

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

16

Madrid/Espanha

2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. KARINE DE SOUZA SILVA

PROFA. DRA. CARMEN OTERO GARCIA CASTRILLON

Direito Internacional

Direito Comunitário Europeu

III ENCONTRO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DO CONPEDI | MADRID / ESPANHA

16

Madrid/Espanha
2015

ORGANIZADORES

PROFA. DRA. KARINE DE SOUZA SILVA

PROFA. DRA. CARMEN OTERO GARCIA CASTRILLON

Direito Internacional
Direito Comunitário Europeu



Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

DIRETORIA – CONPEDI

Presidente: Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul: Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior – UFRGS

Vice-presidente Sudeste: Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste: Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu – UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro: Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo: Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto: Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

CONSELHO FISCAL

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas – PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta – UFBA (suplente)

Representante Discente: Mestrando Caio Augusto Souza Lara – UFMG (titular)

SECRETARIAS

Diretor de Informática: Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais: Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional: Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica: Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos: Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional: Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

E56

Encontro de Internacionalização do CONPEDI (1. : 2015 : Madrid, ES)

III Encontro de Internacionalização do CONPEDI / Universidad Complutense de Madrid
[Recurso eletrônico on-line];

Organizadores: Karine de Souza Silva, Carmen Otero Garcia Castrillon. – Madrid :
Ediciones Laborum, 2015.

V. 16

Inclui bibliografia

ISBN (Internacional): 978-84-92602-98-8

Depósito legal : MU 1210-2015

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Participação, democracia e cidadania na perspectiva do Direito iberoamericano

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Internacional. 3. Direito comunitário europeu. I. Encontro de Internacionalização do CONPEDI – Madrid/Espanha.

CDU: 34

APRESENTAÇÃO

Durante los días 7 a 9 de septiembre de 2015, celebramos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, el III Encontro de Internacionalização do CONPEDI, en Madrid (España), sobre el tema “Participación, Democracia y Ciudadanía en la Perspectiva del Derecho Iberoamericano”.

La celebración del Encuentro de Madrid, se gestó durante el I Encuentro Internacional en la Universidad de Barcelona, coordinado por el Prof. Dr. Jordi García Viña, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UB.

Para la preparación del evento se nombraron dos coordinadores, por parte española, el Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM, y por parte brasileña, la Profa. Dra. Clerilei A. Bier, del Departamento Administração Empresarial - Esag/Udesc.

Una vez recibido el beneplácito de las autoridades académicas de la UCM se procedió a nombrar un Comité organizar compuesto por:

Dr. Raúl Leopoldo Canosa Usera

Decano de la Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Constitucional.

Dra. Cristina Amunategui Rodríguez

Secretaria Académica de la Facultad. Departamento de Derecho Civil.

Dra. Carmen Otero García Castrillón

Vicedecana de Posgrado y Titulos Propios. Departamento de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado.

Dra. Rosario Cristóbal Roncero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dra. Francisca Moreno Romero

Departamento Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como es normal en estos eventos internacionales, los trabajos preparatorios fueron muy intenso tanto en Brasil como en España, donde colaboraron tanto el equipo de CONPEDI, como el equipo de colaboradores de la Profa. Bier.

La respuesta de los profesores doctores brasileños fue excelente, presentado más de 400 trabajos para su evaluación. Igualmente la respuesta de los profesores de la

Facultad de Derecho fue bastante razonable (alrededor de 50) teniendo en cuenta que las fechas elegidas eran tiempo no lectