **A Nova Configuração do Poder Mundial**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima, Ensaio para uma Introdução ao Direito Internacional Privado. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso D. Albuquerque. **Direito Internacional Econômico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Henrique Altemani e LESSA, Antônio Carlos. **Política Internacional Contemporânea: mundo em transformação**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, João Eduardo de Alves. Geopolítica e Direito Internacional no Século XXI. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá; ALMEIDA, Bruno. A Cinemática Jurídica Global: Conteúdo do Direito Internacional Privado Contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v.1, n. 20, 2011.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional. In DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. Parecer sobre a Oitava Rodada de Licitações. In RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Org.). **Novos Rumos do Direito do Petróleo**. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009.

SANTOS, Milton e SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil, Território e Sociedade no Início do Século XXI**. 10. ed. São Paulo: Record, 2008.

SANTOS, Milton. **Por Uma Outra Globalização - do pensamento único à consciência universal**. 15. ed. São Paulo: Record, 2008.

SHAW, Michael N. **Direito Internacional**. Tradução de Marcelo Bandão Cipolla, Lenita Ananias do Nascimento, Antonio de Oliveira Sette-Câmara, rev. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A Afirmação do Direito Cosmopolita. *In* DIREITO, Carlos Alberto Menezes, TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, PEREIRA, Antonio Celso Alves (Org.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TREBILCOCK, Michael J. e HOWSE, Robert. **Regulation of International Trade**. New York: Taylor and Francis Group, 2005.

EL CONFLICTO DE CRIMEA COMO UN EPISODIO MÁS DE LA DIALÉCTICA TIERRA/MAR EN LA HISTORIA UNIVERSAL

The Conflict of Crimea as a New Episode of Land/Sea Dialectic in Universal History¹

Gerardo Tripolone²

Sumario: 1 Introducción. 2 La historia universal es la historia de la lucha entre la tierra y el mar. 3 La tierra contraataca. 4 El viejo derecho de gentes se impone al nuevo. Referencias

Resumen: El presente trabajo aborda la anexión de Crimea por parte de Rusia a comienzos del 2014. Nuestro objetivo es probar un particular modo de interpretación de este acontecimiento a través del pensamiento de Carl Schmitt. Nuestra tesis es que, en clave schmittiana, el conflicto entre Rusia y la Otan puede ser comprendido como un resurgimiento de la lucha entre la Tierra y el Mar. El valor de esta interpretación radica en que posibilita comprender en todos sus alcances la problemática a la par que señala los defectos y desafíos del actual orden mundial.

Palabras claves: Crimea – Carl Schmitt – *Ius Publicum Europaeum* – Tierra/Mar

Abstract: This paper addresses the annexation of Crimea by Russia in 2014. Our aim is to test a particular way to understand this event through Carl Schmitt's thought. Our thesis is that, under the Schmittian point of view, the conflict between Russia and the NATO can be understood as a revival of the fight between Land and Sea. The value of our point of view is, first, the possibility to achieve a complete understanding of the conflict and, second, under our position we can show defects and challenges of actual world order.

Key words: Crime – Carl Schmitt – *Ius Publicum Europaeum* – Land/Sea

1 INTRODUCCIÓN

En un artículo del periódico británico *The Guardian* sobre el conflicto de Crimea y la reciente anexión rusa de este territorio ucraniano, Shaun Walker argumentaba que la visión ideológica de Putin es la de un “resurgimiento del poder conservador en oposición directa con la hegemonía geopolítica y los valores liberales de Occidente”.³ Por otro lado, en una entrevista otorgada por Dmitri Trenini al diario argentino *Página/12*, afirmó que la visión general que Europa tiene de Rusia es la de una “potencia del siglo XIX”.⁴

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.10652>.

² Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas, Argentina – Universidad Nacional de San Juan, Argentina.

³ WALKER, S. Ukraine and Crimea: what is Putin thinking?, **The Guardian** 25/03/2014: <http://www.theguardian.com/world/2014/mar/23/ukraine-crimea-what-putin-thinking-russia>.

⁴ Entrevista realizada por Marcelo Justo, **Página/12**. Buenos Aires. 6/4/2014.

Estas observaciones podrían ser tomadas como una argumentación peyorativa en contra de Rusia. Se establecería, por un lado, como “bueno” los valores liberales y modernos y, al contrario, como “malas” y “obsoletas” las razones “conservadoras” de una potencia decimonónica. Sin embargo, lo sepan o no Walker y Trenini, estas consideraciones entrañan un problema mucho más profundo que es bueno indagar. Eso que Walker llama “conservador” quizás sea, analizado bajo la perspectiva del pensamiento de Carl Schmitt, la visión clásica del *Ius Publicum Europaeum* que se extendió desde el siglo XVII hasta el final del “siglo largo” con la Primera Guerra Mundial, con lo cual, la calificación de Rusia como una “potencia del siglo XIX” quizás no sea tan errada.

Es esta intuición la que anima el presente trabajo. Bajo la óptica del pensamiento schmittiano, el actual conflicto geopolítico no implica, como se ha dicho, el resurgimiento de la Guerra Fría⁵ o la oposición entre el derecho de autodeterminación y el de integridad territorial.⁶ Implica, más bien, una reedición de la dialéctica fundamental de la historia universal, es decir, la dialéctica entre la Tierra y el Mar.

En las páginas que siguen defenderemos una interpretación sobre la crisis de Crimea a partir de las reflexiones schmittianas sobre el orden mundial y el derecho internacional. No haremos una crítica del pensamiento schmittiano, cuestión que en lo referido al derecho internacional hemos abordado en otro lugar.⁷ Nuestro objetivo es utilizar las reflexiones de Carl Schmitt para defender la siguiente posición: la perspectiva rusa del problema de Crimea está anclada, de manera implícita pero evidente, en una visión clásica del derecho internacional. La legitimación jurídica de la anexión de este territorio se fundamenta en los parámetros del antiguo derecho de gentes, de base netamente terrestre, según lo describiera Carl Schmitt. A su vez, la oposición que recibió desde los países Occidentales a tal anexión, proviene de una argumentación que responde al actual paradigma del derecho internacional que, siempre según el jurista alemán,

⁵ WINTOUR, P. Russian actions over Ukraine may create new cold war - William Hague. **The Guardian**. Londres. 17/03/2014: <http://www.theguardian.com/world/2014/mar/17/russian-actions-ukraine-crimea-cold-war-william-hague>.

⁶ BAKER, P. Sovereignty vs. Self-Rule: Crime Reignites Battle. **New York Times**. 8/03/2014. http://www.nytimes.com/2014/03/09/world/europe/crimea-crisis-revives-issue-of-secessions-legitimacy.html?version=meter+at+5®ion=FixedCenter&pgtype=article&priority=true&module=RegiWall-Regi&action=click&_r=0

⁷ TRIPOLONE, G. La Doctrina de Carl Schmitt sobre el Derecho Internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. UNAM. Vol. XIV. 2014.

es el propio de las potencias marítimas. Según Schmitt, este paradigma rechaza cualquier anexión territorial que se haga de forma expresa, permitiendo las intervenciones armadas sólo en caso de lucha por razones “humanitaria”, que, en verdad, son guerras esencialmente discriminatorias.

Bajo parámetros schmittianos, el conflicto enfrenta a Rusia, potencia terrícola por excelencia y a la Unión Europea y los Estados Unidos, absolutamente entregados a la vida marítima. Este conflicto reedita una antigua dialéctica que Schmitt analizó como la base de la historia universal. Una vez más, el pensamiento del jurista alemán es buen orientador para entender los cambios del orden mundial. 1914 es la fecha del inicio de la Primera Guerra Mundial y es también el punto final del *Ius Publicum Europaeum* que hoy parece querer resurgir. Hasta principios de 2014, todos confiábamos en que, para bien o para mal, el progreso del orden internacional dirigía al mundo hacia la lógica cosmopolita e internacionalista propia de los valores liberales de las potencias Occidentales. Sin embargo, cuando creíamos que el paradigma basado en la tierra del *Ius Publicum Europaeum* estaba totalmente enterrado en las trincheras de la Gran Guerra, surgió con toda su fuerza la lógica propia de ese antiguo derecho de gentes a través de la postura política de Rusia en el escenario mundial.

Mucho más que una “vuelta” de Rusia como gran potencia mundial, lo que este conflicto nos está dejando es, en verdad, la muestra de que quizás Carl Schmitt no estaba errado cuando argumentaba que la tensión más importante es la tensión Tierra/Mar y no la que opone Occidente/Oriente ni Norte/Sur ni tampoco la antigua tensión entre Capitalismo/Comunismo.

Nuestro trabajo se desarrollará de la siguiente manera: en un primer momento analizaremos el pensamiento de Carl Schmitt sobre el derecho internacional bajo su propuesta histórico-filosófica, es decir, la de leer la historia a través de una eterna lucha entre el mar y la tierra, entre potencias marítimas y potencias terrestres. En un segundo momento, argumentaremos por qué esa lógica está siendo la guía del actual conflicto entre Rusia y los países Occidentales. Por último, probaremos que la estrategia de Putin y de Rusia en general, en el actual contexto mundial, se basa en un regreso a los parámetros del *Ius Publicum Europaeum* de base territorial.

2 LA HISTORIA UNIVERSAL ES LA HISTORIA DE LA LUCHA ENTRE LA TIERRA Y EL MAR

La tierra, dice Carl Schmitt al comienzo de *Der Nomos der Erde*, tiene una triple relación con el derecho y la justicia: contiene una medida de justicia (ya que sus frutos son la recompensa del trabajo); establece límites firmes (porque es susceptible de demarcación y división territorial) y, finalmente, es signo de un orden (porque manifiesta el “asentamiento de la convivencia humana” a través de la distribución espacial con vallados y cercados).⁸ En el mar no hay posibilidad de hacer estas divisiones. Los frutos extraídos de él son el producto del pillaje, la piratería y la guerra de botín. No hay ley ni ordenación ni hay límites jurídicos. La libertad del mar, originariamente, es libertad de botín.⁹

En la obra de Schmitt, la lucha entre las potencias marítimas y las terrestres es lo que subyace en toda la historia de la comunidad internacional.¹⁰ La importancia de la lucha entre la tierra y el mar no es algo que se le haya ocurrido únicamente a nuestro autor. El jurista alemán más bien lo que hace es tomarlo para sí y aplicarlo a su pensamiento jurídico-político. De hecho, en el capítulo III de *Tierra y mar*, Schmitt argumenta que “el almirante Castex, dio a su libro sobre estrategia el título general *El mar contra la tierra*” lo cual, para el jurista alemán, constituía la continuación de “una gran tradición”.¹¹ Por otro lado, tampoco se puede decir que esta “gran tradición” la haya continuado exclusivamente Castex y Carl Schmitt, ya que geopolíticos de importancia fundamental como Halford Mackinder en 1904 veía “la lucha entre poderío terrestre y poderío marítimo como un tema unificador de la historia”.¹² Dougherty y Pfaltzgraff señalan también la presencia de Geroges Liska como un

⁸ SCHMITT, C. **Der Nomos der Erde im Völkerecht des Jus Publicum Europaeum**. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, p. 13.

⁹ *Ibid*, pp. 13-14.

¹⁰ “Sobre las cimas de la historia universal se manifiestan las disputas de las potencias en lucha con una guerra de los elementos tierra y mar” (SCHMITT, C. La tensión planetaria entre Oriente y Occidente y la oposición entre tierra y mar. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid. N° 8, 1955, p. 8).

¹¹ SCHMITT, C. **Tierra y mar. Consideraciones de la Historia Universal**, trad. Rafael Fernández-Quintaniilla, en AGUILAR, H. O. (prólogo y selección de textos). **Carl Schmitt, teólogo de la política**, México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 250.

¹² DOUGHERTY, J. E.; PFALTZGRAFF, Robert L. **Teorías en pugna en las relaciones internacionales**. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1993, p. 72. Según estos autores, Mackinder marca las derrotas de las potencias marítimas y la primacía de las terrestres a lo largo de la historia. En este punto se puede ver una distancia con lo que finalmente sucedió y con el pensamiento de Schmitt, quien veía el avance irremediable del mar que ganaba cada vez más batallas frente a la tierra.

autor que se dedicó al conflicto entre Estados continentales frente a los Estados marítimos en su libro de 1977 *Quest for Equilibrium: American and the Balance of Power on Land and Sea*.¹³

La distinción entre potencias marítimas y terrestres, para Schmitt, repercute en la configuración del derecho internacional y en las prácticas de la guerra. Para nuestro autor, las guerras que practican las potencias marítimas no tienen límites: las guerras navales son esencialmente totales. Las batallas marítimas, según Schmitt, no entienden de regulaciones y no separan civiles de militares. La guerra marítima no enfrenta militares contra militares, sino que ataca directamente a civiles cortando los suministros de las potencias terrestres. En *Tierra y mar* Schmitt recuerda la imagen mítica que los cabalistas judíos tenían de la historia: una lucha entre el Leviatán (una ballena, imagen de las potencias marítimas) y el Behemoth (un oso, imagen de las potencias terrestres). El Behemoth intenta destruir al Leviatán con sus colmillos y cuernos, mientras que el Leviatán asfixia el hocico del Behemoth con sus aletas. Para Schmitt, esta sería la “imagen mítica” del bloqueo naval de una potencia marítima a una terrestre.¹⁴

Lo propio del Leviatán, es decir, de las potencias marítimas, es asfixiar a las potencias terrestres y esperar su rendición, pero no luchando contra militares, sino cortando los recursos vitales de la población. Alemania no perdió la Primera Guerra Mundial en el frente terrestre, sino a causa de las penurias que la población tuvo que soportar durante cuatro inviernos a causa del bloqueo inglés y su consecuencia: la falta de suministros básicos. Indudablemente esto debió influir en la tesis de Carl Schmitt.

Además, la guerra marítima, para Schmitt, era guerra de botín, es decir, estaba dirigida contra la propiedad privada enemiga e “incluso neutral”.¹⁵ Guerra de botín implica que el único objetivo es el pillaje, no la constitución de un nuevo orden. Sólo se busca afectar la propiedad, sustraerla sin más. La guerra es económica, afecta el comercio y las transacciones internacionales. Es por esto que las potencias marítimas, para Schmitt, no podían constituir un orden estable en

¹³ *Ibid*, pp. 80-81.

¹⁴ SCHMITT, C. **Tierra y mar...**, *loc. cit.*, pp. 350-351. Véase también SCHMITT, C. **El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes**. Trad. Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2014, pp. 5-6.

¹⁵ SCHMITT, C. **Der Nomos der Erde...**, *loc. cit.*, p. 287.

el tiempo, a diferencia del *Ius Publicum Europaeum* de base terrestre y bajo la égida de la Europa continental.

El derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum* de base terrestre, buscaba mantener una ordenación internacional sustentable en el tiempo. El *statu quo* que debía sostenerse era el del equilibrio entre las potencias europeas, lo cual no impedía los cambios territoriales que no alterasen sustancialmente dicho equilibrio. En teoría, ningún Estado podía erigirse en dominador sobre los demás y todos juntos bregaban por el mantenimiento de ese equilibrio.¹⁶ Los nuevos Estados soberanos tenían un objetivo claro en las relaciones internacionales: mantener el equilibrio dentro de Europa haciendo que las desigualdades no sean lo suficientemente grandes como para alterar el orden jurídico internacional.

Ese equilibrio contrastaba con el desequilibrio entre Europa y América recientemente descubierta. Siendo un derecho internacional euro-céntrico, las potencias europeas tomaban al Nuevo Mundo como una tierra de nadie a conquistar, partir y dividir entre los Estados. Todo lo no europeo era ajeno a ese “equilibrio” y el territorio fuera de Europa era territorio libre para la conquista. Esta visión europea de superioridad (superioridad espiritual, diría Hegel y lo tomaría también Schmitt), al menos en parte, mantuvo cohesionada a Europa bajo el mismo régimen jurídico internacional.¹⁷

Esta cohesión no se perdía por las guerras entre naciones europeas, que estaban permitidas por el *Ius Publicum Europaeum* y que eran frecuentes. Estas guerras terrestres enfrentaban a potencias europeas por territorios e intereses europeos y también por el dominio de los territorios libres (todo lo no-europeo). Sin embargo, estas batallas, según Schmitt, no hacían perder conciencia de lo común. La guerra era parte de las opciones que los Estados tenían para resolver sus conflictos, pero reconociendo los beligerantes la existencia política del enemigo y la imposibilidad de aniquilarlo.

Al menos hasta las guerras napoleónicas, en ninguna guerra se buscaba la aniquilación del enemigo, sino sólo imponer los intereses propios. Esta lógica se mantuvo también con la Restauración del Congreso de Viena de 1814 y duró cien

¹⁶ Véase no obstante la advertencia de CAMPDERRICH BRAVO, R. **Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)**. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2003, p. 11 n. 29 y 30.

¹⁷ SCHMITT, C. **Tierra y mar...**, *loc. cit.*, p. 375.

años, hasta el estallido de la Gran Guerra. Esto era posible porque las guerras tenían, como dijimos, objetivos claros que se terminaban cuando se arribaban a ellos. En cambio, las guerras posteriores (ya en la época de Schmitt y más todavía en la nuestra) no tienen fines concretos, sino que buscan la aniquilación del enemigo que subvierte el orden político establecido, o, como dice Luigi Ferrajoli, el “orden/desorden mundial desigual, fundado en el dominio americano”.¹⁸

Bajo la perspectiva schmittiana, este orden-desorden es posible porque el derecho internacional está basado en la concepción del orden mundial propio de las potencias marítimas. El mar, como vimos al principio de este acápite, impide cualquier organización, a diferencia de la tierra. La lucha Tierra/Mar, en Schmitt, es la lucha entre el Orden y la Arbitrariedad. La Tierra es sinónimo de Orden y de Derecho. El Mar es sinónimo de Desorden y Arbitrariedad. La Tierra responde a los parámetros del *Ius Publicum Europaeum*, orden jurídico-político, según Carl Schmitt, claro y predecible, cuya finalidad era mantener la guerra entre potencias europeas acotada, evitando así la aniquilación.¹⁹

3 LA TIERRA CONTRAATACA

Mediante el acuerdo de Helsinki del año 1975 y el “memorándum de Budapest” de 1994, Moscú se obligó frente a Ucrania a respetarle la integridad territorial. Esas obligaciones parecen no ser óbice para que el líder ruso Vladimir Putin mantenga firme su postura tras anexar Crimea y, al momento de escribir estas líneas, no dé señales de cambiar el rumbo.

La violación al derecho internacional que supone no cumplir los tratados firmados, bajo la óptica de Carl Schmitt, no sería tal. Y no porque Schmitt llame a incumplir los pactos, ya que nada estaría más alejado de su concepción del orden mundial. Lo que sucede es que, para el jurista alemán, la ordenación de la tierra es superior a cualquier pacto o tratado: el orden del espacio terrestre es lo que da vida al derecho internacional y no a la inversa. El derecho internacional está en el orden concreto del espacio mundial, independientemente de lo que digan los tratados. El *nomos* de la tierra, es decir, la concreta distribución de los espacios terrestres, no depende de una ordenación positiva de tipo legalista

¹⁸ FERRAJOLI, L. Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México: UNAM. Vol. IX, 2009, pp. 24-25.

¹⁹ Hemos analizado esto en TRIPOLONE, G., *op. cit.*

formalizada en un tratado. El *nomos* es “la plena inmediatitud de una fuerza jurídica no atribuida por las leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la *legitimidad*, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley”.²⁰

Más adelante agrega que

La verdadera base de esta ordenación de Derecho de Gentes no eran los compromisos precarios que contraían por sí mismas las voluntades soberanas, sino *la pertenencia a un sistema de equilibrio espacial* que era sentido como algo común.²¹

Primero está la ordenación espacial y ésta, en un momento posterior, dará sentido a la legalidad de los textos. La ordenación espacial es la fuente última de legitimidad jurídico-internacional y, por tanto, para que los tratados sean legítimos, tendrán que tomar en cuenta la legitimidad otorgada por la ordenación espacial. La inversa no se cumpliría, es decir, la ordenación internacional no obtiene su legitimidad de acuerdos o pactos internacionales.

En este sentido se entiende la argumentación de Rusia para anexar Crimea y la poca importancia que se le da a los tratados firmados por la Unión Soviética en 1975 y por la naciente Federación Rusa en 1994. Esos tratados que prohibieron la violación de la integridad territorial ucraniana, en la visión schmittiana del *Ius Publicum Europaeum*, no tendrían valor, ya que irían en contra de lo que el orden concreto de la tierra impone: Crimea, por su historia, su composición étnica y por el sentimiento de pertenencia del pueblo ruso (tanto el que vive en territorio ruso como aquellos que viven en Crimea), forma parte del Estado ruso.²² No se puede legitimar, bajo la óptica schmittiana, un cambio del orden terrestre mediante un tratado que no toma en cuenta el orden y las circunstancias concretas del territorio.

Esta es, justamente, la visión de Carl Schmitt del derecho. Frente a las dos posturas dominantes en la primera mitad del siglo XX, el normativismo y el decisionismo, el jurista le opone el “pensamiento del orden concreto”:

La situación concreta [...] no es un presupuesto formal de la norma del que la Ciencia Jurídica pueda prescindir, sino un dato jurídico intrínseco para la vigencia de la norma y una determinación normativa

²⁰ SCHMITT, C. **Der Nomos der Erde...**, *loc. cit.*, p. 42.

²¹ *Ibid*, p. 137 (cursivas nuestras).

²² Más adelante veremos la argumentación de Putin al anexar Crimea, la cual se basó en que ese territorio sería “tierra santa rusa”. Para el premier ruso, la convicción de pertenencia a Rusia ha sido siempre clara, basada en la “justicia y la verdad”.

de la norma misma. Una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, sería un absurdo jurídico.²³

La “novedad” de la teoría schmittiana es la toma de posición frente a la realidad como dato necesario del jurista. El derecho se compone también de la realidad de la vida, de lo concreto de la situación. No deben analizarse sólo las normas, ya que lo jurídico está también relacionado con la situación que regula y de la cual la norma emerge.

Sólo comprendiendo esto puede re-significarse la acusación de las potencias Occidentales sobre el supuesto incumplimiento del derecho internacional por parte de Rusia. La postura de Putin se entiende bien bajo la óptica schmittiana, ya que no sería tanto que Rusia incumpla el derecho, sino más bien que, siempre bajo la mirada de la teoría de Schmitt sobre el orden mundial (que parece ser la óptica jurídico-política de Putin), el derecho no estaba de acuerdo con la realidad concreta que pretendía estar regulado.

El politólogo Ignacio Sotelo afirma que “Los países occidentales apelan al derecho internacional para condenar la anexión, como si esto pudiera surtir el menor efecto”. Basa su postura en que para las grandes potencias el “derecho internacional no juega el menor papel. Putin ha respondido con una larga lista de violaciones del derecho internacional, desde Irak, Kosovo a Libia, de los países de la OTAN”.²⁴ Este tipo de afirmaciones corresponden a una visión escéptica del derecho internacional, según la cual el orden jurídico mundial de nada vale frente al poder y la fuerza. No es el momento de discutir aquí la verdad o falsedad de estas consideraciones. Lo que quisiéramos resaltar es que el punto de vista clásico que Rusia tiene del conflicto explica mejor la situación: no es tanto el fracaso del derecho internacional, sino la muestra de que otro derecho internacional es posible, independientemente de la valoración que sobre él tengamos. Porque, bajo la óptica de análisis de este trabajo, el conflicto no se limitaría al mero uso de la fuerza para violar el derecho internacional, sino al intento de hacer resurgir el antiguo *Ius Publicum Europaeum* de base terrestre.

²³ SCHMITT, C. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Trad. Montserrat Herrero in: SCHMITT, C. **Posiciones ante el Derecho**. Madrid: Tecnos, 2012, p. 267.

²⁴ SOTELO, I. Occidente frente a Rusia. **El País**. Madrid. 31/3/2014

Lo interesante de todo esto es que la óptica schmittiana (que, al ser una potencia terrestre, es la óptica de Rusia en estos momentos), permite comprender los fundamentos rusos de la anexión de Crimea, al tiempo que posibilita desarticular los argumentos de la OTAN. Los EEUU, la UE y las potencias Occidentales han pregonado un respeto al orden jurídico mundial que no parece ser tal, como deja sentado Sotelo. Las fundamentaciones que han esgrimido estos países para cometer las violaciones al orden internacional en Kosovo o Libia (por tomar dos casos), ha sido la protección humanitaria. Más allá de la discusión sobre la legalidad o no de las intervenciones de este tipo, vale decir que la doble vara con la que se manejan los Estados al tomar las decisiones (por caso, la contraposición entre el caso sirio y el libio) podría hacernos pensar que lo que prima es la pura arbitrariedad.²⁵ Lo importante es notar que esta común impugnación al orden internacional es lo que, en parte, hace a Schmitt seguir insistiendo en la necesidad de un orden terrestre claro y predecible. Las ordenaciones terrestres tendrían esas características: Crimea perteneció, por la historia, por la cultura de su pueblo y por su ubicación geográfica, a Rusia, independientemente de argumentaciones humanitarias.

En definitiva, para una concepción antigua del derecho de gentes, no es necesario apelar a los circunloquios usados por las potencias Occidentales cada vez que buscan intervenir un Estado soberano. Rusia no necesitó criminalizar los líderes ucranianos, ni tratarlos de enemigos de la humanidad que forman parte de algún “eje del mal”, como tuvo que hacer George W. Bush para atacar Irak y mantener la amenaza sobre Corea del Norte e Irán, entre otros “Estados canallas”. A lo que apeló Rusia es a una concepción totalmente ajena al actual orden mundial, de ahí la inmediata sorpresa y reacción de la opinión pública.

4 EL VIEJO DERECHO DE GENTES SE IMPONE AL NUEVO

De los análisis políticos sobre la crisis de Crimea que hemos leído (por supuesto, no son ni un mínimo porcentaje de los que se han escrito en el mundo), uno de los que mejor parece comprender el conflicto es el de Celemens Wergin en el diario alemán *Die Welt*. El autor analiza la estrategia de Putin bajo la óptica de

²⁵ No es esta nuestra postura, como hemos argumentado en TRIPOLONE, G. ¿Es posible una Teoría Jurídica sobre la Aplicación de Normas Internacionales por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas?. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. Madrid, N° 26, 2013.

la *Realpolitik* heredera, según Wergin, de Maquiavelo y Thomas Hobbes. Esta estrategia se basaría en el “derecho de la fuerza”, donde los intereses del más fuerte se imponen sobre el resto. Para Wergin, la Europa Occidental debe enfrentar a Putin pero no bajo fundamentos morales.²⁶ Debe hacerlo en el terreno en que Putin está actuando, es decir, desde la *Realpolitik*, basándose en lo peligroso que para Alemania y el resto de Europa sería una desestabilización y un avance imperial de Rusia.²⁷

Algo parecido piensa Thomas Friedman en su columna del 8 de abril en el *New York Times*. Friedman afirma que Putin pretende “jugar” en un terreno donde no hay reglas y, por tanto, para enfrentarlo, los EEUU deberían jugar ese mismo juego. Para “ayudar” a Ucrania y enfrentar a Putin, deberían colocarse también en el campo de las oposiciones fácticas y no en el del derecho internacional. Es por esto que el autor se pregunta si los EEUU están preparados para “jugar sucio”.²⁸

Pueden sacarse varias conclusiones de estos textos. En primer lugar, que reconocen la existencia de una “nueva” forma de relaciones internacionales que sería el puro uso de la fuerza. A lo que Clemence Wergin llama “*Realpolitik*” y Thomas Friedman “juego sucio”, debe oponerse una táctica similar, ya que el derecho internacional no parece alcanzar para “detener” el avance de Putin y “ayudar” a que Ucrania sea “libre” de Rusia (en el caso de Friedman) o, al menos y bajo una óptica realista, a mantener la estabilidad de Europa (bajo la mirada de Wergin). De cualquier forma, esto quiere significar que el actual derecho internacional se manifestaría incompetente para contraponerse a la fuerza del derecho de gentes clásico, a la lógica de la tierra del antiguo *Ius Publicum Europaeum*.

Ahora bien, ni Wergin ni Friedman parecen querer admitir que no es la lógica de la pura fuerza la novedad en el actual conflicto. El poder y las razones

²⁶ Esta descripción, que puede ser desacertada o no, no es comparable a la tosquedad del senador y ex candidato republicano a la presidencia John McCain, quien habló de Putin como un político que vive en un mundo “brutal, cínico, donde el poder es adorado y el débil despreciado” (MCCAIN, J. Obama has make America look weak. **New York Times**. 14/3/2014, http://www.nytimes.com/2014/03/15/opinion/mccain-a-return-to-us-realism.html?_r=0).

²⁷ WERGIN, C. Die verquere Realpolitik-Idee der Putin-Versteher. **Die Welt**. 6/4/2014. <http://www.welt.de/debatte/kommentare/article126629930/Die-verquere-Realpolitik-Idee-der-Putin-Versteher.html>.

²⁸ FRIEDMAN, T. Playing Hokey with Putin. **New York Times**. 8/4/2014. http://www.nytimes.com/2014/04/09/opinion/friedman-playing-hockey-with-putin.html?ref=opinion&_r=0.

de Estado nunca fueron algo ajeno al orden mundial, ni siquiera al posterior a la Carta de Naciones Unidas. La *Realpolitik* fue siempre, al menos en gran medida, el motor de las decisiones políticas internacionales. Lo novedoso en la crisis de Crimea, según intentamos probar, es que la lógica profunda que guía las decisiones de Rusia estaría anclada en el antiguo derecho de gentes que parecía haberse terminado con el comienzo de la Primera Guerra Mundial.

Por lo demás, es cierto que la decisión de Putin de anexar Crimea mediante el referéndum pudo haberse tomado de manera apresurada.²⁹ También podría argumentarse que pudo haber tenido como punto disparador la decisión desde Kiev de eliminar la lengua rusa como idioma oficial en el Este de Ucrania.³⁰ Sin embargo, estas consideraciones no son óbice para afirmar que la lógica profunda que guió al gobierno de Moscú para tomar esta decisión es la propia del derecho de gentes clásico, contrapuesto al (y por tanto incomprendido por los cultores del) derecho internacional actual, de base marítima, siempre bajo el prisma schmittiano.

¿Qué valor tiene explicar la crisis todavía persistente bajo la mirada de Carl Schmitt? En lo absoluto buscamos justificar el accionar ruso ni tampoco querer endilgarle a Putin el adjetivo de “schmittiano” usado comúnmente de forma despectiva. Lo que nos parece revelador del análisis es que, a partir de la obra de Carl Schmitt, es factible profundizar en la comprensión de la lógica rusa en la crisis de Crimea, al tiempo que levanta varias alarmas y llamados de atención al supuestamente consolidado orden internacional actual.

La confrontación que mantiene en vilo al mundo desde febrero de 2014, no es la lucha entre democracia y autoritarismo o entre libertad y despotismo. Occidente, como no se han cansado de señalar los analistas lúcidos, ha cometido demasiadas violaciones al derecho internacional como tener autoridad moral para señalar las actuales ilegalidades de Rusia. Sucede que ese no es el punto central de la controversia. La lucha no es por la legalidad sino por la *legitimidad* del orden mundial que, en el caso concreto como el actual, se manifiesta irreconciliable entre el Occidente marítimo y la Rusia terrestre.

²⁹ MOSI, D. Putin el Grande. **El País**. 31/3/2014.

http://elpais.com/elpais/2014/03/28/opinion/1396008125_051546.html

³⁰ ZAJEC, O. La obsesión anti-rusa. **Le Monde diplomatique**. Buenos Aires: Edición Cono-Sur, n° 178, abril de 2014.

Para las potencias de la OTAN, las intervenciones armadas (Kosovo, Irak, Libia, por tomar algunos ejemplos) y los cambios territoriales (Kosovo, por caso) deben hacerse siempre bajo el manto humanitario o democrático. Es por esto que intentan caricaturizar la imagen de Putin o, peor aún, colocarlo como la encarnación del mal, de la ambición por el poder y el despotismo.³¹ La lógica del actual derecho internacional les impide justificar su accionar en la “concreta ordenación del suelo”, al estilo schmittiano o ruso. La estrategia de las potencias marítimas es la de colocar a ciertos gobiernos o Estados completos como enemigos incivilizados de la humanidad que deben ser aniquilados.³² Deben esconderse las reales ambiciones de dominio mundial y de expansión de su influencia a todo el globo.

Rusia, al contrario, mantiene de manera expresa sus fundamentos para anexar Crimea por razones territoriales y de orden concreto al estilo schmittiano. Crimea es “tierra santa rusa”, dijo Putin, agregando que “siempre ha sido y seguirá siendo parte de Rusia. Esta convicción se basa en la verdad y en la justicia y siempre ha sido clara y se ha pasado de una generación a otra. Ni el tiempo ni la circunstancias lo pueden borrar”.³³

Es absolutamente revelador estas consideraciones de Putin sobre Crimea, ya que muestran que la argumentación rusa sobre su accionar está basada en esa convicción de pertenencia que “siempre ha sido clara”. Es el orden terrestre, no los tratados, lo que funda el orden mundial. Y es la pertenencia territorial, étnica e histórica, lo que hace que Crimea sea rusa. Los tratados podrán decir otra cosa, pero eso no se condice con la concreta ordenación. El paralelismo con la teoría schmittiana del derecho internacional basada en la ordenación terrestre y que no embebe su fuerza de los tratados, es más que evidente.

³¹ El analista y docente argentino Enrique Aschieri argumenta que el hecho de que se presente así al premier ruso, “no deja de ser una tontería más nacida de ese viejo empeño por presentar los acontecimientos para una fácil digestión como conflagraciones entre el bien y el mal. Es muy difícil, si no imposible, encontrar dónde puede haber ‘bondad’ en la arena internacional” (ASCHIERI, E. El juego del TEG. **Cash. Suplemento de economía de Página/12**. 13/4/2014).

³² Esto lo había notado Schmitt mucho tiempo atrás en un texto de 1932 titulado “El imperialismo moderno en el derecho internacional público” (SCHMITT, C. **Conceptos y posiciones en la guerra Weimar-Ginebra-Versalles**. In: AGUILAR, H. O. **Carl Schmitt, Teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 95-113).

³³ Ver: http://internacional.elpais.com/internacional/2014/03/18/actualidad/1395125826_603105.html

Además, Putin mantiene con total evidencia que lo que está en juego es su dominio geopolítico en su zona de influencia y es por esto que decidió “ponerle límites” a Occidente que “pretende arrinconarnos”, según las expresiones usadas por el premier ruso.³⁴ Porque si bien en un primer momento de la crisis utilizó como argumento de la infiltración militar la “protección de ciudadanos rusos”, en última instancia –es decir, cuando se hizo el referéndum y se tuvo que dar explicaciones–, Putin justificó la anexión de Crimea no por razones “humanitarias” ni de protección de civiles. La anexión se basó en la concreta ordenación territorial que indicaría que Crimea es parte integral de Rusia, sin obviar la búsqueda de frenar el avance de la OTAN en las inmediaciones de la potencia euroasiática. Estas claves se tornan más comprensibles bajo el pensamiento de Carl Schmitt.

Es por demás claro que un mundo regido por cualquiera de las dos lógicas será siempre un mundo en peligro y arbitrario para con los países no detentores de poder militar. Los países periféricos sólo contemplamos las luchas entre dos polos de poder que se batan por definir cómo se estructurará el orden mundial, sin tomar en cuenta qué dice la abrumadora mayoría de los Estados en el mundo. El diagnóstico de Donoso Cortés, elaborado 1847, parece tener actualidad: sólo los Estados Unidos, Inglaterra y Rusia pueden permitirse eso que llamamos “política exterior”.³⁵ El resto se adapta a sus paradigmas.

Es este persistente peligro lo que lleva a que, a pesar de que se pregona la paz, el desarme y la convivencia entre naciones, las grandes y medianas potencias continúan armándose e invirtiendo ingentes recursos en preparar sus ejércitos para guerras que supuestamente no existirían. Lo que la crisis de Crimea aporta como novedoso es que la lucha entre la Tierra y el Mar ha resurgido y el antiguo derecho de gentes parece querer emerger luego de cien años de ocultamiento. Al imperialismo marítimo vestido en ropajes humanitarios de Occidente, nuevamente se le opone un imperialismo de base terrestre y clásica.

REFERENCIAS

³⁴ LEE, P. Las razones de Rusia detrás de la anexión de Crimea. **El País**. 23/3/2014. <http://www.elpais.com.co/elpais/internacional/noticias/razones-rusas-detras-anexion-crimea>

³⁵ Citado en SCHMITT, C. **Interpretación europea de Donoso Cortés**. In: AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 231.

- ASCHIERI, E. El juego del TEG. **Cash. Suplemento de economía de Página/12**. 13/4/2014.
- BAKER, P. Sovereignty vs. Self-Rule: Crime Reignites Battle. **New York Times**. 8/03/2014.
- CAMPDERRICH BRAVO, R. **Derecho, política y orden internacional en la obra de Carl Schmitt (1919-1945)**. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2003.
- DOUGHERTY, J. E.; PFALTZGRAFF, Robert L. **Teorías en pugna en las relaciones internacionales**. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano, 1993.
- FERRAJOLI, L. Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, México: UNAM. Vol. IX, 2009.
- FRIEDMAN, T. Playing Hokey with Putin. **New York Times**. 8/4/2014.
- MCCAIN, J. Obama has make America look weak. **New York Times**. 14/3/2014.
- MOSI, D. Putin el Grande. **El País**. 31/3/2014.
- SCHMITT, C. **Conceptos y posiciones en la guerra Weimar-Ginebra-Versalles**. In: AGUILAR, H. O. **Carl Schmitt, Teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- SCHMITT, C. **Der Nomos der Erde im Völkerecht des Jus Publicum Europaeum**. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.
- SCHMITT, C. **El Leviathan en la Teoría del Estado de Thomas Hobbes**. Trad. Francisco Javier Conde. Granada: Comares, 2014.
- SCHMITT, C. La tensión planetaria entre Oriente y Occidente y la oposición entre tierra y mar. **Revista de Estudios Políticos**. Madrid. N° 8, 1955.
- SCHMITT, C. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Trad. Montserrat Herrero. In: SCHMITT, C. **Posiciones ante el Derecho**. Madrid: Tecnos, 2012.
- SCHMITT, C. **Tierra y mar. Consideraciones de la Historia Universal**, trad. Rafael Fernández-Quintanilla. In: AGUILAR, H. O. (prólogo y selección de textos). **Carl Schmitt, teólogo de la política**, México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- SCHMITT, C. **Interpretación europea de Donoso Cortés**. In: AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2004
- SOTELO, I. Occidente frente a Rusia. **El País**. Madrid. 31/3/2014.
- TRIPOLONE, G. La Doctrina de Carl Schmitt sobre el Derecho Internacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**. UNAM. Vol. XIV. 2014.
- WALKER, S. Ukraine and Crimea: what is Putin thinking? **The Guardian** 25/03/2014.
- WERGIN, C. Die verquere Realpolitik-Idee der Putin-Versteher. **Die Welt**. 6/4/2014.

WINTOUR, P. Russian actions over Ukraine may create new cold war - William Hague. **The Guardian**. Londres. 17/03/2014.

ZAJEC, O. La obsesión anti-rusa. **Le Monde diplomatique**. Buenos Aires: Edición Cono-Sur, n° 178, abril de 2014.

REsp Nº 426.945/PR: REGIME TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E DUPLA TRIBUTAÇÃO EM MATÉRIA DE IMPOSTOS SOBRE A RENDA

REsp nº 426.945/PR: International Taxation Regime and Double Taxation with respect to Taxes on Income¹

Ivaldo Guimarães Macieira Neto²

Sumário: 1 Introdução. 2 A Prevalência do Direito Interno e a revogação do diploma internacional – tese vencida. 3 A supremacia do princípio da não-discriminação do regime internacional tributário – a tese vencedora. 4 Um aparte necessário: o regime jurídico tributário internacional e as peculiaridades do sistema constitucional tributário brasileiro e suas normas. 5 Conclusão. Referências

Resumo: A presente resenha trata da decisão proferida por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 426.945/PR intenta conhecer as razões jurídicas que motivaram os votos dos ministros no caso paradigmático, bem como demonstrar a tese prevalente sob uma perspectiva crítica, levando em consideração o sistema constitucional tributário brasileiro e os tratados, além de dimensionar a complexidade da questão discutida pela Corte – Superior Tribunal de Justiça - como dependente não apenas das normas jurídicas estatais, e, finalmente demonstrar a evolução jurisprudencial da Corte a despeito da permanência das controvérsias, pela primazia das normas internacionais.

Palavras-chave: Recurso Especial nº 426.945/PR, dupla tributação, tratado, Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: This review is about the decision made during the judgement of “Recurso Especial nº 426.945/PR” and aims to investigate the legal reasons for the opinions of the Ministers on the case problem as well as demonstrate the prevalent thesis under a critical perspective, taking into account Brazilian constitutional system of taxation and treaties, moreover to scale the complexity of the issue discussed by the Court – “Superior Tribunal de Justiça” - dependent on not only the state legal Standards, and finally demonstrate the jurisprudential developments of that Court, despite the permanence of controversies, for the primacy of international law.

Keywords: Recurso Especial nº 426.945/PR, double taxation, treaty, Superior Tribunal de Justiça

1 INTRODUÇÃO

A proposta ora esboçada gravita em torno da problemática debatida na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 426.945/PR. Por três votos a dois, a Primeira Turma do STJ deu provimento a recurso especial interposto pela empresa Volvo do Brasil Veículos LTDA., que em suas razões recursais arguiu ofensa ao art. 98 do Código Tributário Nacional, bem como às normas oriundas de tratados firmados pelo Brasil, a exemplo do art. 24 da Convenção entre Brasil e Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda.

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.11912>.

² Aluno de graduação do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão.

O arcabouço fático que ensejou a interposição do apelo especial foi a tentativa de procedência da tese previamente lançada em ação declaratória visando o reconhecimento da inexistência de relação jurídica a obrigar a sociedade empresarial recorrente à retenção na fonte e ao recolhimento de imposto de renda sobre dividendos enviados a seu sócio residente na Suécia no ano-base de 1993³.

O acórdão de base, proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região, manteve sentença que julgara improcedente o pedido autoral⁴, sob os seguintes fundamentos: i) inexistência de hierarquia entre leis ordinárias e tratados, tendo a legislação interna (Lei nº 8.383/91, arts. 75 e 77 e Decreto nº 1.041/94, art. 751) revogado o texto convencional que assegurava tratamento não discriminatório; ii) inexistência de violação ao princípio constitucional da isonomia, por ausente a relação de semelhança entre os sócios residentes no Brasil e na Suécia.

O caso ilustra a complexidade do fenômeno da tributação no plano do regime jurídico internacional, bem como serve de paradigma para a constatação de que embora seja prevalente a corrente doutrinária que condiciona a vigência interna do tratado ao ato legislativo de adaptação da norma internacional à norma nacional, a questão da dupla tributação internacional ainda origina dúvidas razoáveis acerca de qual norma aplicar *in concreto*, quando presente circunstância em que aparentemente se mostra antinômica a legislação interna em face de tratado interpretado à luz dos princípios de direito internacional.

Interessa-nos investigar as principais perspectivas relacionadas à dupla tributação de acordo com o regime jurídico tributário brasileiro em contraponto com o regime jurídico internacional, à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça e dos princípios regentes da tributação internacional.

Para tanto, pretende-se: (i) a análise dos fundamentos dos votos dos ministros na ocasião do julgamento do Recurso Especial em questão; (ii) conhecer as teses doutrinárias e jurisprudenciais invocadas nos votos pelos ministros; (iii) demonstrar a tese prevalente, analisando-a sistemática e criticamente, com base nas peculiaridades próprias do ordenamento jurídico brasileiro, bem como com os princípios de direito internacional; (iv) dimensionar

³ REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Rel. Min. Teori Zavascki, p. 2 do Acórdão

⁴ Ibid, p. 2.

a complexidade da questão como dependente não apenas das normas jurídicas emanadas pelo Estado.

Para delineamento da controvérsia, interessa, inicialmente, o conhecimento das duas teses divergentes, com abundantes fundamentos jurídicos, lançadas pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça na ocasião da apreciação da controvérsia.

2 A PREVALÊNCIA DO DIREITO INTERNO E A REVOGAÇÃO DO DIPLOMA INTERNACIONAL – TESE VENCIDA

A tese inicialmente lançada, capitaneada pelo Ministro Relator Teori Zavascki, inicialmente afastou a apreciação acerca de eventual ofensa ao princípio da isonomia em matéria tributária (art. 5º, §2º e art. 150, II, da Constituição Federal) por ser questão constitucional não sujeita à apreciação pela via do recurso especial, restringindo-se o mérito à apreciação de suposta ofensa ao art. 98 do CTN e ao art. 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, ratificada pelo Decreto nº 77.053/76.

Tomando dos argumentos da parte recorrente, o relator recomendou a observação da dicção dos arts. 10 e 24 da Convenção:

Artigo 10

Dividendos

1. Os dividendos pagos por uma sociedade residente por um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são tributáveis nesse outro Estado.

2. Todavia, esses dividendos podem ser tributados no Estado Contratante onde reside a sociedade que os paga, e de acordo com a legislação desse estado, mas o imposto assim estabelecido não poderá exercer:

a) 15 por cento no montante bruto dos dividendos se o beneficiário for uma sociedade (excluindo-se as sociedades de pessoas);

b) 25 por cento no montante bruto dos dividendos em todos os demais casos.

As autoridades competentes dos Estados Contratantes estabelecerão, de comum acordo, a forma de aplicar esta limitação.

Este parágrafo não ofertará a tributação da sociedade com referência aos lucros que deram origem aos dividendos pagos.

3. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplica quando o beneficiário dos dividendos, residente de um Estado Contratante ficam no outro Estado Contratante que paga os dividendos, um estabelecimento a participação geradora dos dividendos. Neste caso, serão aplicáveis as disposições do artigo 7.

4. O termo “dividendos” usado presente Artigo, designa os rendimentos provenientes de ações ou direitos de fruição, ações de

empresas mineradoras, partes de fundador ou outros direitos de participação em lucros, com exceção de créditos, bem como rendimentos de outras participações de capital assemelhados aos rendimentos de ações pela legislação fiscal do Estado Contratante em que a sociedade que os distribuir seja residente.

5. Quando uma sociedade residente da Suécia tiver um estabelecimento permanente no Brasil, esse estabelecimento permanente poderá ai estar sujeito a um imposto retido na fonte, de acordo com a legislação brasileira.

Todavia esse imposto não poderá exceder 15% do montante bruto dos lucros do estabelecimento permanente, determinado após o pagamento do imposto de renda de sociedades referentes a esses lucros.

6. A limitação da alíquota do imposto prevista nos parágrafos 2 a) e 5 não se aplica aos dividendos ou lucros pagos ou retidos antes da expiração do 3º ano calendário, contado a partir do ano em que a Convenção entrar em vigor.

Artigo 24

Não Discriminação

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diferente ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação.

2. O termo “nacionais” designa:

a) todas as pessoas físicas que possuam a nacionalidade de um Estado Contratante;

b) todas as pessoas jurídicas, sociedades de pessoas e associações constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado Contratante.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante possuir no outro Estado Contratante não será menos favorável do que as das empresas desse outro Estado Contratante que exerçam a mesma atividade.

Esta disposição poderá ser interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder às pessoas residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais os abatimentos e reduções de impostos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. As empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente direta ou indiretamente por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

5. No presente Artigo, o termo “tributação” designa os impostos de qualquer natureza ou denominação.

(Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, ratificada pelo Decreto nº 77.053/76).

Analisando ambos os dispositivos, entendeu o relator que o regramento contido no art. 10 gozaria de especialidade em relação ao art. 24, por alinhar-se

perfeitamente à situação fática enfrentada, devendo ser aplicado de modo a reconhecer a possibilidade da tributação, desde que observados os limites quanto à alíquota do imposto, não se havendo de cogitar, pois, da existência de antinomia.

O relator Ministro Teori Zavascki considerou ainda que mesmo se existente fosse a antinomia entre a Convenção e a legislação interna superveniente, permaneceria sem razão a recorrente, tendo em vista que a antinomia se resolveria pela prevalência da legislação interna, conforme ressaltou o ministro, escudando seu raciocínio em antigo posicionamento do Supremo Tribunal Federal⁵.

De fato, a linha argumentativa do Ministro Zavascki encontra ressonância no entendimento jurisprudencial majoritário⁶. Esta inicialmente distinguiu duas ordens de eficácia dos tratados, uma ordem internacional, e a ordem interna, conforme esclareceu o relator:

Na ordem internacional, o tratado possui forma própria de criação e revogação, diferente da forma de criação e revogação das normas que atuam na ordem interna. A revogação das normas internacionais, na ordem internacional, será a denúncia; a revogação da norma interna, na ordem interna, ocorre com lei posterior (Lei de Introdução, artigo 2º).

(...)

Realmente, se a revogação de um tratado integrado à legislação interna somente fosse possível pela denúncia (forma de revogação na ordem internacional) estar-se-ia dando a tal tratado uma condição superior a das próprias normas constitucionais, pois em nossa Constituição inexistente dispositivo considerando irrevogável lei positiva pelo fato de ter sua origem internacional.⁷

Especificamente quanto à resolução de antinomias quando contrapostos diploma legislativo originário de tratado e legislação interna superveniente, materializam-se divergências em setores da doutrina tributarista, especialmente levando-se em conta a dicção do art. 98 do Código Tributário Nacional: “Art. 98. Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

⁵ Nesse sentido: STF, RMS nº 6.575/DF, Rel. Min. Henrique d'Ávila, Data do julgamento: 14/09/1959; e STF, RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Data do julgamento: 01/06/1977.

⁶ STF, RE nº 80.004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, data do julgamento: 01/06/1977; STF, ADIn nº 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, data do julgamento: 04/09/1997; STJ, REsp nº 37.065-5/PR, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, data do julgamento: 15/12/1993.

⁷ REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Rel. Min. Teori Zavascki, p. 6 do Acórdão.

Com efeito, vozes doutrinárias pronunciam-se ora num sentido, ora em outro. Neste ponto, transcreve-se a lição de Hugo de Brito Machado:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, pela prevalência de lei ordinária posterior ao tratado (RTJ 83/809). Tal entendimento fundou-se na ausência, na Constituição Federal, de norma garantidora da supremacia dos tratados em relação à lei ordinária. Em matéria tributária, porém, mesmo em face da orientação jurisprudencial da Corte Maior, tem-se de considerar o disposto no art. 98 do Código Tributário Nacional, de sorte que a lei posterior ao tratado, para prevalecer sobre ele, em matéria tributária, terá de ser uma lei complementar.

(...)

O argumento, porém, é inconsistente.

(...)

Os tratados internacionais, portanto, devem ser respeitados pelo Congresso Nacional, que os referenda, e somente devem ser alterados pela via própria. Não por leis internas.

Por outro lado, a alteração, por lei interna, de um tratado internacional, não tem apoio nos princípios da moralidade, que devem também presidir as relações internacionais. Alterando, por lei interna, regras de tratado internacional, o País perde credibilidade.

Assim, temos fortalecido o nosso entendimento, no sentido de que os tratados internacionais não podem ser revogados por lei interna. Tanto no plano da Ciência do Direito, como no plano ético.⁸

Roque Antônio Carrazza, por sua vez, afirma:

Os tratados internacionais – convém frisarmos – podem versar quaisquer matérias, nada impedindo, pois, cuidem de assuntos tributários.

É bom termos presente, porém, que a fonte primária do Direito Tributário não é o tratado internacional, mas o decreto legislativo do Congresso Nacional que o ratifica. O tratado é, apenas, o pressuposto necessário e suficiente para que o decreto legislativo inove, em caráter inaugural, a ordem jurídica interna.

Percebemos, pois, que é inconstitucional o art. 98 do Código Tributário Nacional quando prescreve que ‘os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

Particularmente inaceitável, ao lume de nossa Constituição, a ideia de que os tratados ‘revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’.

É certo que os decretos legislativos que ratificam os tratados internacionais incorporam-se ao Direito interno brasileiro. Não é menos certo, porém, que quando isso acontece, alojam-se no mesmo patamar hierárquico das leis lato sensu (leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias e resoluções), podendo, deste modo, ser revogados ou modificados pela legislação interna (...) que lhes sobrevenha’.

⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 33^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 86 – 87.

Inexiste, pois, supremacia jurídica dos decretos legislativos que ratificam tratados internacionais (tributários ou não-tributários) sobre as leis federais, estaduais, municipais ou distritais'.⁹

Acompanhando o debate doutrinário, embora ainda seja prevalente o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela paridade entre os tratados e as leis ordinárias internas, em julgamento recente (setembro de 2011), nos autos do RE 460.320, verificou-se indicativo de possível mudança desta orientação, conforme registrou Leandro Paulsen¹⁰, mencionando o Informativo nº 638 do STF:

(...) Ao apreciar a questão de fundo, o Min. Gilmar Mendes teceu considerações sobre a insubsistência da tese da paridade entre leis ordinárias e tratados internacionais no âmbito do Direito Tributário: "(...) Quanto à suposta afronta aos artigos 2º; 5º, II e § 2º; 49, I; 84, VIII, todos da CF, após digressão evolutiva da jurisprudência do STF relativamente à aplicação de acordos internacionais em cotejo com a legislação interna infraconstitucional, asseverou que, recentemente, esta Corte afirmara que as convenções internacionais de direitos humanos têm status supralegal e que prevalecem sobre a legislação interna, submetendo-se somente à Constituição. Saliou que, no âmbito tributário, a cooperação internacional viabilizaria a expansão das operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico, o combate à dupla tributação internacional e à evasão fiscal internacional, e contribuiria para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as nações. O relator frisou, no entanto, que, pelas peculiaridades, os tratados internacionais em matéria tributária tocariam em pontos sensíveis da soberania dos Estados. Demandariam extenso e cuidadoso processo de negociação, com a participação de diplomatas e de funcionários das respectivas administrações tributárias, de modo a conciliar interesses e a permitir que esse instrumento atinja os objetivos de cada nação, com o menor custo possível para a receita tributária de cada qual. Pontuou que essa complexa cooperação internacional seria garantida essencialmente pelo pacta sunt servanda. Nesse contexto, registrou que, tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo reivindicaria a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que diante da legislação infraconstitucional, notadamente no que se refere ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimento colocaria em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional. Reputou que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, conflitaria com princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (art. 27). Dessa forma, reiterou que a possibilidade de afastamento da incidência de normas internacionais tributárias por meio de legislação ordinária (treaty

⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 2012.

¹⁰ PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 14ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 1717.

override), inclusive em sede estadual e municipal, estaria defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual panorama internacional. Concluiu, então, que o entendimento de predomínio dos tratados internacionais não vulneraria os dispositivos tidos por violados. Enfatizou que a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não poderia assumir obrigações nem criar normas jurídicas internacionais à revelia da Constituição. Observou, ainda, que a recepção do art. 98 do CTN pela ordem constitucional independeria da desatualizada classificação em tratados-contratos e tratados-leis. (...) Após, pediu vista o Min. Dias Toffoli. (RE-460320)” (Informativo 638 STF, set/11).

Inobstante, na ocasião do julgamento do REsp nº 426.945/PR em análise, o ministro relator votou pela negativa de provimento ao apelo especial, acrescentando que caso admitido que o referido acordo internacional, analisado isoladamente, conferiria o tratamento fiscal pretendido pela recorrente, permaneceria inviável sua aplicação, pelo fato de a segunda parte do art. 98 do CTN aplicar-se somente em face de tratados contratuais, o que não seria o caso, uma vez que, nos termos do voto do relator, o tratado em tela seria indubitavelmente um acordo normativo.

A corrente capitaneada pelo relator Teori Zavascki foi acompanhada pelo Ministro Luiz Fux, que em seu voto consignou:

A realidade é que hodiernamente a jurisprudência maior fincou um marco de submissão dos tratados a lei interna, fator de relevância maior in casu, porquanto a cognição é exercida por um tribunal de precedentes, cujo escopo não é reiterar a discussão travada senão acompanhar a função uniformizadora de seus julgados e com mais razão do E. Supremo Tribunal Federal, com o que imprime o timbre da isonomia, marcante nos sistemas do common law.

(...)

Deveras, o art. 150, II, da Constituição Federal trata da vedação de discriminação entre os entes federados em nada aplicando-se às sociedades estrangeiras, tanto que, quando o legislador constitucional pretender eximir o alienígena e equipará-lo ao nacional, o fez expressamente, consoante o caput do art. 5º do Texto Maior.

Por fim, sob o enfoque axiológico recebe as bênçãos da razoabilidade a taxaço engendrada, por isso que o capital remetido para alhures não fomenta a economia interna, diversamente se a empresa, mesmo estrangeiras, aqui estivesse situada.¹¹

Sob esses fundamentos, acompanhou o ministro Luiz Fux, quarto ministro a votar, a corrente inicial sustentada pelo ministro relator, sustentada na prevalência, no caso em tela, da legislação interna superveniente, bem como na

¹¹ REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Min. Luiz Fux, p. 34 e 38 do Acórdão.

inaplicabilidade do princípio da isonomia e da vedação de discriminação em matéria tributária.

Embora a fundamentação demonstrada na tese inicial formada pelo ministro-relator tenha se espelhado em precedentes anteriores do próprio Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, conforme já demonstrado, importa ponderar acerca das implicações da argumentação deduzida.

Por um lado, a referida tese acaba por reconhecer que os tratados em matéria tributária representam questão sensível à soberania dos Estados: sendo a política fiscal normalmente elemento importante componente da política macroeconômica dos Estados, o fato de se conferir prevalência à legislação interna superveniente evidentemente evitaria o risco de engessamento da política macroeconômica nacional, dado que as normas firmadas em tratados poderiam ser revogadas pela legislação infraconstitucional superveniente.

Por outro lado, tese da prevalência da legislação superveniente a um só tempo importa na violação da regra *pacta sunt servanda* – que além de regra jurídica, trata-se de verdadeiro imperativo ético -, produzindo consequências na relação de cooperação entre os Estados, prejudicando a manutenção da boa-fé e na segurança jurídica dos acordos, bem como negando vigência a princípios jurídicos tais como o da isonomia e da vedação de discriminação em matéria tributária.

2 A SUPREMACIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-DISCRIMINAÇÃO DO REGIME INTERNACIONAL TRIBUTÁRIO – A TESE VENCEDORA

Logo após o voto do relator, abriu-se corrente dissidente, capitaneada pelo ministro José Delgado, que afirmou que as construções doutrinárias e jurisprudenciais utilizadas pelo relator em seu voto foram constituídas antes da Constituição de 1988, não sendo adequadas ao momento atual.

Discorrendo sobre o alcance do art. 98 do CTN com vistas à resolução do caso em debate, afirma que toda a construção a respeito da prevalência da legislação interna com poder de revogar tratados, equiparando-os à legislação ordinária, foi realizada tendo em vista os denominados tratados-contratos e não os tratados normativos.

Subsequentemente, o Ministro Delgado invocou o chamado princípio internacional da não discriminação tributária, tratado no campo do Direito Tributário como secção do ramo dos Direitos Humanos: “recordo-me bem que a doutrina defende que, em face dos fenômenos globalizantes, deve ser evitada a dupla tributação que, por si só, já representa aquilo que alguém chama de confisco internacional”¹², sendo a dupla tributação entendida como o fenômeno ocorrido quando uma nação tributa um fato gerador, e outra igualmente efetua a mesma cobrança.

O Ministro José Delgado, acompanhando parecer constante dos próprios autos, afirmou que o Brasil adota para o capital estrangeiro um regime de tratamento equiparado (art. 2º da Lei nº 4.131/62), que foi recepcionado pelo art. 172 da Constituição de 1988.

Sustentou que existente um tratamento equiparado acolhido no art. 150, II da Constituição Federal que, embora dirigido à ordem interna, também seria dirigido às relações externas, como resultado da incidência da limitação constitucional ao poder de tributar citada (art. 150, II da CF/88) e da Lei nº 4.131/62.

Embora até tal momento de seu voto o ministro divergente houvesse lançado mão de fundamentos escudados na legislação interna, prosseguiu destacando a relevância de não se olvidar o intérprete, no caso, dos princípios de direito internacional tributário:

No momento em que há um tratado entre o Brasil e a Suécia que, no art. 24, impede a dupla tributação, não obstante o Ministro Relator ter feito a distinção entre nacional e residente, não vejo como permitir-se a dupla tributação, com a devida vênia, nessa visão, porque o conteúdo é principiológico, acima da norma. O objetivo é evitar a dupla incidência.¹³

Na linha argumentativa adotada pelo Ministro José Delgado, o Convênio estaria em harmonia com diversos princípios regentes das relações jurídicas tributárias internacionais, tais quais o princípio da vedação de tratamento discriminatório em matéria tributária e o princípio de uniformidade de tratamento tributário.

In fine, o Ministro José Delgado concluiu seu voto afirmando que no caso específico, não seria aplicável o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela

¹² REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Min. José Delgado, p. 11 do Acórdão.

¹³ REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Min. José Delgado, p. 13 do Acórdão

prevalência da legislação interna em detrimento dos tratados firmados, uma vez que, segundo opinou, a legislação tem aptidão a revogar, contudo desde que em incompatibilidade com os princípios que regem o atual sistema das relações internacionais, uma vez que estes estariam acima das normas infraconstitucionais.

Assim votou pelo provimento do recurso, no que foi acompanhado pelo ministro Francisco Falcão, terceiro ministro a votar, que entendeu pela ausência de relevância do art. 10 da Convenção ao caso concreto, uma vez que este dispositivo limita o percentual do tributo retido, mas não afasta a regra de isonomia.

Coube à ministra Denise Arruda o “voto de Minerva”, uma vez verificado o impasse após a demonstração dos quatro primeiros votos.

Entendeu inicialmente a ministra Denise Arruda ser do alcance do art. 98 do CTN a vedação ao desrespeito ao tratado ou sua alteração por lei interna, motivo pelo qual invocou novamente o art. 24 da Convenção entre o Brasil e a Suécia para evitar a dupla tributação em matéria de impostos sobre a renda, ratificada pelo Decreto nº 77.053/76.

Segundo a ministra, o citado dispositivo da Convenção buscou assegurar que a tributação fosse a mesma entre nacionais e não-nacionais, de forma a especificamente assegurar tratamento isonômico entre sócios de nacionalidades distintas.

Nesta senda, a legislação superveniente – *in casu*, a lei nº 8.383/1991, art. 75 -, maculado o princípio da isonomia tributária, impondo tratamento discriminatório entre os sócios, utilizando como fator discriminador a residência ou domicílio no País:

Art. 75. Sobre os lucros apurados a partir de 1º de janeiro de 1993 não incidirá o imposto de renda na fonte sobre o lucro líquido, de que trata o art. 35 da Lei nº 7.713, de 1988, permanecendo em vigor a não-incidência do imposto sobre o que for distribuído a pessoas físicas ou jurídicas, residentes ou domiciliadas no País.

Art. 77. A partir de 1º de janeiro de 1993, a alíquota do imposto de renda incidente na fonte sobre lucros e dividendos de que trata o art. 97 do Decreto-Lei nº 5.844, de 23 de setembro de 1943, com as modificações posteriormente introduzidas, passará a ser de quinze por cento.

Nos termos dos dispositivos legais *supra*, as pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no Brasil gozariam de isenção do imposto de renda

retido na fonte (IRRF) sobre o lucro líquido apurado no exercício de 1993, e *contrario sensu*, desde 1º de janeiro de 1993, o IRRF incidente sobre lucros e dividendos distribuídos a pessoas físicas ou jurídicas não residentes no Brasil passaria a ser de 15% (quinze por cento), importando em discriminação baseada apenas no domicílio e residência dos sócios, no mesmo período temporal.

Observado o tratamento considerado discriminatório, a ministra Denise Arruda seguiu acrescentando motivação nova à tese pelo provimento do recurso. Partiu do pressuposto de que a Convenção entre ambos os países constitui uma relação de especialidade (norma especial), de modo que o descumprimento da norma constante do art. 24 da Convenção importaria em verdadeiro tratamento discriminatório.

E por fim concluiu a ministra:

Em conclusão, se o tratado deveria ser observado pela lei interna subsequente; se o mesmo tratado conteria uma relação de especialidade; se foi desconsiderado o princípio da isonomia tributária entre os sócios; se houve igualmente discriminação entre os sócios da mesma empresa, cujo descrímen foi fundado apenas no fato residência e/ou domicílio de cada um, a meu ver, está claramente evidenciada a violação do art. 98 do CTN e do art. 24 da Convenção Brasil-Suécia.¹⁴

Nesses termos, votou a ministra Denise Arruda pelo provimento do Recurso Especial, prevalecendo a corrente divergente inaugurada pelo ministro José Delgado no sentido da imposição da norma consignada no tratado, bem como dos princípios regentes da tributação internacional.

Sob o prisma de uma interpretação sistemática das normas jurídicas citadas pelos ministros ao longo do julgamento, a tese divergente vencedora, considerando os princípios e regras passíveis de incidência ao caso, reforçou o caráter normativo dos princípios jurídicos da tributação internacional, impondo sua efetividade.

Não obstante, deve-se observar que a corrente divergente contribuiu – especialmente se levarmos em conta os já citados argumentos deduzidos pela ministra Denise Arruda – para a reflexão da questão sob um ponto de vista distinto da concepção defendida pela corrente representada pelo ministro-relator, visto que a divergência considerou como elementos importantes ao deslinde da controvérsia, as premissas da relação de especialidade do tratado

¹⁴ REsp nº 426.945/PR, excerto do voto do Min. Denise Arruda, p. 46 do Acórdão.

relativamente à legislação interna, e da necessidade de observação das normas consignadas no tratado pela legislação superveniente, conforme expressa redação do art. 98 do Código Tributário Nacional.

3 O REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E AS PECULIARIDADES DO SISTEMA CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO BRASILEIRO E SUAS NORMAS

O julgamento do REsp nº 426.945/PR demonstrou a complexidade das relações jurídicas tributárias alçadas ao plano internacional, quando firmado tratado a vincular os Estados envolvidos.

A formação dos tratados no direito constitucional brasileiro, especificamente sua fase de celebração, revelam tratar-se de um processo que é simultaneamente internacional e interno (art. 21, I, 84, VIII e 49, I, da Constituição Federal).

Assegurando o Estado brasileiro, como o faz, a nível constitucional, a vigência de direitos e garantias decorrentes dos tratados em que é parte (assim mesmo o art. 5º, §2º da Constituição Federal), isso significa, como bem refere seguimento doutrinário¹⁵, que o próprio Estado brasileiro detém o dever de conformar a sua ordem interna com o direito internacional convencional, não podendo portanto emitir leis infraconstitucionais contrárias às normas daquele.

Indubitavelmente contribuiu à divergência delineada, a confusa redação do art. 98, ao referir-se a “revogação” da lei interna pelos tratados. Em verdade, não se afigura razoável conceber um fenômeno ab-rogativo, dado que a lei interna mantém sua eficácia em toda plenitude nos casos excluídos à sua aplicação pelo tratado. Trata-se de verdadeira limitação de eficácia da lei interna a certos casos.

Embora ainda majoritário o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que a lei interna superveniente é capaz de revogar o tratado pelo fato de este possuir status de lei ordinária interna, a bem da verdade tem a doutrina evoluído suas concepções pela possível prevalência da norma internacional, como demonstra Sacha Calmon Navarro Coêlho, em posicionamento inclusive semelhante ao invocado pela ministra Denise Arruda na ocasião do julgamento do Recurso Especial em comento:

¹⁵ Nesse sentido, cf. COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 555.

(...) o Estado brasileiro não quis deixar na disponibilidade do legislador ordinário a vigência de normas de origem não unilateral. Daqui decorrem duas conclusões: (a) a de que o Direito Internacional convencional é colocado na ordem jurídica interna num grau hierárquico superior ao da lei; e (b) a de que, em caso de conflito, o tratado se sobrepõe à lei interna.

(...)

Note-se que a supremacia hierárquica dos tratados sobre as leis internas tem como efeito exclusivo proibir a sua revogação por leis internas subsequentes, não sendo porém fundamento da sua ‘aplicação prevalente’ (*Anwendungsvorrang*). É que, ainda que tratado e lei ordinária tivessem paridade de valor hierárquico, a aplicação prevalente do primeiro resulta diretamente de uma relação de especialidade.¹⁶

Aparentemente, ante ao impasse resultante do entendimento jurisprudencial majoritário, dos princípios regentes da tributação internacional, e do procedimento de recepção pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro das normas oriundas de tratados internacionais, se afigura razoável sustentar a prevalência da norma internacional por conta de uma relação de especialidade, quando verdadeiramente possível no caso concreto.

Navarro Coêlho, recordando-se do magistério de Francisco Rezek, afirmou que “o art. 98 construiu, no Direito Tributário, uma regra de primado do Direito internacional sobre o Direito interno”.¹⁷

Frise-se que a complexidade da matéria não deve ser apenas analisada sob o prisma jurídico-normativo: em matéria tributária, a questão do posicionamento das normas e acordos internacionais em relação ao ordenamento jurídico interno enfrenta dificuldades significativas quando, por exemplo, tratamos do fenômeno da extrafiscalidade.

Ao discorrer sobre a extrafiscalidade, ilustra Leandro Paulsen que

os tributos são utilizados não apenas com finalidade fiscal (obtenção de receita), mas também com a finalidade extrafiscal, o que ocorre, e.g., quando se tributa pesadamente a propriedade que não cumpre sua função social ou quando se utiliza o imposto de importação para regular o comércio internacional.¹⁸

Deste modo, a extrafiscalidade pode nos conduzir a perspectivas diferentes quanto à resolução das aparentes antinomias entre as normas internas e as normas positivadas a partir de tratados internacionais.

¹⁶ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 555 – 556.

¹⁷ *Ibid*, p. 551.

¹⁸ PAULSEN, Leandro. *Op. cit*, 2012, p. 12.

Se, de um lado, no contexto de uma exação com caráter extrafiscal, optar-se pela primazia da norma internacional, sacrificar-se-ão as ferramentas estatais de interferência na conduta dos agentes econômicos nacionais, bem como dos estrangeiros praticantes de atividades econômicas no país.

Mesmo em se tratando de tributo revestido de caráter eminentemente fiscal, a adoção do entendimento em favor da primazia da norma internacional provocaria logicamente impactos inevitáveis no regime de arrecadação fiscal.

Por outro lado, a opção pela prevalência absoluta da norma interna sobre a norma internacional implicaria em violar os princípios regentes da tributação internacional, não se devendo olvidar que cada vez mais tem sido classificados os direitos e garantias dos contribuintes também como direitos humanos.

O alerta acerca da amplitude dos fatores a serem considerados faz-se necessário no momento em que a relação jurídica tributária e as peculiaridades do sistema tributário nacional constituem fatores complicadores adicionais à questão de fundo competente ao direito internacional.

4 CONCLUSÃO

O precedente em comento, longe de tomado ao acaso, foi eleito por constituir verdadeiro paradigma no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da aplicação das normas internacionais obstativas da dupla tributação em face do regime jurídico tributário nacional, e à luz dos princípios de direito internacional atinentes à matéria tributária.

O REsp nº 426.945-PR representou a ampliação do acolhimento da tese da primazia do direito internacional em matéria de incidência das normas consignadas em tratados sobre matéria tributária, contribuindo para uma revisão do entendimento da Corte Superior, baseado na antiga concepção firmada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da primazia da legislação interna.

A questão, contudo, como se faz possível verificar, não se faz adstrita tão somente à discussão jurídico-normativa, vez que envolve também a consideração de variáveis de ordem política e econômica, especialmente quando o entendimento pela primazia da norma internacional acaba por impactar a atividade de arrecadação fiscal do Estado.

A despeito das controvérsias esboçadas, parece indubitável o progressivo refino do entendimento jurisprudencial e doutrinário pela harmonização do

regime jurídico tributário brasileiro com o regime jurídico tributário regido pelas normas – especialmente princípios - de direito internacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao/htm.

BRASIL, **Decreto Legislativo nº 77.053 de 19 de janeiro de 1976**. Promulga a Convenção para evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda Brasil-Suécia. Disponível em: www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/AcordosInternacionais/Suecia/Dec770531976.htm.

BRASIL, **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm.

BRASIL, **Lei nº 8.383 de 30 de dezembro de 1991**. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 1.325.709/RJ**. Recorrente: Companhia Vale do Rio Doce. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **REsp nº 426.945/PR**. Recorrente: Volvo do Brasil Veículos LTDA. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília: 2004.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MARTINS, Victor. **Mantega: MP das coligadas obrigará Vale a se enquadrar**. Estadão, São Paulo, 24 de abril de 2014, Seção Economia, disponível no [sítio eletrônico: http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mantega-mp-das-coligadas-obrigara-vale-a-se-enquadrar,182871e](http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,mantega-mp-das-coligadas-obrigara-vale-a-se-enquadrar,182871e).

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

REPERCUSSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO “GUERRILHA DO ARAGUAIA”

Repercussion of Human Rights Treaties in Brazilian Law: the use of the Inter-American Convention on Human Rights in the “Guerrilha do Araguaia” case¹

Priscila Barboza Tavares²

Sumário: 1 Introdução. 2 Guerrilha do Araguaia. 3 Corte Interamericana de Direitos Humanos – Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. 4 Reparações impostas ao Brasil. 5 Efetividade da sentença. 6 Considerações finais.

Resumo: O gradativo aumento do reconhecimento dos direitos humanos repercute, na mesma proporção, no Direito Internacional, principalmente no que se refere aos tribunais internacionais no exercício de suas competências. Esse estudo foi realizado com o escopo de investigar a efetividade da sentença proferida pela Corte Internacional de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros*, conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, no Brasil. Para tanto, realizou-se a descrição do caso para analisar as implicações no direito interno das obrigações, medidas de reparação e indenizações impostas e qual a repercussão prática do cumprimento da sentença pelo Brasil. Nesse estudo sobressaltam-se as dificuldades de cumprimento das obrigações de fazer impostas frente à soberania do país condenado, relevando-se, por outro lado, a crescente importância do julgado no sistema interamericano com a consolidação de um entendimento normativo que produz, progressivamente, um efeito pedagógico dentro do sistema.

Palavras-chave: Direito Internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Guerrilha do Araguaia. Condenação do Brasil. Efetividade.

Abstract: The increasing recognition of human rights reflected, in the same proportion, in international law, particularly with regard to international courts in the exercise of its competences. This study was conducted with the aim of investigating the effectiveness of the judgment by the International Court of Human Rights, in the case of *Gomes Lund and others*, known as “Guerrilha do Araguaia”, in Brazil. For that, there was the case description to analyze the implications on the domestic law of obligations, remediation and damages imposed and what the practical impact of the completion of the sentence by Brazil. In this study protrude the difficulties of complying with the obligations imposed forward to the sovereignty of the country condemned, pointing up, on the other hand, the increasing importance of the Inter-American system to consolidate a normative understanding that produces increasingly a educational effect within the system.

Key Words: International Law. Inter-American Court of Human Rights. Guerrilla Araguaia. Condenação case of Brazil. Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

O progressivo reconhecimento dos direitos humanos em esfera global ocasionou correlatamente algumas transformações, diríamos até evoluções, em importantes dimensões do Direito Internacional. Analisando nuclearmente essa integração da proteção dos direitos humanos e a disseminação dos diplomas

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.11925>.

² Graduanda do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA.

internacionais nesse sentido, destacamos, dentro do processo de especialização dos tribunais internacionais e das implicações concernentes à jurisdição e competência para a solução de controvérsias internacionais, a sentença de 24 de novembro de 2010³, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros*, conhecido como Guerrilha do Araguaia, na qual o Brasil foi condenado.

A condenação do Brasil no caso Guerrilha do Araguaia traz à baila diversas reflexões quanto às implicações no direito interno das obrigações, medidas de reparação e indenizações que foram impostas pela corte internacional, relevando a discussão acerca da incorporação de convenções internacionais das quais o Brasil é signatário ao direito interno brasileiro, mais especificamente da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, quais as implicações das limitações impostas à soberania do Estado brasileiro, e como se dá a implementação da sentença proferida no direito brasileiro.

Para tanto, buscaremos analisar a repercussão dos tribunais internacionais por meio da descrição do caso Guerrilha do Araguaia, destacando o que levou o caso à Corte, a condenação imposta ao Brasil, para sem seguida identificarmos as medidas que o Brasil tem tomado para o cumprimento da sentença, analisando o nível de satisfação e eficácia das mesmas, sem perder de vista as peculiaridades advindas da integração da proteção dos direitos humanos ao Direito Internacional, consoante destaca Emerson Garcia, segundo o qual

os tratados de proteção dos direitos humanos por impõem aos Estados a obrigação de respeito às pessoas submetidas à sua jurisdição, possuem uma natureza especial em relação aos tratados clássicos, que somente gravam obrigações entre os Estados partes⁴.

2 GUERRILHA DO ARAGUAIA

Antes de adentrarmos na sentença proferida pela Corte Interamericana no caso *Gomes Lund e outros contra o Brasil*, comentaremos preliminarmente a respeito da Guerrilha do Araguaia⁵.

³ CorteIDH – *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n° 219. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>

⁴ Emerson Garcia, *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas Convencional e Não-Convencional*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

⁵ A Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/multimedia/araguaia/mapa_01.swf>.

Ocorrida entre 1972 e 1975, a Guerrilha do Araguaia foi um movimento armado desenvolvido pelo Partido Comunista do Brasil, PCdoB, formado por dissidentes do Partido Comunista Brasileiro, na região tríplice fronteira entre os estados do Pará, Maranhão e Goiás (hoje Tocantis), tendo como objetivo central a derrubada do regime militar [...], partindo do campo para a conquista das cidades⁶.

O grupo de guerrilheiros era formado por 69 militantes do PCdoB e por cerca de 20 moradores que aderiram ao movimento, distribuídos em três destacamentos, que buscavam se organizar para alcançar a Revolução Socialista por meio da luta armada. No entanto, os ideais de acabar com o governo repressivo, que censurava a divulgação de notícias e as manifestações artísticas que julgava impróprias, perseguindo àqueles que se opunham ao regime, praticando torturas e inclusive execuções, foram aniquiladas pelas Forças Armadas, que realizou três campanhas militares mobilizando um total de 10 mil homens⁷.

Relata o historiador Demercino Júnior em relação às incursões militares:

A guerrilha contra os militantes se desenvolveu em três frentes, sendo que nas duas primeiras os comunistas saíram vencedores. Além de não conhecerem a área, os militares não tinham o prestígio da população local. Pelo contrário, eram odiados. Os comunistas se lançavam mata adentro sempre que alguma ameaça era detectada. E sem o apoio da população, o êxito militar era quase impossível. Quase, porque na terceira frente, os militares entraram no jogo. Meses antes do embate, infiltraram tropas entre os ribeirinhos e foram aprendendo sobre a área e colecionando informações sobre os militantes que ali se encontravam. Com algumas doses de crueldade, torturavam locais a fim de descobrirem mais sobre os militantes. E foi com essa “decência” que, em 1973, os comunistas foram cercados e as organizações de esquerda, derrotadas. Os militares se armaram com fuzis FAL (os comunistas possuíam espingardas), abusaram do uso de helicópteros e aviões, atearam fogo em todas as cabanas que encontraram pelo caminho, destruíram depósitos de alimentos que foram construídos nos povoados próximos, e, baseados em informações de delatores e ribeirinhos ludibriados, enfraqueceram os comunistas e os derrotaram. Venceram pelo cansaço⁸.

O combate à Guerrilha do Araguaia foi chamado de “guerra suja”, porque não foi um combate divulgado à população brasileira, sendo oficialmente reconhecido apenas vinte anos depois do ocorrido, por meio da revelação de extratos de um relatório militar⁹. O saldo após as operações militares foi de 70

⁶ *Idem, ibidem.*

⁷ *Idem, ibidem.*

⁸ A Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://guerras.brasilecola.com/seculo-xx/a-guerrilhaaraguaia.htm>>.

⁹ O que foi a Guerrilha do Araguaia?. Disponível em: 58 *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 56-72

desaparecidos entre militantes e moradores da região¹⁰, que posteriormente foram considerados desaparecidos políticos, dos quais se tem denúncias de que foram sequestrados, torturados e executados¹¹.

Censurada pela ditadura, [a imprensa] não cobria os acontecimentos e muitos nem sabiam o que estava acontecendo no interior do país. Comunistas capturados eram fuzilados ou decapitados. Os militares transformaram as margens do Araguaia em um cemitério aberto¹².

Algumas informações relevantes sobre os desaparecidos vieram à tona a partir do relatório de Ângelo Arroyo apreendido após a ocorrência da operação nomeada “Massacre da Lapa”, em 1976, na qual foram mortos os dirigentes do PCdoB Angelo Arroyo, Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar e João Batista Franco Drummond¹³.

Os familiares dos guerrilheiros do Araguaia iniciaram, em 1982, uma ação judicial para exigir da União esclarecimentos sobre as circunstâncias das mortes de seus parentes e a localização dos corpos. Em 17 de agosto de 1993, a Justiça julgou procedente o recurso impetrado pelos autores para que o mérito da ação fosse julgado, pois não havia nenhuma solicitação de sigilo por parte das Forças Armadas e a lei da anistia não obstruía o direito à verdade contido nas solicitações dos familiares. Até hoje o mérito da ação não foi julgado. Em junho de 1995, considerando esgotados os recursos, os familiares, através da Human Rights Watch e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) enviaram petição à Corte Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) [...]¹⁴.

Trataremos agora da tramitação da petição na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da submissão da demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos e a respectiva sentença proferida, destacando as obrigações, reparações e as medidas de não repetição impostas ao Brasil.

3 CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CASO GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VS. BRASIL

Em 7 de agosto de 1995, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional

<http://www.pcdob.org.br/duvidas_print.php?id_faq=5>.

¹⁰ A Guerrilha do Araguaia, *op.cit.*, *ibidem*.

¹¹ Os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=36>>

¹² A Guerrilha do Araguaia. Disponível em: <<http://guerras.brasilecola...>>; *op.cit.*, *ibidem*.

¹³ Os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia, *op.cit.*, *ibidem*.

¹⁴ *Idem*, *ibidem*

(CEJIL) e a *Human Rights Watch/Americas*, apresentaram petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em nome das pessoas desaparecidas durante os conflitos da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares. Em 6 de março de 2001 a Comissão expediu o Relatório de Admissibilidade, e em 31 de outubro de 2008 aprovou o Relatório de Mérito n.º 91/08, tudo conforme o que regula a Convenção Americana¹⁵.

O relatório de mérito foi notificado ao Brasil em 21 de novembro de 2008, concedendo o prazo de dois meses para que exarasse alguma resposta do teor do mesmo. No entanto, as duas prorrogações concedidas para que o Brasil apresentasse informações sobre o cumprimento das transcorreram sem qualquer resposta ou implementação satisfatória¹⁶.

Diante disso, a Comissão resolveu submeter o caso a jurisdição da Corte Interamericana,

considerando que representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia com relação aos desaparecimentos forçados e à execução extrajudicial e a consequente obrigação dos Estados de dar a conhecer a verdade à sociedade e investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos. A Comissão também enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade de o Tribunal afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia e das leis sobre o sigilo de documentos com a Convenção Americana¹⁷.

A demanda referia-se à suposta responsabilidade do Brasil pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre militantes e camponeses da região, por conta das operações do exército brasileiro acima comentadas, que objetivaram a erradicação da Guerrilha do Araguaia entre 1972 e 1975. No mais, outro ponto relevante da demanda é a Lei n.º 6.683/79, a Lei de anistia, em virtude da qual o Brasil não realizou qualquer investigação que visasse o julgamento e a punição das pessoas responsáveis, além de não ter sido assegurado aos familiares dos desaparecidos acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia, nem por recursos judiciais de natureza civil, tendo em vista que o Brasil adotou medidas legislativas e administrativas que restringiram indevidamente o direito de acesso à informação¹⁸.

¹⁵ CorteIDH – *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n.º 219. p. 3.

¹⁶ *Idem, ibidem*.

¹⁷ *Idem, ibidem*.

¹⁸ CorteIDH. *Op. cit.* p. 4.

A Comissão solicitou ao Tribunal que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial), da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Finalmente, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação¹⁹.

Com relação aos direitos violados, frisaremos o posicionamento da Corte em relação a alguns deles, antes de adentrarmos nas medidas de reparação impostas. Um primeiro ponto importante diz respeito a um dos fundamentos jurídicos tomados pela Corte que sustenta o desaparecimento forçado de pessoas como uma violação permanente aos bens jurídicos tutelados pela Convenção, configurado por uma pluralidade de condutas voltadas para um mesmo fim, que são simultâneas e constitutivas do desaparecimento forçado, tais como a privação de liberdade, intervenção direta dos agentes estatais ou sua aquiescência, negativas de fornecer informações referentes aos desaparecidos, dentre outras. Ocorre que, consoante o entendimento da Corte²⁰, enquanto for desconhecido o paradeiro da pessoa, tem-se como permanente o ato de desaparecimento e execução. Assim,

Em conformidade com todo o exposto, a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado²¹.

A Corte destaca a grave violação aos princípios essenciais que fundamentam o Sistema Interamericano de Direito Humanos, de modo que a proibição dos desaparecimentos forçados, alçados em grave violação aos direitos humanos alcançou o caráter de *jus cogens*, o que fortalece o dever do Estado de salvaguardar os direitos humanos por meio de medidas jurídicas, políticas e administrativas²². Assim, o entendimento da Corte é que quando há motivos razoáveis para a suspeita do desaparecimento forçado de uma pessoa, independentemente de representação, “[...] o Direito Internacional e o dever

¹⁹ *Idem, ibidem.*

²⁰ CorteIDH. *Op. cit.* p. 38.

²¹ *Idem, ibidem.*

²² CorteIDH. *Op. cit.* p.39-40.

geral de garantia impõem a obrigação de investigar o caso *ex officio*, sem dilação, e de maneira séria, imparcial e efetiva”²³.

Por conta disso, a Corte recomenda para a efetividade das investigações e prevenção de futuras violações de mesma natureza, que os Estados estabeleçam um marco normativo, regulamentando o desaparecimento forçado de pessoas como delito autônomo em suas legislações internas²⁴. “Outrossim, o Estado deve garantir que nenhum obstáculo normativo ou de outra índole impeça a investigação desses atos, e se for o caso, a punição dos responsáveis”²⁵, consoante o acordado na Convenção Americana. Retomaremos mais a frente essa questão.

No caso Guerrilha do Araguaia em específico, embora o Brasil não tenha reconhecido expressamente sua responsabilidade internacional pelo ocorrido, internamente o fez, adotando diversas maneiras de reparação, por meio da Lei n.º 9.140/95, que, dentre outras providências, criou a Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, para viabilizar o reconhecimento das vítimas e as respectivas indenizações²⁶. Deste modo, a responsabilidade estatal pelo desaparecimento forçado é um ponto incontroverso, havendo, no entanto, discordância entre as partes no que tange às obrigações internacionais do Brasil em consonância com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Desse modo, a Corte Interamericana deve decidir, no presente caso, se a Lei de Anistia sancionada em 1979 é ou não compatível com os direitos consagrados nos artigos 1.1, 2, 8.1 e 25 da Convenção Americana ou, dito de outra maneira, se aquela pode manter seus efeitos jurídicos a respeito de graves violações de direitos humanos, uma vez que o Estado obrigou-se internacionalmente a partir da ratificação da Convenção Americana²⁷.

Durante a fase do relatório da Comissão, o Brasil informara que a investigação e a punição dos responsáveis pelos desaparecimentos forçados foram impossibilitados pela Lei de Anistia, a Lei 6.683/79, cuja interpretação dada pelo Estado brasileiro impediu também que os familiares das vítimas e a sociedade brasileira pudessem ter acesso às informações referentes ao ocorrido²⁸. No entanto, contrário é o entendimento da Corte:

²³ CorteIDH. *Op. cit.* p.40.

²⁴ CorteIDH. *Op. cit.* p.41.

²⁵ *Idem, ibidem.*

²⁶ CorteIDH. *Op. cit.* p.42-43.

²⁷ CorteIDH. *Op. cit.* p.47.

²⁸ *Idem, ibidem.*

A aplicação de leis de anistia a perpetradores de graves violações de direitos humanos é contrária às obrigações estabelecidas na Convenção e à jurisprudência da Corte Interamericana. Em casos de execução e desaparecimento forçado, os artigos 8 e 25 da Convenção estabelecem que os familiares das vítimas têm o direito a que essa morte ou desaparecimento seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, que os responsáveis sejam processados e, se for o caso, punidos, e que se reparem os danos que os familiares tenham sofrido. Do mesmo modo, nenhuma lei ou norma de direito interno, como as disposições de anistia, as regras de prescrição e outras excludentes de responsabilidade, pode impedir que um Estado cumpra essa obrigação, especialmente quando se trate de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade, como os desaparecimentos forçados do presente caso, pois esses crimes são inaniistiáveis e imprescritíveis²⁹.

Aqui nos deteremos em algumas questões levantadas pelo Brasil como obstaculizadoras do cumprimento da obrigação de investigar e sancionar as violações de direitos humanos no caso em comento. A primeira delas consiste no maior obstáculo legal, a Lei de Anistia, que assim dispõe no *caput* do art. 1º:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, **cometeram crimes políticos ou conexos com estes**, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares³⁰. (GRIFO NOSSO)

O cerne do obstáculo legal proveniente desta lei é a interpretação conferida no âmbito interno que considera crimes conexos aos crimes políticos todos os crimes cometidos pelos agentes do Estado, inclusive todas as graves violações aos direitos humanos praticadas. Esse entrave legal é o maior obstáculo à garantia do acesso à justiça e à verdade pelos familiares dos desaparecidos³¹, interpretação esta que foi referendada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153, na qual a Suprema Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão da Lei de Anistia³², ressaltando o contexto histórico e político que levou à edição da Lei, e ainda que “não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia

²⁹ CorteIDH. *Op. cit.* p.47-48.

³⁰ Lei n.º 6.683 de 24 de agosto 1979 – Concede anistia e dá outras providências.

³¹ CorteIDH. *Op. cit.* p.48.

³² STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>

de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979”³³.

Assim, o Brasil embasou a aprovação da Lei de Anistia como uma etapa do processo de transição política e redemocratização que o país enfrentou pós ditadura, de modo que a punição dos crimes contra os direitos humanos passou a representar, como usualmente ocorre nos casos similares, um obstáculo à transição e ao alcance da “reconciliação nacional”³⁴. Ademais, o Brasil “destacou que a Lei de Anistia foi antecedida de um debate político e foi considerada, por muitos, um passo importante para a reconciliação nacional”³⁵.

Com referência a isso, principalmente “ao falso dilema entre paz ou reconciliação, por um lado, e justiça, por outro”³⁶, que a Corte destaca os reiterados pronunciamentos³⁷ no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, assim como nos demais órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos de âmbito universal e regional, sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos, enfatizando que

as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação aprofundada dos fatos, e são, portanto, incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados, em virtude de diversas fontes de Direito Internacional.³⁸

O segundo obstáculo indicado é a prescrição, e o terceiro a falta de tipificação do crime de desaparecimento forçado no direito brasileiro, o que tornaria uma posterior tipificação uma afronta aos princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal, considerando que no Brasil as únicas hipóteses constitucionais de imprescritibilidade são a prática do racismo e a ação de grupos armados contra a ordem constitucional, além da previsão do princípio da legalidade e da irretroatividade na Convenção Americana ³⁹.

Ainda sobre a Lei de Anistia, cumpre ressaltar o entendimento da Corte de que é dever do Estado, após ratificar a Convenção Americana, acabar com os

³³ STF é contra revisão da Lei da Anistia ... *op.cit.*, *ibidem*.

³⁴ CorteIDH. *Op. cit.* p.49.

³⁵ *Idem, ibidem*.

³⁶ CorteIDH. *Op. cit.* p.56.

³⁷ Cf. CorteIDH. *Op. cit.* p.54-64.

³⁸ CorteIDH. *Op. cit.* p.55-56.

³⁹ CorteIDH. *Op. cit.* p.48-49.

efeitos das disposições legais que a contrariem, e por conta disso, a Lei de Anistia, incompatível com a Convenção, careceria de efeitos jurídicos. Ademais, a respeito da incompatibilidade, esta não é decorrente de uma questão formal, referente ao processo de criação da lei, e sim a *ratio legis*, qual seja, “deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar”⁴⁰.

Diante desse panorama, a Corte determinou ao Brasil que cumprisse, diante da obrigação do Estado de adequar seu direito interno ao quanto disposto na Convenção Americana, algumas medidas de reparação. Adiante comentaremos as medidas mais pertinentes e relevantes para a discussão proposta.

4 REPARAÇÕES IMPOSTAS AO BRASIL

Destacamos entre as reparações impostas a obrigação do Brasil de investigar os fatos, julgar, e se for o caso, punir os responsáveis, consoante as sanções e consequências que a lei preveja, não podendo utilizar “[...] disposições de direito interno, como prescrição, coisa julgada, irretroatividade da lei penal e *ne bis in idem*, nem qualquer excludente de responsabilidade similar, para eximir-se de seu dever”⁴¹, procedendo com as medidas necessárias para que a Lei de anistia e as leis de sigilo não continuem a ser obstáculos à persecução penal.

O Estado ainda deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas, para que sejam identificados e entregues os restos mortais aos familiares. Cabe ainda ao Brasil oferecer tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico às vítimas que o requeiram, como uma medida de reparação aos sofrimentos físicos e psicológicos sofridos pelos familiares, que também se tornaram vítimas⁴².

Outras medidas de satisfação referem-se à publicação da sentença proferida pela Corte no Diário Oficial, em um diário de circulação nacional, e em um sítio eletrônico do Estado, e à realização de um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito do caso⁴³.

⁴⁰ CorteIDH. *Op. cit.* p.65.

⁴¹ CorteIDH. *Op. cit.* p.95.

⁴² CorteIDH. *Op. cit.* p. 99.

⁴³ CorteIDH. *Op. cit.* p.100-101.

Como garantias de não repetição a Corte determinou que o Brasil implementasse, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos a todos os níveis hierárquicos das forças armadas. A outra medida de não repetição de grande repercussão no direito interno foi a imposição de que o país tome as medidas necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos. No mais

Essa obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto. Nesse sentido, como esta Corte salientou anteriormente, o Estado não deve limitar-se a promover o projeto de lei de que se trata, mas assegurar sua pronta sanção e entrada em vigor, de acordo com os procedimentos estabelecidos no ordenamento jurídico interno. Enquanto cumpre essa medida, o Estado deverá adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento e, se for o caso, punição dos fatos constitutivos do desaparecimento forçado, através dos mecanismos existentes no direito interno ⁴⁴.

No mais, ordenou que o Brasil continue a conduzir iniciativas de busca, sistematização e publicação das informações sobre a Guerrilha do Araguaia, e sobre as demais violações de direitos humanos perpetradas durante o regime militar, garantindo acesso às mesmas ⁴⁵, exortando a iniciativa do país criar a Comissão da Verdade, julgando ser este um importante mecanismo para garantir o direito de conhecer a verdade, que “[...] pode contribuir para a construção e preservação da memória histórica, o esclarecimento de fatos e a determinação de responsabilidades institucionais, sociais e políticas em determinados períodos históricos de uma sociedade ⁴⁶”.

Por fim, determinou quantias que o Estado terá que pagar a título de dano material, imaterial e restituição de custas e gastos aos familiares das vítimas. Passaremos agora, à luz do Direito Internacional Público e das normas de direito interno, a analisar a efetividade dessas determinações no direito brasileiro.

5 EFETIVIDADE DA SENTENÇA

Primordialmente, cumpre afirmar a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para conhecer o caso, proveniente da condição do Brasil de parte da Convenção Americana, desde 1992, e deste ter reconhecido a

⁴⁴ CorteIDH. *Op. cit.* p.104-105.

⁴⁵ CorteIDH. *Op. cit.* p.106.

⁴⁶ CorteIDH. *Op. cit.* p.107.

competência contenciosa da Corte desde 1998 ⁴⁷. A esse respeito só podem ser submetidos à decisão da Corte os Estados-partes da Convenção que declararem reconhecerem de pleno direito e sem convenção especial a competência da Corte nos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção.

Quanto a isso, na esteira do que discute Wagner Menezes (2013) ⁴⁸, é evidente que todo Tribunal Internacional, a exemplo da Corte Interamericana, possui jurisdição internacional, porém, diante do fenômeno de jurisdicionalização do Direito Internacional, hoje é plenamente possível ao Estado ter acesso a vários tribunais para a discussão dos litígios, o que releva a importância da competência como delimitação da jurisdição, definindo “[...] o âmbito de exercício da atividade jurisdicional de cada Tribunal Internacional e os limites da matéria em que ele está encarregado”, estabelecida mediante Tratado ⁴⁹.

Superado o ponto quanto à competência da Corte para determinar medidas ao Brasil, surgem oposições no que tange a obrigação do Brasil de cumprir tais medidas, considerando a soberania do Estado, da onde se aduz uma subordinação do país à organização internacional e ao Tribunal, convolvendo uma afronta à soberania. Nesse ponto, merece menção a reflexão de Emerson Garcia ⁵⁰, para quem o estreitamento das relações internacionais e o reconhecimento da necessidade de proteção dos direitos humanos relativizou vários aspectos da soberania nacional, antes tida como absoluta.

Assim, alguns aspectos permanecem, a exemplo da igualdade soberana entre os Estados, a plena capacidade jurídica e independência dos estados entre si e perante os demais sujeitos de Direito Internacional. No entanto, a coexistência da soberania com outros princípios tão importantes quanto para o Direito Internacional, tal como a proteção dos direitos humanos, acabou por limitar a própria soberania, sem no entanto suprimi-la. No que tange à Guerrilha do Araguaia, por se tratar de grave violação aos direitos humanos, violação esta perpetrada pelo próprio Estado soberano aos seus cidadãos, ainda maior torna-se essa delimitação da soberania.

⁴⁷ CorteIDH. *Op. cit.* p.20.

⁴⁸ Wagner Menezes, *Tribunais internacionais: Jurisdição e Competência*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 331-334.

⁴⁹ *Idem*, p. 334.

⁵⁰ Emerson Garcia, *op.cit.* p. 10-11.

Em se tratando de proteção dos direitos humanos, o Direito Internacional não mais desempenha o papel de coordenador de individualidades iguais, absolutas e intangíveis, como eram concebidos os Estados, o que necessariamente impõe o redimensionamento do clássico conceito de soberania.⁵¹

Desta feita, embora soberano, o Brasil é limitado pelas obrigações concernentes à garantia dos direitos humanos fundamentais e reparação das violações praticadas pelas quais voluntariamente se obrigou, no exercício de sua soberania, tendo previamente anuído às regras e preceitos da Convenção Americana. Destarte, “atributo fundamental do Estado, a soberania o faz titular de *competências* que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são *ilimitadas*”⁵².

O maior entrave, no entanto, à efetividade da sentença é a disponibilidade de mecanismos que a torne efetiva no âmbito interno. No que tange ao cumprimento da determinação de investigar os fatos, julgar, e se for o caso, punir os responsáveis, constata-se uma antinomia entre o direito internacional e o direito interno brasileiro.

O conflito de normas ocorre quando estas regulam de maneiras díspares as mesmas situações⁵³. No caso em apreço, a Lei de Anistia, norma do direito interno brasileiro, está em conflito com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, questiona-se qual das duas devem ser aplicadas, mesmo considerando a suposta obrigação do Brasil de adequar as normas internas ao constante na Convenção. O que se vê na prática, no entanto, é o inverso. Em vez da adequação dos países ao que ratificam nos tratados, a maior parte dos Estados regulam o modo como as normas de Direito Internacional se compatibilizam ao direito interno.

As antinomias são resolvidas primeiramente por um critério hierárquico, de modo que a norma hierarquicamente superior derroga a norma hierarquicamente inferior. Porém, quando as normas em conflito são de mesma hierarquia, aplicam-se os critérios cronológico e da especialidade⁵⁴. No Brasil não

⁵¹ *Idem*, p. 15.

⁵² Francisco Rezek, *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 265.

⁵³ Paulo Portela, *Direito Internacional Público e Privado*. 2^a ed, Salvador: Juspodvm, 2010. p.125.

⁵⁴ *Idem*, p.125.

há uma hierarquia uniforme aos tratados, de modo que sua posição no ordenamento jurídico varia consoante a matéria que tratam.

Inicialmente, destacamos que a jurisprudência brasileira nunca acolheu a noção de supraconstitucionalidade dos tratados definida nos arts. 29 e 46 da Convenção de Viena. Quanto aos tratados de modo geral firmou-se o entendimento de que possuem *status* de norma infraconstitucional, equiparados às leis ordinárias.

Posicionamento diverso ocorre com os tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana. Pós Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, foi dado tratamento de maior importância aos tratados que versem sobre essas matérias. Nessa esteira, o entendimento majoritário do STF quanto à hierarquia desses tratados é o de supralegalidade, consoante julgamento do HC 90.172/SP⁵⁵. Há também, de posição minoritária, o entendimento de que os tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais⁵⁶.

No que tange a supralegalidade,

As normas supralegais são aquelas que continuam hierarquicamente inferiores à Constituição Federal, mas que estão acima das demais espécies normativas nacionais. No campo específico dos direitos humanos, a supralegalidade parte da premissa de que os tratados de direitos humanos trazem normas que estão diretamente vinculadas à proteção da dignidade humana e que, por isso, têm importância superior no ordenamento jurídico, não podendo ser derogadas por outras leis ordinárias simplesmente por serem estas mais novas ou especiais⁵⁷.

Observa-se, pois, adotada a noção de supralegalidade dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, que na antinomia entre a Lei de Anistia e a Convenção Americana, esta seria hierarquicamente superior a Lei de Anistia, derogando-a, o que findaria com as barreiras à investigação dos fatos e eventual punição dos responsáveis.

Quanto à tipificação do delito de desaparecimento forçado cabem outras observações. Essa determinação requer um esforço legislativo, o que gera maiores óbices ao cumprimento estatal. Nesse aspecto, a Corte instou o Brasil a seguir

⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Segunda Turma, HC 90.172/SP. Relator: Gilmar Mendes, Brasília, DF, 05. jun. 07, DJ 17.08.07, p. 91.

⁵⁶ Paulo Portela... *op. cit.* p.744.

⁵⁷ *Idem*, p. 743-744.

com a tramitação dos Projetos de Lei nº 301, de 2007 e nº 4.038, de 2008, porém complementando-os com a tipificação em sentido interamericano.

Ainda com referência à iniciativa legislativa, importa mencionar a edição da Lei n.º 12.530/2012, que criou a Comissão Nacional da Verdade, destinada a examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas de 1946 a 1988, com a finalidade de “[...] efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional”⁵⁸.

As indenizações, por seu turno, devido seu caráter pecuniário, consoante o § 1º do art. 68 da Convenção Americana, possuem eficácia executiva, de forma que o eventual inadimplemento do Brasil enseja a propositura de ação judicial executiva. Por fim, ressaltamos que a sentença é definitiva e inapelável⁵⁹, e o seu cumprimento deve ser espontâneo, imediato e integral, consoante o art. 68 da Convenção, o que na prática, no entanto, demanda muito mais tempo e vontade política do que o desejável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A multiplicação de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos trouxe diversas alterações nas relações internacionais e nas concepções do Direito Internacional Clássico. Uma das discussões em voga giram em torno dos sujeitos de direito internacional público. Diante das peculiaridades dos tratados que versam sobre essa matéria, por gerar de um lado obrigações dos Estados frente às pessoas submetidas à sua jurisdição, por outro lado, também se ampliou o entendimento acerca da personalidade internacional, em decorrência da possibilidade dos indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais poderem denunciar a violação dos direitos previstos na Convenção à Comissão, como ocorreu no caso Guerrilha do Araguaia.

Ora, essa possibilidade inegavelmente amplia os sujeitos ativos na sociedade internacional, além de aumentar o acesso à jurisdição internacional, o que leva parte da doutrina a admitir a existência de novos sujeitos de Direito Internacional, além dos Estados e das organizações internacionais. Incontroverso, apenas a constante evolução do direito internacional, principalmente no que tange aos direitos humanos.

⁵⁸ Art. 1º, *caput*, da Lei n.º 12.530/2012.

⁵⁹ Wagner Menezes... *op. cit.* p. 191.

Nesse diapasão, destacamos a importância do caso Guerrilha do Araguaia no sistema interamericano. No Brasil a sentença repercutiu sobressaltando a importância da consolidação de instrumentos e mecanismos aptos a efetivar a sentenças internacionais, de toda a questão da hierarquia dos tratados no ordenamento jurídico interno e da necessidade de adequação do direito interno brasileiro às normas de direito internacional com as quais o Brasil voluntariamente pactua, se responsabilizando internacionalmente pelos descumprimentos que incorre, e que não raro reincide.

O Brasil se vê responsável internacionalmente a rever a Lei de Anistia, a tipificar o delito de desaparecimento forçado, a investigar o ocorrido na Guerrilha da Araguaia, identificar os responsáveis, e puni-los. Deve ainda indenizar os familiares das vítimas por anos de descaso e segredo, e prestar os devidos esclarecimentos como garantia do direito à verdade e à memória histórica aos familiares e a todos os brasileiros, para que nunca sejam esquecidas as graves violações perpetradas, e como garantia de que tais práticas não sejam repetidas.

Se o Brasil cumprirá integralmente ou parcialmente a sentença, isso não temos como saber. Mas de um modo ou de outro, a importância do caso no sistema interamericano já surte efeitos como um delineamento de um entendimento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que na oportunidade buscou a consolidação de um entendimento normativo a fim de que este sirva de diretriz tanto para outras decisões como para a interpretação das normas do Direito Internacional nesse mesmo sentido. Deste modo, progressivamente, as sentenças produzem um efeito pedagógico, à medida que orientam e incutem nos Estados o dever de observar os Direitos Humanos na organização política, no ordenamento jurídico, e em todas as suas ações.

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.⁶⁰

⁶⁰ CorteIDH. *Op. cit.* p.126.

REFERÊNCIAS

ARQUIVO NACIONAL – Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil. **Guerrilha do Araguaia.** Disponível em: <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/multimedia/araguaia/mapa_01.swf>.

CENTRO DE DOCUMENTAÇÃO EREMIAS DOLIZOICOV. **Os desaparecidos da Guerrilha do Araguaia.** Disponível em: <<http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=36>>.

CIDH. **Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C n^o 219.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos Direitos Humanos: breves reflexões sobre os sistemas Convencional e Não-Convencional,** 2^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUNIOR, Demercino. **A Guerrilha do Araguaia.** Disponível em: <<http://guerras.brasilecola.com/seculo-xx/a-guerrilha-araguaia.htm>>.

MENEZES, Wagner. **Tribunais internacionais: Jurisdição e Competência.** São Paulo: Saraiva, 2013.

PARTIDO COMUNISTA DO BRASIL. **O que foi a Guerrilha do Araguaia?** Disponível em: <http://www.pcdob.org.br/duvidas_print.php?id_faq=5>.

PORTELA, Paulo. **Direito Internacional Público e Privado,** 2^a ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público – Curso Elementar,** 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois.** Notícia do serviço de imprensa do STF em 29/04/2010, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>

O VALOR JURÍDICO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL: ANÁLISE DE SUA POSIÇÃO NA HIERARQUIA DAS FONTES A PARTIR DO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 466.343-1/SP PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA DOCTRINA DO DIREITO INTERNACIONAL

The Legal Value of International Treaties on Human Rights in Brazil: Analysis of its position in sources hierarchy from Supreme Court Extraordinary Appeal Judgment 466.343-1/SP by Federal Supreme Court and the Doctrine of International Law¹

Thiago Moreira Feitosa de Aguiar²

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos da literatura jurídica internacional. 3 Panorama do RE 466.343-1/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal. 4 Análise das teses acerca dos tratados internacionais. 4.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes: a vencedora tese da supralegalidade. 4.2 Voto do Ministro Celso de Mello: *status* constitucional dos tratados humanitários. 4.3 O voto do Ministro Menezes Direito: o caráter especial dos tratados humanitários. 5. Análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal à luz da doutrina do direito internacional. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Em 2008, houve o julgamento do RE 466.343-1/SP pelo Supremo Tribunal Federal, mudando seu entendimento tradicional. Para esta Corte, aos tratados internacionais de direitos humanos, no Brasil, é conferido *status* supralegal, mas infraconstitucional, mantendo-se no ápice do ordenamento a Constituição. Porém, há divergências acerca deste entendimento da hierarquia das fontes, sobretudo em relação ao monismo internacionalista. O presente artigo propõe uma análise crítica da decisão judicial pela ótica da doutrina internacionalista.

Palavras-chave: Status dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. O entendimento do Supremo Tribunal Federal. A crítica do monismo internacionalista.

Abstract: In 2008 there was the trial of RE 466343-1/SP by the Federal Supreme Court changing its traditional understanding. For the Court the international human rights treaties, in Brazil, is given supra-legal status, but infraconstitutional, keeping itself in the Constitution apex. However, there are disagreements on this sources hierarchy understanding, particularly in relation to the internationalist monism. This article proposes a critical analysis of the judicial decision by the internationalist doctrine perspective.

Key-words: International human rights treaties status in Brazil. The Understanding Federal Supreme Court. The monism's internationalist criticism.

1 INTRODUÇÃO

Em 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) revisitou o entendimento da Corte³, em sede de recurso extraordinário, pela compreensão de que inexistia suporte infraconstitucional para a prisão civil do depositário infiel, uma vez

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.11934>.

² Graduando em Direito (Bacharelado) pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA).

³ Tradicionalmente defensor da tese da legalidade dos tratados internacionais, a qual se remonta ao julgamento, pelo STF, do RE nº 80.004/SE (Min. Rel. Xavier de Albuquerque, julgado em 1/6/77, DJ de 29/12/77).

internamente assentada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (CADH) – Pacto de São José da Costa Rica – e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, parâmetros normativos supralegais que paralisaram a disposição legal que permitia o rito da ação de depósito ao devedor fiduciante.

O Pacto de São José da Costa Rica⁴ foi promulgado no Brasil por via do Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. Tal diploma internacional prescreve que “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (artigo 7º, item 7).

Ao seu turno, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁵, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, foi promulgado no Brasil por meio do Decreto nº 592 de 6 de julho de 1992, prescrevendo em seu artigo 11 que “ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual”.

Destarte, de acordo com a nova posição do STF, não subsistia a previsão constante no artigo 4º do Decreto-Lei nº 911 de 1969, a qual equiparava o devedor fiduciante ao infiel depositário, de modo a permitir sua prisão civil caso não fosse entregue o bem, seguindo-se o rito da ação de depósito em razão de tal equiparação⁶.

Para a tese vencedora no Supremo Tribunal Federal, pertencente ao Ministro Gilmar Mendes, os tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana e o Pacto Internacional, possuem status supralegal, mas infraconstitucional, na hierarquia das fontes brasileira, de modo que esta tese impõe reconhecer que o sistema de controle de normatividade no âmbito doméstico passou a apresentar mais um patamar de controle de compatibilidade vertical para a legislação interna ordinária (os tratados humanitários).

⁴ Conferir BRASIL. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 29/05/2014.

⁵ Conferir BRASIL. Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/DO592.htm>. Acesso em: 29/05/2014.

⁶ Conforme possibilitavam os artigos 367 a 369 do vetusto Decreto-Lei nº 1.608 de 1939 (Código de Processo Civil de 1939) e 1.287 do vetusto Código Civil de 1916 (Lei 3.071 de 1916) e 652 do Código Civil atual (Lei 10.406 de 2002) e os artigos 902 a 904 do Código Processual Civil atual (Lei nº 5.869 de 1973).

Tal posição opôs-se à exposta pelo Min. Celso de Mello, a qual compreendia que tais tratados e convenções possuem qualificação constitucional, bem como pelo Min. Menezes Direito que os entendia com caráter de “lei especial”, isto é, com natureza de atos normativos de hierarquia diferenciada, os quais se situariam no plano da legalidade, mas que se elevariam diante da produção normativa doméstica⁷.

De tal modo, a compreensão da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos conferiu primazia ao direito nacional, uma vez tida como base a supremacia formal e material da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), definida como parâmetro de qualificação jurídica dos pactos da comunidade internacional com o Brasil.

Contudo, é possível identificar correntes da literatura do direito internacional que sustentam entendimentos distintos do firmado no STF acerca da relação entre o direito internacional e o direito doméstico, inclusive sobre qual consistiria no fundamento de validade do ordenamento, o que tem consequências na hierarquia das fontes tal como foi delineada no julgamento em tela.

Diante disto, objetiva-se examinar a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, observando-se a decisão do STF no RE 466.343-1/SP e a compreensão da literatura jurídico-internacionalista sobre o tema, sobretudo ao monismo que confere primazia ao direito internacional. Para tanto, pretende-se: analisar as teses dos Ministros do Supremo Tribunal Federal relacionadas ao assunto, expor os entendimentos doutrinários distintos da tese vencedora e refletir acerca das consequências da adoção da tese da supralegalidade.

2 ASPECTOS DA LITERATURA JURÍDICA INTERNACIONALISTA

Questão datada desde o início do estudo sobre o direito internacional, relacionada ao seu fundamento, é a referente à sua eficácia e aplicabilidade na ordem jurídica interna dos Estados. Ela traduz-se na sistematização das relações entre o direito internacional público e o direito interno estatal, situando a problemática no exame acerca da hierarquia conferida às fontes do direito, bem

⁷ Conferir o voto do Min. Menezes Direito, página 1303 do RE (p. 18 do voto).

como da solução de eventuais conflitos normativos entre disposições internas e internacionais convergentes.

Nesse sentido, apesar das variações, verifica-se duas grandes correntes na literatura jurídico-internacionalista⁸: a corrente dualista (cindida entre dualismo radical e moderado) e a corrente monista (nacionalista/internacionalista ou radical/moderada). A questão é “se o direito internacional e o direito interno são dois ordenamentos independentes, estanques, ou dois ramos de mesmo sistema jurídico. A primeira solução é defendida pelos partidários da tese monista, ao passo que a tese oposta é denominada dualista”⁹.

Para o dualismo¹⁰, os sistemas do direito internacional e do direito interno seriam distintos, independentes/separados, não convergentes. Neste viés, respectivamente, “salientam que num caso se trata de relações entre estados, enquanto, no outro, as regras visam à regulamentação das relações entre indivíduos”¹¹. Noutros termos:

o Direito interno de cada Estado e o Direito Internacional são dois sistemas independentes e distintos, ou seja, constituem círculos que não se interceptam (meramente contíguos), embora sejam igualmente válidos. As fontes e normas do Direito Internacional (notadamente os tratados) não têm, para os dualistas, qualquer influência sobre questões relativas no âmbito do Direito interno, e vice-versa, de sorte que entre ambos os ordenamentos jamais poderia haver conflitos.¹²

Destarte, o compromisso exterior do Estado restringe-se ao direito internacional, sem qualquer impacto no cenário jurídico doméstico até que seja adotado como lei interna, pelo fenômeno da transformação¹³. Em caso de omissão nesta tarefa, a sanção seria tão somente a responsabilidade internacional do Estado¹⁴. Assim, não havendo identidade de fontes e por regularem matérias diferentes, não se poderia falar em conflito ou necessidade de escalonamento de fontes, para o dualismo. Tal era o dualismo radical.

⁸ Conforme ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. Manual de direito internacional público. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 237-239. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 85-104. VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. Revista de Direito Internacional. Uniceub. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, 18-33.

⁹ ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 237.

¹⁰ Preconizado por Henrich Triepel, em feições radicais, conforme ACCIOLY; SILVA; CASELLA (2012, p. 238) e VERDROSS (2013, p. 19).

¹¹ Idem, ibidem.

¹² MAZZUOLI, 2014, p. 87.

¹³ ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 237. MAZZUOLI, op. cit., p. 87.

¹⁴ Cf. MAZZUOLI, op. cit., p. 89.

Posteriormente, verteu-se o dualismo para uma feição moderada¹⁵, na qual se “permitia que, em certos casos, o Direito Internacional fosse aplicado internamente pelos tribunais, sem que houvesse uma recepção formal do tratado na ordem interna”¹⁶. A incorporação do direito internacional internamente “prescindiria de lei, embora se faça mediante procedimento complexo e promulgação executiva”¹⁷.

Não obstante, observa-se ainda a corrente monista¹⁸. Nesta, parte-se de um fundamento único superior, para o qual o direito interno e o internacional são dois ramos do mesmo sistema, de modo que:

o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer “transformação”, uma vez que esses mesmos Estados, nas suas relações com outros sujeitos do direito das gentes, mantêm compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico uno, baseado na identidade de sujeitos (...) e de fontes (...).¹⁹

Sustentada essa premissa, surge a questão de qual ordem deve prevalecer em caso de conflito. A resposta teórica, a depender da variação da corrente, confere primazia ao direito nacional (monismo nacionalista) ou ao direito internacional (monismo internacionalista). Para o monismo nacionalista, o “Direito Internacional não seria mais que uma consequência do Direito interno”²⁰. Predomina, nesse sentido, o princípio da supremacia da Constituição e da vontade soberana absoluta do Estado.

Já o monismo internacionalista²¹ advoga que o direito interno retira seu fundamento de validade do direito internacional, o qual representa uma ordem jurídica hierarquicamente superior, prevalecendo sobre o primeiro. Nesse sentido, o direito internacional repousa sobre o edifício do *pacta sunt servanda* que obriga os Estados a se conformarem às regras criadas entre eles, reforçando a concepção de comunidade internacional²² (sua modificação exige necessariamente a dinâmica da sociedade internacional).

¹⁵ Sendo os seus maiores expoentes Dionisio Anzilotti e Lassa Oppenheim, conforme MAZZUOLI (2014, p. 89).

¹⁶ Idem, *ibidem*.

¹⁷ Cf. ACCIOLY; SILVA; CASELLA, *op. cit.*, p. 238.

¹⁸ Tendo em Hans Kelsen o seu maior expoente, conforme MAZZUOLI (2014, p. 93).

¹⁹ MAZZUOLI, *op. cit.*, p. 93.

²⁰ Idem, p. 95.

²¹ Desenvolvido pela Escola de Viena (Kelsen, Verdross e Josef Kunz), conforme MAZZUOLI (2014, p. 97).

²² Nesse sentido: VERDROSS, 2013, p. 18.

O monismo que confere primazia ao direito internacional relativiza a soberania (tradicionalmente absoluta), considerando que a competência da comunidade internacional é juridicamente ilimitada (competência da competência), utilizando-se o direito interno para intermediar seus desígnios²³.

O monismo é ainda observado pelas vertentes radical e moderado. O radical prega a primazia dos tratados sobre a ordem jurídica interna²⁴, ao passo que, o monismo moderado não prega nem a “prevalência do Direito Internacional sobre o Direito Interno, nem a do Direito Interno sobre o Direito Internacional, mas a concorrência entre ambas as ordens jurídicas, determinando-se a prevalência de uma em relação à outra pelo critério cronológico”²⁵.

Deste modo, a lei posterior (interna ou internacional) revoga a anterior (internacional ou doméstica) pela regra *later in time*. Há ainda, vale observar, uma derivação do monismo denominada de internacionalista dialógico, o qual, tendo em vista que o monismo internacionalista confere tratamento indistinto às normas internacionais em relação ao seu conteúdo substancial, defende “um ‘diálogo’ entre as fontes de proteção internacional e interna, a fim de escolher qual a ‘melhor norma’ a ser aplicada no caso concreto”²⁶.

Nessa esteira, em relação às normas internacionais de direitos humanos, haveria uma autorização para que se aplique a norma mais favorável (*pro homine*), seja ela de direito interno ou de direito internacional, consubstanciada em dispositivos (“vasos comunicantes”/“cláusulas de diálogo”) internacionais, como ocorre no artigo 29, alínea “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²⁷.

3 PANORAMA DO RE 466.343-1/SP JULGADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O STF delineou novo entendimento acerca do *status* dos tratados internacionais de direitos humanos na hierarquia das fontes do direito brasileiro

²³ Idem, p. 18-33.

²⁴ Cf. ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 239.

²⁵ MAZZUOLI, op. cit., p. 99.

²⁶ MAZZUOLI, op. cit., p. 102.

²⁷ CADH, art. 29. “Normas de interpretação: Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.”

com o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo, da relatoria do Min. Cezar Peluso, em 03 de dezembro de 2008 (DJe nº 104, publicado em 05/06/2009)²⁸, servindo de parâmetro para os demais entendimentos da Corte²⁹.

Na ocasião, três votos enfatizaram a análise do *status* dos tratados humanitários no Brasil, aqueles pertencentes aos Mins. Gilmar Mendes, Celso de Mello e Menezes Direito. Os outros votos detiveram-se na análise da natureza jurídica do devedor fiduciante, notadamente se é constitucional equipará-lo ao fiel depositário. Dessarte, será relatado o *iter* do Recurso Extraordinário (RE), com foco aos votos que abordaram aos *status* dos tratados humanitários no Brasil.

O RE em tela fora interposto pelo Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em sede de apelação, confirmou a procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, mas que deixou de determinar a prisão civil ao devedor fiduciante, caso não fosse entregue o bem, como requereu o recorrente, pela compreensão da inconstitucionalidade da prisão civil. O recurso extraordinário foi admitido e conhecido, mas teve seu provimento negado por unanimidade.

O Relator examinou a matéria pela ótica das disposições legais que equipararam o devedor fiduciante ao depositário infiel³⁰, tendo em vista o permissivo constitucional da prisão civil do segundo³¹, expondo o entendimento de que não há similitude jurídica entre os institutos do depósito e da alienação fiduciária, uma vez que a obrigação de guardar para restituir é o conteúdo econômico-social do primeiro, sem qualquer acessoriedade da custódia,

²⁸ Disponível no site do STF: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 29/05/2014.

²⁹ Como no RE 87.585-8 TO, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado conjuntamente com o RE *sub examine* em 03/12/2008 (DJe nº 118, publicação em 26/06/2009) e no RE 349.703-1 RS, Rel. Orig. Min. Carlos Britto, Rel. p. Ac. Min Gilmar Mendes, julgado em 03/12/2008 (DJe nº 104, publicado em 05/06/2009).

³⁰ O artigo 4º do Decreto-Lei nº 911/1969, com a redação dada pela Lei nº 6. 071/1974, concedeu ao credor fiduciário ação de depósito fundada no contrato de alienação fiduciária em garantia, quando não encontre o bem ou não se ache na posse do devedor.

³¹ A Constituição de 1969 ou a Constituição de 1967 com a redação da Emenda Constitucional n.1 de 1969, em seu artigo 153, §17, vedava a prisão por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei. A Constituição de 1988 instituiu exceção semelhante em seu artigo 5º, inciso LXVII.

enquanto o segundo traduz-se no crédito assegurado subsidiariamente pelo bem³².

Após traçar essa distinção preliminar, o Relator perquiriu acerca do alcance do dispositivo constitucional que permitiria a prisão civil por dívidas. Em relação à matéria, a previsão constitucional de 1969 dispunha que “não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel (...), na forma da lei, ao passo que, a Constituição de 1988 prevê que não haverá prisão civil por dívida, salvo (...) a do depositário infiel”.

Para o Ministro Relator, instituiu-se a garantia de liberdade individual como regra, inclusive em casos de dívida, sendo-lhes exceções apenas as restritas hipóteses de inadimplemento de obrigação alimentícia e a do depositário infiel³³, não tolerando interpretação expansiva ao devedor fiduciante, de modo concluiu que a ilegitimidade da prisão civil utilizando como parâmetro a CRFB, sem perquirir acerca das influências da Convenção Americana e do Pacto Internacional no ordenamento brasileiro.

De modo distinto ocorreu com o voto do Ministro Gilmar Mendes. Neste, embora se tenha dispensado a análise das teorias monista (kelseniana) e dualista (triepeliana), investigou-se a relação hierárquico-normativa entre os tratados internacionais e a CRFB, concluindo pelo caráter supralegal-infraconstitucional desses diplomas.

Inobstante, o Ministro consignou que a prisão civil do devedor-fiduciante viola o princípio da proporcionalidade, visto que o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios, sendo tal prisão reprovada no crivo da proporcionalidade, bem como o Decreto-Lei nº 911/69 criou uma figura atípica de depósito, violando os limites do conteúdo semântico da expressão constitucional “depositário infiel”, violando o princípio da reserva legal proporcional. Assim votou pelo desprovimento do recurso.

³² Conferir o voto do Ministro Cezar Peluso, páginas 1108 a 1134 do RE em debate.

³³ Registrou-se que a interpretação sobre o dispositivo deveria ser restritiva, na dúvida, solvida em prol da liberdade (*exceptiones sunt strictissimae interpretationis/in dubio pro libertate*).

Em sequência, votaram a Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Ricardo Lewandowski, o Min. Joaquim Barbosa³⁴, o Min. Carlos Britto³⁵ e o Min. Marco Aurélio, acompanhando aos votos do Relator e do Min. Gilmar Mendes pelo desprovimento do recurso. Após, o Ministro Celso de Mello em voto-vista defendeu a natureza constitucional dos tratados humanitários, desprovendo o recurso.

Em seguida, o Relator aditou seu voto reconhecendo caráter supralegal ou constitucional aos tratados humanitários, somente não comungando da tese da paridade normativa ordinária, sem ter-se comprometido definitivamente com uma específica teoria de primazia do direito internacional humanitário³⁶.

Após, o Min. Menezes Direito proferiu voto-vista, reproduzindo o voto-vista presente no HC nº 87.585/TO, o qual, tendo resgatado os votos dos Ministros, remontou-se à análise das correntes dualista e monista, concluindo pelo caráter de “lei especial” dos tratados humanitários.

Em última análise, justificou o Ministro Menezes Direito que considera mantida no ordenamento a prisão do depositário infiel judicial, uma vez que sua natureza específica de desrespeito a um *múnus público* permite sua prisão civil. Por fim, os Ministros Peluso e Gilmar Mendes confirmaram seus votos. Por unanimidade desproveu-se o recurso.

4 ANÁLISE DAS TESES ACERCA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

4.1 O voto do Ministro Gilmar Mendes: a vencedora tese da supralegalidade

Para o Ministro Gilmar Mendes, a promulgação da CRFB, sobretudo de seu artigo 5º, §2º³⁷, ensejou a discussão sobre o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos, a qual se traduz em quatro correntes principais:

- a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos;

³⁴ O qual ressaltou a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, conforme seu voto nas páginas 1199 a 1201, no caso de conflito entre as regras domésticas e as normas internacionais.

³⁵ Que relembrou a natureza de norma de eficácia restringível do inciso LXVII do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (voto presente nas páginas 1202 a 1206 do RE 466.343-1/SP).

³⁶ Cf. página 1282 do RE 466.343-1/SP.

³⁷ CRFB, art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

- b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais;
- c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional;
- d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos.³⁸

No que toca à vertente da supraconstitucionalidade, segundo o voto em análise, entende-se que nem uma emenda à constituição teria poder para suprimir a norma internacional humanitária. Para o voto:

É de ser considerada, no entanto, a dificuldade de adequação dessa tese à realidade de Estados que, como o Brasil, estão fundados em sistemas regidos pelo princípio da supremacia formal e material da Constituição (...). Entendimento diverso anularia a própria possibilidade do controle da constitucionalidade desses diplomas internacionais. Como deixou enfatizado o Supremo Tribunal Federal ao analisar o problema, “assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus (...)”.³⁹

Nessa esteira, o procedimento constitucional de aprovação e promulgação de tratados e sua submissão à jurisdição constitucional expressam a supremacia da Constituição sobre os mesmos, de modo que, no exercício do *treaty-making power*, os poderes públicos brasileiros conformam-se ao procedimento formal previsto na Constituição, bem como ao seu conteúdo material (direitos fundamentais). Somam-se tais considerações à atribuição de jurisdição constitucional concentrada no STF sobre os diplomas internacionais.

O posicionamento que atribui caráter constitucional aos tratados humanitários, segundo o voto em tela, assenta-se sobre o §2º do art. 5º da CRFB, o qual se apresentaria como uma cláusula aberta de recepção dos direitos plasmados em tratados internacionais humanitários, tendo, a partir da ratificação (sem qualquer *interpositio legislatoris*), aplicabilidade imediata, por força do §1º do artigo 5º da CRFB, e força constitucional.

Com efeito, a matéria especial dos tratados internacionais de direitos humanos estaria incorporada à Constituição da República Federativa do Brasil, restando aos tratados comuns a estatura infraconstitucional. Para essa tese:

eventuais conflitos entre o tratado e a Constituição deveriam ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável à vítima, titular do direito, tarefa hermenêutica da qual estariam incumbidos os tribunais

³⁸ Como foi registrado na página 1137 do RE 466.343-1/SP (página 3 do voto do Ministro Gilmar Mendes).

³⁹ Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, página 1139 do RE (página 5 do voto).

nacionais e outros órgãos de aplicação do direito. Dessa forma, o Direito Interno e o Direito Internacional estariam em constante interação na realização do propósito convergente e comum de proteção dos direitos e interesses do ser humano⁴⁰.

Objetou o Ministro contra tal corrente a inserção do §3º ao artigo 5º da CF⁴¹, o qual se trata de uma

declaração eloquente de que os tratados já ratificados pelo Brasil, anteriormente à mudança constitucional, e não submetidos ao processo legislativo especial de aprovação no Congresso Nacional, não podem ser comparados às normas constitucionais⁴².

Diante disso, observa-se um caráter especial dos tratados humanitários em relação aos demais diplomas internacionais, o que acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária, preconizada pela jurisprudência do STF⁴³. Tal tese, concebida com o julgamento do RE nº 80.004/SE, advogava que os efeitos de um ato normativo internacional poderiam ser modificados pela lei nacional posterior, sendo que eventuais conflitos resolver-se-iam pela regra geral de solução antinômica *lex posterior derogat legi priori* (afastando sua aplicação).

Ressalta o Ministro que, já após a CRFB de 1988, o STF voltou a discutir a matéria no HC nº 72.131/RJ (de 1995), tendo como foco a prisão civil do devedor fiduciário, reafirmando a tese da legalidade ordinária ou paridade normativa entre diplomas internacionais e leis nacionais, mas, reconhecendo que o Pacto de São José da Costa Rica, por ser lei geral, não revogaria o especial Decreto-Lei nº 911/69⁴⁴.

Com efeito, o Ministro questionou se, “no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada”⁴⁵. Assim se inseriu, no julgamento do RE nº 466.343-1/SP, a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil.

⁴⁰ Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, página 1142 do RE (página 8 do voto).

⁴¹ CRFB, art. 5º, §3º: “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” (incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁴² Cf. Voto do Ministro Gilmar Mendes, página 1144 do RE (página 10 do voto).

⁴³ Como se registrou no RE nº 80.004/SE (Min. Rel. Xavier de Albuquerque, julgado em 1/6/77, DJ de 29/12/77), HC nº 72.131/RJ (Min. Rel. Marco Aurélio, DJ 1/8/2003), ADI-MC nº 1.480/DF (Rel. Min. Celso de Mello, DJ 18/5/2001), dentre outros.

⁴⁴ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, páginas 1146 e 1447 do RE (páginas 12 e 13 do voto).

⁴⁵ Idem, *ibidem*.

Tendo em vista o enquadramento do Brasil como “Estado Constitucional Cooperativo”⁴⁶, no qual o Estado disponibiliza-se como referência para os outros da mesma comunidade (ganhando relevo o papel dos direitos humanos), a cooperação entre os Estados promove a coexistência internacional pacífica, bem como o enfraquecimento dos limites entre o interno e externo, gerando o entendimento da prevalência do direito comunitário.

Sob tal perspectiva, o aspecto ideal-moral conduz à concepção cooperativa de Estado, de modo a:

exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana⁴⁷.

Nessa esteira, é possível observar na Constituição da República Federativa do Brasil quatro disposições que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público: o parágrafo único do art. 4º⁴⁸, o §2º⁴⁹ do art. 5º e os §§3º e 4º⁵⁰ do art. 5º (incluídos pela EC nº45/04). Nessa linha, segundo o Ministro Gilmar Mendes, alguns países já avançaram em inserirem-se em contextos supranacionais, reservando lugar especial aos tratados em seu ordenamento⁵¹.

Tais dados revelam, conseqüentemente, uma “tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano”⁵². Ademais, a tese da legalidade ordinária, na medida

⁴⁶ Nesse contexto, os motivos que conduzem à concepção de um Estado cooperativo são complexos. Porém, identifica o Ministro, ao menos, os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como contributivos.

⁴⁷ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, páginas 1148 e 1449 do RE (páginas 14 e 15 do voto).

⁴⁸ CRFB: artigo 4º: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) 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.”

⁴⁹ CRFB, art. 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁵⁰ CRFB, art. 5º, §3º: “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.” CF, art. 5º, §4º: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão” (incluídos pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

⁵¹ Tais como Paraguai (artigo 9º de sua Constituição), Argentina (artigo 75, inciso 24 de sua Constituição), Uruguai (artigo 6º de sua Constituição).

⁵² Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, páginas 1151 do RE (páginas 17 do voto).

em que permite o descumprimento unilateral de um acordo internacional, viola princípios fixados na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (art. 27), da qual o Brasil é signatário.

Assim, aflora o atributo da supralegalidade como consequência inafastável. Noutros termos, os tratados humanitários

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 humana⁵³.

Tal compreensão, esboçada anteriormente no STF em sede do RHC nº 79.785-RJ pelo Min. Rel. Sepúlveda Pertence, possui assento na Constituição da Alemanha (artigo 25), na Constituição da França de 1958 (art. 55) e Constituição da Grécia de 1975 (art. 28). Não obstante, em matéria de direito tributário, vige o princípio da prevalência do direito internacional sobre o direito interno legal, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional⁵⁴, demonstrando patente incongruência nas concepções tradicionais brasileiras⁵⁵.

Desta sorte, o caráter especial dos tratados humanitários impõe reconhecer que sua internalização no ordenamento (via ratificação), tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, de modo que a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade, uma vez paralisados os dispositivos legais que a disciplinavam.

Conclui assim o Ministro:

Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel. De qualquer forma, o legislador constitucional não fica impedido de submeter o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção America Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, além de outros tratados de direitos humanos, ao procedimento especial de aprovação previsto no art. 5º §3º, da

⁵³ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, páginas 1154 do RE (páginas 20 do voto).

⁵⁴ CTN (Lei nº 5.172 de 1966), art. 98: “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

⁵⁵ Cf. voto do Ministro Gilmar Mendes, páginas 1156 do RE (páginas 22 do voto): “admite-se o caráter especial e superior (hierarquicamente) dos tratados sobre matéria tributária em relação à legislação infraconstitucional, mas quando se trata de tratados sobre direitos humanos, reconhece-se a possibilidade de que seus efeitos sejam suspensos por simples lei ordinária.”

Constituição, tal como definido pela EC nº 45/2004, conferindo-lhes status de emenda constitucional.

4.2 Voto do Ministro Celso de Mello: *status* constitucional dos tratados humanitários

Por sua vez, em seu voto-vista, o Min. Celso de Mello registrou que a matéria envolve discussão em torno do alcance e da precedência dos direitos fundamentais da pessoa humana, impondo o exame da internacionalização dos mesmos e as relações entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos em face do §3º do art. 5º da CRFB. Com efeito, o valor ético fundamental da pessoa humana figura como dado axiológico essencial e:

ao contrário dos padrões ortodoxos consagrados pelo direito internacional clássico, os tratados e convenções, presentemente, não mais consideram a pessoa humana como um sujeito estranho ao domínio de atuação dos Estados no plano externo. O eixo de atuação do direito internacional público contemporâneo passou a concentrar-se, também, na dimensão subjetiva da pessoa humana, cuja essencial dignidade veio a ser reconhecida, em sucessivas declarações e pactos internacionais, como valor fundante do ordenamento jurídico sobre o qual repousa o edifício institucional dos Estados nacionais.⁵⁶

Diante de tais considerações, os tratados humanitários desempenham papel relevante na afirmação dos direitos básicos da pessoa humana, dentre os quais o de não sofrer prisão por dívida. Nessa esteira, a Constituição Federal promove tal vedação, excepcionando-a quanto à obrigação alimentícia e ao depositário infiel. Assim, sem a lei veiculadora de sua disciplina, torna-se juridicamente inviável recorrer-se a esse meio coercitivo, tendo em vista a não vinculatividade do legislador ordinário às exceções meramente permissivas.

Nesse sentido, conforme vota o Min. Celso de Mello, o legislador não se acha compelido a regular a prisão civil, obtendo relativa liberdade decisória de “(a) disciplinar ambas as hipóteses (inexecução de obrigação alimentar e infidelidade depositária), (b) abster-se, simplesmente de instituir a prisão civil e (c) instituí-la em apenas uma das hipóteses facultadas pela Constituição”⁵⁷. Tal espaço decisório pode, como ocorreu, ser preenchido pela normatividade internacional, surgindo a questão da hierarquia das fontes.

⁵⁶ Cf. voto do Ministro Celso de Mello, página 1221 do RE em tela (página 11 de seu voto).

⁵⁷ Idem, p. 1227 (p. 17 do voto).

Para o Ministro, a definição da posição hierárquica dos tratados humanitários em face do direito interno merece profunda análise. Há o desenvolvimento da tese de sua supralegalidade-infraconstitucionalidade (como apresentou o Min. Gilmar Mendes), bem como de sua qualificação materialmente constitucional pela composição do “bloco de constitucionalidade”⁵⁸, consoante permite o §2º do art. 5º da CRFB. Dessarte, posicionou-se pela natureza constitucional de tais normas, de modo a observar-lhes três situações:

- (1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo §2º do art. 5º da Constituição);
- (2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo §3º do art. 5º da Constituição); e
- (3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade (...)).⁵⁹

Portanto, não haveria a possibilidade de denúncia pela vontade do Executivo ou sua imposição por lei ordinária do Congresso Brasileiro. Por força do fenômeno da recepção de normas anteriores à Constituição da República Federativa do Brasil, o qual somente verifica compatibilidade material, sob tais premissas, os tratados humanitários em destaque teriam *status* constitucional, exigindo alteração via emenda constitucional e respeito à vedação ao retrocesso social.

Deste modo, subsiste enquanto parâmetro conformador e supremo do ordenamento jurídico a Constituição brasileira (CRFB), apresentando-se a Convenção Americana e o Pacto Internacional enquanto normas com *status* constitucional, ao passo que, os tratados não-humanitários localizam-se em

⁵⁸ Cf. Celso Lafer *apud* Celso de Mello (p. 1236 do RE 466.343-1/SP): “conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos princípios e valores nela consagrados.”

⁵⁹ Cf. voto do Min. Celso de Mello, página 1237 e 1238 do RE em tela (páginas 27 e 28 do voto).

paridade com a legislação ordinária, de modo que a prisão civil do devedor fiduciante não encontraria substrato de validade.

4.3 O voto do Ministro Menezes Direito: o caráter especial dos tratados humanitários

Por fim, examinou a natureza e o *status* dos tratados humanitários, o Min. Menezes Direito. Considerou o Ministro que, “historicamente, os autores dividiam-se entre as escolas monista e dualista, havendo ainda quem tentasse apresentar conciliação entre elas”⁶⁰.

Nessa esteira, o dualismo (de Triepel), segundo o voto do Ministro Menezes Direito⁶¹, apresentava que o direito internacional e o direito interno são dois sistemas iguais, independentes e separados, que não se confundem, sendo diversos seus sujeitos de direito e suas estruturas. Para o monismo, segundo se relata no voto, consubstanciaram-se duas vertentes, uma que confere prevalência ao direito interno, e outra que faz o mesmo ao direito internacional.

Na primeira vertente do monismo, conforme cita o voto em análise⁶², ter-se-ia a concepção de Hegel, para o qual o Estado era uma síntese de contradições verificadas na realidade, gozando de uma soberania absoluta, de modo que o direito internacional retirava sua força do direito interno. Quanto à segunda vertente, observa-se a Escola de Viena que propunha a prevalência do direito internacional, considerando a soberania um conceito relativo.

Entre os conciliadores, há destaque para doutrinadores espanhóis, os quais introduziram a coordenação do direito natural. Para Gustav Adolf Walz, conforme apresenta o Ministro, “o direito internacional tanto pode ser originário, isto é, possuir autoridade imediata sobre estados e entidades análogas, como derivado, isto é, possuir validade interna em decorrência de uma norma de direito interno”⁶³.

Diante dessas correntes, o Ministro Menezes Direito entendia não ser razoável considerar primazia absoluta ao direito interno ou ao internacional, posicionando-se pela compreensão de que “o direito internacional e o direito

⁶⁰ Cf. voto do Min. Menezes Direito, página 1294 do RE (página 9 de seu voto).

⁶¹ Idem, *ibidem*.

⁶² Idem, *ibidem*.

⁶³ Idem, *ibidem*.

interno são direitos com uma mesma substância de valor e conformação”⁶⁴. Porém, ao tratar do Direito das Gentes (direito internacional dos direitos humanos), o Ministro procurou estabelecer-lhe um padrão especial.

Aderiu, assim, à ultrapassagem da antiga jurisprudência da equiparação com as leis ordinárias, com vistas a uma nova classificação dessas espécies normativas internacionais, como registrou:

Parto, assim, da classificação que separa nas espécies normativas internacionais todos aqueles relativos aos direitos humanos dos demais. O meu fundamento é a natureza supra-estatal desses direitos, os quais, portanto, não são dependentes do reconhecimento pelo direito interno, cabendo-lhe apenas e unicamente declará-los. Se os direitos do homem existem pela natureza mesma da pessoa humana, os estados nacionais que dele se ocupam fazem-no em função de declarações positivadas, o que significa a pré-existência desses direitos com relação ao direito interno. Essa natureza especial do [sic] ser do homem é que dá dimensão própria aos direitos humanos, autorizando no plano das relações entre o direito interno e o direito internacional uma relação que põe relevo no primeiro, não no segundo. O homem não está limitado ao estado nacional e, portanto, seus direitos também não estão. Ele está na dimensão da humanidade que ultrapassa por definição a regência doméstica. Daí que teremos de construir na operação jurídica dos planos estatais uma incorporação que guarde essa dimensão.⁶⁵

Sob tais considerações, o Ministro Menezes Direito observou a existência de duas possibilidades, ambas já expostas: a do Min. Celso de Mello (constitucionalidade) e a do Min. Gilmar Mendes (infraconstitucionalidade-supralegalidade). Para o Min. Menezes Direito, a incorporação automática dos tratados humanitários com *status* constitucional violentaria a disciplina do constituinte brasileiro, bem como impossibilitaria o controle de constitucionalidade das normas internacionais.

Deste modo, o Ministro propõe uma solução já esboçada no STF (pelo Min. Ozimbo Nonato, na AC nº 9.587/DF, 21/8/1951), a de conferir-lhes o *status* de “leis especiais”. Tais atos não seriam supralegais, mas especiais, ou seja:

atos de hierarquia diferenciada, na medida em que oriundos de um plano que esta além, pela própria natureza do seu conteúdo substantivo, da hierarquização legislativa doméstica. Eles ficam no plano legal, mas com hierarquia superior, porquanto ingressaram de forma diferente da produção normativa doméstica.⁶⁶

⁶⁴ Idem, p. 1295 (p. 10).

⁶⁵ Idem, p. 1300-1301 (p. 15-16).

⁶⁶ Idem, p. 1303 (p. 18).

Destarte, a Convenção e o Pacto ingressam na ordem doméstica com hierarquia especial, mas infraconstitucional, suspendendo a eficácia das disposições legais de equiparação entre o devedor fiduciante e o depositário infiel, bem como daquelas que permitem a prisão civil do depositário infiel de origem contratual.

5 ANÁLISE CRÍTICA DO ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DA DOCTRINA DO DIREITO INTERNACIONAL

Diante das premissas teóricas assentadas, cabe retomar-se o julgamento do RE 466.343-1/SP. Em relação aos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, foram defendidas três teses no julgamento: a supralegalidade-infraconstitucionalidade (Min. Gilmar Mendes – tese vencedora), status constitucional (mas legalidade ordinária aos tratados comuns – Min. Celso de Mello), caráter especial (plano da legalidade, mas com hierarquia qualificada – Min. Menezes Direito).

Tais teses, a despeito de suas variações, tiveram como preocupação central submeter a normatividade humanitária internacional - no caso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao paradigma da Constituição brasileira (CRFB), seja por submissão (supralegalidade/lei especial) ou por paridade normativa (recepção com status constitucional).

De tal forma, pode-se observar que o STF demonstrou concepção que confere primazia ao direito interno (pela supremacia da Constituição Federal brasileira), tendo, porém, como parâmetro influências do sistema internacional sobre o nacional, após a devida incorporação interna, como expõe a literatura:

A Suprema Corte brasileira tem exigido, após a aprovação do tratado pelo Congresso Nacional e à troca dos respectivos instrumentos de ratificação – o que, de resto, a prática brasileira já segue há vários anos -, que seja o tratado internacional promulgado internamente, por meio de um decreto de execução presidencial (não se exigindo seja o tratado “transformado” em lei interna). Para o Supremo Tribunal Federal tal decreto executivo, enquanto momento culminante do processo de incorporação dos tratados ao sistema jurídico brasileiro, é manifestação essencial e insuprimível, considerando-se seus três efeitos básicos: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato

internacional. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o STF tem assumido posição dualista moderada.⁶⁷

Se ainda no paradigmático RE n° 80.004/SE já se compreendeu que o STF filiava-se ao monismo moderado⁶⁸, com a equiparação dos tratados às leis ordinárias, implicando em revogação por sucessão cronológica, com o julgamento do RE 466.343-1/SP o STF, sobretudo em relação à tese vencedora, manteve como pressuposto o devido processo de internalização dos tratados. Desse modo, observa-se o paradigma dualista moderado, embora com qualificação *sui generis* para a normatividade internacional humanitária.

Isto se explica porque o monismo moderado, tal como é aplicado no Brasil, representa o segundo momento do dualismo,

quando a norma já incorporada poderá ou não colidir com a norma interna. Isso é falso problema, porque a norma incorporada segundo o sistema dualista, ao entrar no ordenamento jurídico, passa a pertencer a este e enquadrar-se nas hipóteses de análise pertinente às demais leis⁶⁹.

Vale observar, assim, que “ao estabelecer a necessidade imperiosa de incorporação, independentemente da posição que assumirá posteriormente a norma, adota o direito brasileiro certa forma de dualismo, na modalidade moderada”⁷⁰.

Em verdade, torna-se difícil inserir o entendimento esboçado pelo STF em dualismo moderado ou monismo nacionalista com caráter moderado, sob as feições teóricas perfeitamente delineadas. Isto porque o STF exige a internalização dos tratados humanitários, o que ocorre por procedimento complexo (e não estritamente por lei interna) e porque tais diplomas ficam imunes à legislação ordinária, mas sob a compatibilização com a Constituição Federal.

Assim, com a devida cautela teórica, é possível dizer que o Brasil encontra-se sob a perspectiva de um dualismo moderado que confere primazia (supremacia) ao direito interno constitucional, mas cujos tratados internacionais de direitos humanos internalizados não podem ser revogados pela legislação

⁶⁷ Cf. MAZZUOLI, op.cit., p. 91.

⁶⁸ Cf. ACCIOLY; SILVA; CASELLA, op. cit., p. 239.

⁶⁹ Idem, ibidem.

⁷⁰ Idem, ibidem.

ordinária. Em verdade, os tratados paralisam a eficácia da lei comum interna, estando somente submissos à Constituição brasileira (CRFB).

Essa posição jurisprudencial (dualismo moderado com qualificação única dada à normatividade internacional humanitária) não se isenta de críticas. De acordo com a literatura⁷¹, critica-se a adoção de tal paradigma diante da negativa da compreensão pelo fundamento do direito na comunidade internacional (monismo internacionalista).

Admitir tal doutrina:

equivale a negar o fundamento de validade do Direito Internacional e, conseqüentemente, a sua própria existência como ramo da ciência jurídica, o que já é suficiente para qualificá-la como desprovida de fundamento. Ora, não existe Estado isolado, flutuando no espaço ou vácuo. Todos eles se encontram dentro de uma sociedade internacional. Se é dessa sociedade que florescem as normas que estruturam o sistema internacional e regulam a conduta dos Estados em suas relações recíprocas, também é dessa mesma sociedade que nascem os limites às regras do Direito interno. O Direito é uma superestrutura que depende de uma infraestrutura. Se esta é alterada, aquela será abalada, causando desequilíbrios de diversas ordens. Para que tal não ocorra, basta admitir a supremacia do Direito Internacional frente aos ordenamentos internos. (...) Toda a normatividade extrai, pois, o seu fundamento de validade do ordenamento jurídico internacional. Conseqüentemente deve conformação e respeito para com este último. E como isto sucede? Adequando-se as normas do Direito interno aos mandamentos do Direito Internacional, do qual retira a razão de sua existência.⁷²

O direito internacional, cujo fundamento está no *pacta sunt servanda*, nesse sentido, encontra-se supraelevado ao direito interno, servindo-lhe como fundamento de validade, bem como servindo-se dele para executar seus preceitos, o que impõe reconhecer uma relativização e redefinição da soberania dos Estados isolados, em favor da soberania da sociedade internacional⁷³.

É de se questionar quais seriam, nessa esteira, os efeitos da tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil. Observa-se que, de acordo com esse escalonamento *sui generis*, os tratados internacionais humanitários submetem-se à Constituição, permitindo seu controle perante ela (jurisdição constitucional). Ademais, inovam o sistema de

⁷¹ Cf. MAZZUOLI, op. cit., p. 96-97; VERDROSS, 2013, p. 18-33.

⁷² MAZZUOLI, op. cit., p. 96-97.

⁷³ Cf. VERDROSS, op. cit., p. 22-33.

controle da higidez normativa, inserindo o controle de convencionalidade das leis ordinárias, uma vez dado o caráter supralegal⁷⁴.

E ainda, ao menos em tese, a noção de supralegalidade permitiria a modificação da aplicabilidade de tratado internacional humanitário pela alteração da Constituição brasileira (CRFB), o que se apresenta inaceitável em direito internacional, inclusive no ordenamento doméstico, tendo em vista a ratificação e publicização via decreto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados⁷⁵.

5 CONCLUSÃO

O julgamento do RE 466.343-1/SP é um marco no avanço da jurisprudência da suprema corte brasileira para a superelevação do direito internacional no âmbito interno. Se antes o Supremo Tribunal Federal equiparava os tratados internacionais à legislação ordinária interna, demonstrando pouco apreço pelas deliberações da comunidade internacional, hoje o STF compreende que a normatividade internacional humanitária está um nível superior à legislação doméstica brasileira comum.

Contudo, a supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos foi associada a uma infraconstitucionalidade, observando como paradigma a primazia do direito constitucional interno, o que, ao menos em tese, traz a possibilidade da alteração unilateral ou do inadimplemento internacional no Brasil pela modificação da Constituição (CRFB).

Diante dos marcos teóricos do direito internacional – dualismo radical, dualismo moderado, monismo nacionalista, monismo internacionalista, monismo internacionalista dialógico -, a posição do STF apresenta-se pouco subsumível, situando-se numa qualificação *sui generis*: somente aceita a

⁷⁴ Controle da convencionalidade “significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país. Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilização vertical com tais preceitos internacionais de direitos humanos” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 17).

⁷⁵ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 496/2009 e promulgada pelo Decreto presidencial nº 7.030/2009. Seus artigos 26 e 27 são pertinentes à matéria: “Art. 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé; Art. 27. Direito Interno e Observância de Tratados. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o art. 46.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 29/05/2014.

aplicação do direito internacional no âmbito doméstico se houver internalização (dualismo moderado), eleva o patamar dos diplomas humanitários (monismo internacionalista), mas os submete à Constituição da República (monismo nacionalista).

Desse modo, a compreensão do STF acaba por desconsiderar a corrente que confere primazia ao direito internacional (como fundamento último do direito interno) e coloca em risco o fiel cumprimento dos compromissos internacionais pelo Brasil, uma vez teoricamente possível que a Constituição brasileira (CRFB) afaste os moldes normativos pactuados pela comunidade internacional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf >. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. **Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm >. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. **Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/DO592.htm >. Acesso em: 29/05/2014.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466.343-1/São Paulo**. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> >. Acesso em 29/05/2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

VERDROSS, Alfred. **O Fundamento do Direito Internacional**. Revista de Direito Internacional. Uniceub. Brasília, v. 10, n. 2, 2013

ARTIGOS CONVIDADOS

Esta seção é composta por artigos enviados por seus autores a convite da Revista de Direito Cosmopolita.

Quando os artigos não forem inéditos, os dados de sua publicação anterior encontram-se em nota de rodapé junto ao título.

A (NÃO) CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

La (no) puesta en práctica del principio de precaución por los tribunales internacionales¹

Ana Cristina Paulo Pereira²

Sumário: 1 Introdução. 2 Obstáculos à concretização do princípio da precaução. 2.1 A incerteza quanto à autoridade do princípio da precaução enquanto autêntico princípio de direito internacional. 2.2 A concorrência do princípio da precaução com outros princípios do direito internacional. 2.2.1 O princípio da soberania exclusiva permanente sobre recursos naturais versus princípio da precaução. 2.2.2 O princípio do livre comércio versus princípio da precaução. 3 A jurisprudência da União Europeia e do Mercosul acerca do princípio da precaução. 3.1 A posição ambígua do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) acerca do princípio da precaução. 3.2 As posições divergentes dos tribunais do Mercosul acerca do princípio da precaução. 4 Conclusão. Bibliografia.

Resumo: Criado com a finalidade evitar danos graves e irreparáveis ao meio ambiente ou à saúde, o princípio da precaução incide quando há insuficiência de dados científicos conclusivos acerca da ocorrência desse dano ou de sua extensão. O princípio sofre da ausência de unanimidade na doutrina e na jurisprudência internacional quanto ao seu verdadeiro status jurídico, além de confrontar-se com outros princípios mais antigos do direito internacional público. Por outro lado, seu caráter abstrato e genérico faz com que tribunais internacionais, inclusive os que pertencem a áreas de integração regionais, hesitem em extrair-lhe uma obrigação concreta para os Estados. A aplicação efetiva do princípio da precaução por esses tribunais é o objetivo maior do presente trabalho.

Palavras-chave: Princípio da precaução. Obrigação de não-causar danos transfronteiriços. Status jurídico dos princípios do direito internacional do meio ambiente. Jurisprudência internacional sobre meio ambiente.

Resumen: Creado con el fin de evitar perjuicios graves e irreparables para el medio ambiente o la salud, el principio de precaución actúa cuando no hay suficientes datos científicos concluyentes sobre la ocurrencia de estos daños o su extensión. El principio padece de la falta de unanimidad en la doctrina y la jurisprudencia internacional con respecto a su status jurídico actual y aún tiene que hacer frente a otros principios más antiguos del derecho internacional público. Por otra parte, su carácter abstracto y genérico no favorece a que los tribunales internacionales, incluso los pertenecientes a las áreas de integración regional, se lo consigne una obligación específica para los Estados. La aplicación efectiva del principio de precaución en estas cortes es el tema central de este trabajo.

Palavras clave: El principio de precaución. Obligación de no-daño transfronterizo. Status jurídico de los principios del derecho internacional del medio ambiente. La jurisprudencia internacional en el tema del medio ambiente.

Abstract: Created in order to avoid serious and irreparable damage to the environment or human health, the precautionary principle applies when there is insufficient conclusive scientific data on the occurrence of the damage or its extent. The principle suffers from the lack of

¹ Artigo originalmente publicado na Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, Año 1, N.º 1, Mar. 2013, pp. 29-60. Assunção: Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul.

² Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Professora Adjunta do Instituto Brasileiro de Mercados de Capitais (IBMEC-RJ).

unanimity in doctrine and international jurisprudence regarding its actual legal status and confront other older principles of public international law. Moreover, its abstract and generic features make international tribunals, including those which belong to regional integration areas, hesitate in inferring a specific obligation for States. The effective application of the precautionary principle by these courts is the main goal of this work.

Key words: The precautionary principle. Obligation of non-transboundary harm. Legal status of the principle of the principles of international environmental law. International jurisprudence on the environment.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Jonas Ebbesson (2009, p. 1)

padrões, princípios e procedimentos para a proteção do meio ambiente são geralmente instrumentos para alcançar, diga-se, a conservação de ecossistemas frágeis e espécies ameaçadas, a preservação da água fresca e de outros recursos naturais, a restauração de solos contaminados bem como da camada de ozônio, e a proteção da saúde humana. Essa concepção de objetivo orientado é evidente não só no direito interno como no direito internacional (**tradução nossa**).

O princípio da precaução foi construído, portanto, com vistas a alcançar esses objetivos, eis que, em última análise, visa a evitar o dano muito mais do que repará-lo, mais ainda porque o dano ao meio ambiente, na maioria das vezes, é irreparável.

Embora o princípio da precaução tenha origem no direito internacional do meio ambiente, sendo um de seus pilares, seu âmbito de incidência é muito mais amplo, alcançando também à saúde humana, animal e vegetal.

Por outro lado, o princípio da precaução não age isoladamente, mas de forma articulada com outros conceitos úteis do direito internacional do meio ambiente, tais como: o do desenvolvimento sustentável, da equidade e da integridade territorial: mais especificamente, o princípio pode ser a base para a concretização da noção da equidade inter-gerações, na medida em que propugna pela obrigação da geração presente de zelar e velar pelo planeta, mantendo sua integridade para as gerações futuras e garantido a sobrevivência da espécie humana, conforme Ebbesson (2009, p. 9).

É preciso ter em mente que precaução e prevenção não se confundem, embora os dois termos possam estar interligados, como explicaremos mais adiante. No momento, basta dizer que a precaução atua quando há ausência de prova científica conclusiva acerca de um determinado dano irreversível e grave ao meio ambiente ou à saúde. Já a prevenção, esta atua na iminência de dano específico. Em suma: na precaução predomina o elemento dúvida, enquanto na

prevenção o da certeza, mas em ambos os casos o Estado ver-se-ia forçado a adotar uma conduta capaz de evitar o dano ou, no mínimo, minimizar seus efeitos, dependendo dos riscos envolvidos.

A origem do princípio da precaução como conceito legal remonta à legislação alemã (“*vorsorgeprinzip*”), de 1976, que retoma os termos da Declaração de Wingspread de 1970, conforme informa Schrijver (2008, p. 184). Quanto à sua primeira formulação internacional de forma expressa, vamos encontrá-la na 1ª Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar do Norte, de 1984, tendo sido reforçado na conferência de 1987 e, em seguida, reafirmado em outros tratados e declarações internacionais, como ensina Cretella Neto (2012, p. 225). A título de exemplo citamos: a Declaração de Bergen, 1992 (parágrafo 7); a Declaração do Rio, 1992 (Princípio 15); a Convenção sobre a Diversidade Biológica, 1992 (Preâmbulo, parágrafo 9); Acordo sobre a Implementação dos Dispositivos da Convenção do Mar de 1992 concernentes à Conservação e Exploração de População de Peixes Transzonais e Peixes Altamente Migradores, 1995 (Artigo 6); e o Protocolo de Cartágena sobre Biosegurança, 2000 (Artigos 1, 10 e 11).

Apesar da aparente aceitação do princípio da precaução no âmbito internacional, forçoso é constatar que sua aplicação concreta pelos diferentes tribunais internacionais ainda carece de interpretação uniforme ou, pelo menos, harmoniosa. Importa-nos, portanto, entender a que se deve essa oscilação jurisprudencial.

A nosso ver, dois aspectos poderiam contribuir para enfraquecer o princípio da precaução, retirando-lhe a efetividade pretendida. Primeiramente, a própria dúvida quanto ao seu verdadeiro status jurídico: seria um princípio de direito internacional, fonte de obrigação para os Estados, ou simples abordagem ou enfoque?³ Em segundo lugar, sua oposição a princípios já consagrados do direito internacional que possuem conotação econômica importante e de conteúdo mais concreto, em contradição ao princípio da precaução de caráter mais abstrato e que atua na inexistência de provas concretas do dano.

³ Ciente da divergência doutrinária e jurisprudencial e sem nos posicionarmos sobre uma ou outra corrente, utilizaremos neste trabalho o termo “princípio”, eis que esse é o termo usado na sua origem.

Este trabalho pretende analisar o verdadeiro lugar que ocupa o princípio da precaução nas relações inter-estatais, mormente quando estiver em causa a proteção do meio ambiente ou da saúde.

Em um primeiro momento, retomaremos os questionamentos acima suscitados, utilizando a doutrina e, principalmente, as decisões prolatadas de modo geral por alguns tribunais internacionais que tiveram a oportunidade de se manifestar, ainda que indiretamente, sobre o princípio da precaução.

Em um segundo momento, observaremos os entendimentos expressos de tribunais regionais que funcionam dentro de sistemas de integração econômica, nomeadamente do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) e dos Tribunais Arbitrais Ad Hoc (TAH) e Tribunal Permanente de Revisão que atuam no mecanismo de solução de controvérsias do Mercosul.

Ao final, esperamos ser capazes de nos posicionarmos e contribuir com uma resposta acerca da real efetividade do princípio da precaução em seu estágio atual. Estamos conscientes de que o tema envolve prioridades, conflitos e confrontos de interesses, ultrapassando a clássica relação Estado-Estado para alcançar a sociedade civil como um todo.

2 OBSTÁCULOS À CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução veio à luz em vários julgados realizados por alguns dos mais importantes tribunais internacionais da atualidade, mormente para justificar condutas contrárias a obrigações assumidas pelos Estados no âmbito internacional, com base na excludente da necessidade ambiental ou segurança pública quando se trata de proteção da saúde.

Que o meio ambiente vem sendo preocupação constante desses tribunais é uma verdade irrefutável: todos são unânimes em declarar a importância de preservar o meio ambiente para gerações presentes e futuras. Porém, quando se trata de dar efetividade ao princípio da precaução, um dos princípios do direito internacional do meio ambiente, deparamo-nos com uma situação distinta: algumas vezes o princípio é relegado a um segundo plano, servindo apenas como elemento subsidiário, subtraído da autoridade de um autêntico princípio de direito internacional; outras vezes, o princípio cede lugar a outros mais

tradicionais e caros aos Estados, os quais buscam na exploração de seus recursos naturais um meio de promover seu desenvolvimento econômico.

2.1 A incerteza quanto à autoridade do princípio da precaução enquanto autêntico princípio de direito internacional

Enquanto a doutrina debate sobre o real status jurídico do princípio da precaução, a jurisprudência internacional, por sua vez, hesita em lhe atribuir valoração clara e precisa: pode-se dizer que o mais perto que um tribunal internacional chegou sobre o status do direito internacional do meio ambiente como um todo ocorreu em 2005, quando do julgamento pela Corte Permanente de Arbitragem (CPA) do caso Iron Rhine (“*IJzeren Rijn*”).

Com efeito, no referido caso, a CPA, sem esclarecer o que no direito internacional do meio ambiente constitui “as regras ou princípios ou ainda o *soft law*, e quais tratados ou princípios contribuíram para o desenvolvimento do direito internacional consuetudinário”, declarou que...

Environmental law and the law on development stand not as alternative but as mutually reinforcing, integral concepts, which require that where development may cause significant harm to the environment there is a duty to prevent, or at least mitigate, such harm. This duty, in the opinion of the Tribunal, has now become a principle of general international law.⁴

A dúvida doutrinária reside em saber se o princípio da precaução é um princípio do direito internacional nos termos do Artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça de 1945, ou simplesmente se trata de um enfoque, uma abordagem, a ser seguido quando da conduta estatal relacionada a questões de meio ambiente ou de saúde pública.

A questão torna-se ainda mais pertinente em se tratando do direito internacional do meio ambiente, eis que, conforme afirma Kiss e Shelton (2007, p. 89), os princípios estão presentes nesse ramo, mais do que em qualquer outro do direito internacional geral.

Conforme informa Rebecca Bratspies (2006, pp. 156-157), os EUA, por exemplo, preferem adotar um sistema regulatório baseado em avaliação quantitativa de risco, ou seja, em extensiva prova de que há risco, do que no princípio da precaução, o qual, para as autoridades norte-americanas, é “tão

⁴ *Rhine (“IJzeren Rijn”) Railway Arbitration* (Belgium v. The Netherlands), Award of the Arbitral Tribunal, 24 may 2005, paras. 58-59. Disponível em: <http://www.pca-cpa.org>

mítico quanto a figura do unicórnio”. O princípio seria sobretudo uma forma de encarar as coisas, significando apenas “*take care*” ou “*better safe than sorry*”.

Obviamente, essa abordagem não nos parece representar a vontade do legislador originário ao vislumbrar o princípio da precaução como um dos integrantes do *corpus juris* do direito internacional do meio ambiente, sendo imprescindível para alcançar o fim a que este se pretende.

Nesse sentido, expressam Kiss e Shelton (2007, p. 94) que a proclamação do princípio da precaução pode ser considerada uma das mais importantes disposições da Declaração do Rio de 1992, conforme expresso em seu Princípio 15...

In order to protect the environment, the precautionary principle shall be widely applied by States according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

A verdade é que, para que o princípio da precaução seja considerado fonte válida de obrigação para os Estados deve possuir características que o permitam integrar uma das categorias previstas no artigo 38 do Estatuto da CIJ, constituindo norma convencional, costumeira ou princípio geral do direito internacional reconhecido pelas nações civilizadas, conforme curiosa expressão usada no referido dispositivo.

Convém, entretanto, uma explicação prévia acerca dos princípios, eis que, embora figurem como fonte do direito internacional no Artigo 38 do Estatuto da Corte, compartilhamos da posição de alguns doutrinadores de que os princípios não são propriamente fonte do direito internacional, mas sim normas com características próprias (conteúdo abstrato/valorativo/abrangente), que se extraem seja do direito costumeiro - o mais comum - ou de tratado ou convenção internacional. Nesse sentido, Benedetto Conforti expressa que os princípios gerais do direito não são mais do que uma categoria *sui generis* de norma consuetudinária internacional (apud Cretella Neto, 2012, p. 208).

Em que pese a alegada falta de autonomia dos princípios enquanto fonte do direito internacional, não resta dúvida quanto às suas características peculiares, que os distinguem das demais normas. Assim sendo, faz-se mister uma análise, ainda que superficial, do real significado do termo “princípio”, eis que, a idéia de princípio indica sempre uma função normativa, de modo que não

se trata de simples opinião doutrinária ou um conceito abstrato da verdade ou da justiça, conforme Vitanyi (1976, p. 537).

Portanto, os princípios são imprescindíveis dentro de um determinado sistema de direito, eis que as regras particulares e específicas desse sistema devem representar a aplicação concreta das idéias por eles expressadas às situações regidas.

Em sentido oposto, M. Ustor, um dos negociadores do projeto de artigos sobre a responsabilidade dos Estados, elaborado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, vê nos princípios motivo de complicação, haja vista os vários significados que possam vir a ter. Por conseguinte, o autor defendia que “em vez de introduzir no texto do projeto uma expressão vaga, seria melhor renunciar sua utilização”, tal qual ocorrera com a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (apud Vitanyi, 1976 p. 536).

Em todo caso, como observa Virally (apud Vitanyi, 1976, p. 537): “os princípios permanecem sempre sinônimo de regras jurídicas abstratas, fornecedores das bases de um regime jurídico suscetível de se aplicar a múltiplas situações concretas, seja para as regulamentar de maneira permanente, seja para resolver as dificuldades que essas situações engendram.”

Kiss e Shelton (2007, p. 89) vão ainda mais além para atribuir aos princípios quase que a função de um “coringa” em um jogo de cartas. Nesse sentido, os autores expressam que os princípios podem indicar as características essenciais de instituições legais, designar normas legais fundamentais, ou suprir lacunas do direito positivo, servindo, ainda, para orientar e direcionar os rumos desse direito e fornecer-lhe inclusive um *ratio*, sem necessariamente constituírem, em si mesmos, uma norma vinculante.

Quanto ao princípio da precaução especificamente, não restam dúvidas de que seu caráter abstrato e sua função complementar justificam-se na medida em que informa um valor (o da proteção do meio ambiente e da saúde em caso de dúvida) e permeia todo o direito internacional do meio ambiente, de forma coordenada com os demais princípios desse ramo: o princípio da precaução incidirá sempre que houver potencial risco de dano grave e irreversível.

Porém, essas características não são suficientes para atribuir autoridade normativa ao princípio da precaução; para tanto, deve reverter a forma de norma costumeira internacional, a defeito de não estar previsto convencionalmente em

um sistema jurídico de alcance bilateral, multilateral ou regional, caso em que não haverá nenhuma dúvida quanto à sua autoridade normativa para as partes contratantes, em que pese possíveis dificuldades quanto à sua interpretação e alcance.

A dificuldade reside no fato de que, se já é difícil no direito internacional clássico identificarmos a existência de um costume, segundo Cretella Neto (2012, p. 198), dada as condições estritas para sua formação (basicamente, prática reiterada, por certo tempo, pelos Estados, de uma conduta e a convicção por parte destes da sua obrigatoriedade), mais ainda no sub-ramo do direito internacional do meio ambiente que é muito mais recente

Entendemos que para chegarmos a alguma conclusão sobre o assunto, devemos abordar o princípio da precaução como parte de um todo indivisível, ou seja, considerando outros princípios do direito internacional do meio ambiente, eis que somente a obrigatoriedade desses engendrará a obrigatoriedade daquele.

Nesse sentido, note-se que a mais intrínseca e importante atuação do princípio da precaução se dá na consecução do princípio da prevenção do dano, visto ser este o próprio objetivo do princípio.

O princípio da prevenção, a seu turno, pressupõe a obrigação do Estado de adotar as “devidas diligências” (*due diligence*) antes de autorizar uma atividade ou o comércio de um bem potencialmente danoso ao meio ambiente ou à saúde. Em geral, essa devida diligência se traduziria, por exemplo: na exigência de um estudo de impacto ambiental prévio à autorização, na imposição de condições estritas para a realização da atividade e controle constante sobre esta, bem como na existência de meios capazes de julgar as conseqüências de suas eventuais violações; tudo em consonância com os princípios maiores da razoabilidade e da boa fé.

De acordo com Okowa (apud McIntyre, 2007, p. 221), a obrigação substancial do Estado de prevenir danos ao meio ambiente a áreas fora de sua jurisdição pressupõe a obrigação secundária desse Estado de proceder a um estudo de impacto ambiental, ou seja, a devida diligência. Segundo a autora (apud McIntyre, 2007, p. 221):

It may be argued that such assessments may be a relevant factor in determining whether a State has acted with the requisite degree of diligence in discharging its customary law or treaty-based to prevent environment harm. A State fails to assess the impact of proposed activities on the territories of other States can hardly claim that it has

taken all practicable measures with a view to preventing environmental damage.

A questão que se coloca é a de saber em que medida o princípio da precaução deve ser obrigatoriamente respeitado quando da realização de uma avaliação de impacto ambiental ou de risco à saúde; em outras palavras, qual o seu peso e alcance no momento de uma decisão definitiva. A dinâmica na aplicação do princípio da precaução pode ser resumida da seguinte maneira: o princípio da prevenção exige, na maioria das vezes, uma avaliação de impacto ambiental ou de risco à saúde, antecedendo mesmo ao princípio da precaução, que incidirá na medida em que essa avaliação não tenha chegado a uma decisão conclusiva por indisponibilidade de dados científicos suficientes.

Nesse sentido, discordamos de McIntyre que entende que o princípio da precaução incidiria antes mesmo da avaliação de impacto ambiental. Segundo o autor, o princípio da precaução é relevante para a decisão sobre a necessidade de se fazer a avaliação de impacto ambiental ou se o dano causado ou provavelmente a ser causado pela atividade em questão é significativo no propósito da obrigação de prevenir o dano ambiental (McIntyre 2007, p. 221). Nesse sentido, Birnie e Boyle sublinham que o princípio da precaução pode ser aplicado para determinar quando a proposta de um projeto ou de uma atividade apresenta a probabilidade de ter impacto significativo sobre o meio ambiente de Estados vizinhos, apontando, por conseguinte, para a necessidade de realizar uma análise de impacto ambiental (apud McIntyre, 2007, p. 239).

Qualquer que seja o momento de atuação do princípio da precaução, o fato é que parece que organizações internacionais e órgãos de codificação encaram os procedimentos de avaliação de impacto ambiental como essenciais para o cumprimento efetivo da obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços e da respectiva obrigação de cooperar (McIntyre (2007, p. 239).

Conforme Kiss e Shelton (2007, p. 95), o princípio da precaução pode ser considerado a forma mais desenvolvida de prevenção, sendo que ambos inserem-se no contexto maior da obrigação do Estado de não causar danos a espaços fora de sua jurisdição (*no-harm obligation*); mandamento esse já consagrado em julgados internacionais.⁵

⁵ Nesse sentido, vide a declaração da CIJ no caso *Gabcikovo-Nagymaros Project*, retomando o enunciado na opinião consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* de 1996:

Para Birnie e Boyle (apud McIntyre, 2007, pp. 198-199), a avaliação de impacto ambiental é um dos procedimentos imprescindíveis para evitar o dano. Nesse sentido, expressam os autores...

(I)t is beyond serious argument that states are required by international law to take adequate steps to control and regulate sources of serious global environmental pollution or transboundary harm within their territory or subject to their jurisdiction. This is a principle of harm prevention, not merely a basis for reparation after the event, although in its judicial application it has usually taken the latter form.

Em que pese a obrigação dos Estados de procederem a um estudo de impacto ambiental ou de risco à saúde, o direito internacional costumeiro em matéria de meio ambiente não prevê diligências específicas. Com efeito, procedimentos pré-estabelecidos somente existem dentro de regimes fechados, i.e. em instrumentos convencionais que apenas vinculam seus Estados partes, como, por exemplo, a Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (UNECE) Relativa à Avaliação do Impacto Ambiental num contexto Transfronteiriço, de 1991⁶, mais conhecida como *Espoo Convention*, que conta atualmente com 45 Estados Partes⁷.

No âmbito da União Européia, vamos encontrar menção vaga ao princípio da precaução na Diretiva 2011/92/EU (conhecida como '*Environmental Impact Assessment*' – *EIA Directive*), a qual estabelece os princípios de avaliação que devem ser seguidos pelos Estados-Membros com vista a completar e coordenar os processos de aprovação de determinados projetos públicos ou privados que possam ter impacto importante no ambiente, facultando aos Estados-Membros o estabelecimento de regras mais restritivas em matéria de proteção do meio ambiente (Considerando 3). Porém a menção ao princípio da precaução se faz apenas em seus Considerandos, o de n.º 2, o qual informa que a política da União no domínio do meio ambiente baseia-se no princípio da precaução, nos termos

The environment is not an abstraction but represents the living space, the quality of life and the very health of human beings, including generations unborn. The existence of the general obligation of State to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment (*Gabcikovo-Nagymaros Project*, Hungary v. Slovakia, judgment, 25 September 1997. ICJ Reports 1997, para. 140).

⁶ Em vigor desde 27 de junho 1997.

⁷ Instituições financeiras internacionais também costumam estabelecer procedimentos específicos para a avaliação de impacto ambiental, como é o caso da Diretiva do Banco Mundial de 1989 em sua primeira edição.

do artigo 191 do TFUE, sem prever, no decorrer do texto, sua forma concreta de aplicação⁸.

A falta de parâmetros comuns na aplicação do princípio da precaução foi objeto de preocupação da Comissão Europeia, de modo que publicou um comunicado estabelecendo diretrizes claras comuns aos Estados-Membros (Comunicado da Comissão, de 02 de fevereiro de 2000 (COM(2000)1 final – não publicado no Jornal Oficial).⁹ De acordo com o referido comunicado, o recurso ao princípio da precaução deve ser guiado pelos seguintes parâmetros:

1. Uma avaliação científica tão completa quanto possível e a determinação, na medida do possível, do grau de incerteza científica;
2. Uma avaliação do risco e das potenciais conseqüências da não ação
3. A participação de todas as partes interessadas no estudo de medidas de precaução, logo que os resultados da avaliação científica e/ou da avaliação estiverem disponíveis.

Ademais, o Comunicado determina que, sempre que o princípio da precaução for invocado, deverão ser aplicados os princípios gerais da gestão dos riscos, quais sejam:

1. A proporcionalidade entre as medidas tomadas e o nível de proteção procurado;
2. A não discriminação na aplicação das medidas;
3. A coerência das medidas com as já tomadas em situações similares ou que utilizem abordagens similares;
4. O exame das vantagens e desvantagens resultantes da ação ou da não ação;
5. O exame das medidas à luz da evolução científica.

Excetuado o sistema normativo da União Europeia, verifica-se a ausência de um procedimento universal para a realização da avaliação de impacto ambiental. Nesse caso, Okowa sugere que alguns componentes devem constituir o núcleo duro de uma boa avaliação, referindo-se à *Espoo Convention 1991* e aos

⁸ Essa mesma observação aplica-se à Diretiva 2001/42/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (conhecida como *Strategic Environmental Assessment – SEA Directive*), aplicada para projetos públicos, que igualmente apenas faz menção ao princípio da precaução no seu Considerando 1.

⁹ Disponível em: http://europa.eu/legislation_summaries/environment/general_provisions/l32042_pt.htm

Objetivos e Princípios sobre Estudo de Impacto Ambiental, adotado em 1987 pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente, mais conhecido pela sigla em inglês UNEP (apud Mc Interyre, p. 238). Note-se, porém, que nenhum desses instrumentos contempla o princípio da precaução, como tampouco o faz o *Draft Articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, simples “*guideline*” que estabelece procedimentos a serem seguidos pelos Estados quando da realização de atividades potencialmente danosas a Estados vizinhos¹⁰.

A necessidade de utilizar o princípio da precaução como instrumento de análise nas avaliações de impacto ambiental foi trazida na demanda da Nova Zelândia de reexame pela CIJ do caso dos testes nucleares e, concomitantemente, de medida cautelar, visando a impedir que a França realizasse qualquer teste nuclear nos atóis de Mururoa e Fagataufa, no sul do Pacífico.¹¹ De acordo com a Nova Zelândia, a França somente poderia realizar tais testes, desta vez subterrâneos (e não mais aéreos como no caso julgado em 1974), se apresentasse indícios de que os mesmos não iriam contaminar, direta ou indiretamente, o meio ambiente marinho com a introdução de material radioativo, afetando direitos da Nova Zelândia e de outros Estados. De acordo com o pedido da Nova Zelândia, a França devia realizar sua avaliação de impacto ambiental utilizando-se, inclusive, do princípio da precaução, o qual, segundo a demandante, era amplamente aceito no direito internacional contemporâneo.

Como observa McIntyre (2007, p. 236), embora a maioria da Corte tenha rejeitado a demanda da Nova Zelândia, sem analisar o mérito da questão, os três votos dissidentes entenderam que a Nova Zelândia tinha sim um caso *prima face*. O autor sublinha particularmente o entendimento dos juízes Palmer e Weeramantry de que a necessidade de realizar um estudo de impacto ambiental é auxiliar ao princípio da precaução, e que tal necessidade poderia ser deduzida do artigo 12 da Convenção de Nouméa para a Proteção dos Recursos Naturais e do Meio Ambiente do Pacífico Sul de 1986,¹² da qual Nova Zelândia e França são

¹⁰ Adotado em 2001 pela Comissão de Direito Internacional da ONU em segunda leitura, in Report of ILC on the Work of its Fifty-Third Session, April 23-June 1 and July 2-August 10, 2001. General Assembly official records (GAOR), Fifty-Sixth Session, Supp. No. 10 (A/56/10, p. 370). *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, Part Two.

¹¹ Request for an Examination of the Situation in Accordance with paragraph 63 of the Court’s Judgment of 20 December 1974 in the nuclear Tests (New Zealand v. France) Case Order 22IX 95, ICJ Rep. (1995). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/97/7554.pdf>

¹² 26 ILM (1987) 38, em vigor desde 18/08/1990.

partes. O autor destaca, ainda, a posição do juiz Palmer de que tanto o princípio da precaução como o requerimento mais específico de avaliação de impacto ambiental poderiam, no momento, serem considerados princípios de direito internacional costumeiro relacionados ao meio ambiente.¹³

O princípio da precaução foi trazido novamente à apreciação da CIJ, desta vez pela Hungria, no *Caso Gabčíkovo-Nagymaros*,¹⁴ na tentativa de justificar seu estado de necessidade ambiental e eximir-se, assim, da obrigação imposta no tratado celebrado com a antiga Tchecoslováquia que previa diversas obras no Rio Danúbio com base em um projeto comum. Segundo a Hungria, havia um vínculo direto entre o princípio da precaução e a obrigação de cooperar e o dever de prevenir danos ambientais transfronteiriços, conforme se podia deduzir do artigo 3º da *Espoo Convention* 1991. Na realidade, o referido artigo trata, em diversos parágrafos, da obrigação de notificar o Estado afetado e da conseqüente constituição de uma comissão de inquérito quando as partes envolvidas não chegarem a um entendimento sobre a probabilidade da atividade em questão causar dano ambiental significativo; em momento algum o artigo invocado pela Hungria se refere ao princípio da precaução.

Como vimos, embora o princípio da precaução possa ser subsidiário à obrigação de não causar dano, a CIJ, nos dois casos abordados acima, preferiu não dar-lhe maior importância. Poderíamos esperar outro comportamento da Corte? Acreditamos que não, porquanto, como já ressaltamos, de um lado os dispositivos invocados não faziam referência ao princípio e, de outro, os procedimentos de avaliação de impacto ambiental não o contemplam como elemento determinante.

Vamos observar a seguir que a dificuldade dos tribunais internacionais em dar eficácia ao princípio da precaução aumenta na medida em que se deparam com a incidência de princípios de vícios preponderantemente econômico, mais antigos e já consagrados do direito internacional.

¹³ Em realidade, o artigo 12 dispõe que “as partes devem adotar todas as medidas apropriadas para prevenirem, reduzirem ou controlar a poluição na área que podem resultar de resíduos de testes nucleares”.

¹⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project* (Hungary v. Slovakia), judgment, 25 September 1997. ICJ Reports 1997. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf>

2.2 A concorrência do princípio da precaução com outros princípios do direito internacional

A ponderação entre princípios e normas de direito é uma constante da atividade jurisdicional. Em matéria de proteção do meio ambiente ou da saúde a realidade não poderia ser diferente, mormente em se tratando de tema sensível à sociedade civil e ao mesmo tempo indesejado para os países que anseiam pelo desenvolvimento econômico.

Dentre os princípios que mais comumente se opõem ao princípio da precaução, e em geral aos princípios do direito internacional do meio ambiente, encontram-se o princípio da soberania exclusiva permanente do Estado sobre seus recursos naturais e o princípio do livre comércio. Neste capítulo, vamos observar qual a tendência de tribunais internacionais diante da concorrência entre tais princípios e o princípio da precaução.

2.2.1 O princípio da soberania exclusiva permanente sobre recursos naturais versus princípio da precaução

O Princípio da soberania exclusiva permanente do Estado sobre seus recursos naturais e seu corolário princípio do desenvolvimento econômico foram fundamentais no século XX, notadamente na década de 70, para legitimar medidas que visavam promover o desenvolvimento econômico dos Estados, especialmente dos países menos desenvolvidos.

O princípio teria alcançado status de norma consuetudinário, tendo sido consagrado em vários instrumentos internacionais, dentre os quais destacam-se: a Declaração sobre Soberania Permanente sobre Recursos Naturais (Resolução AGNU 1803/1962); a Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados (Resolução AGNU 3281/1974);¹⁵ a Convenção sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e a Convenção sobre Direitos Civis e Políticos de 1966.

Com base nesse princípio, os Estados reivindicam sua competência exclusiva para dispor de seus recursos naturais da maneira que melhor convenha a seus interesses sociais, econômicos ou de segurança nacional, fazendo comumente “vistas grossas” sobre os efeitos danosos ao meio ambiente

¹⁵ Essas duas Resoluções da ONU foram inclusive usadas por alguns países (e.g. Irã, Líbia, México e Venezuela) para legitimar a nacionalização de empresas privadas estrangeiras exploradoras de petróleo.

provocados por atividades econômicas realizadas em seu território ou sob sua jurisdição.

Na seqüência, faremos uma análise geral da jurisprudência internacional ao se posicionar entre a aplicação do princípio da soberania exclusiva do Estado sobre seus recursos naturais e o princípio da precaução.

No caso conhecido como “*Pulp Mills*”¹⁶, submetido à CIJ pela Argentina contra o Uruguai, e mais especificamente no pedido de medida provisória para suspender as obras de instalação de usinas de papel junto ao Rio Uruguay, a demandante refere-se apenas indiretamente ao princípio da precaução para justificar a necessidade de cautelar, a fim de evitar conseqüências danosas que por sua gravidade não poderiam mais ser reparadas com uma simples compensação ou outra forma de indenização material.

Por sua vez, a CIJ, passando ao largo do princípio da precaução e do argumento argentino de que a continuidade das obras acabaria por dar ao Uruguai o pretexto do fato consumado (*fait accompli*), o que tornaria irreversível a atual localização das mesmas, não concedeu a provisória solicitada.

Segundo a Corte, a Argentina não tinha demonstrado que a construção das fábricas representava uma ameaça iminente de dano ao meio aquático do Rio Uruguay e que a construção em curso não poderia ser usada pelo Uruguai para criar uma situação de fato consumado, pois se eventualmente a Corte viesse a decidir pela ilegalidade da construção, as instalações poderiam ser destruídas.¹⁷

O Tribunal Internacional do Direito do Mar, mais conhecido pela sigla inglesa ITLOS, também foi chamado para dirimir um conflito no qual apenas indiretamente o princípio da precaução foi suscitado. Trata-se do caso do “atum da nadadeira azul”,¹⁸ em que o referido tribunal teve que decidir sobre o pedido de medidas provisórias feito por Nova Zelândia e Austrália a fim de impedir que o Japão continuasse seu programa experimental de pesca. Segundo as demandantes, o método utilizado pelas embarcações japonesas fazia com que o

¹⁶ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Provisional Measures, Order, 13 July 2006, ICJ Reports 2006. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/135/11235.pdf>

¹⁷ Em acórdão datado de 20/04/2010, a CIJ decide pela legalidade da instalação das usinas na área, muito embora tenha lembrado ao Uruguai de sua responsabilidade em caso de dano efetivo ao Rio Uruguay, retomando um ditame anterior de que os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias para que atividades em seu território não causem danos aos países vizinhos.

¹⁸ *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Requests for provisional Measures, Order, 27 August 1999. Disponível em: http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_3_4/Order.27.08.99.E.pdf

atum do sul de nadadeira azul acabasse por ser capturado acima da cota nacional estabelecida para os anos de 1987-1997, conforme acordo firmado entre as partes no conflito.

Embora o acordo não estivesse mais em vigor desde 1998, as demandantes alegaram que a necessidade de manter as respectivas cotas nacionais permanecia, tendo em vista a ameaça ao stock do atum do sul de nadadeira azul, que estaria reduzindo consideravelmente: o método de pesca japonês acabaria levando à extinção da espécie.

Com base em alguns dispositivos genéricos da Convenção Internacional sobre o Direito do Mar de 1982, que tratam da preservação dos meios marinhos e de seus recursos naturais, o ITLOS ordenou, por maioria, que o Japão suspendesse imediatamente seu programa de pesca, mantendo sua cota anual de captura (6.065 toneladas), embora não houvesse nenhuma prova científica de que realmente o stock do atum do sul de nadadeira azul estivesse diminuindo. Segundo o Tribunal, a medida se justificaria com base na urgência de preservar os direitos das partes e evitar uma posterior deterioração da espécie.¹⁹

Afora o caso que acabamos de analisar, o qual aplicou o princípio da precaução em sua forma mais ampla, o fato é que dificilmente um tribunal irá impedir ou determinar a suspensão de uma atividade econômica “lucrativa” com base em um suposto dano, tendo prevalecido até o momento o princípio da soberania territorial do Estado. Como veremos a seguir, essa hipótese estaria ainda mais afastada quando está em jogo o princípio do livre comércio.

2.2.2 O princípio do livre comércio versus princípio da precaução

Dentre as regras preconizadas pelo Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (mais conhecido pela sigla inglesa GATT), de 1994, que consubstanciam o princípio maior do livre comércio, está a obrigação dos Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) de não impor medidas quantitativas que tenha por efeito restringir o fluxo de comércio entre seus

¹⁹ Posteriormente essa medida provisória foi revogada pelo Tribunal Arbitral constituído de conformidade com o Anexo VII da Convenção sobre o Direito do Mar de 1982 para decidir sobre o mérito da controvérsia, o qual acatou a defesa japonesa de que não tinha jurisdição para julgar o caso (Southern Bluefin Tuna Case, Award on Jurisdiction and Admissibility, 04 August 2000, disponível em: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionValue=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=7_10.pdf

Membros (156 atualmente), também conhecidas como barreiras não-tarifárias, prevista essencialmente no artigo XI do GATT 1994.

Em geral, pode-se dizer que a *ratio* do sistema normativo da OMC é a de que o livre comércio promove o bem estar geral, eis que facilita a lei da vantagem econômica comparativa. Dessa forma, os governos devem limitar ao máximo sua atuação na economia, de modo a não interferir no fluxo de comércio e permitir que os agentes econômicos tornem-se eficientes e obtenham lucro.

Por outro lado, a fim de não subtrair a seus Membros toda e qualquer soberania sobre matérias mais sensíveis, o próprio GATT 1994 prevê, em seu artigo XX, situações que permitem a adoção de medidas que, embora restritivas de comércio, visem, dentre outros objetivos, a proteção da saúde ou da vida das pessoas, animais ou vegetais (alínea b), bem como a conservação dos recursos naturais não renováveis (alínea g).

Os casos expostos a seguir foram solucionados pelo mecanismo de solução de controvérsias da OMC e trataram da articulação entre a regra e as exceções acima mencionadas, trazendo à tona o princípio da precaução na tentativa de sustentar a legitimidade das medidas controversas. De forma sucinta, tentaremos demonstrar a tendência geral dos *panels* e do Órgão de Apelação ao se defrontarem com o referido princípio.

No caso ‘CE-Carne com Hormônios’,²⁰ os EUA contestaram a normativa europeia que proibia a importação de carne tratada com hormônios sintéticos que estimulam o crescimento do gado. Segundo os EUA, a medida violava dispositivos de diversos acordos da OMC, principalmente o artigo XI do GATT 1994, não estando amparada pela exceção do artigo XX, porquanto a CE não pôde demonstrar, mediante prova científica conclusiva, de que tal produto era prejudicial à saúde.

No que toca ao princípio da precaução, enquanto a França defendia que o referido princípio deveria ser aplicado ao caso, tendo este alcançado status de “norma consuetudinária geral do direito internacional”, os EUA alegavam que o princípio da precaução nada mais era do que um simples enfoque.

²⁰ *European Communities – Measures concerning Meat and meat Products* (EC – Hormones), WTO- Panel Report WT/DS26/R/USA adotado em 18/08/1997 e Appellate Body Report WT/DS48/AB/R, adotado em 16/01/1998. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds26_e.htm.

Ainda que a França tivesse argumentado perante os órgãos judicantes da OMC de que não era necessário que todos os cientistas do mundo estivessem de acordo sobre a possibilidade e a magnitude dos riscos e que nem todos os Membros da OMC entendessem e avaliassem o risco da mesma forma, não obteve sucesso.

Com efeito, enquanto o *Panel* aceita o princípio, mas refuta a defesa da França por entender que o princípio da precaução não podia prevalecer sobre os textos dos Acordos da OMC, restringindo sua aplicação às medidas provisórias, o Órgão de Apelação, em grau de recurso, sequer reconheceu a autoridade normativa do princípio. Nesse sentido, o referido Órgão expressa que não há consenso entre os acadêmicos, profissionais do direito, órgãos normativos e juízes sobre o status jurídico do princípio, não estando claro que o mesmo tenha sido aceito amplamente pelos Membros da OMC. Em qualquer caso, o Órgão de Apelação entende que ainda que houvesse tal reconhecimento, o princípio da precaução não poderia servir para justificar medidas sanitárias e fitossanitárias incompatíveis com as obrigações decorrentes dos acordos da OMC.²¹

Esse posicionamento foi mantido em caso posterior, conhecido como “EC-Biotech”,²² no qual a UE foi questionada em virtude de uma sua normativa que permitia aos Estados-Membros, a título de “salvaguarda”, a adoção unilateral de medidas restritivas de comércio sobre produtos geneticamente modificado, ainda que tivesse havido aprovação prévia da Comissão Européia. Para tanto, bastava que o Estado interessado tivesse razões para acreditar que o produto acarretava risco à saúde e ao meio ambiente face à superveniência de conhecimento científico novo ou complementar que pudesse alterar a avaliação de risco previamente feita.

O *Panel* decidiu a favor das reclamantes (Argentina, Canadá e EUA), relembrando que não havia até o momento nenhuma decisão mandatória de uma corte ou tribunal internacional que tenha reconhecido o princípio da precaução como princípio geral ou costumeiro de direito internacional. Ademais, estatuiu

²¹ Em acordo de 13/05/2009 celebrado entre as partes e comunicado ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC em 25/09/2009, os EUA aceitaram que a UE continuasse proibindo a entrada de carne tratada com certos hormônios promovedores de crescimento, mas passa a aplicar tarifas mais elevadas sobre a importação de certos produtos procedentes da UE.

²² *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Product*, WTO- Panel Report WT/DS291/R/, adotado em 29/09/2006. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds291_e.htm

que a normativa europeia não encontrava respaldo nas exceções do Artigo XX do GATT 1994, eis que a “salvaguarda” permitida aos Estados-Membros não condicionava a que estes dispusessem de provas científicas suficientes para inferir que os produtos em causa provocariam dano à saúde ou ao meio ambiente.²³

Em que pese às considerações feitas pelos tribunais internacionais favoráveis ao meio ambiente, o fato é que tem prevalecido na jurisprudência internacional princípios que, em última análise, visam a promover o desenvolvimento econômico dos Estados, sem uma preocupação maior com os efeitos sócio-ambientais negativos que as medidas adotadas a esse título possam vir a ter. Segundo André Nollkaemper (apud Ebbesson, 2007, p. 21), o desejável seria que o direito internacional estabelecesse, de forma concreta, um conjunto de normas que deveriam determinar como um Estado faria sua escolha entre meio-ambiente, desenvolvimento social e outros valores não econômicos

No âmbito regional, a situação não é muito diferente eis que a problemática que domina o debate também se encontra presente nas áreas de integração econômica. Nesse sentido, passaremos à análise da jurisprudência da União Europeia e do Mercosul sobre a aplicação do princípio da precaução nos seus respectivos comércios intra-bloco.

3 A JURISPRUDÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E DO MERCOSUL ACERCA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

A proteção do meio ambiente encontra-se dentre os objetivos tanto da União Europeia (UE) como do Mercosul, embora exista um descompasso entre as duas áreas de integração quanto à adoção de medidas efetivas com essa finalidade.

Com efeito, na UE a proteção do meio ambiente não constitui apenas uma idéia abstrata, mas foi merecedora de uma política comum, bem como de normativa harmonizadora e mesmo unificadora da legislação de seus Estados-Membros.

²³ Em acordos celebrados com os reclamantes e comunicados ao Órgão de Solução de Controvérsias em 14/01/2008, a UE foi obrigada a lhes conceder compensações a fim de evitar contramedidas comerciais

No Mercosul, o tema foi acolhido de forma geral no segundo considerando do Tratado de Assunção de 1991, o qual expressa que o objetivo da integração entre seus Estados Partes deve ser alcançado mediante “o aproveitamento mais eficaz dos recursos disponíveis e a preservação do meio ambiente, entre outros meios.

Nesta 2ª parte do trabalho, iremos observar como os órgãos judicantes dessas duas áreas de integração tem interpretado e aplicado o princípio da precaução nas relações que se estabelecem no interior de seus respectivos mercados.

3.1 A posição ambígua do Tribunal de Justiça da União Européia (TJUE) acerca do princípio da precaução

O princípio da precaução é um dos instrumentos da política ambiental comum da União Européia. Com efeito, o artigo 191.2 do TFUE determina que a política da UE em matéria de meio ambiente deve basear-se em diversos princípios, tais como: o princípio da precaução e da ação preventiva, da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao meio ambiente, e do poluidor-pagador.

Curioso notar, por outro lado, que o artigo 114.3 do TFUE, ao tratar das propostas normativas visando à aproximação das legislações nacionais em matéria de meio ambiente, dentre outras, determina que tais propostas devem buscar um nível de proteção elevado, tendo em conta nomeadamente nova evolução baseada em dados científicos.

Em que medida os dispositivos acima são complementares ou contraditórios não nos parece claro, mesmo porque a própria jurisprudência do TJUE parece oscilar entre a aplicação do princípio da precaução em sua forma mais “pura” e a necessidade de dados científicos concretos que justifiquem a adoção de medidas restritivas de comércio. Nicolas de Sadeleer opta pela segunda tendência ao referir-se à jurisprudência do TJUE. O autor afirma que, embora os Estados-Membros da UE possam adotar medidas restritivas de comércio, a despeito de norma comunitária harmonizadora, quando circunstâncias demográficas, geográficas ou epidemológicas justifiquem tais medidas excepcionais, que visam, em geral, a proteção da saúde e do meio ambiente, invocando inclusive o princípio da precaução para se prevenir contra a ocorrência

de riscos incertos, tais medidas restritivas de comércio somente são legítimas se tiverem sido adotadas com base em informações científicas (apud Ebbensson, 2009, p. 34).

A nosso ver, essa assertiva deve ser mitigada, eis que não nos parece ser sempre o caso, conforme se pode inferir dos acórdãos proferidos nos três casos que trazemos à análise neste trabalho: Ação de incumprimento (sic) C-333/08; Decisão prejudicial C-343/09 e Decisão prejudicial C-15/10.

Na Ação de incumprimento (sic) C-333/08, a Comissão Européia acusa a República Francesa (Acórdão de 28/01/2010) de impor uma restrição quantitativa à importação, contrária à livre de circulação de mercadorias, ao exigir autorização prévia para os aditivos tecnológicos (AT) ou gêneros alimentícios em cuja preparação fossem utilizados aditivos tecnológicos procedentes dos demais Estados-Membros, ainda que nesses Estados tenham sido legalmente fabricados e/ou comercializados.²⁴ De acordo com a lei francesa, somente os produtos dessa categoria inscritos em uma lista francesa “positiva” é que poderiam ser introduzidos automaticamente no território francês.

Vale lembrar que, se por um lado os AT não foram objeto de harmonização horizontal na UE, de modo que os Estados-Membros podem regulamentar a sua utilização, desde que respeitem as regras do Tratado CE²⁵, por outro lado o comércio dos gêneros alimentícios em geral encontra-se disciplinado no Regulamento (CE) n.º 178/2002, o qual estabelece, *inter alia*, os princípios e normas gerais da legislação alimentar. Nesse sentido, em suas considerações dispõe que “a livre circulação de gêneros alimentícios e de alimentos para animais na Comunidade só poder ser alcançada se os requisitos de segurança dos gêneros alimentícios e dos alimentos para animais não diferirem de forma significativa entre os Estados-Membros” (Terceiro considerando).

Para evitar entraves desnecessários ao comércio, o regulamento em causa determina que os Estados-Membros, ao visarem um nível elevado de proteção da

²⁴ Nos termos da Diretiva 89/107/CEE, os AT são substâncias utilizadas no processo de elaboração ou fabrico de gêneros alimentícios que visam a obtenção de um determinado efeito técnico durante esse processo, mas que não são consumidos como ingrediente alimentar em si, embora o produto final de consumo possa apresentar resíduos técnicos inevitáveis da substância em causa. Esses aditivos podem ser utilizados na medida em que não apresentem qualquer risco sanitário ou não produzam efeitos tecnológicos sobre o produto acabado (artigo 1º, n.º 3, alínea a). Por outro lado, nos termos da Diretiva 2000/13, os aditivos utilizados como AT não são considerados ingredientes (art. 6º, n.º 4, alínea c, ii) e, por conseguinte, não necessitam constar nos rótulos, apresentação e publicidade dos gêneros alimentícios.

²⁵ Substituído, em 2010, pelo Tratado de Funcionamento da União Européia (TFUE)

vida e da saúde humanas, deverão fazer sua avaliação de riscos baseada em provas científicas disponíveis, de forma independente, objetiva e transparente (artigo 6 parágrafos 1 e 2). Todavia, referindo-se ao princípio da precaução, o parágrafo 1 do artigo 7 determina que se uma possibilidade de risco for identificada, mas persistirem incertezas a nível científico, o Estado-Membro poderá adotar medidas provisórias de gestão dos riscos, ainda que restritivas do comércio, enquanto se aguardam outras informações científicas que permitam uma avaliação mais exaustiva dos riscos. O parágrafo 2 do mesmo dispositivo, por sua vez, condiciona a legalidade da medida a que esta seja proporcional, i.e, não seja mais restritiva do que o necessário para assegurar o elevado nível de proteção da saúde. Obviamente, essa faculdade do Estado-Membro somente existe na medida em que não há norma comunitária específica sobre o gênero alimentício em causa.

Ocorre que a legislação francesa, Decreto de 1912, proibia a aquisição para venda ou a colocação à venda de produtos ou gêneros alimentícios destinados à alimentação humana que contivessem aditivos químicos que não tivessem sido expressamente autorizados pelas autoridades francesas competentes na matéria (artigo 1). Ademais, o Decreto proibia a utilização na preparação desses produtos e gêneros alimentícios de produtos químicos que não tenham sido previamente autorizados (artigo 2).

Em geral, a autorização para comercializar AT estava condicionada ao respeito de critérios de pureza e outras características definidas na regulamentação francesa. Da mesma forma, a comercialização de gêneros alimentícios acabados somente seria autorizada se os mesmos não contivessem AT proibidos ou obedecessem um teor residual máximo de AT autorizados.

O Decreto n.º 2001-725, em seu artigo 2, lista os AT cuja utilização é autorizada, as condições de sua utilização e os limites máximos de resíduos admissíveis, permitindo, no artigo 3, uma eventual alteração/complementos dessa lista mediante requerimento de qualquer pessoa interessada. Assim sendo, somente os gêneros alimentícios destinados à alimentação humana que possuam AT listados é que podem ser adquiridos, vendidos ou distribuídos a título gratuito no mercado francês.

No que importa à aplicação do princípio da precaução no caso em tela, ressaltamos as considerações do TJUE sobre a justificativa francesa de proteção da saúde, expressas no Acórdão de 28/01/2010.²⁶

Primeiramente, o TJUE partiu da premissa de que o regime de autorização prévia do Decreto 1912 constituía uma medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa na aceção do artigo 28 do TCE (atual artigo 34 do TFUE), eis que tornava mais onerosa e difícil, ou em certos casos, impossível a comercialização de AT e gêneros alimentícios em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricados e/ou comercializados noutros Estados-Membros (Parágrafos 75 e 76). A partir daí, tornava-se necessário determinar se tal medida restritiva de comércio encontrava respaldo no artigo 30 do TCE (atual artigo 36 do TFUE), nomeadamente no objetivo de proteção da saúde pública.

Basicamente, a análise do TJUE concentrou-se na modalidade de aplicação do princípio da proporcionalidade, referindo-se concomitantemente ao princípio da precaução como elemento subsidiário. Com efeito, remetendo-se a julgados anteriores, nomeadamente dos casos C-192/01 e C-24/00, o TJUE determinou que os Estados-Membros, ao exercerem o seu poder de apreciação relativo à proteção da saúde pública, deviam respeitar o princípio da proporcionalidade, o que implica impor limites a sua escolha: os meios devem ser efetivamente necessários para assegurar a proteção da saúde pública e proporcionais aos objetivos perseguidos, os quais não poderiam ser alcançados por medidas menos restritivas de comércio no mercado interno europeu (Parágrafo 90).

Em primeira análise, o TJUE estabeleceu que as decisões dos Estados-Membros que restringem o comércio estão condicionadas a que o alegado risco real à saúde pública esteja suficientemente demonstrado com bases em dados científicos mais recentes, disponíveis na data de adoção dessa decisão. Dessa forma, a avaliação do risco tem por objetivo apreciar o grau de probabilidade dos efeitos nefastos da utilização do produto à saúde humana e a gravidade desses potenciais efeitos (Parágrafo 89).

²⁶

Disponível em
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=74482&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717257>.

Por outro lado, o TJUE reconheceu que a apreciação a que o Estado-Membro tem de proceder pode revelar que existe um grau de incerteza científica e prática a esse respeito. Tal incerteza, inseparável do conceito de precaução, influencia o alcance do poder de apreciação do Estado-Membro, repercutindo-se, assim, nas modalidades de aplicação do princípio da proporcionalidade. Nessas circunstâncias, o TJUE admite que um Estado-Membro pode, ao abrigo do princípio da precaução, adotar medidas de proteção sem ter de esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos estejam plenamente demonstradas (Parágrafo 91).

Paradoxalmente, na seqüência de seu entendimento, o TJUE prescreve que a aplicação correta do princípio da precaução pressupõe, em primeiro lugar, a identificação das conseqüências negativas potenciais à saúde da utilização da substância em causa e, em segundo lugar, da avaliação completa dos riscos para a saúde fundada sobre dados científicos disponíveis e mais fiáveis, bem como dos resultados mais recentes de pesquisas internacionais (Parágrafo 92).

Nesse aspecto, o TJUE acompanhou a alegação da Comissão de que o regime de autorização prévia assentava-se em presunção generalizada do risco para a saúde e não em justificação precisa de natureza científica. O TJUE não encontrou suporte nos elementos apresentados pela França para explicar a razão pela qual a comercialização de qualquer gênero alimentício em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricadas e/ou comercializadas em outros Estados-Membros devesse depender de inclusão dos AT em causa em uma lista positiva estabelecida pela regulamentação francesa, inclusão esta que dependia da conformidade de vários critérios especificados nessa regulamentação. Segundo o TJUE, ao existirem riscos associados a certas categorias de AT, a regulamentação nacional deve concentrar-se nessas categorias e ser claramente justificada a respeito delas, não devendo visar todos os AT ou todos os gêneros alimentícios em cuja preparação foram utilizados os AT não pertencentes a essas categorias perigosas e suspeitas (Parágrafo 97).

Logo, o TJUE entendeu ser desproporcional a decisão interna que, exceto em caso de autorização prévia, proíbe de forma sistemática a comercialização de qualquer AT ou gênero alimentício em cuja preparação foram utilizados AT legalmente fabricados e/ou comercializados noutros Estados-Membros, sem

distinguir em função dos diferentes AT ou segundo o nível de risco que a sua utilização pode representar para a saúde (Parágrafo 100)²⁷.

Mas se no caso que acabamos de analisar o TJUE parece ter feito uma interpretação cautelosa e restritiva do princípio da precaução, para, ao final condenar a regulamentação francesa por ser contrária ao livre comércio de bens no mercado europeu, não beneficiando da exceção da proteção da saúde pública, já não podemos inferir o mesmo de alguns de seus julgados posteriores.

Com efeito, quando da análise sobre a validade de normas comunitárias que harmonizam e/ou uniformizam a legislação dos Estados-Membros em matéria de proteção da saúde e do meio ambiente, vislumbramos maior acolhida e importância dada ao princípio da precaução pelo TJUE, que passa a ter papel mais decisivo e não mais de simples coadjuvante.

Na Decisão prejudicial C-343/09, submetida pela High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), do Reino Unido, o TJUE foi chamada a decidir sobre a validade da regulamentação comunitária²⁸ que, por um lado, estabelecia um teor máximo do aditivo metálico tricarbonilo metilciclopentadienil de manganês (MMT) nos carburantes e, por outro, exigia a informação aos consumidores da presença da referida substância.

Segundo a autora no processo interno (Afton Chemical Limited contra Secretary of State for Transport), a normativa europeia violava diversos princípios da ordem jurídica comunitária, dentre os quais o da precaução e da proporcionalidade.

O TJUE, em Acórdão de 08/07/2010,²⁹ embora se apóie recorrentemente no acórdão que acabamos de analisar (C-333/08), acaba por justificar a legalidade da normativa comunitária.

Nesse sentido, retoma o entendimento de que quando se verifica a impossibilidade de determinar com certidão a existência ou o porte do risco

²⁷ Note-se que, embora em Decreto posterior – Decreto de 2001 – a França tivesse assegurado a livre circulação de AT e gêneros alimentícios procedentes dos demais Estados-Membros da UE e do Espaço Económico Europeu (EEE), mediante um sistema de reconhecimento mútuo de certificação, o TJUE o desconsiderou tendo em vista que o mesmo ainda não havia entrado em vigor na França até o prazo fixado durante a fase pré-contenciosa no parecer fundamentado da Comissão, que se deu em 04/09/2006. O TJUE entendeu que no momento do contencioso havia na França uma situação de insegurança jurídica para os operadores económicos.

²⁸ Diretiva 2009/30/CE e Diretiva 98/70/CE

²⁹ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79066&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717528>.

alegado em razão da natureza insuficiente, não concludente ou imprecisa dos estudos realizados, mais do que a probabilidade de um dano real para a saúde pública, persiste na hipótese onde o risco se realizaria o princípio da precaução, o qual justificaria a adoção de medidas restritivas, sob reserva de que tais medidas sejam não-discriminatórias e objetivas (Parágrafos 61 C-343/09 e 92 C-333/08). Por conseguinte, o TJUE estabelece que nessas condições o legislador da União pode, em virtude do princípio da precaução, adotar medidas de proteção sem ter que esperar que a realidade ou a gravidade de tais riscos seja demonstrada (Parágrafos 62 C-343/09 e 91 C-333/08).

Ao responder a alegação da Afton de que o nível máximo de MMT nos carburantes foi determinado sem nenhum embasamento científico e de que a Comissão não teria levado em conta os inconvenientes desse teor reduzido para os veículos antigos, o que, levaria, de fato, a uma interdição do MMT, o TJUE respondeu que quando incertezas existem quanto aos danos suscetíveis de serem causados pelo MMT, não pode haver informações mais precisas que permitam definir qual o nível de teor limite do MMT nos carburantes que seriam capazes de prevenir adequadamente esses mesmos danos (Parágrafo 66). Por conseguinte, tendo em vistas as incertezas sobre os danos causados pela utilização do MMT, bem como sobre os riscos gerados por sua utilização, a fixação de teor limites em MMT nos carburantes não parece desproporcional em relação aos interesses econômicos do produtor de MMT, com vistas a garantir um nível elevado de proteção da saúde e do meio ambiente.

O TJUE conclui que a regulamentação comunitária em análise não violava nem o princípio da precaução e nem o da proporcionalidade (Parágrafo 69); tendência essa que será mantida em caso submetido posteriormente ao TJUE, como veremos.

Na Decisão prejudicial C -15/10, submetida pela High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court), do Reino Unido, o TJUE, em Acórdão de 21/07/2011,³⁰ determinou como válida a normativa comunitária³¹ que classificara na categoria 2 as substâncias à base de

³⁰ Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=107921&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=717675>

³¹ Directiva 2008/58/CE da Comissão, de 21 de Agosto de 2008, que altera, tendo em vista a trigésima adaptação ao progresso técnico, a Directiva 67/548/CEE do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes à

borato como tóxicas para a reprodução, e não na categoria 3, menos grave, como desejava a autora no processo interno (empresa Etimine SA, contra Secretary of State for Work and Pensions, do Reino Unido). Segundo a autora, a medida classificatória deveria ser diferida face a estudos que ainda estavam em curso e que poderiam por em causa a referida classificação.

Para tanto, o TJUE justificou a validade da normativa no princípio da precaução, que segundo o tribunal “é aplicado no âmbito sensível da proteção da saúde humana e do ambiente, tal como resulta de uma leitura conjugada dos Artigos 95 n.º3, CE (atual Artigo 114 do TFUE) e 174 n.ºs1 e 2, CE (atual Artigo 191 do TFUE)” (Parágrafo 129). Esse princípio, em realidade, teria sido utilizado pelo TJUE como elemento essencial para determinar a adequação da normativa ao princípio da proporcionalidade, um dos princípios gerais do direito comunitário.

Ao final do estudo desses casos podemos concluir que a jurisprudência do TJUE parece-nos um pouco tendenciosa conforme se trate de medidas restritivas de comércio adotadas, de um lado, pelos Estados-Membros e, de outro, pela própria normativa comunitária. No primeiro caso, o princípio da precaução encontrar-se-ia condicionado ao respeito de certas condições e atuaria de forma subsidiária ao princípio da proporcionalidade, ao passo que no segundo o princípio seria aplicado de forma autônoma e mais flexível, aproximando-o da intenção original de seu criador.

3.2 As posições divergentes dos tribunais do Mercosul acerca do princípio da precaução

Diferentemente da jurisprudência da UE em matéria de meio ambiente e de proteção da saúde, no Mercosul ainda não podemos dizer que existe uma tendência consolidada acerca do princípio da precaução.

Isso porque, até o momento, somente um caso referindo-se à proteção do meio ambiente/saúde foi levado ao seu mecanismo de solução de controvérsias, o que parece-nos ser insuficiente para consagrar uma jurisprudência. Ademais, o referido caso originou entendimentos opostos do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* (TAH)

classificação, embalagem e rotulagem das substâncias perigosas, bem como por outro, do Regulamento (CE) n.º 790/2009 da Comissão, de 10 de Agosto de 2009, que altera, para efeitos da sua adaptação ao progresso técnico e científico, o Regulamento (CE) n.º 1272/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à classificação, rotulagem e embalagem das substâncias e misturas.

e do Tribunal Permanente de Revisão (TPR), gerando incertezas sobre seu real alcance.

O caso em tela - “Argentina: proibição de importar pneus remoldados” - foi proposto pelo Uruguai contra a Argentina, sob fundamento de que a Lei 25.626 de 09/08/2002, que proibia a importação de pneumáticos reformados, restringia o comércio na região ao criar uma barreira ao livre fluxo de mercadorias, sendo, portanto, contrária ao Artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991 e outras normativas do Mercosul.

Enquanto a Argentina apóia sua defesa essencialmente na proteção do meio ambiente e da saúde, o Uruguai prefere não atribuir maior importância ao tema, preferindo utilizar argumentos mais técnicos, conforme observa o TAH em seu laudo (Parágrafo 81).³²

Com efeito, a Argentina utiliza-se da exceção do Artigo 50 do Tratado de Montevideu, em remissão do artigo 2º, letra b do Anexo I do Tratado de Assunção de 1991, para sustentar que a lei contestada pelo Uruguai era uma medida de caráter preventivo destinada a evitar o dano potencial dos pneumáticos remodelados ao meio ambiente, à saúde das pessoas, animais e vegetais, comprometendo o desenvolvimento de gerações presentes e futuras (Parágrafo 27). Por sua vez, conforme observou o TAH, a posição do Uruguai durante o curso do processo foi a de não atribuir maior importância ao tema ambiental, apoiando-se em fundamentações mais técnicas (Parágrafo 81).

Acolhendo o entendimento da Argentina, o TAH refere-se inicialmente ao Princípio 15 da Declaração do Rio de 1992, a qual, como visto, consagra o princípio da precaução, reafirmando que “quando houver perigo de dano grave ou irreversível ao meio ambiente, a falta de certeza científica não deve servir como motivo para não adotar medidas julgadas necessárias” (Parágrafo 61).

Ainda nesse sentido, o TAH expressou que “em consonância com o princípio da integridade territorial, o princípio da precaução determina que o poder público utilize critérios científicos objetivos que conduzam ao equilíbrio entre a adoção de decisões para resultados a longo prazo e a satisfação de necessidades de curto prazo” (Parágrafo 69).

³² Laudo N.º 11 do Tribunal *Ad Hoc* do Mercosul, de 25/10/2005 “Proibição de importar pneus remoldados” (revogado pelo Laudo do TPR), disponível em <http://www.mercosur.int>

No entender do tribunal, a “incerteza científica”, derivada do atraso e precariedade do conhecimento científico, deve ser incorporada como componente das políticas ambientais (Parágrafo 69). Acrescenta, ainda, que essa incerteza não pode ser um obstáculo para adoção de medidas de precaução e defesa e que dever-se-ia inverter o ônus da prova àquele que pretende implantar uma atividade considerada nociva ou potencialmente perigosa ao meio ambiente, demonstrando que tal atividade é segura e não constitui um perigo ecológico (Parágrafo 70).

Concluiu o TAH que os pneumáticos reformados, por terem vida útil menor do que a dos pneus novos, aumentando de forma acelerada o passivo ambiental, causam danos ao meio ambiente, eis que liberam substâncias danosas à natureza, bem como à saúde, porquanto se transformam em autênticos criadores de insetos transmissores de doenças (Parágrafo 80). Dessa forma, a medida argentina, embora restritiva do comércio intra-bloco, estava justificada e amparada pela normativa do Mercosul.

Contudo, a consagração do princípio da precaução pelo Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do Mercosul não se manteve por muito tempo. Com efeito, inconformado com a vitória da Argentina em primeira instância, o Uruguai consegue junto ao Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul (TPR), em grau de recurso, reverter a seu favor o julgado, conforme se depreende do laudo proferido em 20/12/2005.

33

No tocante especificamente à exceção ambiental, o TPR descarta o entendimento do TAH de que era necessário fazer uma ponderação entre os princípios do livre comércio e da proteção do meio ambiente, eis que para o TPR deve prevalecer, em qualquer caso, o direito da integração, sob pena de se cometer o pecado original de desconhecer sua autonomia em relação ao direito nacional e ao direito internacional, referindo-se a Alejandro Perotti (Parágrafo 9).

Concretamente, o TPR repreende ao laudo do TAH de ter cometido um erro de direito ao não detalhar e, por conseguinte, não avaliar os critérios que

³³ Laudo n.º 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão, de 20/12/2005 “Laudo do Tribunal Permanente de Revisão constituído para resolver o recurso apresentado pela República Oriental do Uruguai contra o laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* de 25 de outubro de 2005 na controvérsia ‘proibição de importar pneus remoldados procedentes do Uruguai’”, disponível em <http://www.mercosur.int>

devem ser respeitados para que um Estado possa justificar uma medida restritiva de comércio nas exceções do Artigo 50 do Tratado de Montevideu, notadamente na exceção ambiental, ainda que reconheça que tais critérios não estão previstos na normativa do Mercosul (Parágrafo 14)

Tomando como base acórdãos proferidos pelo TJUE, o TPR analisa se a medida argentina era não-discriminatória, justificada por razões ambientais, ou seja, necessária para alcançar o objetivo proposto e, por último, proporcional, i. e, não era mais rigorosa do que o necessário para alcançar o objetivo almejado: critérios esses aplicados cumulativamente e que, segundo o TPR, não foram preenchidos pela medida argentina (Parágrafos 15, 16 e 17).

Nesse ponto, importa-nos explicitar o entendimento do TPR sobre o princípio da precaução quando da análise do critério da proporcionalidade, ao manifestar-se que “o dano alegado não era nem grave nem irreversível, pressupostos que devem estar presentes para a aplicação do princípio”.

Ainda sobre o princípio da precaução, discorda o TPR do laudo arbitral que inverteu o ônus da prova ao Uruguai sob o argumento da incerteza científica (Parágrafo 19). Em sentido oposto, o TPR entendeu que cabe àquele quem excepciona a regra demonstrar o dano. Por outro lado, sublinhou que no caso em concreto não havia nenhuma incerteza científica quanto aos riscos associados aos pneus jogados no lixo e ainda que houvesse essa incerteza, esta, por si só, não poderia justificar a adoção de “qualquer” medida, como era o caso da restrição de importar pneus reformados (Parágrafo 20).

A bem da verdade, no caso que acabamos de ver, não havia lugar para a aplicação do princípio da precaução, porquanto, como bem sublinhou o TPR, em momento algum se discutiu sobre a necessidade da medida argentina para proteger o meio ambiente/saúde de um dano potencial: a questão era a de saber se a medida restritiva adotada pela Argentina respeitava as condições necessárias para excepcionar a regra mais geral da livre circulação de mercadorias no Mercosul.

Resta, portanto, ainda em aberto o alcance que o princípio da precaução possui no âmbito do Mercosul, mesmo porque o bloco ainda carece de uma política comum em matéria de meio ambiente e mais ainda de medidas concretas de implementação: somente a partir daí e de uma jurisprudência constante de seus tribunais é poderíamos arriscar um posicionamento mais firme.

4 CONCLUSÃO

Não resta dúvida de que o princípio da precaução constitui um dos princípios do direito internacional do meio ambiente, atuando conjuntamente com outros princípios desse sub-ramo do direito internacional. Contudo, a autoridade do princípio enquanto norma costumeira internacional ainda é um anseio da sociedade civil.

Aliado a sua falta de previsão nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental, o princípio da precaução ainda sofre pela falta de conteúdo e critérios claros para sua aplicação, carecendo de formulação legal precisa. Nesse sentido, Kiss e Shelton (2007, p. 89) expressam que a grande maioria dos princípios do direito internacional do meio ambiente tem sido chamados de “normas sem conteúdo determinado”, possuidores de uma abstração tão grande a ponto de tornar impossível deduzir deles obrigações precisas com algum grau de certeza.

Da mesma forma, manifesta-se D. Bodansky (apud McIntyre 2007, p. 192-193) ao alegar que se fossem levados em conta critérios ortodoxos para a análise do direito internacional costumeiro, chegaríamos à conclusão de que poucos princípios do direito internacional do meio ambiente se qualificariam como costumeiro. O autor esclarece que grande parte das supostas normas costumeiras do direito internacional do meio ambiente informadas pelos doutrinadores em geral, dentre as quais o princípio da precaução, não está baseada em pesquisas sobre as práticas dos Estados, mas sim em referência em textos produzidos atores não estatais tais como tribunais internacionais judiciais ou arbitrais, organizações internacionais e organizações não governamentais e juristas. Por conseguinte, o autor caracteriza esses textos mais como “declaratórios” do que normas costumeiras, reconhecendo que, embora tenham uma utilidade limitada na resolução de conflitos pelos tribunais judiciais ou arbitrais, podem desenvolver um importante papel em termos de aplicação voluntária pelos Estados e nas negociações internacionais.

Com efeito, retornando à redação do Princípio 15 da Declaração do Rio, observamos que há termos abertos, que condicionam a aplicação do princípio da precaução a que o dano seja sério ou irreversível e ao custo-eficácia das medidas preventivas: difícil extrair daí uma obrigação precisa para os Estados.

Assim sendo, os Estados permanecem vinculados a sua legislação interna ou a instrumentos convencionais, mas que tampouco fornecem maiores esclarecimentos sobre a aplicação do princípio da precaução: tudo vai depender dos interesses em jogo, tendo em mente que a presunção de que os governos sempre agem no melhor interesse de seu povo deve ser afastada quando a situação envolve, sobretudo, os recursos naturais, conforme observa Okowa (apud Ebbensson, p. 20).

Atualmente, a responsabilidade internacional do Estado em matéria de meio ambiente resume-se na obrigação de não causar danos graves ao território de outro Estado ou áreas fora de sua jurisdição, o que não representa nenhuma inovação da jurisprudência, eis que nada mais é do que a aplicação do princípio geral do não-dano formulado em 1949 pela CIJ no caso *Corfu Channel*³⁴ e em outras decisões internacionais,³⁵ como informa André Nollkaemper (2009, p. 255).

Porém, em matéria de proteção do meio ambiente ou da saúde pretende-se ir mais além, com a imposição de obrigações concretas aos Estados para evitar que o dano ocorra efetivamente, sendo este, na maioria das vezes, irreparável e não suscetível de compensação financeira. Nesse aspecto, o princípio da precaução seria um dos mais eficientes princípios do direito internacional, embora tenhamos que reconhecer que permanece um princípio ainda em construção e que não conta com a ousadia dos tribunais internacionais, à exceção do ITLOS, para tentar galgar o status de norma costumeira internacional.

³⁴ *Corfu Channel* case, *Britain v. Albanian*, ICJ Reports (1949). Disponível em: <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1645.pdf>

³⁵ *Trail Smelter Arbitration* 1911, Advisory Opinion on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (CIJ 1996); *Gabcikovo-Nagymaros Project* (CIJ 1997) e *Pulp Mills on the River Uruguay* (CIJ Request for Provisional Measures)

BIBLIOGRAFIA

EBBENSSON, Jonas, “Introduction: dimensions of justice in environmental law”, in Ebbensson, Jonas e Okowa, Phoebe (coordenadores), *Environmental law and justice in context*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 1-36.

BRATSPIES, Rebecca M., “Trail Smelter’s (semi) precautionary legacy”, in Bratspies, Rebecca e Miller, Russel (organizadores), *Transboundary Harm in International Law: Lessons from the Trail Smelter Arbitration*. New York: Cambridge University Press, 2006, pp. 153-166.

CRETELLA NETO, José, *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

KISS, Alexandre e Shelton, Dinah, *Guide to international environmental law*. Leiden, The Netherlands: Koninklijke Brill NV, 2007.

MCINTYRE, Owe, *Environmental protection of international watercourses under international law*. Hampshire (England): Ashgate Publishing Limited. 2007

NOLLKAEMPT, André, “Sovereignty and environmental justice in international law”, in Ebbensson, Jonas e Okowa, Phoebe (coordenadores), *Environmental law and justice in context*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2009, pp. 253-269.

SCHRIJVER, Nico, *The evolution of sustainable development in international law: Inception, meaning and status of sustainable development*. Pocketbooks of the Hague Academy of International Law. The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

VITANYI, Béla, “La signification de la “généralité” des principes de droit”, in *Revue Générale de Droit International Public*, Paris: Editions A. Pedone. Avril-Juin 1976 – Tome 80, pp. 536-545.

A NACIONALIDADE À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL E BRASILEIRO

Nationality in Brazilian and International Law¹

Carmen Tiburcio²

Sumário: 1 Definição de nacionalidade. 2 Conceito de estrangeiro. 3 Nacionalidade, naturalidade e cidadania. 4 A importância da nacionalidade. 5 Aquisição da nacionalidade. 6 Perda e reacquirição da nacionalidade. 7 Distinções entre nacionais. 8 Polipatrídia e apatrídia. 9 Competência para atribuir a nacionalidade. 10 Princípios gerais limitando o poder dos Estados em questão de nacionalidade. Referências.

Resumo: *Status* outorgado àquele que possui vínculo com um determinado Estado, a nacionalidade é atrelada a direitos e deveres. O conceito é formado não apenas por elementos formais, mas também pelo sentimento de pertencimento. Partindo-se de uma definição político-jurídica, no entanto, apenas o Estado (isto é, através de seu ordenamento) pode considerar um indivíduo seu nacional. Determinado o que seja um nacional, define-se também, a *contrario sensu*, quem é estrangeiro frente a um dado Estado. O presente trabalho analisa a importância da matéria e suas implicações e, principalmente, os fenômenos de aquisição, perda e reacquirição do *status* de nacional, seus requisitos e as circunstâncias em que se produzem. Aborda-se, ainda, a questão da distinção entre nacionais originários e naturalizados e as hipóteses de polipatrídia e apatrídia. Por fim, o artigo lança luz sobre a competência para atribuição da nacionalidade e os princípios que limitam o poder dos Estados nesse tema tanto sob a ótica do direito internacional como brasileiro.

Palavras-chave: nacionalidade, cidadania, naturalização

Abstract: *Status* granted to those who have some link to a particular state, nationality comes with rights and duties. The concept is composed not only by formal elements, but also by the 'feeling' of being a part of a group. From a political-legal viewpoint, however, only the State (*i.e.*, through its legal system) may consider an individual one of its nationals. After determining who is a national, one can define who is a foreigner in relation to a given state. This paper analyzes the importance of the matter and its implications, and especially the phenomena of acquisition, loss and reacquisition of the *status* of a national, its requirements and the circumstances on which they occur. The distinction between national and naturalized citizens and the topic regarding the hypothesis of multiple nationalities and statelessness are also discussed. Finally, the article sheds light on the responsibility for granting nationality and the principles that limit the power of the States on this issue, both under international and Brazilian law.

Key-words: nationality, citizenship, naturalization

1 DEFINIÇÃO DE NACIONALIDADE

A nacionalidade pode ser definida sob a ótica jurídico-política ou sociológica, embora usualmente a distinção não seja facilmente perceptível, na medida em que um significado não exclui necessariamente o outro. Na sua acepção jurídico-política, a nacionalidade pode ser definida como um *status*

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.13733>.

² Doutora em Direito pela University of Virginia. Professora associada da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

outorgado ao indivíduo³, vinculado a um Estado por laços de lealdade⁴. Da definição se infere que somente pessoas físicas são titulares do vínculo, gerador de direitos e deveres e que é imprescindível o reconhecimento formal por parte do Estado⁵.

Em sua acepção sociológica, nacionalidade é o sentimento de fazer parte determinado grupo (*Zugehörigkeit*)⁶. Em regra, este grupo ostenta alguns atributos em comum, além da origem, tais como língua, território, instituições políticas, costumes e religião⁷. Veja-se que o sentimento de ser parte de uma nação, em termos étnicos, culturais ou linguísticos, pode existir antes da ligação política ser nacionalizada⁸, isto é, antes da criação do Estado. A ideia de nacionalidade, contudo, não compreende apenas a noção de um grupo homogêneo, animado por atributos comuns. Requer, também, a busca de sua expressão no que é considerado a maior forma de atividade organizada, o Estado soberano⁹. Assim, a nacionalidade é um estado de espírito que corresponde ou esforça-se para corresponder a um fato político¹⁰.

Pela comparação das definições, pode-se observar, na última, a acentuação do papel do indivíduo na relação, na medida em que se admite a existência do sentimento de nacionalidade antes mesmo da criação formal do Estado. Por outro lado, em sua acepção jurídico-política, adotada pela *Harvard Research in International Law*, se requer, como pressuposto da existência da nacionalidade, que a relação entre o indivíduo e o Estado seja formalmente reconhecida. Desse modo, à definição jurídico-política não é suficiente que o indivíduo se considere nacional de determinado Estado. Faz-se imperativo o reconhecimento expresso e formal do vínculo.

³ Vide Convenção do Conselho da Europa sobre Nacionalidade (1996), art. 2, a: “Nacionalidade designa o vínculo jurídico entre um indivíduo e um Estado, não indicando, contudo, a origem étnica desse indivíduo”.

⁴ Harvard Research in International Law, *Draft on Nationality*, Harvard, 1929, art.1º (a). Nos comentários a esse artigo define-se nacionalidade como a ligação entre uma pessoa e um Estado, p. 22, e o laço de lealdade é o termo usado para denotar a soma de obrigações da pessoa natural para com o Estado, p. 23; *Supplement to the American Journal of International Law*, v. 23, 1929, disponível em: <http://www.uniset.ca/naty/maternity/23AJILSS13.pdf>.

⁵ Richard Plender, *International Migration Law*, 1987, p. 11. Zeballos, *La Nationalité*, v. I, 1914.

⁶ Hans Kohn, *The idea of nationalism*, 1967, p. 12.

⁷ Id., pp. 13-4.

⁸ F.H. Hinsley, *Nationalism & the international system*, 1973, p. 22.

⁹ Id., p. 19.

¹⁰ Id., ib..

Paul Lagarde funde ambas as definições, atribuindo duas dimensões ao conceito de nacionalidade. Na dimensão vertical figura a ligação entre o indivíduo e o Estado ao qual ele pertence, pela qual o indivíduo tem deveres (lealdade, serviço militar, etc.) e direitos (por exemplo, proteção diplomática)¹¹. A dimensão horizontal compreende o indivíduo na qualidade de membro de determinada comunidade, integrante do povo que forma o Estado¹².

No tocante à definição político-jurídico de nacionalidade, é de se observar ainda que apenas o Estado pode outorgar ao indivíduo o *status* de seu nacional¹³. É dizer: as leis de cada Estado irão estabelecer quem será considerado como seu nacional com a exclusão de todos os demais, a despeito de terem vínculos com aquele Estado¹⁴.

Veja-se que a coexistência de ambas as definições de nacionalidade – jurídico-política e sociológica¹⁵ – é plenamente aceitável. Quando um indivíduo se sente fortemente ligado ao Estado do qual é nacional, tem-se uma aceção fortalecendo a outra, ambas sustentando-se mutuamente. Um povo unido e leal gera um Estado forte, pela submissão e aprovação incondicional de suas regras.

Este interessante e importante conceito é muito frequentemente olvidado. Quando se cogita de um Estado, levam-se em conta suas autoridades, o grupo de administradores encarregados, burocratas e forças armadas, por exemplo. Por outro lado, ignora-se, frequentemente, seu povo, cuja participação ativa – cumprindo as leis, acreditando e trabalhando por objetivos comuns – é elemento

¹¹ Proteção diplomática é mais um benefício do que um direito. Na verdade, proteção diplomática no exterior é um direito do Estado envolvido e não do indivíduo, na medida em que o Estado pode ou não exercer a proteção diplomática, segundo seu próprio discernimento. Conforme Borchard "The State does not give effect to the right of its citizen but to its own right, the right that its citizen may be treated by other States in the manner prescribed by international law." *Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, 1916, p.18.

¹² Paul Lagarde, *La nationalité française*, 1975, p.1.

¹³ Esta regra foi expressa nos arts. 1º e 2º da Convenção Concernente a Certas Questões Relativas ao Conflito de Leis sobre a Nacionalidade, Haia, 1930, que prevê que cada Estado determinará, segundo suas próprias leis, quem são seus nacionais e qualquer questão sobre a aquisição da nacionalidade por determinado indivíduo de um Estado particular deverá ser definida de acordo com as leis desse Estado. Promulgada pelo Decreto nº 21.798/32.

¹⁴ A CPJI estabeleceu que: "... the national status of a person belonging to a state can only be based on the law of that state." *The Exchange of Greek and Turkish Populations*, ser. B, No. 10, 1928, p. 19.

¹⁵ Vide a definição da Corte Internacional de Justiça da Haia, no caso *Nottebohm*: CIJ, *Caso Nottebohm* (ICJ Reports 1955, 4, 23): "a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties".

basilar e imprescindível à sua efetividade e eficiência, sem o que restariam inertes e impotentes as autoridades governamentais¹⁶.

2 CONCEITO DE ESTRANGEIRO

A determinação da nacionalidade permite definir quem são os estrangeiros. Considera-se estrangeiro, relativamente a um dado Estado, o indivíduo que, por força de lei, não é considerado seu nacional. Trata-se, portanto, de uma definição a *contrario sensu*, o que leva à conclusão de que apátrida¹⁷, por exemplo, será sempre um estrangeiro, onde quer que esteja.

Duas conseqüências se apresentam: primeiramente a importância do conceito de nacionalidade relativamente à definição de estrangeiro; e, em segundo lugar, o óbvio, porém despercebido, fato de que qualquer indivíduo é um estrangeiro fora do país da sua nacionalidade. Dessa forma, é importante notar que, se a condição de estrangeiro é aplicável a qualquer um de nós, não se pode admitir, em sua definição, qualquer elemento de conotação inerentemente inferior¹⁸.

3 NACIONALIDADE, NATURALIDADE E CIDADANIA

Há que se distinguir a nacionalidade de dois outros conceitos correlatos: naturalidade e cidadania. A naturalidade é um conceito territorial. Quando determinado indivíduo nasce em certa cidade, diz-se que é natural desta cidade e do país no qual está localizada, sem que se possa inferir que este indivíduo seja necessariamente nacional daquele país. Entretanto, no caso dos países que

¹⁶ Karl Deutsch, *Nationalism and its alternatives*, 1969, p. 17-9. Nas palavras do autor: "Compliance is the invisible 9/10ths that keeps afloat the iceberg of the state, and it is a vital development in the process of integration. To say that law-breakers will be punished implies that most people will not break the law because if they all did there would be no one to punish them. No law can be maintained that is not overwhelmingly backed by the voluntary consensus of the community. *The consent of the governed is not an ornament of the government of the State; it is its foundation.*" (grifo acrescentado)

¹⁷ Cada país irá definir, por lei, quem são seus nacionais. Como não se verifica uniformidade nas leis sobre nacionalidade, pode ocorrer que determinado indivíduo não seja considerado nacional de país algum, circunstância em que se lhe será atribuída a condição de apátrida.

¹⁸ McDougal, Lasswell e Chen observaram que: "the reference of the generic label 'aliens' is not to some static isolated group, but potentially to the whole of humanity. Every individual is a potential alien in relation to all the states of which he is not a national; to the extent that he moves and engages in activities across state boundaries, this potentiality becomes an actuality." Myres S. McDougal, Lung-chu Chen, Harold D. Lasswell, *The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights*. In: *American Journal of International Law*, v. 70, 1978, p. 433.

adotam o critério do *ius solis*, coincidem, em seus efeitos, os conceitos de naturalidade e nacionalidade. Como se verá oportunamente, o Brasil tradicionalmente adota este critério para atribuir a nacionalidade brasileira, de modo que, entre nós – como regra geral – os conceitos de naturalidade brasileira e nacionalidade brasileira coincidem.

Cidadania, por outro lado, é um conceito mais específico, compreendendo todos os nacionais de determinado país no gozo de direitos políticos¹⁹. Para participar da vida pública do Estado e gozar de todos os direitos políticos, o indivíduo, além de nacional, necessita ostentar a condição de cidadão²⁰. No Brasil a regra não é diferente: o cidadão brasileiro é também nacional.

A seu turno, a nacionalidade compreende, de forma mais abrangente, aqueles indivíduos que possuem lealdade²¹ a determinado Estado, e se encontram, em vários níveis, sob o manto de sua proteção²². Objetivamente, os nacionais têm uma ligação especial e permanente com o Estado de sua nacionalidade, envolvendo obrigações e vantagens, como a proteção em nível internacional²³ e o direito de residência. Nacionalidade é, portanto, uma relação bilateral²⁴.

A linha divisória entre nacionalidade e cidadania é difícil de ser estabelecida, pois ambos os termos enfatizam diferentes aspectos do mesmo

¹⁹ Alguns autores definem como cidadão o indivíduo com potencialidade para adquirir direitos políticos. Conforme observado por Gordon & Rosenfield, *Immigration Law and Procedure*, §11.3, alguns cidadãos podem não gozar de todos os direitos políticos (crianças, mulheres, pessoas condenadas por certos crimes e, no caso específico dos EUA, residentes do District of Columbia, por exemplo). O Direito Constitucional Moderno, contudo, mantém a definição de cidadania como o *status* do nacional possuidor de direitos políticos efetivos. Francisco Rezek, *Le droit international de la nationalité, Recueil des Cours*, 1986, p. 344.

²⁰ A grande maioria dos países concede direitos políticos apenas a seus nacionais.

²¹ Consoante observado por Gordon & Rosenfield, *Immigration Law and Procedure*, o termo lealdade (*allegiance* em inglês) deriva da sociedade feudal e aristocrata, significando submissão e obediência. Atualmente, este termo conota geralmente lealdade e participação, ao revés de submissão.

²² W. Bishop, *International Law: Cases and Materials*, 1971, p. 488. Vide CIDH, Opinião Consultiva n.º 4/84, de 19.1.1984 (“Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización”): “35. La nacionalidad puede ser considerada como el vínculo jurídico político que liga a una persona con un Estado determinado por medio del cual se obliga con él con relaciones de lealtad y fidelidad y se hace acreedor a su protección diplomática.” (www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf)

²³ No caso *Panevezys-Saldutiskis Railways PCIJ* observou-se que: “in the absence of a special agreement, it is the bond of nationality between the State and the individual which alone confers upon the State the right of diplomatic protection.” P.I.C.J.(1939), Ser. A/B, No.70, p.16.

²⁴ Oppenheim, *International law*, vol. I, 1905, p. 645-6: “The right is that of protection over its citizens abroad which every State holds...The duty is that of receiving on its territory such of its citizens as are not allowed to remain on the territory of other States.”

fenômeno: ser membro do Estado²⁵. Pode-se dizer, contudo, que a nacionalidade sublinha o aspecto internacional, ao passo que a cidadania, o doméstico²⁶. Veja-se que se, por um lado, todo cidadão é um nacional, o caminho inverso não é necessariamente verdadeiro²⁷. Por regra lógica, a verificação da nacionalidade antecede, no tempo, a aquisição de direitos políticos²⁸. Assim, embora a nacionalidade seja requisito para a concessão do *status* de cidadão, a atribuição de nacionalidade independe da caracterização do indivíduo como cidadão. Esse, aliás, o motivo da tradicional exclusão dos estrangeiros com relação ao gozo de

²⁵ Muitos autores não distinguem entre esses termos. Hans Kelsen, *Principles of International Law*, 1987, p. 372: "Citizenship or nationality is the status of an individual who legally belongs to a certain State or formulated in a figurative way- is a member of that community".

Essa confusão terminológica parece originar-se da 14^a Emenda da Constituição Americana, que determina: "All persons born or naturalized in the US and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the US and of the State wherein they reside" e do caso *EUA x Wong Kin Ark*, onde a Suprema Corte interpretou esta regra no sentido de que todas as pessoas nascidas nos EUA, mesmo de pais chineses têm a nacionalidade norte-americana. Aleinikoff & Martin, *Immigration: Process and Policy*, 1985, p. 833, nota 3.

²⁶ Paul Weis, *Nationality and statelessness in international law*, 1956, p. 5.

²⁷ Paul Weis, *Nationality and statelessness in international law*, 1956, p. 6. Na virada deste século, quando os EUA adquiriram territórios fora dos seus limites continentais, a Suprema Corte, no caso *Downes x Bidwell*, 182, US 244 9 1901, adotou uma distinção entre território incorporado e não incorporado. Em razão desta decisão, pessoas nascidas em Estados incorporados eram reputadas cidadãos norte-americanos, tal como aquelas nascidas em qualquer outro Estado; indivíduos nascidos em Estados não incorporados, contudo, não eram tidos por cidadãos norte-americanos, mas possuíam lealdade aos EUA e eram seus nacionais. Gradualmente o *status* desses territórios foi modificado. Os filipinos tiveram sua independência alcançada em 1946; os porto-riquenhos receberam cidadania completa em 1917, alterada em 1934 e 1940; os habitantes das Ilhas Virgens em 1940 e, em 1952, pelos moradores de Guam. No entanto, os habitantes das distantes possessões da Samoa norte-americana e das ilhas Swains são ainda considerados nacionais não-cidadãos. Ver McGovney, *Our Non-Citizen Nationals, Who are They?*. *California Law Review*, 1934; Gordon & Rosenfield, *Immigration Law and Procedure*; §11.3 e Restatement of the Law Third, *The Foreign Relations Law of the US*, 2 volumes, The American Law Institute §212. Section 101(a)(22) do INA determina que todo cidadão norte-americano é também nacional. Todavia, Section 308 INA outorga nacionalidade norte-americana, mas não cidadania as pessoas nascidas ou com vínculos com "an outlying possession of the United States." Essas possessões são definidas na Section 101(A)(29) INA como "American Samoa and Swains Island". Além disso, mesmo depois da introdução da 14^a Emenda, os americanos nascidos em tribos indígenas ainda não foram considerados cidadãos, não importando em que lugar dos EUA nasceram. Eles eram também considerados nacionais não-cidadãos. McGovney, *idem* na p. 613. Esse entendimento foi adotado pela Suprema Corte na decisão do caso *Elk x Wilkins*, 112 US 94, 5 S. Ct. 41, 28 L. Ed. 643 (1884). Posteriormente os congressistas norte-americanos aprovaram uma legislação superando os efeitos dessa decisão. A partir de 1940 todos os índios nascidos nos EUA são cidadãos norte-americanos. V. Aleinikoff & Martin, *Immigration: Process and Policy*, 1985, p. 850. V. Richard Plender, *International Migration Law*, 1987, p. 18. Ademais, conforme o direito holandês, pessoas nascidas nas possessões holandesas tinham o *status* de súditos holandeses (Dutch Subjects) diferentemente dos nacionais (Netherlanders). Lei de 10 de fevereiro de 1910 emendada em 10 de junho de 1927, *Staatsbald*, 1927, n^o 75, art. 1, citada por Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* (1956). Ver Plender relativamente à nacionalidade britânica, p. 22; p. 30 para a americana e p. 34 para a francesa.

²⁸ V. Art. XXI(1) da Declaração Universal dos Direitos do Homem (ONU - Paris - 1948; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (San José da Costa Rica - 1969), Direito Internacional Público; art. XXXVIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, 1948.

direitos políticos, que pressupõem que o indivíduo seja titular de nacionalidade. No Brasil, a regra geral é que estrangeiro não goza direitos políticos²⁹.

4 A IMPORTÂNCIA DA NACIONALIDADE

A nacionalidade é matéria das mais relevantes, tanto para o Estado como para o indivíduo. Para o primeiro, a nacionalidade implica a caracterização de seu elemento subjetivo. O Estado é formado por território, auto-governo e povo³⁰(em verdade, o conjunto de nacionais), elementos sem os quais não há Estado. Por outro lado, a nacionalidade é relevante para o indivíduo, principalmente devido ao instituto da proteção diplomática³¹ e por diversas outras garantias que dela decorrem, tal como o direito de entrar e residir no país da sua nacionalidade.

Quanto ao ponto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já afirmou que o direito à nacionalidade é um dos mais importantes direitos do homem, nos seguintes termos:

one of the most important rights of man, after the right to life itself, because all the prerogatives, guarantees and benefits man derives from this membership in a political and social community, the State, stem from or are supported by the right³².

Na Idade Média acreditava-se que a salvação não era possível fora da Igreja. Hoje seria mais apropriado dizer que, sem proteção de um Estado, sofrimentos muito maiores se verificam, a exemplo do que ocorre com apátridas e refugiados ou asilados, situação apenas recentemente incluída na esfera de interesse de determinadas instituições internacionais³³.

Como exemplo, recorde-se o drama histórico do povo hebreu, cujos membros, antes das duas grandes guerras mundiais, detinham algum poder em nível individual, porém foram incapazes de prevenir sua tragédia coletiva por não possuírem um Estado que os protegesse e defendesse suas reivindicações em nível internacional. Enquanto as leis internacionais da época, em sua maioria,

²⁹No Brasil, contudo, os portugueses possuem alguns direitos políticos por força de tratado entre esses dois países, que concedeu direitos recíprocos aos brasileiros em Portugal e portugueses no Brasil. V. Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa, promulgado pelo Decreto nº 3.927/01. Frise-se que recentemente alguns países concedem direitos políticos a estrangeiros, principalmente na esfera municipal, V. Carmen Tiburcio, *Human rights of aliens under international and comparative law*, 2001, p. 181 e ss..

³⁰ Francisco Rezek, *Le droit international de la nationalité. Recueil des Cours*, 1986, p. 341.

³¹ Id., p. 346.

³² *Report on Chile*, 1985, p.146, para. 6, *apud* Jaime Oraá, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, 1996, p. 99.

³³ Antonio Cassese, *International law in a divided world*, 1986.

defendiam indivíduos contra Estados adversários ou inimigos, a Alemanha, sob a direção do Partido Nacional-Socialista, cometeu, por razões políticas ou raciais, atos atentatórios aos direitos humanos (como hoje os concebemos) contra seus próprios nacionais, nacionais de países aliados e contra nacionais de Estados que não se encontravam sob ocupação formal. Foram também vitimados judeus apátridas e ciganos. Naquele momento histórico, tais atos de perseguição por razões políticas ou raciais não eram proibidos mesmo em relação a indivíduos dos territórios ocupados.

Os judeus exerciam um importante papel no mundo financeiro. Investimentos de seu capital contribuíram para a sedimentação de uma função produtiva daqueles indivíduos na economia européia. Sem sua assistência, o desenvolvimento das nações-estado no século XVIII seria inconcebível³⁴. A despeito de todo esse poder, participação e influência em diferentes áreas, os judeus presenciaram, impotentes, o crescimento do flagelo anti-semita simultaneamente na Alemanha, Áustria e França, nos últimos 20 anos do século XIX³⁵, que ressurgiu mais forte quarenta anos depois, na maioria dos Estados europeus³⁶. Não lhes foi possível evitar o genocídio de 6 milhões de judeus durante a Segunda Guerra Mundial: toda sua pujança econômica, influência política e cultural nada representaram diante da ausência de um Estado que resguardasse seus interesses em nível internacional.

Como se vê, a proteção do Estado – oriunda do vínculo de nacionalidade – é insubstituível. A nacionalidade determinará o direito de entrada em determinado país³⁷, e as circunstâncias nas quais tal direito poderá ser exercido³⁸, bem como o direito de permanecer³⁹ e de trabalhar neste país, ressalvadas as limitações a que estará submetido, na condição de estrangeiro⁴⁰. Relativamente

³⁴ Hannah Arendt, *The Origins of totalitarianism*, 1966, p. 98.

³⁵ Id., na p. 35.

³⁶ Id., na p. 79.

³⁷ Um estrangeiro não tem direito de entrar em um país, enquanto um nacional de um certo país tem o direito reconhecido de entrar neste país quantas vezes desejar. Art. XIII (2) da Declaração dos Direitos do Homem - ONU - Paris - 1948.

³⁸ Em caso de uma política de quotas de imigração, o país da nacionalidade do indivíduo será de extrema importância. O mesmo pode ser dito em relação aos Tratados de Amizade entre os países ou Tratados de Dispensa de Vistos pelos quais indivíduos com nacionalidade de um dos países envolvidos poderão entrar no outro país, por exemplo, sem um visto.

³⁹ Art. VIII da Declaração Americana, 1948 estabelece que os nacionais têm o direito de fixar residência no país de sua nacionalidade.

⁴⁰ Muitos países negam aos estrangeiros o exercício de inúmeras profissões. V. Carmen Tiburcio, *Human rights of aliens under international and comparative law*, 2001, p. 151 e ss.

à retirada de indivíduos de determinado país, a nacionalidade também é determinante. Isso porque os institutos da deportação, expulsão⁴¹ e da extradição são, como regra, medidas de saída aplicáveis apenas a estrangeiros. Finalmente o *status* jurídico de um indivíduo pode determinar o interesse legítimo de um Estado relativamente ao exercício da proteção diplomática, uma vez que apenas o Estado da nacionalidade do indivíduo possui legitimidade para tanto a nível internacional. Veja-se que o exercício da proteção diplomática envolve todas as formas de intervenção diplomática para a resolução de disputas, amigáveis ou não, desde negociações até o uso da força⁴² e, por isso, é importante desdobramento da nacionalidade.

A possibilidade do uso da força no exercício da proteção diplomática encerra acirrada controvérsia⁴³. A justificativa normalmente invocada é a alegação que o Estado invadido falhou no tocante às precauções necessárias ao resguardo da vida e da propriedade dos indivíduos que recebem a proteção diplomática e, por esse motivo, é necessária a tomada de medidas protetivas de tais valores, juridicamente tutelados. Mesmo após a Carta das Nações Unidas, que em seu art.2º (4) proibiu o uso da força, essa justificativa ainda tem sido utilizada,⁴⁴ legitimamente⁴⁵ ou não, pois muitas vezes a justificativa da intervenção externa para resgatar nacionais tem sido usada para encobrir outros motivos, como a restauração de governos depostos ou a prevenção da deposição de determinados governos.

⁴¹ Ver Convenção Americana, art.22.5; art. 3(1) do Quarto Protocolo à Convenção Européia de Direitos Humanos.

⁴² Ver Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 1956, p. 35.

⁴³ Esta questão é examinada em detalhes por Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military coercion and Intervention on Ground of Humanity*, 1985. V. também Phillimore, *Droits et Devoirs des Etats*. In: *Recueil Des Cours*, 1923, p. 27- 49.

⁴⁴ Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military coercion and Intervention on Ground of Humanity*, 1985, p. 26 e ss.

⁴⁵ Louis Henkins defende essa possibilidade exemplificando o envio de aviões pelo Presidente Kennedy para salvar civis no Congo segundo sua autoridade para proteger americanos no exterior. Louis Henkins, *Foreign Affairs and the Constitution*, p.54. O poder de usar a força para proteger nacionais no exterior também foi reconhecido. In *Re Neagle*, 135 U.S.1(1890). O direito de proteção no exterior é tido como um dos privilégios e imunidades dos nacionais, *US Slaughter-House Cases*, 16 Wall 36,79 (US 1872). Somando-se a isso em 1948 os EUA adotaram uma legislação nacional estabelecendo o direito de fazer uso da força no exterior para proteger a vida e a propriedade dos norte-americanos no exterior contra a violência arbitrária. Art. 614 das Regulações da Marinha dos EUA mencionado por Antonio Cassese, *International Law in a Divided World*, 1986, p. 238. É importante observar que a decretação dessa legislação seguiu a adoção da Carta das Nações Unidas. Isso significa que os EUA consideram que em alguns casos como os de proteção dos nacionais no exterior, o uso da força é lícito.

5 AQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

A nacionalidade adquirida no nascimento é denominada originária e baseia-se normalmente no *ius solis* – critério pelo qual o indivíduo adquire a nacionalidade do país de nascimento – ou no *ius sanguinis* – quando o indivíduo adquire a nacionalidade de seus genitores, não importando o local de nascimento⁴⁶. Em qualquer um desses casos, o indivíduo receberá a condição de nacional *nato*. Já a aquisição posterior de nacionalidade ocorre normalmente através do processo da naturalização, quando, preenchidos certos requisitos legais, dá-se a concessão da nacionalidade derivada.

A nacionalidade brasileira pode ser adquirida no momento do nascimento – nacionalidade originária – ou posteriormente – nacionalidade derivada, via naturalização, ou seja com manifestação de vontade nesse sentido. O Brasil jamais admitiu a aquisição automática de outra nacionalidade em função do casamento⁴⁷, o que era comum em alguns países e hoje já inadmitido pelo direito convencional⁴⁸.

A aquisição da nacionalidade originária, isto é, aquela adquirida no momento do nascimento, é matéria formal e materialmente constitucional, já que se trata de definir um dos elementos do Estado. Nessa linha, todas as Constituições brasileiras trataram em sede constitucional da aquisição da

⁴⁶ Atualmente os países tendem a adotar uma mistura dos dois sistemas ou uma versão atenuada dos dois conceitos. A razão para isso é a necessidade e o desejo de evitar casos de apatridia. Sobre os sistemas, V. Rezek, *Le droit international de la nationalité, Recueil des Cours*, 1986, p. 358 (*ius solis*) e 360 (*ius sanguinis*).

⁴⁷ Ilmar Penna Marinho, *Tratado sobre a Nacionalidade: do direito brasileiro da nacionalidade*, 1957, pp. 316, 317 e 319. “Tal situação seria, aliás, hoje, a de muitas brasileiras casadas com italianos, alemães e japoneses se a nossa legislação não houvesse determinado sàbiamente que a mulher brasileira, casada com estrangeiro, conserva a sua nacionalidade (...).Efetivamente, à mulher, tal como ao homem, não pode ser imposta uma nacionalidade que não quer ou em relação à qual não se pode manifestar livre e expressamente. A evolução contemporânea do Direito Internacional repele a fórmula da escola clássica consistente em submeter a mulher a um dilema, torturado pela ideia da legalidade: ou se casa e se torna estrangeira, ou conserva a sua nacionalidade mas não se casa. Na concepção moderna, a mulher não deve receber uma nacionalidade imposta e o fato de escolher um marido não deve implicar o de escolher um novo estatuto. Eis porque o sistema da nacionalidade independente da mulher parece superior, já do ponto de vista moral ou filosófico, já do aspecto objetivo e prático. Enquanto do ponto de vista filosófico é o sistema mais condizente com as conquistas da democracia e dos direitos do homem, do aspecto objetivo e prático e aquele que mais liberdade dá à mulher para agir consoante o seu interesse, visto como embora conservando a sua nacionalidade,tem ela sempre diante de si a possibilidade de adquirir voluntariamente a nacionalidade do marido.”

⁴⁸ V. art. 8 da Convenção concernente a certas questões relativas aos conflitos de leis sobre nacionalidade, Decreto nº 21.798, de 06.09.1932; Convenção da ONU sobre a nacionalidade da mulher casada, de 1957, Decreto nº 64.216, de 18.03.1969, Convenção da ONU sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher de 1979, Decreto nº 4.377, de 13.09.2002. V. também a Convenção Europeia sobre nacionalidade de 1997, art.4.

nacionalidade brasileira originária⁴⁹. A nacionalidade derivada também sempre foi mencionada no texto das Constituições brasileiras⁵⁰ sendo, porém, regulada e detalhada por lei ordinária.

A aquisição da nacionalidade brasileira originária é tratada no art. 12, I da Constituição em vigor:

Art. 12. São brasileiros:

I - natos:

a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;

b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

Assim, em conformidade com o texto constitucional, há quatro hipóteses de aquisição da nacionalidade originária. A primeira, prevista na alínea *a*, por força do princípio do *ius solis* que determina que a nacionalidade brasileira se adquire em virtude do nascimento ocorrido em território nacional. Assim, ainda que a criança tenha genitores estrangeiros, será brasileira nata.

É, porém, polêmica a situação da criança nascida no Brasil filha de estrangeiro a serviço de seu país. A respeito, discute-se a vigência do art. 2º da Lei 818/1949 que prevê: “Quando um dos pais for estrangeiro, residente no Brasil a serviço de seu governo, e o outro for brasileiro, o filho, aqui nascido, poderá optar pela nacionalidade brasileira, na forma do art. 129, nº II, da Constituição Federal.” Nos termos do dispositivo, a criança aqui nascida só será brasileira nata após a opção.

A doutrina diverge quanto à solução para essa situação. O ponto de partida é a interpretação do referido dispositivo constitucional. A Constituição determina que a criança nascida no Brasil será brasileira nata, ainda que filha de estrangeiros, salvo se estes estiverem a serviço do seu país. Há duas interpretações possíveis: (1) quem nasce no Brasil será brasileiro, com exceção do

⁴⁹ Art 6, I, II, III (1824), art. 69, 1º, 2º, 3º (1891), art. 106, a, b (1934), art. 115 a, b (1937), art. 129, I, II (1946); art.140 I, a, b, c (1967), art. 145 I a, b, c (1969), art. 12 I, a, b, c (1988).

⁵⁰ Art 6, IV, V (1824), art. 69 4º, 5º, 6º (1891), art. 106 c, d (1934), art. 115 c, d (1937), art. 129 II, IV (1946); art.140 II, a, b (1967), art. 145 II a, b (1969), art. 12 II a, b (1988).

*filho de pai e mãe estrangeiros, ambos a serviço do seu país*⁵¹; (2) a criança nascida no Brasil filha *de pai ou mãe estrangeiro a serviço do seu país* não será brasileira nata.

A primeira interpretação é a mais correta. Trata-se de interpretação mais favorável ao indivíduo, critério que deve ser adotado em matéria de atribuição de nacionalidade brasileira⁵². A se adotar outra interpretação, a criança aqui nascida pode ser estrangeira ou até mesmo apátrida, sem que essa seja a vontade expressa do legislador constituinte. Para essa corrente, o art. 2º da Lei 818 será inconstitucional, pois se a criança já é brasileira nata pelo nascimento não há que se exigir a opção. Por outro lado, para aqueles que defendem a segunda interpretação, pode-se discutir a vigência do art. 2º da Lei 818. Quanto a isso, também não há unanimidade e há três entendimentos possíveis.

Uma corrente entende que o dispositivo é inconstitucional, pois a lei ordinária não pode prever hipóteses de aquisição da nacionalidade originária⁵³. Para esses, a criança é estrangeira, podendo se tornar brasileira somente pela naturalização. Outra corrente defende que o dispositivo é constitucional, por analogia à possibilidade de opção prevista na alínea c⁵⁴. Se o filho de brasileiro nascido no exterior pode fazer a opção, com muito mais razão poderia o filho de brasileiro aqui nascido, mesmo que também filho de estrangeiro a serviço de seu país. Uma terceira corrente sustenta que o dispositivo é inconstitucional com base em uma interpretação sistemática do art. 12. Como o legislador previu que a

⁵¹ Vide *Manual do Serviço Consular e Jurídico*, edição 2010, Capítulo 5, Nacionalidade: “5.1.5 Quando um dos pais for estrangeiro e residir no Brasil a serviço de seu Governo e o outro for brasileiro, o filho nascido no Brasil será brasileiro, por força do artigo 12, I, “a”, da Constituição.” Frise-se que a referência à nacionalidade brasileira de um dos genitores é irrelevante, pois se o fundamento é o art. 12, I, a, o que importa é o local do nascimento e não a filiação.

⁵² Note-se que o STF já adotou essa interpretação favorável à manutenção do vínculo: STF, j. 26.6.2003, QO no HC 83113, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 187/1069: “As hipóteses de outorga da nacionalidade brasileira, quer se trate de nacionalidade primária ou originária (da qual emana a condição de brasileiro nato), quer se cuide de nacionalidade secundária ou derivada (da qual resulta o “status” de brasileiro naturalizado), decorrem, exclusivamente, em função de sua natureza mesma, do texto constitucional, pois a questão da nacionalidade traduz matéria que se sujeita, unicamente, quanto à sua definição, ao poder soberano do Estado brasileiro. Doutrina. - A perda da nacionalidade brasileira, por sua vez, somente pode ocorrer nas hipóteses taxativamente definidas na Constituição da República, não se revelando lícito, ao Estado brasileiro, seja mediante simples regramento legislativo, seja mediante tratados ou convenções internacionais, inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos autorizadores da privação - sempre excepcional - da condição político-jurídica de nacional do Brasil. Doutrina”.

⁵³ Oscar Tenorio, *Direito Internacional Privado*, v. I, 1970, p.200.

⁵⁴ Luís Roberto Barroso, Duas questões controvertidas sobre o direito brasileiro da nacionalidade. In: Jacob Dolinger. (Org.). *A nova Constituição e o direito internacional*, 1987, p. 52.

criança nascida no exterior, filho de brasileiro ou brasileira a serviço do Brasil será brasileiro nato, não faz sentido tratar a hipótese inversa de forma diferente⁵⁵. Assim, bastaria que um dos pais seja estrangeiro a serviço do seu país para que a criança não possa ser brasileira nata. Quanto a esse último argumento, apesar de sua lógica, há que se lembrar que os dispositivos sobre nacionalidade são unilaterais e a reciprocidade não é critério determinante para sua aquisição.

A segunda hipótese de aquisição da nacionalidade brasileira originária se baseia no critério do *ius sanguinis* conjugado com exercício de função no exterior e prevê que é brasileiro o filho de brasileira ou brasileiro que esteja representando o Brasil no exterior. Aqui, claramente o legislador constituinte adotou uma ótica extensiva para a atribuição da nacionalidade brasileira ao estabelecer que basta que o pai ou a mãe seja brasileiro a serviço do país para que a criança seja brasileira nata. A dúvida existente com relação a esse dispositivo diz respeito à natureza do serviço no exterior.

Questiona-se primeiramente se a hipótese inclui apenas trabalho a serviço da administração direta⁵⁶ – hipótese mais tradicional – ou se é extensiva também aos brasileiros a serviço da administração indireta⁵⁷, tais como empresas públicas e sociedades de economia mista. Discute-se, ainda, se o trabalho deve ser permanente ou pode ser temporário. Aqui, mais uma vez, a melhor interpretação é aquela mais favorável à aquisição da nacionalidade brasileira. Diante da ausência de restrições no texto constitucional, não deve o intérprete criá-las. Portanto, a aquisição se dará ainda que o pai ou a mãe brasileiro esteja a serviço da administração indireta, bem como na hipótese de exercício de trabalho temporário na administração.

A terceira hipótese de aquisição da nacionalidade brasileira originária, também em virtude do *ius sanguinis*, determina a aquisição da nacionalidade brasileira para o filho de brasileira ou brasileiro, que não esteja a serviço da República Federativa do Brasil, registrado em repartição brasileira competente no exterior. Alguns esclarecimentos se fazem necessários sobre a hipótese.

⁵⁵ Jacob Dolinger, *Direito internacional privado – Parte geral*, 2008, p. 168.

⁵⁶ Oscar Tenorio, *Direito Internacional Privado*, v. I, 1970.

⁵⁷ Jacob Dolinger, *Direito internacional privado – Parte geral*, 2008, p. 169; José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 2009, p. 327, Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 2009, p. 209.

Primeiramente, note-se que o legislador adotou o mesmo critério do dispositivo anterior: basta que um dos genitores seja brasileiro para que o filho possa ser registrado e adquira a nacionalidade brasileira. Além disso, a nacionalidade brasileira do genitor não precisa ser originária. O filho de genitor naturalizado pode se beneficiar desta possibilidade, desde que a naturalização seja anterior ao nascimento do filho no exterior. Isso porque a condição de brasileiro do pai ou da mãe deve existir à época do nascimento; de um lado, porque o texto constitucional assim o exige e, de outro, porque se trata de aquisição da nacionalidade originária, espécie que se baseia em situação existente à época do nascimento⁵⁸.

Por fim, a repartição brasileira competente, como regra, é o consulado brasileiro da localidade em que se deu o nascimento. Note-se que o legislador constituinte utilizou a expressão “*desde que sejam registrados em repartição brasileira competente*”, sem mencionar expressamente que o registro deve ter ocorrido no exterior. Todavia, não há lógica na interpretação pela qual se admite que o registro em questão possa ser realizado no Brasil. A hipótese trata do nascimento no exterior e do registro como condição para aquisição de nacionalidade brasileira, em exceção ao critério do *ius solis*. Neste ponto, há que se fazer interpretação histórica do dispositivo, decorrente do art. 140 da CF de 1967 e do art. 145 da CF de 1969, que sempre mencionaram expressamente o registro em repartição brasileira competente *no exterior*. Ademais, admitir a possibilidade de registro no Brasil tornaria sem sentido a segunda hipótese prevista na alínea c, que prevê para aqueles não registrados a necessidade de opção pela nacionalidade brasileira perante juiz federal⁵⁹.

A quarta hipótese de aquisição da nacionalidade brasileira originária, também com base no critério do *ius sanguinis*, determina a aquisição do *status* de brasileiro nato para a criança que, filha de pai ou mãe brasileira, não tivesse

⁵⁸ Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte geral*, 2008, p. 180-1.

⁵⁹ Em sentido contrário, V. TJRJ, DJ 03.setembro.2010, Ap. Civ. 0008393-60.2010.8.19.0000, Rel. Des. Ricardo Couto de Castro: “A tanto basta ver que o menor, já residindo aqui, através de sua representante, mais precisamente sua mãe, fez requerimento, no Cartório competente, optando pela nacionalidade brasileira. Por conseguinte, há que ser mantida a sentença, deferindo-se o pleito, sob pena do inusitado: impor-se viagem para o exterior, objetivando o registro junto ao Consulado do país onde a criança nasceu. Ora, diante do que se vê, indubitavelmente se torna interpretar a expressão “... desde que sejam registrados em repartição brasileira competente...”, de maneira ampla, a abranger, nos casos de retorno ao Brasil, também os Cartórios aqui competentes”.

sido registrada em repartição brasileira competente no exterior. Para estes, a Constituição estabelece a necessidade de opção, feita a qualquer tempo, no Brasil, perante juiz federal, nos termos da CF, art. 109, X. Para a opção, a Constituição exige que a criança tenha nascido no exterior, não tenha sido registrada na repartição brasileira competente, tenha pai ou mãe brasileiro, venha a residir no Brasil e que, após a maioridade, opte, perante o juiz federal pela nacionalidade brasileira⁶⁰.

É importante frisar que, no Brasil, a opção sempre foi forma de manter a nacionalidade brasileira. No sistema anterior, em que deveria ser feita em até quatro anos após a maioridade, até então a criança poderia ter o registro provisório da nacionalidade brasileira, nos termos do art. 32 da Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Assim, a criança tinha a nacionalidade brasileira temporária até o término do prazo decadencial para a efetivação da opção. Tratava-se, portanto, de condição resolutiva. Se a opção fosse feita no prazo, a nacionalidade brasileira originária retroagia à data do nascimento, independentemente de ter sido ou não efetivado o registro temporário, que era feito somente por necessidades práticas. Caso não fosse realizada a opção no prazo estipulado pelo legislador constituinte, ainda que feito o registro provisório, a condição de brasileiro era cancelada de ofício. Atualmente, com a nova redação que foi dada ao dispositivo por força da EC 54/2007, questiona-se acerca da natureza da opção e do *status* daquele que ainda não optou e as conseqüências jurídicas no caso de não ser feita a opção.

Quanto à natureza da opção, parece ser orientação da doutrina e da jurisprudência classificá-la como condição suspensiva⁶¹. Assim, até que a opção

⁶⁰ Note-se que a opção só pode ser feita pelo próprio interessado: A opção pela nacionalidade, prevista no art. 12, I, c, da CF/88 (alterado pela ECR 3/94), tem caráter personalíssimo, somente podendo ser manifestada depois de alcançada a capacidade plena, não suprida pela representação dos pais. Assim, atingida a maioridade civil, enquanto não manifestada a opção, esta passa a constituir-se em condição suspensiva da nacionalidade brasileira. Essa foi a orientação adotada pela Turma para negar provimento a recurso extraordinário, em que se pretendia a concessão da nacionalidade brasileira a menores impúberes, sob a alegação de que o referido dispositivo constitucional não exige que o interessado atinja a maioridade para que possa exercer a opção (CF/88: “Art 12. São brasileiros: I – natos:... c) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira;”). Precedente citado: AC 70 QO/RS (DJU de 8.10.2003). RE 418096/RS, rel. Min. Carlos Velloso, 22.3.2005. (RE-418096)

⁶¹ STF, AC 70: “**I. Nacionalidade brasileira de quem, nascido no estrangeiro, é filho de pai ou mãe brasileiros, que não estivesse a serviço do Brasil: evolução constitucional e situação vigente. 1. Na Constituição de 1946, até o termo final do prazo de opção - de quatro anos, contados da maioridade -, o indivíduo, na hipótese** *Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ* 145

seja feita o indivíduo é estrangeiro. Obviamente, se a opção jamais for feita, o indivíduo permanecerá com o *status* de estrangeiro. Nessa linha, não subsiste a possibilidade prevista no art. 32 da Lei dos Registros Públicos de registro provisório da nacionalidade brasileira. Como a opção pode ser feita a qualquer tempo, não faria sentido admitir-se o registro temporário, pois o indivíduo poderia ficar indefinidamente com esse *status* e a opção se tornaria desnecessária. Todavia, uma vez feita a opção, esta retroage à data do nascimento, produzindo efeitos *ex tunc*⁶², eis que se trata de hipótese de nacionalidade brasileira originária, ou seja, existente desde o nascimento. Assim, uma vez implementada a condição suspensiva (pela via da opção), o indivíduo passa a ser considerado brasileiro desde o seu nascimento. Há importantes conseqüências dessa conclusão, pois o filho ou filha desse indivíduo que tenha nascido no exterior, antes da opção do seu genitor, não poderá fazer a sua opção, pois será filho ou filha de estrangeiro. Porém, uma vez feita a opção pelo genitor, que é

considerada, se considerava, para todos os efeitos, brasileiro nato sob a condição resolutiva de que não optasse a tempo pela nacionalidade pátria. 2. Sob a Constituição de 1988, que passou a admitir a opção "em qualquer tempo" - antes e depois da ECR 3/94, que suprimiu também a exigência de que a residência no País fosse fixada antes da maioridade, altera-se o status do indivíduo entre a maioridade e a opção: essa, a opção - liberada do termo final ao qual anteriormente subordinada -, deixa de ter a eficácia resolutiva que, antes, se lhe emprestava, para ganhar - desde que a maioridade a faça possível - a eficácia de condição suspensiva da nacionalidade brasileira, sem prejuízo - como é próprio das condições suspensivas -, de gerar efeitos *ex tunc*, uma vez realizada. 3. A opção pela nacionalidade, embora potestativa, não é de forma livre: há de fazer-se em juízo, em processo de jurisdição voluntária, que finda com a sentença que homologa a opção e lhe determina a transcrição, uma vez acertados os requisitos objetivos e subjetivos dela. 4. Antes que se complete o processo de opção, não há, pois, como considerá-lo brasileiro nato. II. Extradicação e nacionalidade brasileira por opção pendente de homologação judicial: suspensão do processo extradicional e prisão domiciliar. 5. Pendente a nacionalidade brasileira do extraditando da homologação judicial *ex tunc* da opção já manifestada, suspende-se o processo extradicional (CPrCiv art. 265, IV, a). 6. Prisão domiciliar deferida, nas circunstâncias, em que se afigura densa a probabilidade de homologar-se a opção." V. também STF, DJ 22.abril.2005, RE 418096/RS, Rel. Min. Carlos Velloso.

⁶² Vide STF, AC 70, acima e TSE, j. 12.nov.2008, ED-ED-REspe nº 29200/RS, Rel. Min. Eros Roberto Grau, RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 4, Página 118, "Embargos de declaração. Embargos de declaração. Recurso Especial eleitoral. Omissão e contradição. Existência. Homologação de opção pela nacionalidade brasileira (artigo 12, inciso i, alínea "c", da CF). Efeitos *ex tunc*. Convalidação alistamento e filiação partidária. 1. O STF reconhece que a homologação, por sentença judicial, de opção pela nacionalidade brasileira (artigo 12, inciso I, alínea "c", da Constituição do Brasil) possui efeitos *ex tunc*. 2. A sentença homologatória da opção pela nacionalidade brasileira deve ser considerada fato novo suficiente para convalidar o alistamento eleitoral e a filiação partidária, em razão de seus efeitos retroativos, que são absolutos. (...)".

retroativa, a mesma oportunidade abre-se para o seu filho ou filha, que poderá comprovar o *status* de brasileiro do seu genitor à época do seu nascimento.

Por fim, há que se mencionar que a inovação trazida pela EC 54/2007, que reintroduziu no sistema constitucional brasileiro a terceira hipótese acima mencionada, trouxe algumas perplexidades. Em primeiro lugar, o registro em repartição brasileira competente passou a ser atributivo da nacionalidade brasileira originária, pois uma vez feito, nenhuma outra condição se lhe impõe. Além disso, não há prazo para o registro. Assim, ainda que feito muitos anos após o nascimento no exterior, seu efeito será o mesmo.

Por outro lado, a opção parece ter perdido sua razão de ser⁶³. Após a maioria e com a fixação da residência no país, a opção exige comparecimento perante juiz federal. Pergunta-se qual o sentido dessa opção se o registro consular pode ser feito a qualquer tempo? Ou seja, para aquele que vem fixar residência no Brasil, demonstrando um maior vínculo com o país, impõe-se um ônus maior, com a contratação de advogado e todas as dificuldades do processo judicial da opção; já para aquele que reside no exterior, basta que ele (ou seu genitor brasileiro) compareça perante o consulado brasileiro e requeira o registro. Não há qualquer razão que justifique tal incoerência.

Note-se que a opção deve ser feita perante juiz federal, como exigido pelo texto constitucional⁶⁴. O juiz estadual é absolutamente incompetente para decidir questões atinentes à nacionalidade brasileira.

Pode-se também adquirir a nacionalidade brasileira derivada, pela naturalização. Prevê o texto constitucional:

Art. 12. São brasileiros

II - naturalizados:

a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;

b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

⁶³ V. críticas feitas por Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 2008, p.171-6.

⁶⁴ CF/88: “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...)X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização”.

Portanto, são duas hipóteses de aquisição derivada da nacionalidade brasileira: (1) ordinária e (2) extraordinária. No primeiro caso, aplica-se a Lei nº 6815/80 quanto aos requisitos e procedimento, ressaltando-se que o Ministro da Justiça⁶⁵ pode negar o pedido ainda que preenchidos todos os requisitos legais, pois se trata de poder discricionário do Executivo; já no segundo caso, presentes os requisitos previstos no texto constitucional – residência no Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e inexistência de condenação penal no Brasil ou no exterior – a naturalização deve ser obrigatoriamente concedida.

6 PERDA E REAQUISIÇÃO DA NACIONALIDADE

Todas as Constituições brasileiras possuíram dispositivos sobre a perda da nacionalidade⁶⁶. Há algumas hipóteses presentes ao longo de toda a história constitucional brasileira, ao passo que outras deixaram de existir mais recentemente. É o caso da regra de que perde a nacionalidade brasileira aquele que, sem licença, exerce emprego ou recebe pensão de governo estrangeiro, em vigor desde a Constituição Imperial até a Constituição de 1969. A hipótese presente em todas as constituições prevê a perda da nacionalidade brasileira para aquele que se naturaliza estrangeiro. Alguns pontos devem ser ressaltados quanto a essa situação.

O legislador constituinte sempre exigiu que a nacionalidade estrangeira fosse adquirida por naturalização, ou seja, a nacionalidade estrangeira adquirida deve ser derivada, posterior ao nascimento. A aquisição por força de situações existentes à época do nascimento não acarreta a perda da nacionalidade brasileira⁶⁷. Assim, aquisições de nacionalidades estrangeiras por força do *ius sanguinis* (pai ou mãe estrangeiro) não afeta a nacionalidade brasileira.

Ademais, a naturalização há que ser voluntária, ou seja, decorrer da vontade do adquirente. Veja-se que, por naturalização voluntária entende-se

⁶⁵ L 6.815/80: “Art. 111. A concessão da naturalização nos casos previstos no artigo 145, item II, alínea b, da Constituição, é faculdade exclusiva do Poder Executivo e far-se-á mediante portaria do Ministro da Justiça”.

⁶⁶ Artigo 7º, na Constituição de 1824; artigo 71, na Constituição de 1891; artigo 107, na Constituição de 1934; artigo 116, na Constituição de 1937; artigo 130, na Constituição de 1946; artigo 141, na Constituição de 1967; artigo 146, na Constituição de 1969 e artigo 12 § 4º, da Constituição de 1988.

⁶⁷ Trata-se, vale dizer, de interpretação coerente com os dispositivos constitucionais das constituições anteriores e alinhada com o espírito do legislador da Emenda Constitucional nº. 3/1994, cujo objetivo era reduzir as hipóteses de perda da nacionalidade brasileira.

aquela que decorre inequivocamente da manifestação de vontade do adquirente, não se podendo entender que o silêncio da parte possa ser definido como tal⁶⁸. A jurisprudência, aliás, já perfilhou esse mesmo entendimento, de que para fins de perda da nacionalidade brasileira, a naturalização deveria resultar de manifestação de vontade clara neste sentido. Assim, a simples omissão ou silêncio não poderia ser caracterizada como tal⁶⁹.

A Emenda nº 3/94 evidenciou ainda mais tal circunstância, determinando que mesmo na hipótese de naturalização em país estrangeiro o brasileiro manterá a sua nacionalidade caso a aquisição tenha decorrido de circunstâncias que o compeliram a adquirir a nacionalidade estrangeira. Ou seja, a naturalização foi necessária para que o indivíduo permanecesse no país ou para que exercesse direitos civis. Tratar-se-ia, por exemplo, de naturalização para exercício de profissão, aquisição de imóvel ou situação similar. Essa verificação se dará caso-a-caso, sempre se adotando interpretação mais favorável à manutenção da nacionalidade brasileira⁷⁰. A perda, vale dizer, é declaratória, retroagindo à data da aquisição da nacionalidade estrangeira.

⁶⁸ Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, 2008, p. 188. Para perder a nacionalidade brasileira mediante aquisição de outra, esta terá de ser voluntariamente adquirida, ou seja, mediante manifestação expressa do naturalizado. Uma aquisição imposta ou uma aceitação tácita de nacionalidade estrangeira não rompe os laços com a nacionalidade brasileira. Por exemplo, a legislação de Israel prescreve a aquisição automática da nacionalidade israelense no momento da obtenção do status de imigrante por pessoa de religião judaica, como regulado na “Lei de Retorno”, combinada com a “Lei de Nacionalidade.” No mesmo sentido, Ilmar Penna Marinho, *Tratado sobre a Nacionalidade: do direito brasileiro da nacionalidade*, 1957, p. 757.

⁶⁹ STF, *DJU* 05 set. 1975, SE 2260, Rel. Min. Leitão de Abreu. No mesmo sentido, vide decisão de 25 jul. 1957, do Supremo Tribunal Federal, citada por Ilmar Penna Marinho: “(...) nos casos de aquisição de outra nacionalidade, a perda da qualidade de brasileiro só se dará quando o brasileiro tiver feito expressa manifestação de vontade. (Pedido de segurança de Ana Adelina Caitchik contra ato do Governo que lhe cassara a nacionalidade brasileira sob fundamento de haver ela adquirido tácitamente a israelense em virtude de simples permanência no território de Israel e consoante dispositivo de lei desse país).” [Ilmar Penna Marinho, *Tratado sobre a Nacionalidade: do direito brasileiro da nacionalidade*, 1957, p. 757].

⁷⁰ Vale citar trecho do MJ em matéria de perda da nacionalidade brasileira:

“A competência do Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, mais se acentua em relação à situação jurídica do estrangeiro no Brasil e não à de brasileiros no exterior.

Verifica-se a exceção em relação à perda da cidadania brasileira, originária ou derivada, quando ocorre opção por outra nacionalidade, nos termos do que dispõe § 4º do artigo 12 da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional de revisão nº 03/94:

“§ 4º Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:

I. tiver cancelada a sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;

II. adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:

a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;

Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ

A hipótese de perda por exercício de atividade nociva ao interesse nacional também esteve presente em todas as Cartas com exceção da Constituição Republicana e aplica-se somente ao naturalizado⁷¹, exigindo-se sentença judicial para esse cancelamento. A decisão judicial compete ao juiz federal e produzirá efeitos *ex nunc*.

Quanto à reaquisição da nacionalidade, prevista na Lei nº 818/49, exige-se que o requerente esteja domiciliado no Brasil e solicite ao Presidente da República⁷² a revogação do seu decreto de perda da nacionalidade brasileira. Discute a doutrina se a reaquisição é uma naturalização específica para ex-brasileiros ou se permite que se retorne ao *status* anterior (nato ou naturalizado). Na primeira hipótese, o brasileiro nato que perde a nacionalidade, pela reaquisição, passará a ser naturalizado. Para a segunda corrente, que parece ser a melhor por ser mais benéfica ao indivíduo envolvido, o brasileiro nato que deixa de ser brasileiro readquire o seu *status* de nato⁷³.

7 DISTINÇÕES ENTRE NACIONAIS

A distinção entre tipos de nacionalidade é prática bastante disseminada, a despeito de ser, via de regra, discriminatória. A razão da distinção remonta à discriminação em relação aos estrangeiros. Pode-se dizer que a pessoa naturalizada é um ex-estrangeiro; desta forma tem-se a ideia de que este indivíduo, pela sua origem alienígena, nunca será digno de confiança absoluta⁷⁴.

b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis."

A única condição de perda da nacionalidade brasileira é a demonstração do desejo expresso e inequívoco de perdê-la e de mudar de nacionalidade." Disponível em: <www.mj.gov.br>.

⁷¹ Note-se que a Carta da 1824 previa a hipótese de perda punição para o nato e o naturalizado, indistintamente.

⁷² L 818/49: "Art. 36 - O brasileiro que, por qualquer das causas do art. 22, números I e II, desta lei, houver perdido a nacionalidade, poderá readquiri-la por decreto, se estiver domiciliado no Brasil. § 1º O pedido de reaquisição, dirigido a Presidente da República, será processado no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ao qual será encaminhado por intermédio dos respectivos Governadores, se o requerente residir nos Estados ou Territórios".

⁷³ Sobre as duas correntes, V. Nadia de Araújo, *Perda e Reaquisição da Nacionalidade Brasileira*. In: Jacob Dolinger (coord.), *A Nova Constituição e o Direito Internacional*, p. 55 e ss..

⁷⁴ A Suprema Corte norte-americana no caso *Schneider x Rusk* (377 US 163-1964) invalidou o requerimento de residência aplicado aos naturalizados, mas não aos nativos segundo o argumento que não era permissível a presunção que os naturalizados eram uma classe menos confiável e que teriam menos lealdade que os nativos. No entanto, apesar desta manifestação da Suprema Corte a Constituição norte-americana proíbe que algumas funções sejam exercidas por naturalizados, tais como a Presidência e a Vice-presidência do país (artigo II da Emenda XII) e também

Tanto no caso de nacionalidade originária como no caso de naturalização, o indivíduo receberá o *status* de nacional de determinado Estado. A maior parte dos países, no entanto, estabelece uma diferença fundamental entre essas categorias de nacionais. O nacional originário goza de todos os direitos inerentes à condição de nacional, enquanto o naturalizado desfruta de *status* inferior, porquanto não usufrui os mesmos direitos e benefícios assegurados aos primeiros.

No Brasil, a Constituição Republicana de 1891 apenas negava o acesso a Presidência e Vice-presidência aos brasileiros naturalizados, exatamente como a Constituição dos EUA. O alcance da discriminação contra os naturalizados cresceu vertiginosamente até a Constituição de 1969 que criou 22 diferentes tipos de discriminação contra o naturalizado⁷⁵. A Constituição de 1988 reduziu os tipos de discriminação restringindo-os às seguintes funções que não podem ser exercidas por brasileiros naturalizados: (1) Presidente, Vice-presidente ou Presidente da Câmara dos Deputados ou do Senado; (2) ministro do Supremo Tribunal Federal; (3) membro da carreira diplomática ou oficial das Forças Armadas (art. 12, §3); (4) membro do Conselho da República (art. 89, VII). Ademais, brasileiros naturalizados (5) não podem ser proprietários, administradores ou diretores de empresa jornalística antes de dez anos depois da naturalização (art. 222); (6) podem perder a nacionalidade brasileira por atividade nociva ao interesse nacional e (7) podem ser extraditados por crimes relacionados com tráfico de drogas ou crimes comuns cometidos antes da aquisição da nacionalidade brasileira. Neste último caso – crime comum cometido antes da naturalização – a naturalização será nula, pois decorrente de declaração falsa, não se tratando, a rigor, de extradição de naturalizado.

Em geral, a Constituição em vigor equipara os brasileiros naturalizados aos natos, salvo as exceções previstas no próprio texto constitucional⁷⁶, acima descritas. Isso significa que a lei ordinária não pode criar distinções não contempladas pela Constituição, sendo inconstitucionais as leis nesse sentido.

estabelece que os naturalizados têm que esperar alguns anos após a naturalização para poderem ser Senadores (9 anos - artigo I, seção 3, parágrafo 3) e deputados (7 anos - artigo I, seção 2 parágrafo 2).

⁷⁵ Ver Jacob Dolinger, Os Brasileiros Naturalizados no Poder Público. In: Jacob Dolinger (org.), *A Nova Constituição e o Direito Internacional*.

⁷⁶ Art. 12 § 2º - A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

8 POLIPATRÍDIA E APATRÍDIA

Como resultado da discricionariedade dos Estados relativamente à formulação de leis sobre nacionalidade, dois ou mais países podem, ao mesmo tempo, reconhecer determinado indivíduo como seu nacional. Veja-se, por exemplo, o caso de uma criança nascida em determinado Estado que adote a regra do *ius solis*, cujos genitores são nacionais de outro Estado, que aplique a regra do *ius sanguinis*. A criança terá duas nacionalidades ao nascer: uma do Estado nascimento, e outra do Estado da nacionalidade de seus pais. A dupla nacionalidade pode também ocorrer quando um indivíduo nacional de certo Estado adquire nacionalidade derivada, pela naturalização, e não perde a nacionalidade anterior. Além desses casos mais comuns, a polipatrídia pode igualmente surgir quando há uma cessão parcial ou total de certo território à soberania de outro Estado, e os residentes deste território adquirem a nacionalidade do novo soberano, sem, contudo, perder a antiga⁷⁷.

Em matéria de polipatrídia, vigorava anteriormente o princípio de que a nacionalidade tinha que ser una. Ou seja, ainda que o indivíduo fosse binacional, ele seria considerado como tendo somente uma das nacionalidades em questão. Nessa linha, a Comissão de Direito Internacional da ONU, em 1954, estabeleceu a seguinte regra: “Toda pessoa tem o direito a uma nacionalidade – mas somente a uma”⁷⁸. Essa tendência está sendo revista. Exemplo disso é a Convenção Europeia sobre Nacionalidade, de 1997 que admite a dupla nacionalidade em alguns casos⁷⁹.

O tema é questão mais afeta ao direito internacional do que ao direito interno, embora poucos diplomas convencionais tratem do assunto e, quando o fazem, pequem pela omissão. É o caso do Protocolo da Haia Relativo às Obrigações Militares em Certos Casos de Dupla Nacionalidade, que, como o próprio nome da convenção indica, apenas trata do efeito da dupla nacionalidade em relação ao serviço militar⁸⁰. Havendo mais de uma nacionalidade, cada um

⁷⁷ Ver Nissim Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, 1961, p. 3-4.

⁷⁸ Institut de Droit International, *Tableau Général des Résolutions (1873-1956)*, 1957, p. 41.

⁷⁹ Arts. 14 a 17.

⁸⁰ Promulgado pelo Decreto nº 21.798/32.

dos Estados envolvidos irá reconhecer apenas a sua própria nacionalidade⁸¹. Em face de um terceiro Estado, considerar-se-á a nacionalidade mais efetiva⁸².

Sobre o tema, vale lembrar o famoso Caso *Nottebohm*, decidido pela Corte Internacional de Justiça da Haia. Friedrich Wilhelm Nottebohm, nacional alemão e que residia e tinha negócios na Guatemala, em 1939, no início da Segunda Guerra Mundial, adquiriu a nacionalidade derivada de Liechtenstein (naturalização). Todavia, continuou domiciliado na Guatemala. Em 1943, foi preso e deportado para os EUA, como nacional de país inimigo (Alemanha), e, em 1949, teve os seus bens confiscados na Guatemala, para onde foi impedido de voltar. Por essa razão, Nottebohm fixou domicílio em Liechtenstein, que submeteu à Corte Internacional de Justiça da Haia pedido indenizatório pela sua prisão e deportação e pela expropriação de seus bens. A Corte proferiu decisão histórica na qual não considerou Liechtenstein parte legítima para representar Nottebohm, já que a nacionalidade desse país não fora adquirida em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional (não havia laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado no momento da aquisição da nacionalidade). Portanto, aplicou a Corte a regra da nacionalidade prevalente ou *nacionalidade real e efetiva*⁸³.

Em matéria extradicional, o STF debateu se o critério da nacionalidade efetiva poderia ser utilizado no caso de dupla nacionalidade, em que uma das

⁸¹ Art. 3º da Convenção Concernente a Certas Questões Relativas ao Conflito de Leis sobre a Nacionalidade (Haia -1930): “Sob reserva das disposições da presente Convenção, um indivíduo que tenha duas ou mais nacionalidades poderá ser considerado por cada um dos Estados cuja nacionalidade possua, como seu nacional; art. 9º do Código de Bustamante (Havana -1928) estabelece que: “Cada Estado contratante aplicará o seu direito próprio à determinação da nacionalidade de origem de toda pessoa individual ou jurídica e à sua aquisição, perda ou recuperação posterior, realizadas dentro ou fora do seu território, quando uma das nacionalidades sujeitas à controvérsia seja a do dito Estado...”

⁸² Art. 10 do Código de Bustamante determina: “Às questões sobre nacionalidade de origem em que não esteja interessado o Estado em que elas se debatem, aplicar-se-á a lei daquela das nacionalidades discutidas em que tiver domicílio a pessoa que se trate” e o Art. 5 da Convenção de Haia sobre Nacionalidade estabelece: “Em um terceiro Estado, o indivíduo que possua várias nacionalidades deverá ser tratado como se não tivesse senão uma. Sem prejuízo das regras de direito aplicadas no terceiro Estado em matéria de estatuto pessoal e sob reserva das convenções em vigor, esse Estado poderá, em seu território, reconhecer exclusivamente, entre as nacionalidades que tal indivíduo possua, tanto a nacionalidade do país no qual ele tenha residência habitual e principal, quanto a nacionalidade do país, ao qual, segundo as circunstâncias, ele, de fato, pareça mais ligado.”

⁸³ V. crítica de Jacob Dolinger à decisão em Jacob Dolinger, *Nottebohm revisited*. In: Paulo Borba Casella (org.), *Dimensão internacional do direito- estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva*.

nacionalidades em questão era a brasileira, concluindo pela afirmativa⁸⁴. Como o devido respeito, observa-se que o princípio da nacionalidade efetiva não é aplicável à hipótese: *de lege lata*, sua aplicação ocorre somente nos casos de dupla nacionalidade julgados por um terceiro Estado. Isto é o que dispõe o Código Bustamante, art. 10⁸⁵, e também a Convenção da Haia Concernente a Certas Questões Relativas ao Conflito de Leis sobre a Nacionalidade e Três Protocolos, art. 5^o⁸⁶, já transcritos, ambos ratificados pelo Brasil.

Na hipótese decidida pelo STF, como uma das nacionalidades é a brasileira e a questão é discutida no Brasil, determinam os suprarreferidos Tratados, respectivamente nos arts. 9^o e 3^o, que o Brasil deverá levar em conta a nacionalidade *brasileira* do indivíduo. A nacionalidade estrangeira não tem qualquer relevância no plano interno, de acordo com a regra tradicional do Direito Internacional de que “*todo indivíduo deve ter uma nacionalidade, e não mais do que uma*”⁸⁷. O portador de dupla nacionalidade não perderá a estrangeira, mas somente porque o Estado brasileiro não interfere em assuntos afeitos à soberania dos outros países como o é a nacionalidade.

Além disso, conforme mostra Daniela Vargas,⁸⁸ o ordenamento jurídico brasileiro observa sempre a nacionalidade do indivíduo pelo prisma da brasilidade. Pergunta-se: “é brasileiro ou não é?”. A posição fica patente quando se estuda o requisito da opção pela nacionalidade brasileira, presente também no art.12, I, c da Constituição.

Nessa linha, o STF, em caso de dupla nacionalidade, privilegiou a nacionalidade brasileira:

⁸⁴ STF, DJ 04.março.2005, HC n.º 83.450-7/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ac. Min. Nelson Jobim, p. 11: “Habeas corpus. *Informações de provável pedido de extradição. Dupla nacionalidade. Proibição de extradição de nacional. Não há nos autos qualquer informação mais aprofundada ou indícios concretos de suposto processo em tramitação na Justiça da Itália que viabilizaria pedido de extradição. O processo remete ao complexo problema da extradição no caso da dupla-nacionalidade, questão examinada pela Corte Internacional de Justiça no célebre caso Nottebohm. Naquele caso a Corte sustentou que na hipótese de dupla nacionalidade haveria uma prevalecente - a nacionalidade real e efetiva - identificada a partir de laços fáticos fortes entre a pessoa e o Estado. A falta de elementos concretos no presente processo inviabiliza qualquer solução sob esse enfoque. Habeas corpus não conhecido.*”

⁸⁵ Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 (Código Bustamante), Decreto n.º. 18.871 de 13.08.1929.

⁸⁶ Decreto n.º. 21.798 de 06.09.1932 que internalizou a Convenção da Haia de 1930.

⁸⁷ Celso R. D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, 2004.

⁸⁸ Daniela Trejos Vargas, *Atribuição da Nacionalidade Brasileira pelo critério do ius sanguinis ao filho de brasileiro nascido no exterior, à luz das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional de Revisão n.º.3 de 1994*. Rio de Janeiro, PUC, 1997.

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do jus soli, seja pelo critério do jus sanguinis, de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, a)⁸⁹.

O outro lado da moeda, também decorrente da discricionariedade dos Estados em matéria de atribuição de nacionalidade, é o fenômeno da apatridia, que ocorre quando um indivíduo que não é considerado nacional pelas leis de nenhum Estado⁹⁰.

A apatridia pode decorrer das seguintes situações: (1) renúncia voluntária da nacionalidade, quando tal renúncia é admitida; (2) conflito das leis de nacionalidade, isto é, uma criança nascida num país que adote as regras do *ius sanguinis*, cujos pais são de um país que adota a regra do *ius soli*; (3) mudanças territoriais e inadequação dos tratados sobre povoamento; (4) perda de nacionalidade, isto é, quando um Estado, em conformidade com suas próprias leis, priva o indivíduo de sua nacionalidade⁹¹.

Há algumas convenções em vigor que objetivam evitar a apatridia. Merecem destaque, neste ponto, a Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia e a Convenção da Haia de 1930 sobre Determinadas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre a Nacionalidade e seus Protocolos. Os dois instrumentos, ainda que em contextos distintos, têm por objetivo reduzir as hipóteses de conflito negativo de leis em matéria de nacionalidade. Em relação à condição jurídica dos apátridas, é necessário mencionar a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas.

9 COMPETÊNCIA PARA ATRIBUIR A NACIONALIDADE

⁸⁹ STF, DJ 29.agosto.2003, Questão de Ordem no HC nº 83.113, Rel. Min. Celso de Mello.

⁹⁰ Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas: “Art. 1 (1) Para os efeitos da presente Convenção, o termo “apatrida” designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação”.

⁹¹ A. Peter Mutharika, *The Regulation of Statelessness under International and National Law, Text and Documents*, 1977.

Pode parecer paradoxal atentar para os princípios internacionais concernentes à nacionalidade, dado que a determinação da nacionalidade do indivíduo é sempre estabelecida pelo direito interno, por ser consequência direta da soberania estatal. Costuma-se afirmar que as questões relativas à nacionalidade competem à jurisdição doméstica do Estado envolvido: “*Nationality of an individual is his quality of being a subject of a certain state, and therefore its citizen. It is not for international law but for municipal law to determine who is, and who is not, to be considered a subject*”⁹².

É interessante observar que se por um lado a determinação da nacionalidade, bem como os direitos e deveres dela decorrentes dependem das leis internas do Estado em questão, o termo nacionalidade, no entanto, expressa um conceito de direito internacional. A coexistência dos Estados e a existência de relações internacionais constituem, ao menos atualmente, pré-requisitos do conceito de nacionalidade. Os nacionais são protegidos pelo Estado de origem quando no exterior, e, internamente, os Estados respeitam os nacionais de outros países. Acrescente-se ainda que ao determinar seus nacionais, os Estados indiretamente definem quem não goza daquela condição⁹³.

Consequentemente, não é somente uma questão doméstica, mas também internacional. Por essa razão, o direito do Estado para decidir problemas relativos à nacionalidade pode, também, ser delimitado por convenções e costumes internacionais, e pelos princípios gerais de direito reconhecidos⁹⁴. Não há muita discussão quanto à existência de regras consuetudinárias de direito internacional limitando a liberdade dos Estados para determinar quem são os seus nacionais.

⁹² Oppenheim, *International Law*, v. I, p. 642 (8th ed. 1955). CIJ, Caso Nottebohm (ICJ Reports 1955, 4, 20-21): “It is for Liechtenstein, as it is for every sovereign State, to settle by its own legislation the rules relating to the acquisition of its nationality, and to confer that nationality by naturalization granted by its own organs in accordance with that legislation”. Convenção concernente a certas Questões relativas ao Conflito de Leis sobre a Nacionalidade (Haia, 1930) (Decreto n.º 21.798/32), Art. 1º, primeira parte: “Cabe a cada Estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais”. Art. 2º: “Toda questão relativa ao ponto de saber se um indivíduo possui a nacionalidade de um Estado será resolvida de acordo com a legislação desse Estado”. Art. 3º da Convenção Europeia sobre Nacionalidade (Conselho da Europa, 1997).

⁹³ Ver Prof. Scelle, *Precis de Droit des Gens*, pag. 66: “Determiner la nationalité des individus c'est, non seulement déterminer quels sont les nationaux, mais aussi quels sont les non-nationaux ou les étrangers. C'est donc indirectement fixer le statut international des non-nationaux et, par conséquent, la compétence à l'égard des sujets de droit de la communauté internationale des autorités gouvernementales étrangères.”

⁹⁴ Convenção de Haia sobre Nacionalidade, Art. 1.

O aspecto mais difícil do problema, no entanto, parece ser o exato conteúdo dessas regras⁹⁵.

Essas regras de direito internacional consuetudinário referentes à nacionalidade são divididas em: (a) regras positivas⁹⁶ impondo uma obrigação internacional em certos casos; (b) regras negativas⁹⁷, que impedem a aceitação de certas normas locais; e (c) regras de conflitos⁹⁸, que determinam a nacionalidade prevalecente.

Zeballos, estudioso do assunto, estabeleceu, em 1914, algumas regras concernentes à nacionalidade que sempre teriam que ser respeitadas. Nomeou esses princípios “axiomas dos princípios da nacionalidade”⁹⁹:

- (1) a nacionalidade é um laço voluntário, “*bona fide*”;
- (2) é imperativo ao indivíduo possuir uma nacionalidade;
- (3) não se há de cogitar de dupla nacionalidade¹⁰⁰;
- (4) é facultado ao indivíduo a livre mudança de sua nacionalidade¹⁰¹;
- (5) como consectário do item 4, é vedado ao Estado impedir a mudança de nacionalidade;
- (6) é vedado ao Estado compelir o indivíduo à involuntária mudança de nacionalidade¹⁰²;
- (7) é facultada ao indivíduo a recuperação da nacionalidade abandonada;

⁹⁵ Chan, *The Right to a Nationality as a Human Right*, 12 Human Rights Law Journal 1-14 elabora uma lista das inúmeras regras de direito internacional em relação a nacionalidade visando principalmente evitar apatridia.

⁹⁶ Weis concluiu no seu trabalho que não existe base no direito consuetudinário internacional para o direito à nacionalidade. Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law* (1956), p. 248. No entanto, contrariamente ao seu ponto de vista, o Protocolo de Haia Relativo a um Caso de Apatridia e a Convenção da ONU sobre Redução da Apatridia, Nova York, 1961 estabelecem no art. 1º que um Estado deveria conceder sua nacionalidade para um indivíduo nascido no seu território que de outra forma tornaria-se um apátrida. No mesmo sentido, o art. 6º da Convenção Europeia sobre Nacionalidade (Conselho da Europa, 1997). Todavia, Weis está certo no que se refere à inefetividade dessas normas positivas.

⁹⁷ Essas são as regras mais comumente encontradas e determinam que as leis locais, as quais concedem nacionalidade a um indivíduo não terão efeito extraterritorial se elas violarem o direito internacional. Um bom exemplo disto é a regra que estabelece a voluntariedade da naturalização. Isto é, naturalização contra a vontade do indivíduo não será reconhecida extraterritorialmente. V. Art. 3º, 2 da Convenção Europeia sobre Nacionalidade (Conselho da Europa, 1997).

⁹⁸ Nos casos de dupla nacionalidade, por exemplo, em que o direito internacional concede prioridade para a nacionalidade mais efetiva.

⁹⁹ Zeballos, *La Nationalité*, v. I, 1914, p. 233-5 .

¹⁰⁰ Ele cita Cícero, Oratio pro Balbo: *Duarum civitatum civis esse, nostro iure civile, nemo potest*.

¹⁰¹ Ele cita Platão, Sócrates, Cícero: *Ne quis invitus in civitate maneat*.

¹⁰² Citando Cícero: *Ne quis invitus civitate mutetur*.

- (8) é vedado ao Estado impor sua nacionalidade ao indivíduo domiciliado em seu território;
- (9) a nacionalidade original ou aquela que foi voluntariamente adquirida irá determinar a aplicabilidade do direito privado e público;
- (10) todo Estado é obrigado a determinar o *status* do apátrida no direito público e privado¹⁰³;

Lauterpacht propôs o direito à nacionalidade em razão do lugar do nascimento, a não privação da nacionalidade salvo se acompanhada pela aquisição de uma nova nacionalidade e o reconhecimento do direito de emigração e expatriação ¹⁰⁴.

Jacob Dolinger¹⁰⁵ enfatiza o fato de que, dentro do conceito de nacionalidade, existem importantes sub-conceitos. A liberdade de aquisição derivada de nacionalidade é corolário dos direitos de mudar ou de não mudar determinada nacionalidade. O direito do indivíduo de mudar sua nacionalidade compreende os direitos de perder e de adquirir determinada nacionalidade. Encontram-se ainda compreendidos no direito de não perder determinada nacionalidade os direitos de não adquirir certa nacionalidade e de não perder a própria.

O direito do indivíduo perder certa nacionalidade é hoje reconhecido pela grande maioria dos países e também em inúmeros instrumentos de direito internacional¹⁰⁶, pelo que a ideia de que “uma vez súdito sempre súdito” não mais se verifica atual¹⁰⁷.

¹⁰³ Algumas dessas regras tornaram-se, posteriormente, parte de instrumentos de proteção dos direitos humanos.

¹⁰⁴ Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, 1968, p. 346-50.

¹⁰⁵ Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado – Parte geral*, 2008, p. 199 e ss..

¹⁰⁶ Art. XIX, American Declaration; art. 20, 3 da Convenção Americana; art. 15,2 da Declaração Universal.

¹⁰⁷ V. Oppenheim, *International Law*, p. 393. Na primeira metade do século XIX, o Reino Unido ainda adotava o princípio do “*nemo potest exuere patriam*”, mas o Naturalization Act de 1870 admitiu a perda da nacionalidade britânica por naturalização no exterior. O Nationality Act de 1948 foi mais longe, terminando com a ideia da unicidade da nacionalidade. Este ato permitiu a naturalização e definiu que a naturalização no exterior não significava necessariamente a perda da nacionalidade britânica. Este princípio foi primeiramente questionado durante a Revolução Americana. Na explosão da Revolução, cada habitante dos Estados norte-americanos teve a oportunidade de permanecer inglês ou obter a nacionalidade dos EUA. Atualmente, em geral, os sistemas legais nacionais prevêm a perda da nacionalidade em certas circunstâncias e a prática corrente dos Estados não aceita nenhuma regra geral proibindo tais medidas. Goodwill-Gill, *International Law and the Movement of Persons Between States*, 1978, p. 7.

O direito de não adquirir uma nacionalidade foi também vastamente reconhecido, na medida em que a voluntariedade da aquisição reputa-se elemento basilar da moderna teoria da nacionalidade¹⁰⁸.

O direito do indivíduo de não perder a nacionalidade é reconhecido até certo ponto. Alguns documentos internacionais mencionam o direito do indivíduo não ser privado arbitrariamente da sua nacionalidade¹⁰⁹. A Convenção da ONU sobre a Redução da Apatrídia determina, em seu art.9º: "É vedado aos Estados Signatários privar qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos de sua nacionalidade com base em razões raciais, étnicas, religiosas ou políticas". Ou seja, não é vedada a perda de nacionalidade, mas somente a perda por razões arbitrárias e/ou discriminatórias.

O direito de adquirir uma nacionalidade, por sua vez, não pode ser considerado, em termos gerais, um direito. Via de regra, os Estados são livres para conferir nacionalidade a quem quer que seja e, mesmo preenchidos todos os requerimentos legais previstos quanto à aquisição de nacionalidade, ainda assim a concessão da nacionalidade está, sob o ponto de vista internacional, na esfera da discricionariedade daquele Estado¹¹⁰.

Paul Weis, em seu trabalho sobre nacionalidade, estabeleceu determinados princípios que integram o direito internacional referente à nacionalidade. Em primeiro lugar, destaca-se o direito do nacional de um dado Estado de se estabelecer e residir no território deste Estado, que terá, portanto, o dever de aceitá-lo¹¹¹. Como consequência, o Estado é também obrigado a readmitir seus nacionais vindos do exterior¹¹². Weis defende que, em relação a ex-nacionais, que perderam a nacionalidade do Estado em questão, não existe, no entanto, regra de direito internacional que obrigue os Estados a readmiti-los¹¹³. Enfatiza, também, a idéia de que a aquisição da nacionalidade deve ser

¹⁰⁸ Ver Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher, Montevideu-1933; Convenção da ONU sobre Nacionalidade da Mulher Casada, de 1957, Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra as Mulheres, Nova York-1979, Declaração Americana, art. XIX.

¹⁰⁹ Art. 20-3 da Convenção Americana; art. 15 (2) da Declaração Universal.

¹¹⁰ A Declaração Americana, no art. XIX mencionou expressamente a discricionariedade ao prever o direito do indivíduo de mudar de nacionalidade para a nacionalidade de outro país que queira conceder-la.

¹¹¹ Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 1956, p. 49.

¹¹² Id. p. 53

¹¹³ Idem p. 58 .dispondo de maneira inversa temos o Art. 1 do Protocolo Especial Relativo à Falta de Nacionalidade (Apatrídia) e o artigo 20 da Harvard Research on Nationality.

voluntária¹¹⁴, e que o Estado tem o direito, em determinadas circunstâncias, de desnacionalizar certo indivíduo. Ressalta, ainda, que a desnacionalização é consectário do alistamento em serviço militar ou civil estrangeiro ou aceitação de distinções estrangeiras (incluindo a naturalização), saída ou estada no estrangeiro, condenação por certos crimes, atitudes ou atividades políticas ou em decorrência da segurança nacional¹¹⁵.

No tocante à sucessão universal dos Estados, Weis conclui que não existe regra em direito internacional segundo a qual o nacional de um Estado predecessor adquire a nacionalidade de um Estado sucessor. Apesar disso, via de regra, os Estados sucessores têm conferido suas nacionalidades aos antigos nacionais do predecessor¹¹⁶.

Relativamente à sucessão parcial, questões de nacionalidade serão normalmente reguladas por tratados¹¹⁷. Weis, no entanto, acentua a obrigação, ditada pelo direito internacional, do Estado predecessor retirar sua nacionalidade dos habitantes do território transferido¹¹⁸. Considerando questões de pluralidade de nacionalidades ele sugere aplicar, dentre duas nacionalidades, sempre a mais ativa e efetiva¹¹⁹.

O princípio da nacionalidade mais ativa ou mais efetiva já foi reconhecido várias vezes no direito internacional, além do citado caso *Nottebohm*. No caso *Canevaro* (Itália x Peru), decidido em 1912 pela Corte Permanente de Arbitragem¹²⁰, o resultado sobre a questão da nacionalidade de um dos indivíduos envolvidos foi de crucial relevância ao desfecho do litígio.

Rafael Canevaro nasceu em território peruano e, dessa forma, conforme as leis peruanas, era reputado seu nacional. Ele, igualmente, era filho de pai italiano e, dessa forma, consoante as leis italianas, era também nacional daquele país. Até este ponto, tratava-se de simples questão de dupla nacionalidade. O governo italiano processou o governo peruano por questão envolvendo Canevaro, e a Corte decidiu que este último tinha o direito de considerá-lo seu nacional, principalmente porque, em inúmeras ocasiões, agiu como se fosse um nacional

¹¹⁴ Id., p. 104 .

¹¹⁵ Id., pp. 123-4 e 133.

¹¹⁶ Id., p. 149

¹¹⁷ Id., p. 150.

¹¹⁸ Id., p. 153.

¹¹⁹ Id., p. 173.

¹²⁰ Scott, *Hague Court Reports* 284 (1916).

peruano, chegando, inclusive, a concorrer ao Senado Federal daquele país. Embora não haja colocado a questão sob este prisma, a Corte Permanente de Arbitragem considerou Canevaro peruano em virtude de sua estreita ligação com aquele país.

No mesmo sentido, recorde-se o caso *Mergé*¹²¹, onde a Sra. Mergé, nacional originária americana, pelo nascimento, era também nacional italiana em razão do casamento com um italiano. Os EUA apresentaram uma reclamação contra a Itália a favor da Sra. Mergé, baseando-se no Tratado de Paz Italiano de 1947. A Comissão recusou a reclamação com o pretexto de que Sra. Mergé não poderia ser tratada como nacional americana, haja vista ter vivido na Itália durante anos, ter sempre utilizado o passaporte italiano e, durante a guerra, não ter sido tratada e não ter se comportado como nacional dos EUA enquanto esteve na Itália.

Mais recentemente, como resultado do Acordo de Argel, entre a República Islâmica do Irã e os Estados Unidos da América, tendo como intermediária a República Popular e Democrática da Argélia, e que facilitou a libertação dos 52 nacionais norte-americanos detidos no Irã por 444 dias, foi estabelecido o Tribunal de Reclamações Irã-EUA, que objetivava decidir: (1) pretensões dos nacionais norte-americanos contra o Irã; (2) pretensões dos nacionais iranianos contra os EUA; (3) certas pretensões dos EUA e Irã contra cada um. O Acordo estabeleceu, em seu art. VII, I, que: "For the purposes of this agreement: a national of Iran or of the United States, as the case may be, means (a) a natural person who is a citizen of Iran or the United States....".¹²²

Inúmeras reclamações, no entanto, foram apresentadas por indivíduos que possuíam dupla nacionalidade, iraniana e norte-americana. O tribunal teve então que decidir se tais pretensões seriam aceitas ou se violariam os termos do Tratado entre as partes e o direito internacional. Seis dos árbitros¹²³ concordaram que essas reclamações deveriam ser aceitas, e o princípio da nacionalidade mais efetiva foi aplicado. A decisão foi baseada no fato que o tratado não implicava que a dupla nacionalidade seria excluída dos benefícios do acordo e o fato que o termo

¹²¹ Estados Unidos da America ex rel. *Florence S. Mergé v. Italian Republic*, Comissão Conciliadora Italiana Norte-americana, 1955.

¹²² Acordo de Argel, *International Legal Materials*, v. 20, 1981, p. 223.

¹²³ O Tribunal consiste de nove árbitros, de acordo com o artigo III, 1, do Acordo. Três foram apontados pelos EUA, três pelo Irã e três foram escolhidos pelos seis árbitros. Os três árbitros apontados pelo Irã discordaram da decisão do Tribunal.

usado foi cidadão do Irã ou dos EUA e não nacional do Irã ou dos EUA. A ideia de cidadania, como mencionada previamente, é inequivocamente um conceito de direito local, enquanto nacionalidade é um conceito de direito internacional. Desse modo, o termo pode ser entendido como o *status* do indivíduo em consideração ao direito de cada Estado¹²⁴.

No entanto, todas essas regras de Direito Internacional referentes à nacionalidade têm um alcance bastante limitado. O efeito prático dessas regras é que as leis locais em violação ao Direito Internacional não serão reconhecidas por outros Estados, não terão nenhum efeito extraterritorial e não serão aplicadas nos tribunais internacionais. Paradoxalmente, contudo, o indivíduo, domesticamente, irá possuir a nacionalidade do Estado em questão, não importando o quão incongruente com o Direito Internacional esta nacionalidade possa ser.

10 PRINCÍPIOS GERAIS LIMITANDO O PODER DOS ESTADOS EM QUESTÃO DE NACIONALIDADE

Em resumo, algumas conclusões podem ser deduzidas quanto aos princípios básicos envolvendo a determinação da nacionalidade de um indivíduo em direito internacional:

- (1) Cada Estado é habilitado para determinar quem são seus nacionais¹²⁵.
- (2) O Direito Internacional impõe algumas limitações ao poder do Estado de determinar quem são seus nacionais¹²⁶.
- (3) Nacionalidade não é um vínculo permanente. É possível que um nacional se torne estrangeiro¹²⁷.
- (4) Como corolário dos princípios anteriores, os Estados podem desnacionalizar os indivíduos, na medida em que haja clara previsão

¹²⁴ *International Legal Materials*, v. 23, p. 489 (1984).

¹²⁵ Convenção da Haia sobre Nacionalidade arts. 1 e 2; Código de Bustamante, Havana, 1928, ratificado por todos os Estados Americanos exceto os EUA, México, Colômbia, Argentina, Uruguai e Paraguai, arts. 9, 12, 14, 15; Declaração Americana, art. XIX; *Harvard Draft on Nationality*, 1929, art. 2; Decisão do PCIJ (1928), troca das populações grega e turca, Convenção Européia sobre Nacionalidade, art. 3º, 1, 1997.

¹²⁶ Convenção da Haia sobre Nacionalidade, art. 1; *The Harvard Draft on Nationality*, 1929, art. 2; *Nottebohn Case*, CIJ, 1955; Convenção Européia sobre Nacionalidade, art. 3º, 2, 1997.

¹²⁷ Declaração Americana art. XIX; Convenção Européia sobre Nacionalidade, arts. 7º e 8º, 1997; Declaração Universal, art. XV.2.

legal das hipóteses de destituição de nacionalidade, sem margem para a arbitrariedade¹²⁸.

- (5) Direito a uma nacionalidade - A grande maioria dos documentos internacionais de direitos humanos mencionam o direito à nacionalidade. No entanto, a aplicação prática dessas regras é objeto de debate. A interpretação mais apropriada do princípio é a que o considera como diretriz indicativa para os Estados ao legislarem sobre nacionalidade, no intuito de que se evite a apatridia¹²⁹. Ademais, deve ser levado em conta na aplicação das normas internas sobre aquisição e perda da nacionalidade, sempre se adotando uma interpretação favorável à manutenção da nacionalidade.
- (6) Prevenção à Apatridia - Como visto acima, face à relevância do vínculo da nacionalidade, a grande maioria das convenções internacionais tentam minimizar a possibilidade de sua ocorrência¹³⁰.
- (7) Apenas um nacional tem o direito de entrar, morar, locomover-se livremente e não ser expulso do território de determinado país. Como consequência, estrangeiros são, via de regra, privados desses direitos¹³¹.

¹²⁸ Declaração Universal, art. 15(1); Convenção Americana, art. 20 (1); Convenção Europeia sobre Nacionalidade, arts. 7º e 8º, 1997; Declaração Universal, art. XV.2.

¹²⁹ Ver Declaração Universal, art. 15(1); Convenção Americana, art. 20.1; Declaração Americana, art. 24 (3), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, art. 24, 3 (ONU-1966); Convenção sobre os Direitos da Criança (Nova York - 1989), art. 7; Convenção Europeia, arts. 4, a e b 6.1, b, 7.3 e 8.1. É necessário apontar que o direito a nacionalidade tem sido invocado em inúmeras jurisdições domésticas como o caso do Ministro Do Interior v. Kemali (Itália); Caso da Naturalização Iraniana (França), na esfera internacional no caso Nottebohm no voto dissidente do Juiz Guggenheim e também pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Re Amendments to the Naturalization Provision of the Constitution of Costa Rica* 5 HRLJ 161 (1984) todos citados por Johannes M. M. Chan, *The Right to a Nationality as a Human Right*, 12 Human Rights Law Journal, p. 3, nota 20. Ademais, a Suprema Corte norte-americana, no caso *Afroyim v. Rusk* 387 US 253 (1967), determinou que a Emenda 14 não permite que o Congresso retire a nacionalidade de um indivíduo que não consinta com isso.

¹³⁰ Ver Convenção da ONU sobre a Redução da Apatridia, art.1; Convenção Americana, art.20.2; Convenção de Haia sobre Nacionalidade, arts.: 14 a 17; Harvard Draft on Nationality, art. 7 e 9; Convenção Europeia, arts. 4.b, 6.1, b, 7.3 e 8.1.

¹³¹ Declaração Universal, art. 13(2); Convenção Americana, art. 22.5, Declaração Americana, art. VIII; Quarto Protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1963, art. 3; Convenção sobre a condição dos estrangeiros (Havana - 1928).

- (8) Também como conseqüência, nacionais de um Estado que tenham perdido a sua nacionalidade, na ausência de alternativas de destino, devem ser admitidos no Estado de sua última nacionalidade¹³².
- (9) Nacionais têm o direito de deixar seu país¹³³.
- (10) O casamento não tem influência alguma na nacionalidade. Até recentemente, alguns Estados estabeleciam que uma nacional de determinado país perdia sua nacionalidade se casasse com um estrangeiro e, inversamente, quando uma mulher estrangeira se casasse com um nacional ela adquiriria automaticamente a nacionalidade do seu marido. Atualmente, entretanto, tem-se entendido que o casamento apenas tem o condão de facilitar o processo de aquisição de determinada nacionalidade¹³⁴.
- (11) Somente aos nacionais são atribuídos direitos políticos plenos¹³⁵.
- (12) Em casos de dupla nacionalidade, aplica-se o direito interno se uma das nacionalidades é a do Estado em questão¹³⁶. Em caso contrário, aplica-se o princípio da “nacionalidade efetiva”¹³⁷.
- (13) Relativamente à aquisição da nacionalidade, filhos de pessoal diplomático constituem exceção à regra do “*ius solis*” e não adquirem a nacionalidade do país onde nasceram¹³⁸.
- (14) A aquisição derivada de nacionalidade deve ser voluntária¹³⁹.

¹³² Harvard Draft on Nationality, art. 20; art. 1 do Protocolo Especial Relativo à Apatrídia. Como observado anteriormente, Paul Weis discorda que esta seja uma regra de direito internacional.

¹³³ Declaração Universal, art. 13(2); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 12.2, Quarto Protocolo à Convenção Europeia de Direitos Humanos, 1963, art. 2.

¹³⁴ Convenção da ONU sobre Eliminação de Todas as formas de Discriminação Contra as Mulheres (Nova York - 1979), art. 9.1; Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher (Montevideu - 1933) artigo 1 e a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada, (Nova York - 1957); Convenção Europeia sobre Nacionalidade, art. 4.d especificamente; e em geral todas as previsões de não discriminação, que proíbem discriminações baseadas no sexo: art. 2 da Declaração Universal; art. 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; art. 1(1) da Convenção Americana; art.5 da Convenção Europeia sobre Nacionalidade.

¹³⁵ Declaração Universal, art.21(1), art.21(2); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 25; Convenção Americana, art.23; Declaração Americana, art. XX, Convenção de Havana sobre Condição dos Estrangeiros, art. 7

¹³⁶ Convenção de Haia sobre Nacionalidade, art. 3; Código de Bustamante, art.9.

¹³⁷ Código de Bustamante, art. 10, onde a nacionalidade efetiva é a do lugar de domicílio do indivíduo; Convenção da Haia sobre Nacionalidade, art. 5, no qual é exemplificado o princípio da residência habitual e principal ou “a nacionalidade do país, ao qual, segundo as circunstâncias, ele, de fato parece mais ligado.

¹³⁸ Ver Harvard Draft on Nationality, art. 5; Convenção da Haia sobre Nacionalidade, art.12; Optional Protocol to the Vienna Convention on Diplomatic Relations, art. 2.

¹³⁹ Harvard Draft on Nationality, art. 15; Convenção da Haia sobre Nacionalidade, arts 10 e 11.

- (15) As regras envolvendo nacionalidade devem ser estabelecidas por lei¹⁴⁰.
- (16) As regras sobre nacionalidade não podem se basear em discriminação com base em sexo, religião ou raça¹⁴¹.

REFERÊNCIAS

ALEINIKOFF, T.A. & MARTIN, D.A. **Immigration: Process and Policy**. St Paul, Minnesota: West Publishing & Co., 1985.

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the US**. (1987)

ARAÚJO, Nadia de. Perda e Reaquisição da Nacionalidade Brasileira. In: DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

ARENDT, Hannah. **The Origins of totalitarianism**. Nova York: Harcourt, Brace & World, 1966.

BAR-YAACOV, Nissim. **Dual Nationality**. Londres: Stevens & Sons Ltd., 1961.

BARROSO, Luis Roberto. Duas questões controvertidas sobre o direito brasileiro da nacionalidade. In: DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

BISHOP, W. **International Law: Cases and Materials**, 3ª ed. Boston: Little, Brown & Co., 1971.

BORCHARD, Edwin Montefiore. **Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims**. Nova York: The Banks law publishing co., 1916.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Manual do Serviço Consular e Jurídico, edição 2010**. Disponível em: <<http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/Miami/pt-br/file/MSJ-1.pdf>>

CASSESE, Antonio. **International law in a divided world**. Nova York: Oxford, 1986.

CHAN, Johannes M.M. The Right to a Nationality as a Human Right. In: **Human Rights Law Journal**, vol. 12, 1991.

DEUTSCH, Karl W. **Nationalism and its alternatives**. Nova York: Knopf, 1969.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado – Parte geral**, 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

¹⁴⁰Harvard Draft on Nationality, art. 2, Convenção da Haia sobre Nacionalidade, arts 1 e 2, Convenção Europeia sobre Nacionalidade, art. 3.1

¹⁴¹ Convenção Europeia sobre Nacionalidade, art. 5º, Convenção sobre Eliminação de todas as formas de discriminação racial, 1966, art. 3.1.

DOLINGER, Jacob. Nottebohm revisited. In: CASELLA, Paulo Borba (org.). **Dimensão internacional do direito- estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva**. São Paulo: LTr, 2000.

DOLINGER, Jacob. Os Brasileiros Naturalizados no Poder Público. In: DOLINGER, Jacob (org.). **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1987.

GOODWILL-GRILL, Guy S. **International Law and the Movement of Persons Between States**. Oxford: Clarendon Press, 1978

GORDON, Charles e ROSENFELD, Harry N. **Immigration Law and Procedure**.

HARVARD Research in International Law. **Draft on Nationality**. Supplement to the American Journal of International Law, v. 23, 1929. Disponível em: <<http://www.uniset.ca/naty/maternity/23AJILSS13.pdf>>.

HENKINS, Louis. **Foreign Affairs and the Constitution**. Nova York: Oxford University Press, 1996.

HINSLEY, F.H. **Nationalism and the international system**. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1973.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**, 2ª ed., revisada e editada por Robert W. Tucker. Nova York: Holt, Rinehart & Winston, 1966.

KOHN, Hans. **The idea of nationalism**, 2ª ed. Nova York: Collier Books, 1967.

LAGARDE, Paul. **La nationalité française**. Paris: Dalloz, 1975.

LAUTERPACHT, Hersch. **International Law and Human Rights**. Cambridge: Archon Books, 1968

MARINHO, Ilmar Penna, **Tratado sobre a Nacionalidade: do direito brasileiro da nacionalidade**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1956.

MC DOUGAL, Myres S., CHEN, Lung-chu, e LASSWELL, Harold D. The Protection of Aliens from Discrimination and World Public Order: Responsibility of States Conjoined with Human Rights. In: **American Journal of International Law**, v. 70, 1978.

MCGOVNEY, Dudley O. Our Non-Citizen Nationals, Who are They? In: **California Law Review**, vol. 22, 1934. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol22/iss6/1>>.

MELLO, Celso R. D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II, 15ª ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MUTHARIKA, Peter. **The Regulation of Statelessness under International and National Law, Texts and Documents**. Dobbs Ferry, N.Y.: Oceana Publications, 1976.

OPPENHEIM, Lassa F.L. **International law, a treatise**, vol. I. Londres: Longmans, Green, and co., 1905.

OPPENHEIM, Lassa F.L. **International law, a treatise**, vol. I., 8^a ed. Londres: Longmans, Green & Co. 1955.

ORAÁ, Jaime. **Human Rights in States of Emergency in International Law**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

PHILLIMORE, Lord Walter G.F. Droits et Devoirs des États. In: **Récueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye**, vol. 1, 1923.

PLENDER, Richard. **International Migration Law**, 2^a ed. Martinus Nijhoff, 1987.

REZEK, Francisco. Le droit international de la nationalité. In: **Recueil des Cours de l'Académie du Droit International**, v. 198, 1986.

RONZITTI, Natalino. **Rescuing Nationals Abroad Through Military coercion and Intervention on Ground of Humanity**. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985.

SCELLE, Georges. **Précis de Droit des Gens**.

SCOTT, James Brown. **The Hague Court Reports**. Nova York: Oxford University Press, 1916.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TENÓRIO, Oscar. **Direito Internacional Privado**, v. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970

TIBURCIO, Carmen. **Human rights of aliens under international and comparative law**. Haia: Martinus Nijhoff, 2001.

VARGAS, Daniela Trejos. **Atribuição da Nacionalidade Brasileira pelo critério do ius sanguinis ao filho de brasileiro nascido no exterior, à luz das modificações introduzidas pela Emenda Constitucional de Revisão n.º.3 de 1994**. Dissertação (mestrado). Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 1997.

WEIS, Paul. **Nationality and statelessness in international law**. Nova York: Frederick A. Praeger, 1956.

ZEBALLOS, Estanislao Severo. **La Nationalité**, v. I. Paris: Sirey, 1914.

UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE EXTRADIÇÃO: O BRASIL NÃO É O PARAÍSO PARA OS CRIMINOSOS ESTRANGEIROS

An Analysis of Brazilian Supreme Federal Court Case-Law on Extradition: Brazil is not a Safe Haven for Foreign Criminals¹

Irene Bogado Diniz²
Marcos Vinícius Torres Pereira³

Sumário: 1 Introdução. 2 Extradicação, direito internacional e condição jurídica do estrangeiro. 3 O instituto da extradição no Brasil. 4 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre extradição. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo versa sobre o instituto da extradição e o tratamento conferido pelo Supremo Tribunal Federal, órgão judiciário competente para analisar a sua admissibilidade, com o objetivo de se desvendar se o Brasil um país conivente com o refúgio de criminosos em seu território, conforme o imaginário cinematográfico, ou, um país que respeita os preceitos e tratados do Direito Internacional, mostrando-se como um Estado ativo no contexto da cooperação jurídica internacional. O método escolhido para esta pesquisa foi a coleta de dados a partir de acórdãos prolatados pela Suprema Corte no período compreendido entre o ano de 2000 ao de 2010, que foram devidamente condensados em gráficos que auxiliam a análise crítica.

Palavras-chave: Extradicação; Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article is about the institute of extradition and its application by the Federal Supreme Court, the judicial court competent to analyze its admissibility, with the goal of uncovering whether Brazil is a country allied to the sheltering of criminals in its territory, as the cinematographic industry's depiction, or a country that respects treaties and norms established by International Law, showing itself as an active country in the context of international judicial cooperation. The method chosen to this research was the data collection from judgments rendered by the Supreme Court in the period comprehended between year 2000 and 2010, which were accordingly condensed in graphics which help the critical analysis.

Keywords: Extradition; Jurisprudence; Federal Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

“E então, fugiu para o Brasil...”.

Foi com expressões semelhantes a esta que a indústria cinematográfica incutiu e reproduziu uma imagem que deu fama ao Brasil de país não só repleto de belezas naturais, mas também de um verdadeiro paraíso para o refúgio seguro de criminosos. Embora, nos últimos anos, a política internacional do país nesta área tenha avançado significativamente, perdura a “reputação” como um país de impunidades. Não obstante, já se pode notar uma gradual mudança deste estigma do Brasil no cenário internacional.

¹ DOI deste artigo: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.12375>.

² Bacharel em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

³ Doutor em Direito Internacional e da Integração Econômica (UERJ). Professor Adjunto do Departamento de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ), onde leciona Direito Internacional Privado e Direito Civil.

Essa opinião deturpada foi pautada, entre outros motivos, por casos como o de Ronald Biggs e de Cesare Battisti, que foram intensivamente explorados por uma mídia do espetáculo, auxiliada pela velocidade de informações. Deste modo, foi passada ao expectador inexperiente e desprevenido uma falsa imagem, através da emissão de dados viciados, comprometendo uma comunicação efetiva e afetando a opinião popular.

O intenso trânsito entre os países, propiciado pelos novos meios de transporte, possibilita, não só o aumento de crimes internacionais, como também a fuga de criminosos. Esta nova característica afeta, diretamente, o tratamento conferido pelo país à extradição, haja visto que nosso país é, muitas vezes, identificado como país de refúgio e impunidades, onde criminosos ou supostos criminosos estrangeiros poderiam se esconder, fugindo da persecução criminal ou do cumprimento de pena em país estrangeiro.

Através da análise, com dados quantitativos e qualitativos, da jurisprudência brasileira relativa à extradição no presente artigo, pretendemos demonstrar que tal ideia sobre o país é equivocada.

Como a extradição no Brasil é um procedimento que se divide em duas partes: judicial e administrativa, faz-se mister ressaltar que essa pesquisa tem enfoque direcionado à análise da atuação da nossa Egrégia Corte Suprema neste procedimento misto.

2 EXTRADIÇÃO, DIREITO INTERNACIONAL E CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

Alguns doutrinadores debatem se a extradição estaria no campo do Direito Internacional Público ou do Direito Internacional Privado. A matéria toca esta disciplina, cujo objeto⁴ abarcaria a nacionalidade, a condição jurídica do

⁴ Para a chamada Escola Francesa o conflito de jurisdições, juntamente com o conflito de leis, a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro, compõe o objeto de estudo do Direito Internacional Privado. Muitos doutrinadores compartilham desta opinião no Brasil, como Haroldo Valladão e Clovis Bevilacqua. Outros doutrinadores preferem delinear o objeto do DIPRI, com outros termos. Henri Batiffol e Paul Lagarde falam em sujeitos do direito, exercício dos direitos e sanção dos direitos. Antoine Pillet se refere a gozo dos direitos, exercício dos direitos e reconhecimento dos direitos, dando também destaque à questão dos direitos adquiridos. No “Conflict of Laws” do “Common Law”, o conflito de jurisdições é incluído no objeto do DIPRI juntamente com o conflito de leis. Mesmo no Direito Alemão que costumava restringir o objeto do DIPRI ao conflito de leis, o conflito de jurisdições também vem sendo incluído no DIPRI e hoje muitos autores se dedicam ao chamado “internationales Zivilverfahrensrecht”.

estrangeiro, o conflito de leis e o conflito de jurisdições; já que a extradição constitui medida de saída compulsória de estrangeiro – apesar de também poder ser aplicada a brasileiro naturalizado – do Brasil, incluindo-se, *ipso facto*, na seara da condição jurídica do estrangeiro, que versa sobre direitos e deveres dos estrangeiros.

Simultaneamente, a extradição é um mecanismo de cooperação internacional entre os Estados, razão pela qual se inseriria sendo parte da matéria Condição Jurídica do Estrangeiro no Direito Internacional Público, por envolver questões políticas e diplomáticas entre Estados soberanos.

Debates doutrinários e científicos à parte, sem dúvidas, a extradição envolve ambas as áreas, sendo, naturalmente, um instituto de Direito Internacional. O seu objetivo é justamente permitir o combate pelos países contra a criminalidade, de modo a punir os criminosos e a erradicar esses chamados paraísos ou valhacoutos em que estes se escondem da Justiça; sem, entretanto, olvidar direitos, deveres, e, mesmo, garantias outorgadas aos estrangeiros, quando da aplicação do instituto.

No âmbito do Direito Internacional Privado, a Condição Jurídica do Estrangeiro abarca os direitos e deveres dos estrangeiros e divide-se em três aspectos: a) direito de entrada, b) direito de estada, e c) direito de saída do estrangeiro.

O direito de entrada constituiu-se a partir do chamado princípio da admissão discricionária do estrangeiro. Tal princípio permite que a admissão dos estrangeiros em território nacional possa ser sempre discricionária, já que se trata de um ato soberano. *A priori*, no Brasil vigora a livre circulação do estrangeiro, ou seja, todo aquele que satisfizer as condições de entrada no país poderá nele entrar e permanecer. O estrangeiro deverá, portanto, possuir um dos variados tipos de vistos, ou então, nos casos em que houver reciprocidade com o seu país de origem, não precisará de vistos, mas terá uma estadia limitada.

Há ainda duas formas especiais de entrada. Em primeiro lugar temos o asilo, que é uma medida política e soberana concedida pelo Presidente da República e que não admite revisão. A outra forma especial de entrada é o refúgio, concedido pelo CONARE, que analisa se o indivíduo preenche os requisitos previstos na Lei nº9.464/97 e, contrariamente à primeira forma, admite revisão

judicial. O mero pedido de refúgio suspende todo e qualquer procedimento de saída compulsória (deportação, expulsão, extradição).

Uma vez que se encontra dentro do território, incide sobre o indivíduo o direito de estada. Dividem-se os estrangeiros em: *regulares*, que possuirão um visto, temporário ou permanente; e *irregulares*, que poderão ser meramente irregulares, tais como os que entraram com um visto para turistas, mas permaneceram no país por mais tempo, ou clandestinos, que são aqueles quando o país sequer foi capaz de detectar a sua entrada em território nacional.

Os direitos e garantias fundamentais são assegurados a todos os estrangeiros. Embora se diga que estariam apenas os estrangeiros regulares abrangidos por essa proteção, na prática também estão compreendidos neste apoio os irregulares.

Por fim, o direito de saída é, em regra, livre. Mas há casos em que a saída será compulsória. São os casos de: a) deportação, quando há irregularidade na permanência ou entrada do estrangeiro no Brasil; b) expulsão, quando o estrangeiro de alguma forma desrespeita a ordem pública ou mostra-se nocivo ao interesse nacional, seja em hipóteses subjetivas analisadas pelo Estado, ou, em hipóteses previamente estabelecidas na lei, como a entrada ou permanência no Brasil, mediante fraude; e, c) extradição, quando um Estado estrangeiro solicita ao Brasil a entrega de criminoso ou suposto criminoso que aqui se encontra, para que, respectivamente, cumpra pena, ou, seja julgado no Estado requerente.

3 O INSTITUTO DA EXTRADIÇÃO NO BRASIL

A extradição é um mecanismo de cooperação internacional em matéria penal, cujo objetivo é o combate à criminalidade, por meio do qual um Estado requerente solicita a um Estado requerido a extradição de um criminoso ou suposto criminoso.

Conceitua-a Celso Duvivier de Albuquerque Mello⁵ como “o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume 2. 13^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.957.

fim de processá-lo e puni-lo”. Por sua vez, Jacob Dolinger⁶ entende a extradição como

o processo pelo qual um Estado atende ao pedido de outro Estado, remetendo-lhe pessoa processada no país solicitante por crime punido na legislação de ambos os países, não se extraditando, via de regra, nacional do país solicitado.

A entrega do extraditando ao país requerente se perfaz, conforme o art. 76 da Lei nº 6.815/80, tanto por força de um vínculo jurídico constituído por: a) *tratado internacional*, podendo ser *bilateral* (entre dois Estados como o Tratado entre Brasil e Portugal promulgado pelo Decreto nº 1.135/94) ou *multilateral* (como o Tratado de Extradicação entre os Estados Parte do Mercosul, promulgado pelo Decreto nº 4.975/04); ou por, b) *promessa de reciprocidade* em tratamento de casos análogos (como é o caso da Alemanha – Ext. 751 ou da Suécia – Ext. 1156), devendo ser observadas, ainda, as normas previstas na Lei nº 6.815/80.

Nos artigos 76 a 94 do Título IX da Lei nº 6.815/80, também denominada de Estatuto do Estrangeiro, estão positivadas as normas e princípios que disciplinarão a Extradicação, fora àquelas firmadas em tratados internacionais.

O processo de extradição no Brasil é misto, ou seja, é composto por uma fase administrativa, e, outra judicial. De início, envolve a esfera administrativa, já que o pedido é feito por via diplomática ao Ministério das Relações Exteriores (art. 80 do Estatuto do Estrangeiro). Este remete o pedido ao Ministério da Justiça que, após uma prévia análise de admissibilidade conforme o Tratado (se houver) e segundo as normas do Estatuto do Estrangeiro, encaminha o pedido através de Aviso Ministerial ao Supremo Tribunal Federal. Compete à Egrégia Corte proceder ao exame de legalidade do pleito, deferindo a extradição ou não. Por fim, o Presidente da República, como Chefe do Poder Executivo, determinará pela entrega ou não do Extraditando, não sendo obrigado a se vincular à decisão do Supremo. É a instância executiva quem tem, portanto, a atuação decisiva: a palavra final.

A análise legal do pleito pelo Supremo, positivada pelo art. 102, I, g da Constituição da República Federativa do Brasil, é de suma importância. Clara é a redação do art. 83 do Estatuto do Estrangeiro, quando estabelece que nenhuma

⁶ DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2011. p.126.

extradição será concedida sem prévio pronunciamento da Corte Suprema sobre a legalidade e procedência do pleito. É de tal maneira imprescindível que, mesmo se o extraditando concordar com a sua extradição, ainda assim haverá o exame pelo Supremo Tribunal Federal. Sobre essa máxima, discorre o Ministro Carlos Britto na ementa da Ext. 1.016:

EXTRADIÇÃO. CONCORDÂNCIA DO EXTRADITANDO. DISPENSA DE INTERROGATÓRIO. IMPRESCINDIBILIDADE DO CONTROLE DE LEGALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

A concordância do extraditando com o deferimento do pedido não afasta o controle da legalidade, efetuado pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

A avaliação feita pela Egrégia Corte Suprema do processo extradicional se restringe à observação de sua legalidade, sem tocar no mérito. Isso porque, seguindo o modelo belga, o Brasil optou pelo modelo da contenciosidade limitada. De acordo com este modelo, o julgador abstém-se, portanto, de analisar o mérito da questão evitando ofender a soberania do país competente para a execução penal. Não raro em suas defesas, os extraditados alegam o que consideram falhas no processo criminal que sofrem nos países requerentes, sendo afastadas tais alegações por força da vedação ao Supremo de adentrar no mérito.

Por exemplo, evidencia o Ministro Celso de Mello essa limitação na ementa da Ext. 1.082, em que a República Oriental do Uruguai requeria a extradição de nacional uruguaio pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas:

PROCESSO EXTRADICIONAL E SISTEMA DE CONTENCIOSIDADE LIMITADA: INADMISSIBILIDADE DE DISCUSSÃO SOBRE A PROVA PENAL PRODUZIDA PERANTE O ESTADO REQUERENTE.

- A ação de extradição passiva **não confere**, ordinariamente, ao Supremo Tribunal Federal, **qualquer** poder de indagação **sobre o mérito** da pretensão deduzida pelo Estado requerente ou **sobre o contexto probatório** em que a postulação extradicional se apóia, **não cabendo**, ainda, **a esta** Corte Suprema, o exame da negativa de autoria invocada pelo extraditando em sua defesa. Precedentes. Doutrina.

- O **sistema de contenciosidade limitada**, que caracteriza o regime jurídico da **extradição passiva** no direito positivo brasileiro, **não permite** qualquer indagação probatória **pertinente** ao ilícito criminal cuja **persecução**, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extradicional perante o Supremo Tribunal Federal.

A extradição só pode ser requerida uma vez, conforme determinação do art. 88 do Estatuto do Estrangeiro, mas em casos em que houver insuficiência nos

Revista de Direito Internacional do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ 173

documentos de instrução ao processo o Supremo pode indeferir o pedido, mas sem o prejuízo de ser ofertado um novo pedido, anexado com os devidos documentos. Exemplo desta conduta da Corte é o caso envolvendo o extraditando Horst Michael Meffert, de nacionalidade alemã, acusado de cometer furto qualificado e estelionato. Neste caso, a extradição foi primeiramente requerida pelo Governo da Alemanha na Ext. 988, que foi indeferida por não cumprimento de diligência de instrução de documentos essenciais à análise do pleito, mas o estrangeiro veio a ser extraditado através do novo pedido formulado pela Alemanha na Ext. 1.078.

A possibilidade de conversão do processo de extradição em diligência está positivada no art. 85, §2 do Estatuto do Estrangeiro. O Estado requerente terá o prazo de 60 (sessenta) dias, a contar da data de notificação do Ministério de Relações Exteriores à missão diplomática (art. 85, §3, Estatuto do Estrangeiro), para suprir as carências de documentos ou informações no processo. Passado o lapso temporal, será julgado o pedido, independentemente de resposta ou não pelo Estado requerente.

Faz parte do procedimento da extradição a prisão preventiva do extraditando, que é um requisito essencial para o prosseguimento da extradição. O pedido de extradição só terá prosseguimento após a prisão preventiva do extraditando: é o que estipula o art. 84 da Lei nº 6.815/80. É uma medida cautelar para garantir a entrega do extraditando, caso seja deferida a extradição.

Essa prisão preventiva é distinta daquela prevista nos arts. 311 a 316 do Código de Processo Penal. Não fere o princípio da presunção de inocência, já que a prisão se perfaz por mera necessidade instrumental, dado que, sem esta, não correrá o processo extradicional, conforme estipula o art. 208 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Embora o art. 81 do Estatuto do Estrangeiro contenha a previsão de que o Ministério da Justiça atua como responsável pela emissão da ordem de prisão preventiva, é pacífico o entendimento pela doutrina e pela jurisprudência, de que esta será concedida por um dos ministros do Supremo e deverá seguir os ditames do subsequente art. 82.

A derrogação do art. 81, que modificou a competência de decretação de prisão preventiva do Ministro da Justiça para o Ministro Relator do processo que tramita no Supremo Tribunal Federal, deu-se em virtude da Constituição de

1988. A previsão do art. 5º, LXI da Carta Magna passou a atribuir à autoridade judiciária a exclusividade no poder de expedir ordem escrita e fundamentada de prisão.

Para que seja decretada a prisão pelo Ministro Relator, é preciso de autorização de prisão emitida por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente com a devida fundamentação para a realização de tal restrição de liberdade, segundo a norma do art. 78, II do Estatuto do Estrangeiro.

A Egrégia Corte já reconheceu diversos instrumentos como institutos semelhantes ao nosso mandado de prisão em que se contém uma ordem emanada por autoridade considerada competente a decretar a prisão do indivíduo, por exemplo, o *mandat d'arrêt* do direito francês, o *mandato di cattura* no direito italiano e a identidade entre a pronúncia e o *indictment* no direito norte-americano.

O recurso cabível à prisão preventiva é o *habeas corpus*, sendo, não obstante, rara a sua concessão pelo Supremo na prática. Aplica-se apenas aos casos excepcionalíssimos, como extraditandos com um estado grave de saúde, a prisão do extraditando em prazo maior que o permitido em lei dentre outros motivos.

O art. 85, § 1º do Estatuto do Estrangeiro estabelece que a defesa do extraditando no processo de extradição está limitada às seguintes questões: a) a identidade da pessoa reclamada; b) defeito de forma dos documentos apresentados; ou a c) ilegalidade da extradição. Embora muitos dos advogados aleguem que tal restrição feriria o princípio da ampla defesa e, *ipso facto*, seria inconstitucional; o Supremo já declarou não ser o caso, como explicita o Ministro Celso de Mello na ementa da Ext. 1.171 da Argentina:

VALIDADE CONSTITUCIONAL DO ART. 85, § 1 DA LEI Nº 6.815/80. As restrições de ordem temática, **estabelecidas** no Estatuto do Estrangeiro (art. 85, § 1) – cuja incidência **delimita**, nas ações de extradição passiva, **o âmbito material** do exercício do direito de plenitude de defesa -, **não são** inconstitucionais, **nem ofendem** a garantia da plenitude de defesa, **em face da natureza mesma** de que se reveste o processo extradicional no direito brasileiro e, ainda, **em decorrência do próprio** modelo de contenciosidade limitada **adotado** pelo ordenamento positivo nacional. **Precedentes.**

Ainda na esfera dos princípios, a extradição, assim como os variados institutos do nosso ordenamento jurídico, rege-se por princípios que norteiam a sua aplicação pelos seus operadores, buscando conferir a maior proteção possível

ao extraditando. Dois princípios são considerados unanimemente pela doutrina como os vetores do processo extradicional, são eles, segundo Cahali⁷ são eles: o *princípio da especialidade*, também conhecido como efeito limitativo da extradição, posto que veda o julgamento do extraditando por delito diferente do que fundamentou o pedido de extradição, sendo positivado pelo art. 91, I do Estatuto do Estrangeiro; e, o *princípio da identidade*, ou da dupla incriminação do fato, que determina que a extradição só poderá ser concedida pelo Estado requerido quando o delito imputado ao extraditando seja considerado crime nos dois países, ou seja, seja uma ação típica, antijurídica e culpável, e sua positivação é dada pelo art. 77, II do E.E..

Celso D. de Albuquerque Mello⁸, por sua vez, aponta um terceiro princípio, que considera quase universal – o *princípio da não extradição de nacional*, cuja razão principal, explica, é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais, ao que se rebate que, mesmo que seja o indivíduo julgado em seu país, devido as dificuldades, como a distância do local da prática do delito ou ainda a dificuldade de provas, acaba ficando impune, o que certamente constitui uma postura contrária à cooperação internacional para a repressão do crime.

Camila Carneiro⁹, seguindo a doutrina de Kleber Velloso, faz menção em sua obra a mais um princípio, qual seja, o *princípio do non bis in idem*. Tal princípio determina que, uma vez que o pedido de extradição tenha sido negado, não poderá o Estado requerente fazer novo pedido baseado no mesmo fato, a não ser que prove a existência de erro formal ou material que tenha viciado o pedido, conforme dita o art. 88 da Lei nº 6.815/80.

Para fins acadêmicos, ou seja, de modo a nos facilitar a compreender o instituto, classifica-se a extradição em seus diversos aspectos. Primeiramente, diferencia-se da seguinte forma, quanto à formalidade do procedimento: a) *extradição de fato*, que é a entrega sumária de um indivíduo sem a observância das normas legais, o que ocorre, geralmente, em cidades fronteiriças como a cidade de Uruguaiana no Sul do país, que faz fronteira com o Uruguai. Não é, no

⁷ CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. P.259.

⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit. P. 961-963.

⁹ CARNEIRO, Camila Tagliani. **A Extradição no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2002. p.49.

entanto, a mesma coisa que a abdução internacional¹⁰, em que um Estado apreende um suposto criminoso em território alheio. Na extradição de fato, é o Estado que entrega ao outro, mas sem a observância das normas legais; b) *extradição de direito*, que é a entrega do indivíduo reclamado ao outro Estado, respeitando as formalidades legais, sejam internacionais ou internas. É a extradição que foi selecionada para ser objeto de estudo da presente pesquisa.

A extradição é uma relação entre dois Estados, configurando assim um pólo ativo, que recebe, e um pólo passivo, que concede. A partir daí, surge uma outra classificação, considerando a atuação do Estado envolvido, na relação extraditacional: a) *ativa*, quando o Estado requer ao outro a entrega de um indivíduo para que este responda a processo ou cumpra pena. Neste caso, evidencia-se o caráter administrativo e político, já que procura-se efetivar a execução penal do país; e, b) *passiva*, quando o Estado recebe o pedido de extradição dirigido por outro Estado, que se considera competente para julgar ou forçar o cumprimento da pena. Nesta ótica, prepondera o caráter jurisdicional, já que serão juridicamente analisadas as condições desse pedido e sua procedência.

Quanto à fase processual em que se encontra a punição do Estado contra o delito objeto do pedido de extradição, a extradição poderá ser a) *instrutória*, quando o processo contra o Extraditando no país requerido encontra-se ainda na fase processual, sendo a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, e, o objetivo é submeter o extraditando a persecução criminal, no Estado requerente; ou, b) *executória*, quando já houver uma sentença condenatória decorrente de processo criminal contra o extraditando, em que se imputa a este uma pena a ser cumprida, sendo a efetivação do cumprimento da pena o foco do pedido.

Menos exploradas estão as classificações como a diferenciação entre a *extradição requerida*, em que o Estado requer ao outro a entrega, sendo a forma habitual em que se opera a extradição entre os países; e, a *extradição espontânea*, na qual o Estado em que se encontra o indivíduo entrega-o, independentemente de pedido anterior. A extradição espontânea, portanto, devido à sua

¹⁰ Um exemplo famoso de abdução internacional foi o caso de Adolf Eichmann, na Argentina, que foi capturado pelo Estado Israelense em 1960 em Buenos Aires, sem qualquer notificação às autoridades argentinas. Posteriormente, foi condenado à pena máxima, pelos crimes cometidos sob o nazismo, sem qualquer menção à forma abusiva a que foi capturado.

particularidade, não é propriamente uma extradição, assim como a extradição de fato, já que lhe carecem elementos básicos da extradição. Outra classificação pouco utilizada é a da *extradição voluntária*, quando o indivíduo voluntariamente se entrega ao Estado requerente, e a *extradição involuntária*, em que o Estado força a extradição do extraditando. Existe ainda a denominada “*extradição de trânsito*” quando o extraditando, para chegar ao Estado que requereu a sua extradição, tem que passar por um terceiro Estado onde haveria a extradição de trânsito. No entanto, ela não tem fundamento legal visto que o terceiro não concede uma nova extradição, apenas permite a passagem do extraditando por seu território.

Em alguns raros casos, surge o caso de *reextradição*, que ocorre, quando um indivíduo extraditado para um Estado sofre um novo pedido de extradição, agora para um terceiro Estado. Nesse caso, só poderá ser concedida com a anuência do primeiro Estado, ou seja, daquele em que o indivíduo se encontrava antes de ser extraditado. Um exemplo de como se opera o instituto foi o que ocorreu na Questão de Ordem da Extradição 851 requerida pela Alemanha, em que se pedia a permissão para a extradição do indivíduo a um terceiro país, no caso, a Áustria. Operou-se o trâmite legal de avaliação, sendo inclusive enviada Carta Rogatória para interrogatório do indivíduo situado na Alemanha, mas ao retorno desta, desistiu o país de dar prosseguimento ao pedido de reextradição.

Em relação à possibilidade de o indivíduo ser extraditado, a princípio, qualquer um que tenha cometido um delito é passível de extradição. Não obstante, pela legislação brasileira, há algumas exceções a esta regra: a nacionalidade e a condição pessoal do indivíduo.

Conforme já ressaltado, vigora no Brasil, em respeito ao nacional, o *princípio da inextraditabilidade*. Um brasileiro nato jamais será extraditado. A exceção será o brasileiro naturalizado que tenha cometido crime antes da naturalização, ou, quando tiver comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes. O art. 77, I do Estatuto do Estrangeiro já previa a primeira hipótese; reforçada pela Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu art. 5º, LI, que ainda ampliou o âmbito de sua aplicação para a segunda hipótese também. Conforme já dito anteriormente, a justificativa para essa exceção é a obrigação de o Estado zelar pelos cidadãos, de forma que se evite a provável imparcialidade da justiça estrangeira e a dificuldade de defesa pelo extraditado.

No âmbito do Direito Internacional, tal postura é criticada, posto que obstaculiza a cooperação internacional almejada, bem como a extinção da distinção entre nacionais e estrangeiros. Os países do “Common Law”, como o Reino Unido e os Estados Unidos da América não seguem o princípio da não-extradição do nacional.

Outro efeito do princípio supramencionado é o de obstar a extradição do nacional brasileiro nato que possua outra nacionalidade, ou seja, quando ocorre o fenômeno da dupla nacionalidade. Acerca desta proibição, em estudo analítico de um caso concreto, Carmen Tiburcio assevera que como uma das nacionalidades é a brasileira e a questão é discutida no território pátrio, será esta que interessará ao julgador brasileiro, posto que “*a nacionalidade estrangeira não tem qualquer relevância no plano interno*”¹¹.

Por sua vez, a condição pessoal do indivíduo representa o caso dos Chefes de Estado ou soberanos estrangeiros, que, durante o exercício de suas funções, não poderão ser extraditados. Da mesma proteção, usufruem os agentes diplomáticos, os refugiados, os extraditados que fogem para país no qual não seja prevista a pena capital que lhe foi imputada, ou aquele que se encontra no território do Estado requerido por motivo de força maior.

Assim como há pessoas que não podem ser extraditadas em virtude de uma condição especial que detém, existem crimes pelos quais o indivíduo não poderá ser extraditado. *Ab initio*, quanto aos delitos não passíveis de extradição, destacam-se as vedações constantes no art. 77 da Lei nº 6.815, dispositivo este que é fundamental no processo extradicional, por determinar quando a extradição não será concedida por possuir uma das particularidades listadas em seus incisos. Entre outras condições, destacamos: a) o fato de o crime não constituir crime no Brasil ou no país requerente; b) a hipótese de a lei brasileira impor ao crime pena de prisão inferior ou igual a 1 ano; ou, c) o fato imputado constituir crime político.

Assim, para se avaliar se o fato imputado ao extraditando constitui crime nos dois países, conforme estabelece o inciso II do art. 77, o Supremo Tribunal Federal tem decidido a partir de análise dos elementos do tipo relativo ao fato, não se baseando exclusivamente no *nomen juris*, que não precisa ser idêntico.

¹¹ TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.275.

Entende-se que, se no tipo penal brasileiro se encontram os mesmos elementos presentes na tipificação no Estado requerente, será suficiente para configurar-se a dupla tipicidade necessária à concessão da extradição.

Os incisos III e V do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro envolvem a competência do Estado brasileiro para julgar o crime em questão. De início, pode parecer confuso que, no inciso III, diga-se que, quando houver competência do Brasil, será negada, e, no inciso V, somente seria negada, se o Brasil já estiver processando, ou, já tiver condenado ou absolvido o extraditando pelo mesmo fato. Elucidamos a questão a partir do seguinte raciocínio lógico: no inciso III, o dispositivo recai sobre aqueles crimes cuja competência é PRIVATIVA do Brasil para julgar o crime; ao passo que, os casos do inciso V são aqueles em que ocorre a competência concorrente entre o Brasil e o Estado requerente; como acontece, não raro, nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes.

Quanto à exigência do inciso IV do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, que veda a extradição se a pena for igual ou inferior a 1 ano; é pacífico o entendimento de que, em razão de benefício ao réu, deve-se considerar a pena mínima *in abstracto*, para decidir se o crime é ou não passível de extradição. A imposição de um *quantum* mínimo de pena para a concessão da extradição revela que o Brasil opta por não prestigiar a extradição, quando o crime for considerado de menor potencial lesivo, em razão da imposição de pena mais reduzida. Quanto ao grau de lesividade da conduta, é importante esclarecer que a extradição somente poderia ser requerida para crimes, jamais para contravenções; já que a doutrina e a jurisprudência apontam para uma aplicação literal do texto do Estatuto do Estrangeiro, que somente se refere a crime, ao falar da extradição; jamais se referindo a contravenção.

A prescrição, causa impeditiva da extradição, constante no inciso VI do já citado art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, é uma circunstância que muito incide como motivo de indeferimento das extradições. Imprescindível é a aferição da prescrição tanto pela legislação brasileira, quanto pela legislação estrangeira, sendo, no entanto, impossível a criação de uma terceira teoria de prescrição a partir da junção das duas legislações.

Por fim, o inciso VII do supramencionado art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, junto com o art. 5º, LII da *Lex Maxima*, vedam a extradição por crime político. São diversos os argumentos para a não-extradição por crime

político, entre eles a liberdade de pensamento e a provável parcialidade do Estado em julgar aquele que cometeu crime político em sua esfera ao ser opor criminosamente.

O crime político é um crime contra o Estado requerente, não havendo que se falar em cooperação internacional ou combate pela criminalidade, tendo em vista que, para o Estado requerido, não há atentado contra a sua soberania. Situação muito diferente do que ocorre com os crimes comuns, que afrontam a todos os países.

Em alguns casos, o crime político se mescla a crimes comuns. Caberá, então, ao Supremo, conforme o § 2º do art. 77 da Lei nº 6.815/80, avaliar qual crime prevalece, quando houver esta conexão. Isso porque, se o crime comum constituir o fato principal, proceder-se-á a extradição (art. 77, §1º).

O §3º do art. 77 deixa claro que não serão considerados crimes políticos aqueles tentados contra chefes de Estado, ou quaisquer autoridades, ou, os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, propaganda de guerra ou processos violentos para subverter a ordem política ou social. Isso porque não atentam contra o Estado apenas, mas contra toda a sociedade. Estas condutas são, portanto, enquadradas como crimes anti-sociais.

O inciso VIII do art. 77 do Estatuto do Estrangeiro veda a extradição, quando o extraditando for passível de ser julgado por tribunal ou juízo de exceção. A norma objetiva proteger o extraditando, com relação a um julgamento justo e imparcial, com respeito a garantias processuais e legais. Isto poderia evitar o que ocorreu, por exemplo, nos Tribunais Internacionais Penais *ad hoc*, instalados em Tóquio e Nuremberg, após a II Guerra Mundial, para julgar os supostos criminosos de guerra; quando muito se questionou o respeito a normas e princípios penais basilares, como a anterioridade da lei.

Os crimes militares propriamente ditos tampouco podem ser motivo de extradição. São todos aqueles crimes disciplinados por lei especial, como o Código Penal Militar Brasileiro. Justamente devido à particularidade desses crimes, não se justifica a extradição. De fato, não atinge a soberania do Estado requerido o ato que vá contra a manutenção da ordem e da disciplina nas forças armadas do Estado requerente.

Ainda os crimes contra a imprensa, por estarem dentro da esfera dos crimes de opinião, não são passíveis de extradição. Os crimes contra a religião

também se encontram neste rol de crimes, e, sua inserção baseia-se na liberdade de crença e culto. Incluem-se, por último, os crimes eleitorais, que, por só poderem ser praticados no âmbito do território do Estado requerente e somente atingindo a este, não têm repercussão internacional.

A existência de vínculo familiar entre o extraditando e brasileiros, seja por ter companheira, esposa ou filhos brasileiros, não é empecilho a concessão da extradição, diferente do que ocorre na expulsão que, por força do art. 75, II, a e b da Lei nº 6.815/80, veda a expulsão nesses casos.

O argumento para a não expulsão nas exceções previstas no referido art. 75 justifica-se¹², uma vez que, em se tratando de medida administrativa que impossibilita o retorno do expulso ao país, prejudicar-se-ia assim, irremediavelmente, o convívio familiar. O mesmo não ocorre com a extradição, porque o extraditando não está proibido de retornar ao território brasileiro, apenas terá de responder a processo ou pena cominada em outro país.

O Supremo Tribunal Federal pacificou esse entendimento através do Enunciado 421 de sua Súmula: “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro”.

Não constitui impedimento à concessão da extradição o fato de o extraditando responder a processo ou ter sido condenado no Brasil por crime diverso daquele ensejador do pedido de extradição. É o que preveem os artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro.

Ficará a critério do Presidente da República o momento em que o extraditando será entregue e se esta efetivamente ocorrerá.

Após o exame procedente do Supremo Tribunal Federal e a concordância pelo Presidente da República, a entrega do extraditando seguirá o rito previsto no art. 86 da Lei nº 6.815/80. Terá o Estado requerente o prazo de 60 (sessenta) dias para retirar o extraditando após a comunicação pelo Ministério das Relações Exteriores a sua missão diplomática, sob pena de, ultrapassado este prazo, conforme observa o art. 87 do mesmo diploma legal, ser posto em liberdade o extraditando.

Para a efetivação da extradição, o Estado requerente deverá ainda se comprometer a observar os incisos do art. 91 do Estatuto do Estrangeiro, que,

¹² Os tribunais brasileiros têm dado uma aplicação ampla a este dispositivo, em sede de expulsão, prestigiando a convivência familiar dos familiares brasileiros, com o possível expulsando.

dentre outras questões, estipulam a promessa de não processar ou prender o extraditando por fatos anteriores ao pedido (a menos que seja requerida a sua admissão através de pedido de extensão da extradição) ou ainda a obrigatoriedade de efetuar a detração, ou seja, computar o tempo de prisão que sofreu no Brasil na pena a ser cumprida no Estado requerente.

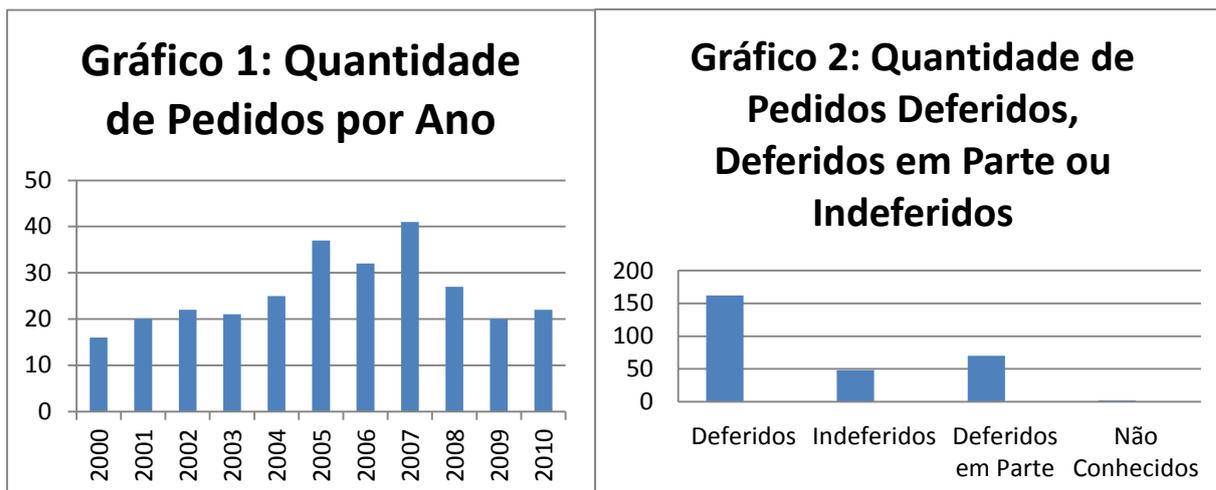
4 A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE EXTRADIÇÃO

Após o estudo da doutrina, partimos para a segunda fase da pesquisa, em que, objetiva-se traçar o atual perfil do Supremo Tribunal Federal, tendo como base as decisões proferidas, e, desta forma, demonstrar que nossa Corte Suprema aplica adequadamente o Direito Extradicional, em vigor no Brasil, e, em nada contribui para a fama de ser o país um refúgio de impunidade para criminosos estrangeiros.

Esclarecemos que utilizamos o recurso de busca de jurisprudência disponibilizado pelo sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, para localizarmos o máximo possível de acórdãos relacionados à Extradicação. A partir do resultado da busca, delimitamos a procura pelo lapso temporal compreendido entre 2000 a 2010, para que, a partir das decisões encontradas neste período, chegássemos a uma posição sobre a Corte Suprema.

Foram encontrados 377 acórdãos relacionados à extradição, sendo que 279 destes eram os processos extradicionais propriamente ditos e os 98 acórdãos restantes se dividiram em inúmeros incidentes processuais tais como Embargos de Declaração, Questão de Ordem, Pedidos de Extensão ou Agravos. Ainda em meios aos resultados disponibilizados pelo sítio, encontramos 68 acórdãos de *Habeas Corpus* relacionados, em sua grande maioria, ao relaxamento de Prisão Preventiva em processos extradicionais.

Com a leitura dos referidos acórdãos, levantamos uma série de dados para então elaborarmos os gráficos que se seguem.

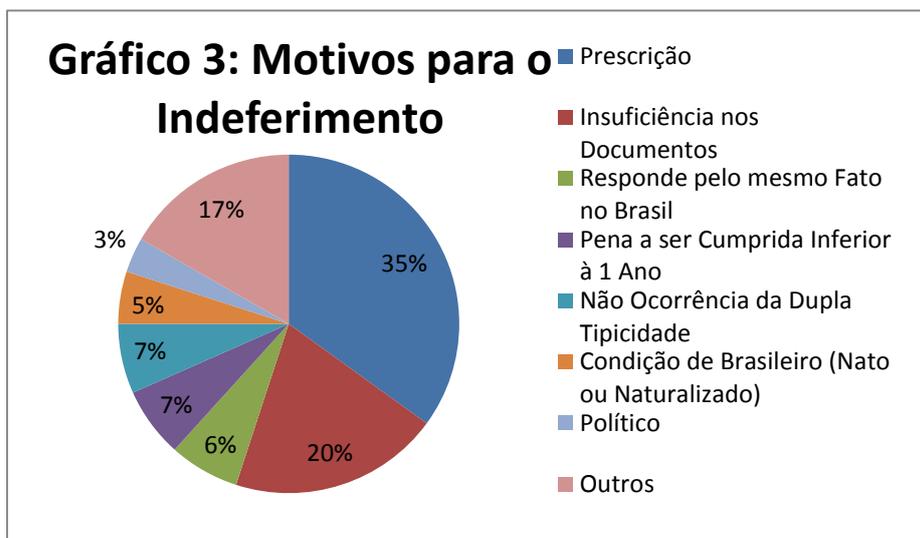


Os dois primeiros gráficos tratam, respectivamente, sobre: 1) a *quantidade de pedidos de extradição em cada ano*, em que podemos observar que, com exceção do intervalo em 2005 e 2007, em que houve uma maior demanda; a média geral era entre 20 e 25 pedidos extradicionais por ano; e 2) a *quantidade de pedidos de extradição que foram deferidos, deferidos em parte ou indeferidos* durante o período analisado. Destacam-se, ainda, dois casos de extinção sem resolução de mérito, em que se considerou como não conhecido o pedido de extradição devido à condição de refugiados dos dois extraditandos.

O segundo gráfico torna visível que, na maioria dos casos, a extradição é concedida, total ou parcialmente. A partir, portanto, desse resultado obtido através da pesquisa de uma relevante amostra de casos, a outra conclusão não se pode chegar a não ser a de que, como alegado de início, o Supremo Tribunal Federal em sua função de exame da legalidade dos processos extradicionais, tem apresentado uma postura de efetiva cooperação com os outros países, na busca pela erradicação da criminalidade em nível mundial.

Os casos em que o pleito extradicional foi indeferido corresponderam a meros 17% (51 casos) no universo dos casos selecionados pela amostragem entre o período do ano de 2000 a 2010. Entre as causas que culminaram no indeferimento do processo extradicional, estão aquelas previstas no art. 77 do Estatuto do Estrangeiro, principalmente aquela que versa sobre a impossibilidade da extradição, quando se operar a prescrição seja pela lei brasileira ou pela estrangeira.

O gráfico abaixo procura evidenciar as principais causas que ensejaram o indeferimento:



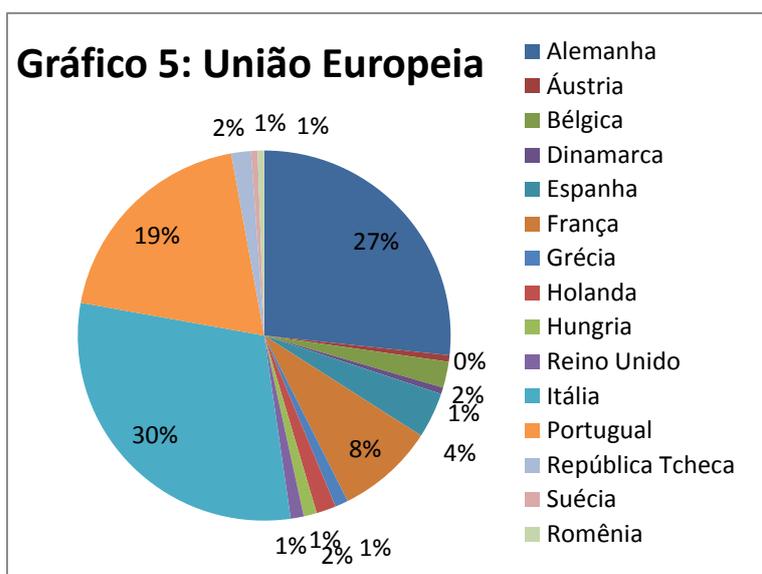
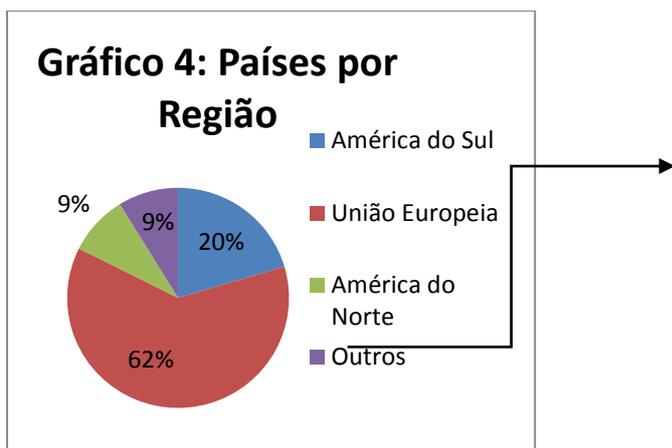
Como dito anteriormente, a prescrição foi, entre os motivos para indeferimento, a que mais ocorreu. Mas outra causa que também apresentou um número considerável foi a insuficiência nos documentos, tais como ausência de algum documento ou ainda, por exemplo, nos casos de cálculo de prescrição executória, a não indicação de cada pena cominada individualmente a cada crime.

Tiveram a mesma incidência como causa do indeferimento: o fato de a pena a ser cumprida ser inferior a 1 ano; o extraditando responder criminalmente por mesmo fato no Brasil; e, a não ocorrência da dupla tipicidade, ou seja, não ser crime no Brasil a conduta imputada ao extraditando pelo Estado requerente.

Não menos importantes são os três casos, correspondentes a 5%, em que o indeferimento deu-se por possuir o extraditando a condição de brasileiro nato ou naturalizado. Deve ser ressaltado que, como ocorreu num dos casos, apesar da previsão de extradição de naturalizado devido ao tráfico de drogas; em virtude de ausência de lei regulando especificamente o dispositivo do art. 5º, LI da Constituição da República Federativa do Brasil, o Supremo Tribunal Federal só tem deferido os casos em que for comprovado o envolvimento do extraditando, ou seja, nas Extradicações Executórias.

Temos ainda dois casos em que a Corte Suprema considerou os crimes imputados ao extraditando como crimes políticos, hipótese essa que, conforme o art. 77, VII do Estatuto do Estrangeiro, cumulada com o art. 5º, LII da CRFB, enseja a impossibilidade de se extraditar o indivíduo.

Por fim, restaram os variados motivos que se englobaram como “Outros”. Estes compreendem casos como a ausência do crime no rol taxativo de crimes passíveis a extradição entre os dois países, ou a impossibilidade de se proceder a promessa de reciprocidade por incompatibilidade de leis entre os dois países, ou a incompetência do Estado requerente para julgar o fato, dentre outros motivos.



Nos gráficos acima, evidencia-se quais foram os Estados que postularam pedidos extradicionais no período analisado. O primeiro deles versa sobre a quantidade de pedidos de extradição conforme a região do planeta em que se encontra o Estado requerente. Em virtude do número elevado de demandas oriundas da União Europeia, entendeu-se como relevante a construção do segundo gráfico, com a porcentagem de pedidos por país integrante deste bloco.

Três países contribuíram para que a União Europeia se sobressaísse sobre as demais regiões no primeiro gráfico. Conforme se evidencia no segundo gráfico, 186

a Itália foi o país que mais pedidos de extradição fez ao Brasil, seguida pela Alemanha e Portugal. Uma especulação possível é a de que, devido aos laços históricos existentes entre estes países e o Brasil, por exemplo, graças à imigração, o Brasil é um país não hostil à recepção de nacionais destes três países. Fica a advertência, contudo, que não passa esta hipótese levantada de uma mera conjectura a partir dos resultados obtidos, sem ter quaisquer dados empíricos que a comprovem.

Deve ser destacado ainda o resultado dos países da América do Sul, segunda região com mais pedidos, o que é esperado, já que o Brasil faz fronteira com quase todos os países do continente, facilitando a vinda dos extraditados para o Brasil. Além disso, nosso país possui diversos tratados com os países vizinhos, havendo, inclusive, um tratado multilateral do Mercosul – Decreto nº 4.975/04 – para facilitar a extradição entres os países membros do bloco.



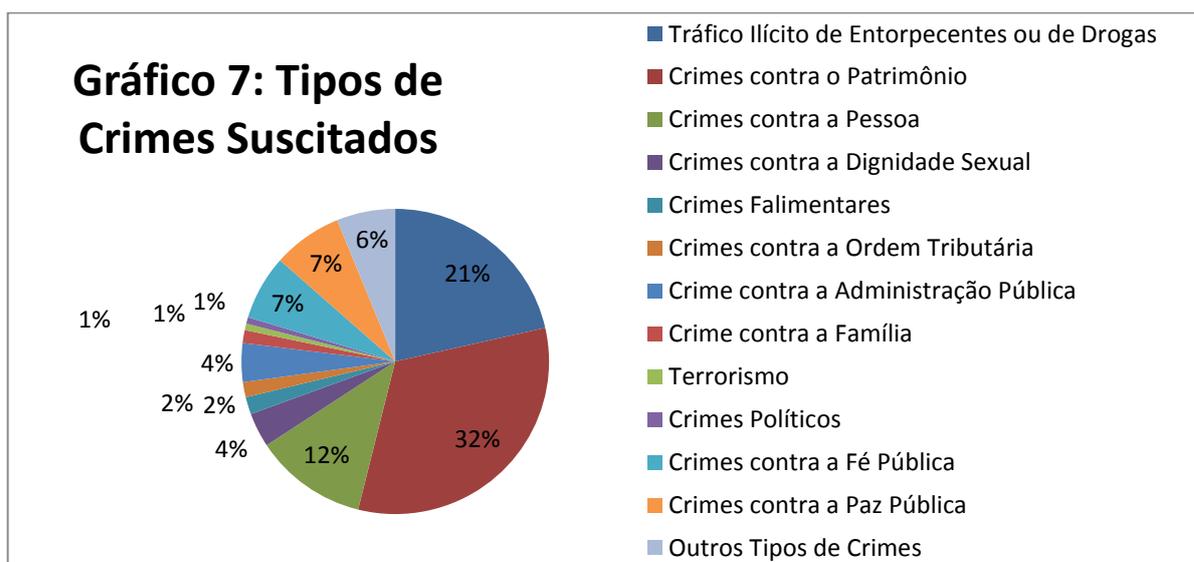
Após os primeiros resultados, nos quais levantarmos quais foram os Estados que requereram a extradição de indivíduos no período analisado, procuramos desvendar quais os nacionais que, alvo de pedidos extradicionais, foram efetivamente extraditados.

O gráfico de nacionalidade seguiu, em sua maior parte, a contabilidade de países requerentes. Sendo assim, os extraditados de nacionalidade italiana, que foi o país que teve um maior número de pedidos extradicionais, lideram o grupo de extraditados.

Não obstante, Portugal ultrapassou a Alemanha, que era a segunda entre os Estados requerentes. Isso se justifica porque a Alemanha requereu a extradição não só de seus nacionais, mas também de indivíduos de várias outras nacionalidades, prática essa que Portugal não seguiu.

O número daqueles cuja nacionalidade foi considerada como “desconhecida” revelou-se maior do que o esperado. Tal fato se justifica, contudo, pois não só houve casos em que o próprio Estado requerente desconhecia a nacionalidade do extraditando, como também alguns acórdãos foram omissos em indicar a nacionalidade do indivíduo sob análise.

Os norte-americanos, assim como os alemães, também tiveram um número abaixo do esperado pelo mesmo motivo, qual seja, inúmeros de seus pedidos incidiam não na extradição de um de seus nacionais, mas sim em pedidos de extradição de estrangeiros.



O objetivo da extradição é a cooperação internacional pelo combate ao crime, sendo assim, a aferição de quais crimes são mais suscitados nos pedidos extradicionais é de extrema relevância. Conforme os resultados demonstrados pelo gráfico, em primeiro lugar, com 32%, temos os crimes contra o patrimônio, em especial o crime de estelionato, do art. 171 do Código Penal Brasileiro, que foi o crime mais praticado, segundo os pedidos extradicionais.

Observou-se, em relação ao crime de estelionato, a aplicação do que falamos anteriormente, de que para a haver a dupla tipicidade, não é preciso haver

a semelhança no *nomen juris*. De fato, por exemplo, no Estados Unidos da América, na Suíça e em outros países, o crime de fraude foi equiparado ao de estelionato, ou, ainda, na Argentina e no Paraguai, o “crime de estafa” foi também considerado como equivalente ao estelionato. Já na Espanha, a denominação ao crime de estelionato foi o “crime de burla”.

Destaca-se que, embora, em vários casos, o crime de falsificação de documentos - públicos ou privados - tenha sido considerado como meio de consumação de crimes como o crime de estelionato; ainda assim os crimes contra a Fé Pública tiveram uma aparição considerável (7%).

O segundo tipo de crime com uma porcentagem considerável (21%), foi o tráfico ilícito de entorpecentes ou de drogas. Existem provas robustas de que o Brasil está em papel de destaque na rota do tráfico internacional de drogas, portanto, seria previsível semelhante resultado. Não raro, nos casos de extradição por este crime, o indivíduo estava respondendo ou havia respondido por crime de tráfico no Brasil, por isso a defesa alegava o art. 77, V. Não obstante, graças ao entendimento da Corte Suprema de que, nos casos de tráfico internacional, há a competência concorrente dos países onde ocorreram os vários atos independentes para a prática do crime, o pedido era deferido.

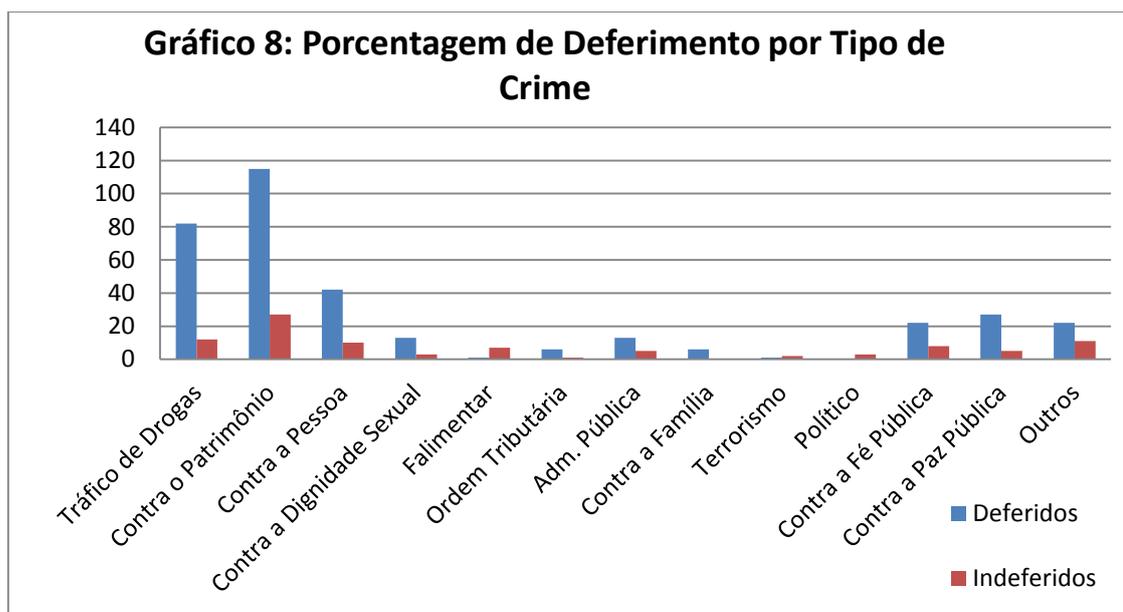
O precedente de competência concorrente nos crimes de tráfico seguido pelo Supremo Tribunal Federal se baseia no art. 36, 2, a, I da Convenção Única de Nova York de 1961 que versa sobre entorpecentes e assim dispõe:

Art. 36: Disposições Penais

1. Com ressalva das limitações de natureza constitucional, cada uma das Partes se obriga a adotar as medidas necessárias a fim de que o cultivo, a produção, fabricação, extração, preparação, posse, ofertas em geral, ofertas de venda, distribuição, compra, venda, entrega a qualquer título, corretagem, despacho, despacho em trânsito, transporte, importação e exportação de entorpecentes, feitos em desacordo com a presente Convenção ou de quaisquer outros atos que, em sua opinião, contrários à mesma, sejam considerados como delituosos, se cometidos intencionalmente, e que as infrações graves sejam castigadas de forma adequada, especialmente com pena prisão ou outras de privação da liberdade.
2. Observadas as restrições estabelecidas pelas respectivas constituições, sistema legal e legislação nacional de cada Parte:
 - a) **I - cada delito enumerado no parágrafo 1, se for cometido em diferentes países será considerado um delito distinto;** (grifo nosso)

Assim, se o Brasil foi o país em que houve a tentativa ou a efetiva exportação da droga, tal ato criminoso enseja a competência do Brasil para julgar o crime, mas não prejudica, por exemplo, a competência da Alemanha de julgar a importação da droga para o seu país.

Importante ainda ressaltar que os crimes contra a pessoa ficaram em terceiro lugar, com 12%. Tal forma de delito compreendeu, em sua maioria, casos de homicídio ou tentativa deste. Os crimes contra a paz pública, assim como os contra a fé pública, alcançaram 7% dos casos. Essa proporção se explica porque o crime de quadrilha foi suscitado diversas vezes junto a outros crimes, nem sempre ocorrendo a dupla tipicidade já que, por exemplo, no Estados Unidos da América não é necessário o conluio de pelo menos três pessoas, como ocorre no Brasil. Um crime, com *nomen juris* distinto, que equiparou-se ao de quadrilha, foi o crime de máfia, por vezes alegado pela Itália.



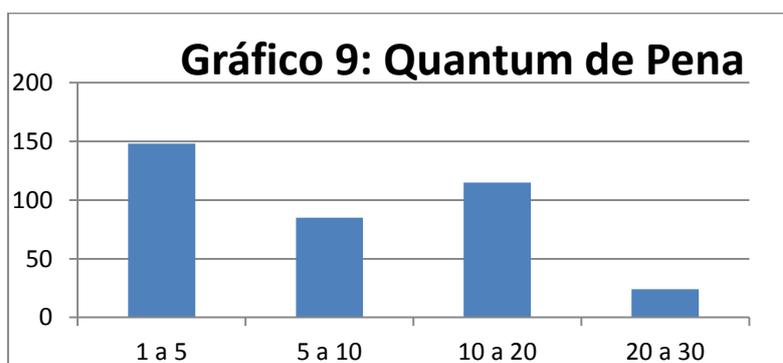
Conforme já concluimos no gráfico 2, que estabeleceu a quantidade de pedidos deferidos ou não, restou claro que os pedidos extradicionais são, em sua grande maioria, deferidos total ou parcialmente. Por tal razão, evidente que, na abordagem relativa aos diversos tipos de crime, na maior parte dos casos será preponderante a situação de deferimento do pedido. Não obstante, há casos em que os pedidos são indeferidos. Sendo assim, o gráfico acima procurou elucidar que crimes são esses, e tentaremos demonstrar porque não seriam deferidos. Inicialmente, note-se que apenas três tipos de crime apresentaram uma

quantidade de indeferimento maior que de deferimento: os crimes falimentares; os crimes de terrorismo; e os crimes políticos.

O crime político, por ser uma hipótese em que se veda a extradição, foi, todas as vezes, indeferido, como resta claro no gráfico acima. Já os pedidos em função de crime de terrorismo não foram todos deferidos, porque dois dos três pedidos de extradição com base no crime de terrorismo, apresentaram insuficiência de documentos juntados.

Por fim, os crimes falimentares foram indeferidos em sua maior parte, já que, por diversas vezes, verificava-se a prescrição pela legislação brasileira. Acontece que os crimes falimentares possuem uma singularidade no que diz respeito a sua prescrição. Até a instauração da Lei nº 11.101/05, vigorava o Decreto nº 7.661/45 e o disposto na Súmula 147 do STF, que estabeleciam a prescrição a partir de dois anos contados do encerramento da falência ou do dia em que deveria encerrada. Com a nova lei, o prazo passou a fluir da data da decretação da falência, o que é benéfico para o possível extraditando. Porém, submeteu a prescrição aos prazos do Código Penal, no que foi mais rigorosa. O entendimento da doutrina e da jurisprudência é de que, concorrendo a essas duas regras quanto ao cálculo do lapso prescricional, prevalecerá a mais benéfica ao réu.

De fato, os pedidos extradicionais com base em crimes falimentares pelos Estados requerentes foram feitos após o lapso temporal de dois anos, conforme a Súmula 147 do STF, o que resultou num maior número de pedidos indeferidos. Levanta-se, portanto, a hipótese de que há um provável desconhecimento por parte dos outros Estados, quanto a nosso prazo singular de prescrição nos crimes falimentares.



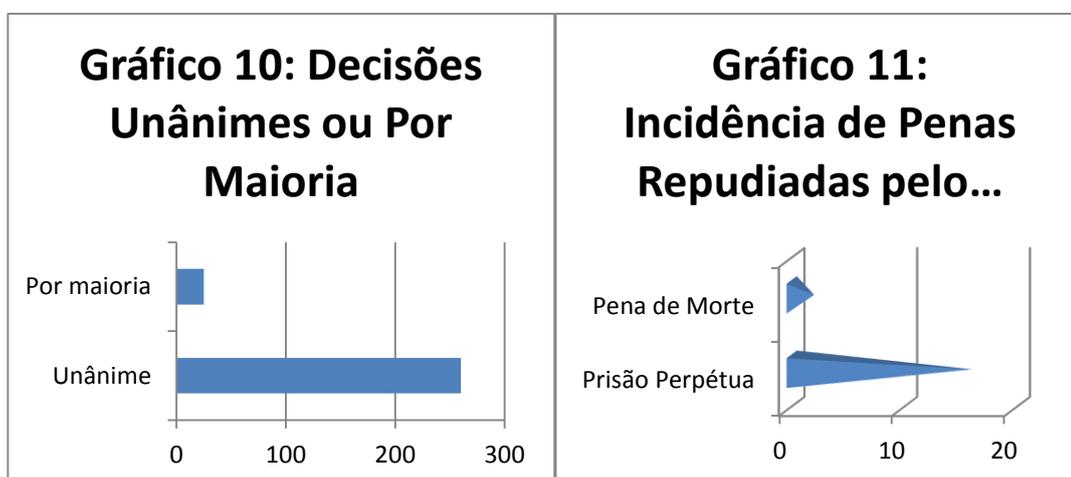
Para verificarmos o grau de periculosidade dos crimes cometidos pelos extraditandos, focamos nossa atenção nas penas cominadas para cada crime. Nos pedidos de extradição executória, consideramos a pena cominada, ou, quando havia mais de um crime, somamos as penas, já nos pedidos de extradição instrutória, usamos como parâmetro a pena-base máxima de cada crime conforme a legislação brasileira.

Os crimes de menor periculosidade, com penas superiores a 1(um) ano até 5(cinco) anos, foram a maioria. Contribuiu para tal, o crime de estelionato cuja pena-base máxima no Brasil é de 5(cinco) anos, e, o crime de quadrilha que é de 3(três) anos.

O intervalo seguinte de penas, aquelas compreendida entre penas superiores a 5(cinco) anos até 10(dez) anos, ficou em terceiro lugar. Nela estão compreendidos crimes como o de receptação, de roubo e outros crimes patrimoniais. Não obstante, o crime patrimonial que foi mais suscitado, o estelionato, compreende-se no intervalo anterior, o que auxiliou para que o primeiro intervalo ficasse em primeiro lugar.

O outro intervalo de pena que apresentou uma parte significativa foram os crimes cujas penas ficam entre 10 (dez) a 20 (vinte) anos. Justifica-se essa posição devido aos crimes de tráfico de entorpecentes, cuja pena-base máxima é de 15 (quinze) anos pela legislação brasileira.

Por último, os crimes com penas de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, que se reputam como crimes de grave periculosidade, tiveram uma quantidade bem inferior em comparação aos outros, constituindo-se principalmente de crimes de homicídio.



Os acórdãos analisados retratavam pedidos de extradição que, quase sempre, tinham uma decisão unânime pelos ministros do Supremo Tribunal Federal. Os raros casos em que a decisão se deu por maioria ocorreram porque, por exemplo, um ministro deferia a extradição em maior ou menor extensão que os demais ou até mesmo a indeferia. Ou então, devido à margem de discricionariedade conferida aos ministros na hora de decidir se o crime alegado no pedido foi político ou comum, em alguns acórdãos a divergência surgia porque alguns entendiam não se tratar de crime político. Outra origem de divergência foi também a discussão quanto à ocorrência de prescrição ou não no caso concreto analisado no pedido.

Um número considerável de vezes em que a decisão se deu por maioria teve como particularidade a possibilidade de o extraditando ser condenado à pena de prisão perpétua, ou quando já o havia sido.

Isso porque, embora a tradição da Corte Suprema no início do século passado fosse a de restringir a extradição em casos em que havia a prisão perpétua, a partir da Extradição nº 426 de 1985, passou a prevalecer o entendimento de que, em não havendo previsão em lei ou no tratado sobre a necessidade de ressalva quanto a pena de prisão perpétua, não haveria de ser o pedido deferido com qualquer restrição quanto a aplicação de pena de prisão perpétua.

Uma corrente seguida pelos Ministros Celso de Mello, Maurício Corrêa, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira e Marco Aurélio defendia o retorno da posição anterior do Supremo Tribunal Federal de vedação à prisão perpétua, mas foram inúmeras as decisões em que restaram vencidos.

O argumento principal destes Ministros para o retorno de tal vedação se justificava pela proibição, em nossa Constituição, à cominação e a imposição de quaisquer penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, CRFB), não podendo um tratado internacional ter precedência à nossa Magna Carta.

Foi só na Extradição nº 855, julgada em 2004, que se modificou este entendimento, retornando ao precedente de condição à concessão do pedido extraditacional ao Estado requerente, desde que este se comprometesse a não aplicar a pena de prisão perpétua, comutando-a no máximo a pena privativa de liberdade de 30 anos.

O contexto em que se consolidou o entendimento de que a prisão perpétua é uma pena repudiada pelo Brasil, não só em âmbito interno, mas também externo, logo impossibilitando a concessão do pedido extradicional sem a comutação desta em pena privativa de liberdade de até 30 (trinta) anos, constitui um dos grandes avanços na matéria extradicional.

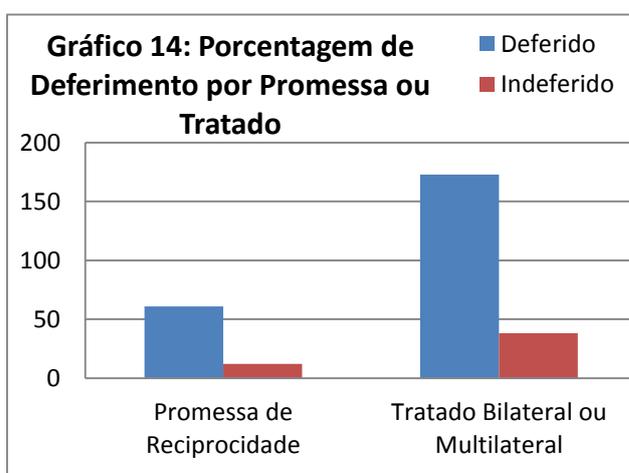
Sendo assim, o gráfico 11 reproduz a quantidade de vezes em que houve a incidência da prisão perpétua ou da pena de morte num pedido extradicional, seja por ter sido o extraditando condenado a uma delas, seja porque havia a possibilidade de vir a ser condenado.

Cumprir destacar que a pena de morte, bem como a pena corporal, diferente da prisão perpétua, é expressamente vedada, sendo imprescindível a sua comutação, conforme dispõe o art. 91, III, da Lei nº 6.815/80.



Como já dito anteriormente, a extradição poderá ser instrutória, quando o pedido se referir a um possível criminoso que ainda está sendo processado pelo Estado requerente, ou executória, quando o pedido se refere a um criminoso já condenado por um crime.

Após a leitura dos acórdãos do lapso temporal analisado, conclui-se, a partir do resultado obtido, que o número de pedidos extradicionais instrutórios é bem superior ao dos pedidos executórios.



A extradição poderá ser concedida com base em tratado bilateral ou multilateral, entre o Estado requerente e o Brasil, ou através de promessa de reciprocidade, observando-se as normas constantes no Estatuto do Estrangeiro.

O gráfico 13 evidencia que o tratado entre os países é o meio em que a maioria dos pedidos extradicionais se firma, não obstante, também há uma parcela daqueles feitos baseados na promessa de reciprocidade.

Embora a existência de um tratado bilateral ou multilateral entre os dois países possa parecer uma forma mais concreta e efetiva para a concessão da extradição, a verdade é que não há diferença, ou hierarquia, entre esses dois tipos de compromissos entre os países, quando se trata de matéria extradicional.

De fato, o gráfico 14 foi elaborado com o fito de demarcar que a promessa de reciprocidade, ainda que menos utilizada, pode obter êxito, desde que observados os requisitos do Estatuto do Estrangeiro.

O maior exemplo dessa realidade é a posição da Alemanha, que opera seus pedidos extradicionais através da promessa de reciprocidade e é o segundo

Estado em maior quantidade de pedidos, tendo, inclusive, obtido o aval do Supremo para a extradição por diversas vezes.

5 CONCLUSÃO

O estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre extradição demonstra que o número de casos em que o criminoso ou suposto criminoso é extraditado ao país requerente, idôneo a processá-lo ou comutá-lo à pena, é substancialmente superior aos casos em que a extradição é indeferida.

Partindo dos dados obtidos através de uma amostragem de acórdãos produzidos pela Corte, entre 2000 e 2010, com a posterior análise das informações, se fez evidente a postura do Supremo Tribunal Federal, como órgão atuante no combate à criminalidade, sendo inúmeras, como já dito, as extradições concedidas.

Em razão do modelo de contenciosidade limitada estabelecido no País, o Supremo Tribunal Federal não pode entrar na análise do mérito da questão que ensejou o pedido, pois, se assim o fizesse, estaria afrontando a soberania do outro Estado. A atuação da Corte se limita a avaliar a legalidade da concessão da extradição, conforme nossas leis internas ou normas estabelecidas em tratado internacional em vigor entre o Brasil e o Estado requerente. Portanto, um elevado número de concessões significa um efetivo combate à criminalidade pelo Supremo Tribunal Federal, na porção que lhe cabe no processo extradicional.

Além disso, outros fatores indicam uma postura ativa da Egrégia Corte Suprema quanto ao instituto da extradição no período analisado. Destaca-se, em especial, o retorno da obrigatoriedade de comutação de prisão perpétua em pena privativa de liberdade em até 30 anos, após quase 20 anos, com uma devida fundamentação que pauta-se pelas normas constitucionais e de Direitos Humanos.

Na sua atividade, em respeito aos tipos de crimes que analisam nos pedidos extradicionais, o STF procede ao estudo de cada caso, verificando, não só o tipo penal, mas o fato imputado ao indivíduo para examinar a existência, ou não, de dupla tipicidade. Como citado anteriormente, nos casos de estelionatos, em diversos países o *nomen juris* atribuído para este crime era muito distinto, mas, após o estudo dos Ministros, se concluiu pela identidade entre os tipos penais.

Em outra forma de abordagem, quanto à periculosidade dos crimes examinados pelos Ministros, esta não é alta, e pelo contrário, a maioria envolve crimes com baixa ofensividade. Os tipos de crimes mais suscitados foram os crimes contra o patrimônio, em específico o de estelionato, mas os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas apresentaram também um número considerável.

As normas do Estatuto do Estrangeiro foram devidamente observadas, principalmente o art. 76, que permite a concessão da extradição através da promessa de reciprocidade. O Supremo Tribunal Federal analisou os pedidos baseados nas promessas, atentando também para possíveis disparidades entre as respectivas legislações do país estrangeiro e a brasileira que impossibilitassem a promessa de reciprocidade. A Alemanha é um exemplo de nação que se utilizou deste tipo de procedimento de extradição, tendo obtido, na maioria das vezes, o êxito do pedido.

Outra evidência do detalhado exame da legalidade do pleito extradicional pela Corte Suprema, é o indeferimento de diversos crimes falimentares, em razão da regra particular de prescrição destes crimes no sistema jurídico brasileiro. Apontando a singularidade e procedendo ao devido cálculo, o Supremo Tribunal Federal fundamentou todos os pedidos indeferidos.

O Tribunal também observou as normas oriundas de seu Regime Interno, bem como a Súmula 421, que versa sobre a possibilidade de extradição ainda que o extraditando tenha família brasileira, refutando, assim, inúmeras defesas que pugnavam pelo indeferimento em razão do indivíduo ter filho(a), cônjuge ou companheiro(a) no Estado.

O perfil atual da nossa Corte Suprema, portanto, é aquele de um Tribunal que exerce devidamente a sua função, conforme lhe ditam as normas internas e internacionais, aprimorando a interpretação destas.

Sendo assim, resta evidente que, no tocante à esfera de atuação do Supremo Tribunal Federal, este atua pelo devido combate à criminalidade em âmbito internacional. Ainda que de forma restrita, pelo modelo de contenciosidade limitada, que não permite a Corte adentrar no mérito da questão, o Tribunal concedeu a maior parte dos pedidos, não se atendo à questão da justiça, ou não, da concessão.

A principal conclusão a que chegamos é que nossa Egrégia Corte Suprema aplica adequadamente o Direito Extradicional, e, conseqüentemente, em nada contribui para um perfil mítico de ser o Brasil um país leniente com criminosos estrangeiros que aqui venham homiziar-se. Ao contrário, como demonstrado pela maioria dos casos analisados da Corte, a tendência tem sido, o *decisum* favorável à concessão da extradição.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição**. Senado Federal, 1988.

_____. **Estatuto do Estrangeiro**, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARNEIRO, Camila Tagliani. **A Extradição no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica Editora. 2002

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Parte Geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: GEN Forense, 2011.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume 2. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Procedimentos de extradição**. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/>>. Acesso em 02 nov. 2013

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Consulta jurisprudência**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/>> . Acesso em: 02 abril 2013.

TIBURCIO, Carmen. **Temas de Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RESENHAS DE DECISÕES

Esta seção é composta por relatos de casos preparadas por alunos de graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em cada resenha procurou-se sintetizar os aspectos principais da decisão e apontar sua possível relevância para a evolução do Direito Internacional.

**TRIBUNAL INTERNACIONAL PARA O DIREITO DO MAR:
REINO DOS PAÍSES BAIXOS *versus* FEDERAÇÃO RUSSA: O CASO
DO ARCTIC SUNRISE**

**International Tribunal for the Law of the Sea: The Arctic
Sunrise Case (Provisional Measures)¹**

Laíla Antonia Santos²

Sumário: 1 O caso. 2 A decisão. 3 O direito.

Resumo: Trata-se de medidas provisórias decididas pelo Tribunal Internacional do Direito do Mar em lide entre Países Baixos e Federação Russa, países que não escolheram o mesmo procedimento de solução de controvérsias da Convenção das Nações Unidas do Direito do Mar, aceitando assim a jurisdição do Tribunal Arbitral.

1 O CASO

Processualmente, o trâmite deu-se da seguinte forma: os Países Baixos instituíram procedimentos no Tribunal Internacional do Mar por conta do embarque e detenção do vaso *Arctic Sunrise* e das pessoas a bordo na Zona Econômica Exclusiva da Federação Russa. Pleiteavam medidas provisórias na pendência de constituição do Tribunal Arbitral competente para o caso. A ré, entretanto, emitiu uma nota em que rejeitava a competência do Tribunal Arbitral e recusava-se a participar do requerimento de medidas provisórias.

A Organização Não Governamental *Greenpeace*, a quem o navio apreendido pertencia, requereu participação como *amicus curiae*, mas não foi aceita.

Seguiu-se a audiência, na qual a Federação Russa não foi representada. Os Países Baixos, por sua vez, apresentaram um integrante do *Greenpeace* como testemunha.

Segundo noticiado na imprensa, o navio de bandeira neerlandesa *Arctic Sunrise* estava na Zona Econômica Exclusiva russa quando alguns membros da tripulação, em botes infláveis, tentaram ingressar na plataforma de petróleo Prirazlomnaya como forma de protestar contra a extração do combustível fóssil

¹ DOI desta resenha: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.14943>.

² Aluna da graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

no Ártico. No dia seguinte, a guarda costeira russa ingressou no navio e deteve-o, prendendo toda a tripulação sob a acusação de pirataria³.

Alegaram os Países Baixos que a Federação Russa ilegalmente ingressou, investigou, inspecionou, prendeu e deteve o navio *Arctic Sunrise*, que ostentava bandeira neerlandesa e estava na Zona Econômica Exclusiva russa, sem o consentimento do país da bandeira. Membros da tripulação foram presos e processos judiciais foram iniciados contra eles.

Isso teria ferido a liberdade de navegação e o direito dos Países Baixos de proteger um navio de sua bandeira.

Ademais, nota verbal emitida pela Federação Russa admitiu que houve embarque no vaso que navegava na ZEE russa e que houve exercício de jurisdição. O Estado autor advoga que a Convenção restringe os direitos de soberania dos Estados costeiros, em especial a jurisdição, que não poderia ser estendida unilateralmente, ao contrário da atitude russa⁴. Traz à baila ainda que a Convenção proíbe o embarque em navios estrangeiros em alto mar (art. 110 da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar⁵) e na Zona Econômica Exclusiva (art. 58, §2º, da CNUDM⁶), e que, segundo o estabelecido no caso *Lotus*, as exceções são sempre explícitas.

Os Países Baixos defendem, por fim, que tiveram os seguintes direitos violados: exercer o direito de proteger um navio que arvore a sua bandeira (art. 58, §1º e art. 87 §1º, a7, da CNUDM e direito costumeiro); direito de exercer a

³ BROWN, J. Russia arrests 30 environmental activists during Arctic protest. *The Independent*. Disponível em: <<http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/russia-arrests-30-environmental-activists-during-arctic-protest-8830165.html>>. Acesso em 10 de julho de 2014.

⁴ As regras concernentes ao exercício de jurisdição na Zona Econômica Exclusiva encontram-se nos artigos 56, 58 e 60 da Convenção das Nações Unidas.

⁵ Artigo 110.º Direito de visita. 1 – [...] [U]m navio de guerra que encontre no alto mar um navio estrangeiro [...] não terá o direito de visita, a menos que exista motivo razoável para suspeitar que [...].

⁶ Artigo 58.º Direitos e deveres de outros Estados na zona económica exclusiva. 1 - Na zona económica exclusiva, todos os Estados, quer costeiros quer em litoral, gozam, nos termos das disposições da presente Convenção, das liberdades de navegação e sobrevoo e de colocação de cabos e ductos submarinos, a que se refere o artigo 87.º, bem como de outros usos do mar internacionalmente lícitos, relacionados com as referidas liberdades, tais como os ligados à operação de navios, aeronaves, cabos e ductos submarinos e compatíveis com as demais disposições da presente Convenção. 2 - Os artigos 88.º a 115.º e demais normas pertinentes de direito internacional aplicam-se à zona económica exclusiva na medida em que não sejam incompatíveis com a presente parte.

⁷ Artigo 87.º Liberdade do alto mar. 1 - O alto mar está aberto a todos os Estados, quer costeiros quer sem litoral. A liberdade do alto mar é exercida nas condições estabelecidas na presente Convenção e nas demais normas de direito internacional. Compreende, inter alia, para os Estados quer costeiros quer sem litoral: a) Liberdade de navegação; [...]

jurisdição sobre os navios de sua bandeira (art. 58 e parte VII, CNUDM e direito costumeiro); direito de proteção diplomática; direito de pedir indenização em nome da tripulação, independente de sua nacionalidade; direito à liberdade e segurança da tripulação de um navio; direito a sair do território e zonas marítimas de um Estado costeiro (art. 9, 12 §2º da Declaração dos Direitos Cíveis e Políticos e direito costumeiro).

Dessa sorte, formularam os pedidos: (i) cessação da violação; (ii) garantias de não repetição; (iii) reparação; (iv) suprimento do vaso para que ele possa sair dos territórios sob a jurisdição da Federação Russa; (v) libertação dos membros da tripulação e permissão para que possam sair do território; (vi) suspensão dos procedimentos judiciais e administrativos e abstenção de que novos procedimentos sejam iniciados; (vii) garantia de que nenhuma outra ação que agrave ou estenda a disputa seja tomada.

Entretanto, quando da ratificação da CNUDM em 1997, a Federação Russa não havia aceitado os procedimentos compulsórios quanto a delimitações de fronteiras marítimas; atividades militares; ou questões relativas a ordens do Conselho de Segurança das Nações Unidas; e cumprimento da lei quanto a atividades no exercício da soberania ou jurisdição – art. 298⁸ da CNUDM. Tal reserva foi invocada para não aceitar os procedimentos propostos pelos Países Baixos. Nenhuma outra alegação foi apresentada.

Os Países Baixos, a seu turno, sustentaram que a reserva quanto às atividades no exercício de soberania ou jurisdição só se aplicaria a disputas

⁸ Artigo 298.º Exceções de carácter facultativo à aplicação da secção 2. 1 - Ao assinar ou ratificar a presente Convenção ou a ela aderir, ou em qualquer outro momento ulterior, um Estado pode, sem prejuízo das obrigações resultantes da secção 1, declarar por escrito não aceitar um ou mais dos procedimentos estabelecidos na secção 2, com respeito a uma ou várias das seguintes categorias de controvérsias:

a): i) As controvérsias relativas [...]à delimitação de zonas marítimas, ou às baías ou títulos históricos, com a ressalva de que o Estado que tiver feito a declaração, quando tal controvérsia surgir depois da entrada em vigor da presente Convenção e quando não se tiver chegado a acordo dentro de um prazo razoável de negociações entre as partes, aceite, a pedido de qualquer parte na controvérsia, submeter a questão ao procedimento de conciliação nos termos da secção 2 do anexo V, [...];

b) As controvérsias relativas a atividades militares, incluídas as atividades militares de embarcações e aeronaves de Estado utilizadas em serviços não comerciais, e as controvérsias relativas a atividades destinadas a fazer cumprir normas legais tendo em vista o exercício de direitos soberanos ou da jurisdição excluídas, nos termos dos nº 2 ou 3 do artigo 297.º, da jurisdição de uma corte ou tribunal; [...]

2 - O Estado Parte que tiver feito uma declaração nos termos do n.º 1 poderá retirá-la em qualquer momento ou convir em submeter a controvérsia, excluída em virtude dessa declaração, a qualquer dos procedimentos estabelecidos na presente Convenção. [...]

excluídas da jurisdição de uma corte ou tribunal – art. 297 §§2º e 3º da CNUDM. Caso assim não fosse, haveria contradição com o art. 309¹⁰ da CNUDM, o qual estabelece que somente é possível fazer reservas quando a própria Convenção permitir. O Tribunal concorda, *prima facie*.

2 A DECISÃO

Primeiramente, estabeleceu o Tribunal que a ausência de uma parte, uma vez notificada, não é uma barreira para os procedimentos e não impede que o Tribunal aplique medidas provisórias. Ela continua fazendo parte do procedimento, conforme estabelecido em precedente da Corte Internacional de Justiça, no caso Nicarágua v. EUA.

A Corte entendeu ainda que a atitude da Federação Russa prejudicaria a administração da justiça, uma vez que poderia ter prestado informações relevantes ao Tribunal. Além do mais, os Países Baixos não poderiam ser prejudicados pela ausência da Federação Russa.

Passa-se à análise da competência *prima facie*, que o Tribunal deve entender possuir antes de julgar medidas provisionais.

Os Países Baixos alegam que a disputa concerne à interpretação e aplicação de provisões da Convenção, o que geraria competência do Tribunal. Este entende que há diferença de opiniões quanto à aplicabilidade das provisões da Convenção no que concerne aos direitos e obrigações do navio de bandeira e do navio costeiro, sendo a lide relacionada à interpretação ou aplicação da Convenção.

⁹ Artigo 297.º Limites à aplicação da secção 2. [...] 2 - a) As controvérsias relativas à interpretação ou aplicação das disposições da presente Convenção concernentes à investigação científica marinha serão solucionadas de conformidade com a secção 2 [...]

b) A controvérsia suscitada quando o Estado que realiza as investigações alegar que, em relação a um determinado projeto, o Estado costeiro não está a exercer, de modo compatível com a [...] Convenção, os direitos que lhe conferem os artigos 246.º e 253.º será submetida, [...] ao procedimento de conciliação nos termos da secção 2 do anexo V, [...]

3 - a) As controvérsias relativas à interpretação ou aplicação das disposições da presente Convenção concernentes à pesca serão solucionadas de conformidade com a secção 2, [...]

b) Se a aplicação das disposições da secção 1 da presente parte não permitiu chegar a uma solução, a controvérsia será submetida, a pedido de qualquer das partes na controvérsia, ao procedimento de conciliação nos termos da secção 2 do anexo V, quando se alegue que um Estado costeiro:

i) Tenha manifestamente deixado [...] que a manutenção dos recursos vivos da zona económica exclusiva não fique seriamente ameaçada; [...]

¹⁰ Artigo 309.º Reservas e exceções. A presente Convenção não admite quaisquer reservas ou exceções além das por ela expressamente autorizadas noutros artigos.

O Tribunal considera que há jurisdição *prima facie* para o tribunal arbitral e que o *iter* adotado antes da instituição do procedimento foi correto, com a exaustão da possibilidade de se chegar a um acordo por meio de negociação.

O Tribunal enxerga urgência na situação descrita; há o preenchimento das condições do art. 290 §§ 1º e 5º da CNUDM¹¹. Ressalta ainda a Corte que as medidas prescritas pelo Tribunal não precisam ser anteriores à constituição do Tribunal arbitral.

O Tribunal justifica a urgência pela alegação dos Países Baixos de que o vaso é um quebra-gelo que necessita de manutenção cotidiana, cuja falta compromete a segurança e aptidão do navio; gera a possibilidade do vazamento de óleo; além da violação ao direito da tripulação de liberdade e de sair do território russo.

Países Baixos pediram à Federação Russa que soltasse imediatamente o navio; ou mesmo que substituíssem o arresto por outra penalidade, dispondo-se a pagar. Tal pedido não foi respondido.

O Tribunal ressalta que ele tem competência para prescrever medidas provisórias diversas das pedidas pelas partes (art. 290 §5º da CNUDM), inclusive fiança ou garantia financeira para a libertação do navio e tripulação.

O Tribunal entendeu apropriado que o vaso e as pessoas detidas sejam liberados de maneira condicionada ao depósito de uma fiança ou garantia financeira de três milhões e seiscentos mil euros em um banco russo ou com conexão com a Federação Russa.

3 O DIREITO

A questão central na disputa é se a Federação Russa violou as obrigações estabelecidas na CNUDM ao arrestar um navio de pavilhão neerlandês que se encontrava na sua Zona Econômica Exclusiva sem permissão do país da bandeira.

¹¹ Artigo 290.º Medidas provisórias. 1 - Se uma controvérsia tiver sido devidamente submetida a uma corte ou tribunal que se considere, *prima facie*, com jurisdição [...], a corte ou tribunal poderá decretar quaisquer medidas provisórias que considere apropriadas às circunstâncias [...] até decisão definitiva. [...]

5 - Enquanto não estiver constituído o tribunal arbitral [...], qualquer corte ou tribunal, escolhido de comum acordo pelas partes ou, na falta de tal acordo, dentro de duas semanas subsequentes à data do pedido de medidas provisórias, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, [...] pode decretar, modificar ou revogar medidas provisórias nos termos do presente artigo, se considerar, *prima facie*, que o tribunal a ser constituído teria jurisdição e que a urgência da situação assim o requer. [...]

Primeiramente, a Federação Russa alega que a reserva feita sob égide do artigo 298 da CNUDM é relativa a questões de jurisdição e cumprimento da lei. O argumento neerlandês baseia-se na restrição da reserva às matérias dos artigos 298 e 297.

Entretanto, Douglas Guilfoyle¹² apresenta duas outras interpretações possíveis a essa reserva: a um, a reserva poderia ser geral, como o alegado pela Rússia, uma vez que o escopo da Convenção à época de sua elaboração era conseguir o máximo de ratificações possível. Assim, a ideia de um rol taxativo de matérias passíveis de reserva pode não ser a mais adequada historicamente. Adotar em 2014, 32 anos após a edição da Convenção, um entendimento que restringe uma reserva feita há mais de 15 anos pode desestimular os Estados a ratificarem outros tratados do mesmo tema.

A dois, a Rússia pode realmente ter feito a reserva com base nos artigos 298 e 297 e sob a égide do artigo 310¹³, que permite declarações com o fim de harmonizar a lei local com a Convenção. Entretanto, tal reserva sucumbe ao argumento neerlandês de taxatividade dos artigos 297 e 298.

Em segundo lugar, cabe analisar se o Tribunal Internacional do Mar teria competência para analisar a questão. Por se tratar de um fato ocorrido na ZEE russa, a princípio a jurisdição desse país se aplica, ainda mais por se tratar de plataforma de petróleo, a qual admite uma zona de segurança ao seu redor. Os atos foram realizados sob a jurisdição russa e seriam crimes de acordo com a lei desse país. Determinar a liberação do navio pode ser considerada uma invasão na soberania russa.

A questão de jurisdição do Tribunal é efetivamente complexa, demandando estudo mais aprofundado, escapando ao propósito da presente resenha.

Um terceiro ponto relevante da decisão foi a determinação do pagamento de uma fiança como solução para duas questões distintas: o arresto do navio

¹² GUILFOYLE, Douglas. Greenpeace 'Pirates' and the MV Arctic Sunrise. Disponível em: <<http://www.ejiltalk.org/greenpeace-pirates-and-the-mv-arctic-sunrise/>>. Acesso em: 09/07/2014.

¹³ Artigo 310.º. Declarações. O artigo 309.º não impede um Estado Parte, quando assina ou ratifica a presente Convenção ou a ela adere, de fazer declarações, qualquer que seja a sua redação ou denominação, com o fim de, inter alia, harmonizar as suas leis e regulamentos com as disposições da presente Convenção, desde que tais declarações não tenham por finalidade excluir ou modificar o efeito jurídico das disposições da presente Convenção na sua aplicação a esse Estado.

(questão de Direito Internacional) e a detenção da tripulação, a qual teria cometido crimes segundo a legislação russa (questão de direito penal local).

A fiança é um pagamento de um determinado montante de dinheiro como garantia de uma obrigação. Logo, a natureza da obrigação garantida é civil, assim como a natureza do arresto do navio. No caso, a garantia visa a compensar a Federação Russa caso a alegação dos Países Baixos seja declarada improcedente. Entretanto, a detenção da tripulação tem natureza penal, a princípio insuscetível de total compensação financeira.

A acusação que pairava sobre os tripulantes era de pirataria. Esta, de acordo com a CNUDM¹⁴, - em linhas gerais - é ato ilícito de violência realizado com fins privados pela tripulação de um navio privado contra um navio em alto mar. A princípio, segundo o noticiado, não houve violência por parte dos militantes e o alvo foi uma plataforma, e não um navio.

Portanto, *prima facie*, seria possível que a Rússia aceitasse libertar o navio, mas que se negasse a fazer o mesmo com a tripulação, pois poderia significar impunidade dessas pessoas sob a lei russa. Também é possível entender que o Tribunal enxergou que não houve a prática de pirataria, por esse motivo estabelecendo compensação financeira. Ainda, pode-se deduzir que o Tribunal escolheu não discorrer explicitamente sobre uma questão precípua de direito interno por questões de competência.

Um questionamento a ser feito é o seguinte: se a CNUDM é uma lei do mar, até que limite suas disposições podem ser utilizadas a fim de controlar a lei local? Existe alguma possibilidade para isso?

De qualquer maneira, a decisão não aborda claramente a acusação à qual os tripulantes estão submetidos, abarcando-a conjuntamente com a questão do arresto do navio, de modo a propor uma solução una. Talvez seja possível criticar a atitude do Tribunal de silenciar sobre tal ponto, um tema interessante para estudo.

¹⁴ Artigo 101.º. Definição de pirataria. Constituem pirataria quaisquer dos seguintes atos:

a) Todo o ato ilícito de violência ou de detenção ou todo o ato de depredação cometidos, para fins privados, pela tripulação ou pelos passageiros de um navio ou de uma aeronave privados, e dirigidos contra: i) Um navio ou uma aeronave em alto mar ou pessoas ou bens a bordo dos mesmos; [...]

SUPREME COURT OF THE UNITED KINGDOM: R v MOHAMMED GUL¹

Lenara Ferreira Duarte Costa²

Sumário: 1 Descrição do fato. 2 Argumento da acusação. 3 Argumento da defesa. 4 Decisão do Supremo Tribunal do Reino Unido. 5 Considerações sobre a decisão.

Resumo: Trata-se de uma sentença proferida pelo Supremo Tribunal do Reino Unido em 23 de outubro de 2013 ao julgar o recurso do apelante Mohammed Gul contra decisão da Divisão Penal do Tribunal de Recurso da Inglaterra e do País de Gales proferida em 22 de fevereiro de 2012. Nesta apelação, o Tribunal de Recurso confrontou os argumentos da defesa com os preceitos consagrados perante o Direito Internacional e, mesmo com a identificação de leis internacionais humanitárias que pudessem excluir a culpabilidade do apelante, concluiu que os atos praticados pelo réu são facilmente subsumidos à definição de terrorismo da Seção 1 da Lei de Terrorismo de 2000³ da Inglaterra. Para tanto, o Tribunal de Recurso entendeu que ataques de um grupo armado não governamental contra as forças armadas de qualquer governo podem ser suscetíveis de incriminação pelas Leis de Terrorismo do Reino Unido, a despeito da regulação do Direito Internacional Humanitário. Assim, Mohammed Gul foi condenado em 5 anos de prisão por disseminar publicações terroristas, nos termos da seção 2 da Lei de Terrorismo de 2006⁴. Ao analisar o recurso contra tal decisão, o Supremo Tribunal do Reino Unido considerou a definição de terrorismo imprudente e indesejável, mas, em seguida, utilizou-a como fundamento para confirmar a condenação do réu. Os argumentos que embasaram essa condenação serão expostos ao longo deste trabalho a partir da identificação dos argumentos da acusação e da defesa do réu.

1 DESCRIÇÃO DO FATO

O apelante nasceu na Líbia, em 24 de fevereiro de 1988, mas viveu grande parte de sua vida na Inglaterra e é um cidadão britânico estudante de Direito da Universidade de Londres. Em fevereiro de 2009, como resultado da execução de um mandado de busca e apreensão na casa de Mohammed, policiais encontraram em seu computador vídeos enviados a vários sites. Alguns desses vídeos apresentavam (i) ataques de membros da Al-Qaeda, do Talibã e de outros grupos ilegais contra alvos militares na Chechênia, nas forças da coalizão no Iraque e no

¹ DOI desta resenha: <http://dx.doi.org/10.12957/cosmopolitan.2014.14944>.

² Aluna da graduação em direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

³ A seção 1 da Lei de 2000 é intitulada "Terrorismo: Interpretação" e, conforme alteração feita pela Lei de 2006 e pela Lei Antiterrorista de 2008, prevê o seguinte: "Terrorismo é definido como ação ou ameaça de ação com a finalidade de influenciar o governo ou uma organização internacional, de intimidar o público, ou que se destine a promover determinada política, causa religiosa, racial ou ideológica, caso envolva (a) violência grave contra uma pessoa, (b) grave dano à propriedade, (c) perigo de vida a uma pessoa, (d) criação de risco grave à saúde ou à segurança públicas, ou (e) intento de perturbar ou interferir sistema eletrônico gravemente." (Tradução nossa).

⁴ Lei de Terrorismo de 2006, seção 2 Disseminação de Publicação Terrorista: "(1) Comete um crime aquele que pratica um ato que se enquadra na subseção (2) e, ao mesmo tempo: (a) pretende, como efeito de sua conduta, encorajar outros direta ou indiretamente a cometer, preparar ou instigar "atos de terrorismo"; (b) pretende, como efeito de sua conduta, dar assistência ao cometimento ou à preparação de tais atos; ou (c) é imprudente quanto ao saber se a sua conduta produz o efeito mencionado na alínea (a) ou (b)". (Tradução nossa).

Afeganistão, (ii) uso de dispositivos explosivos improvisados contra as forças de coalizão, (iii) trechos de "vídeos de martírio", e (iv) clipes de ataques contra civis, incluindo o ataque de 11 de setembro em Nova York. Nestes vídeos havia comentários que elogiavam a bravura e o martírio dos autores dos ataques, bem como incentivos para que outros fizessem o mesmo.

Os vídeos foram considerados publicações terroristas nos termos da seção 2 da Lei de Terrorismo de 2006 do Reino Unido. Desse modo, o apelante foi condenado em razão de apoiar o terrorismo por meio da disseminação de publicações terroristas. O réu recorreu dessa decisão perante o Tribunal de Recurso da Inglaterra a partir do questionamento da abrangência da definição de terrorismo presente na lei inglesa. Para ele, a interpretação do artigo 1º da Lei de 2000 e, em particular, o significado da palavra "terrorismo" devem ser discutidos, uma vez que, para concluir pela condenação, o júri deve ter acordado em que os vídeos encorajaram ou induziram as pessoas que os assistiram a cometer, preparar ou instigar "atos de terrorismo", assim como o apelante deve ter tido tal intenção ou ter agido com imprudência culpável.

Caso algumas ou todas as atividades mostradas nos vídeos enviados não tenham envolvido atos de terrorismo na acepção do artigo 1º da Lei de 2000, é possível que o recorrente possa ser absolvido em alguns ou todos os cinco crimes em que foi condenado.

A seção 1 da Lei de 2000 identifica o terrorismo como constituído por três componentes. O primeiro é "ação ou ameaça de ação", dentro ou fora do Reino Unido, sendo que essa ação deve consistir, nomeadamente, em "violência grave", "sérios danos à propriedade", ou na criação de um risco grave para a segurança pública ou à saúde. O segundo componente é que a ação ou ameaça deve ser "destinada a influenciar o governo ou executada para intimidar o público". O terceiro componente exige que a ação ou a ameaça seja "empreendida com o propósito de fazer avançar uma causa política, religiosa, racial ou ideológica".

A definição de terrorismo na seção 1 na Lei 2000 é, em seu sentido natural, muito abrangente de fato. Por uma questão de linguagem comum, a definição parece cobrir qualquer tipo de violência ou dano à propriedade se for levada a cabo com o objetivo de influenciar o governo ou organização governamental internacional. Assim, abarca atividade militar ou quase militar destinada a derrubar um governo estrangeiro, mesmo que essa atividade seja aprovada

(oficialmente ou não) pelo governo do Reino Unido. A partir dessa conclusão, um insurgente⁵ poderia ser considerado terrorista? Em consequência, o apoio a uma insurgência contra regime sem legitimidade popular poderia ser incriminado por uma lei doméstica antiterrorista? Esta é a questão mais polêmica da decisão, uma vez que a amplitude das Leis de Terrorismo do Reino Unido incriminaria tal conduta. É interessante observar que antes do presente caso ser apreciado pelo Tribunal de Recurso, o Tribunal da Coroa argumentou que insurgentes em conflitos armados de caráter não internacional não possuem status internacional legal nem imunidade de combate. Nesse diapasão, a responsabilidade criminal dos insurgentes seria matéria de lei doméstica⁶.

A fim de se entender o argumento utilizado pelo Supremo Tribunal do Reino Unido, faz-se necessário destacar os principais argumentos adotados pela acusação e pela defesa do réu.

2 ARGUMENTO DA ACUSAÇÃO

Para o Ministério Público, a conduta do réu constitui fato tipificado pelas Leis de Terrorismo da Inglaterra, logo, deve ser condenada. Admitiu-se a amplitude da definição de terrorismo, mas, por outro lado, tal abrangência é contrabalanceada pelo requerimento de que qualquer acusação de terrorismo deve ser autorizada pelo Diretor do Ministério, se a atividade ocorreu no Reino Unido, ou pelo Procurador Geral da República, se ela ocorreu no exterior. Garantir-se-ia, assim, que acusações criminais sejam formuladas apenas nos casos apropriados.

3 ARGUMENTO DA DEFESA

Para o réu, a definição de terrorismo dada pelo Direito Internacional é menos abrangente do que a definição dada pela legislação do Reino Unido. Como fundamento de tal assertiva, argumentou-se que é costume de Direito Internacional somente caracterizar atos criminosos praticados em tempo de paz como crimes de terrorismo e não durante conflitos armados. A exceção a tal assertiva são os atos de violência praticados na vigência de um conflito armado

⁵ Insurgentes são grupos sublevados dentro de um Estado que visam a tomada do poder, cuja luta atinge certo grau de efetividade, sem, no entanto, constituir guerra civil. Os direitos e deveres dos insurgentes dependem do que lhes é atribuído pelos Estados que os reconhecem.

⁶ Seção 29 da decisão do Tribunal de Recurso a respeito do caso Regina x Mohammed Gul.

cujos objetivos principais são disseminar o terror na população civil, o que configuraria, dessa forma, atos terroristas. Todavia, isso não foi o que ocorreu no presente caso. Em sua defesa, apelante disse que não concorda com os ataques feitos a civis expostos nos vídeos divulgados, mas acredita que o uso da força representa legítima defesa das pessoas que resistem à invasão de seu país. Dessa forma, o *upload* dos vídeos tinha por objetivo encorajar a resistência a ataques injustos ao invés de oferecer apoio a atos terroristas. Com base nesse argumento, o apelante foi absolvido pelo júri da acusação sobre o vídeo que continha cenas sobre o conflito israelense-palestino em Gaza, uma vez que Israel estava envolvido em uma incursão na Faixa de Gaza que envolveu ataques contra civis, escolas, hospitais e ambulâncias. Neste caso, o uso da força apenas constitui uma reação aos ataques de Israel, ou seja, um ato de legítima defesa contra uma agressão injusta.

Ademais, para a defesa, Mohammed Gul não poderia ser incriminado por ter carregado os vídeos supracitados na internet, visto que dentre as convenções internacionais sobre terrorismo que vinculam o Reino Unido há cláusula de exclusão para as ações levadas a cabo pelas partes em um conflito armado. Trata-se de regulamentação do Direito Internacional Humanitário⁷ que deve ser respeitada pelo Reino Unido. Assim, o juiz teria errado por ter dito que os ataques contra as forças da coalizão no Iraque e no Afeganistão constituíam terrorismo na acepção da Lei de 2000. No entendimento da defesa, a definição de terrorismo presente nesta lei deve ser analisada em conjunto com os princípios de Direito Internacional, os quais não caracterizam como terrorismo ataques de insurgentes contra forças militares no curso de um conflito armado de caráter não internacional, nem os atos praticados no exterior que constituem hostilidade legal no âmbito do direito internacional humanitário, como atos de rebelião contra governos opressores.

Além disso, a defesa entende que os insurgentes no Iraque possuíam imunidade de combatente e beneficiavam-se do direito de participar das hostilidades sem sofrer nenhuma punição por isso, ou seja, possuíam imunidade

⁷ Art. 19 da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba combinado com o art. 21 da Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo.

em relação à lei penal nacional⁸. Em mesmo sentido, apresentou decisões em que o ataque de insurgentes contra as forças armadas não pode ser considerado como terrorismo⁹.

Quanto ao direito internacional, o recorrente tem dois argumentos a este respeito. O primeiro é que algumas disposições das Leis de 2000 e 2006 foram promulgadas para tornar efetivas as obrigações internacionais do Reino Unido. Portanto, a leitura de tais leis deve ser feita de forma sistemática e em concordância com que for sedimentado pelo Direito Internacional. O segundo argumento é que, como as Leis de 2000 e 2006 criminalizam certas ações "terroristas" cometidas fora do Reino Unido, o significado de "terrorismo" nessas leis não deve ser maior do que o que é aceito no Direito Internacional.

Em relação ao argumento de acusação no que tange à discricionariedade dada ao Ministério público para autorizar ou não o ajuizamento de ações, contra argumentou-se que o Ministério Público nunca teve por objetivo auxiliar na interpretação da legislação que envolva a criação de uma ou várias infrações penais. Isso equivaleria a dizer que o Legislativo, cujo dever primário é fazer a lei publicamente, estaria delegando a decisão de criminalizar determinada atividade para efeitos de procedimento penal a alguém nomeado pelo Executivo. Dessa forma, o Parlamento abdicaria de parte significativa da sua função legislativa em favor do Ministério Público e do Procurador-Geral que, embora sejam responsáveis perante o Parlamento, não foram eleitos e não agem aberta e democraticamente como o Parlamento.

4 DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DO REINO UNIDO

A decisão do Tribunal concentra-se na análise da aplicação da definição de terrorismo a casos ocorridos durante conflitos armados, bem como na relação entre a lei doméstica e lei internacional ao criminalizar condutas.

⁸ O apelante se baseou no Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais, o qual dispõe que "conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas" (artigo 1, §4º).

⁹ Tal entendimento foi adotado nos casos *KJ (Sri Lanka) v Secretary of State for the Home Department* [2009] EWCA Civ 292 e *Secretary of State for the Home Department v DD (Afghanistan)* [2010] EWCA Civ 1407.

O Supremo Tribunal do Reino Unido entendeu que a definição de terrorismo adotada pela Lei de Terrorismo de 2001 é imprudente e indesejável, mas a utilizou para incriminar a conduta do réu sob o argumento de que, diante da inexistência de consenso internacional a respeito da definição de terrorismo, a lei nacional deve ser aplicada.

Além disso, o Tribunal salientou que também não há acordo a respeito de quando um ataque dos chamados “*freedom fighters*” pode ser isentado de incriminação.

Ademais, o Tribunal de Recurso decidiu que não há nenhuma razão para o Parlamento não poder criminalizar atos de "terrorismo", como definido na seção 1 da Lei de 2000, uma vez que “regras de direito obrigatórias para Estados emanam de sua própria vontade” e que “os Estados têm o direito de fazer o que não é proibido pelo Direito Internacional”¹⁰. Desse modo, não haveria nenhuma razão para ler restritivamente a ampla definição de terrorismo. Entendeu-se, ademais, que é desnecessário examinar se existe ou não uma definição acordada internacionalmente de "terrorismo", visto que o presente caso envolve um cidadão do Reino Unido cujos atos foram cometidos no Reino Unido.

Argumentou-se, também, que a amplitude da definição foi deliberadamente adotada. Antes da Lei de 2000 ser aprovada, parlamentares realizaram inúmeros debates acerca do que deveria ser considerado terrorismo. Ao fim, concluíram que o "terrorismo" não pode ser definido de modo estrito, tendo em vista as diversas formas que tal prática pode tomar, bem como as mudanças inevitáveis que ocorrerão nas relações internacionais, nos regimes políticos de outros países e na política externa do Reino Unido.

Diante do exposto, a amplitude da definição de terrorismo foi reconhecida pela Corte, mas esta se considerou incompetente para restringir a abrangência dada pelo legislador, mesmo que representasse possibilidade de invasões sérias na liberdade pessoal, visto que a amplitude da definição foi considerada durante os debates do parlamento acerca da Lei de 2000 e de suas posteriores emendas.

5 CONSIDERAÇÕES SOBRE A DECISÃO

A Lei de Terrorismo de 2006 do Reino Unido emendou a Lei 2000 para incluir novas ofensas, dentre elas o “encorajamento de terrorismo e disseminação

¹⁰ Seção 57 da decisão do Tribunal de Recurso a respeito do caso Regina x Mohammed Gul.

de publicações terroristas” (seção 1 e 2 da lei). Trata-se de uma evidente alteração na orientação político criminal. Desse modo, pode-se observar que a política criminal do Reino Unido optou por minimizar garantias a pretexto de maximizar o controle da criminalidade.

A decisão do Supremo Tribunal do Reino Unido segue esta mesma orientação. Assim, ela aplica uma lei que vai de encontro a garantias sedimentadas pelo Direito Internacional Humanitário, além de conferir poder discricionário ao Ministério Público para este autorizar ou não a repressão a uma conduta que nem sequer é claramente abarcada pelo tipo penal. O âmbito de incidência da Lei 2000 de Terrorismo é tão amplo que acabou por incriminar atos de mero apoio à luta contra repressão de um governo.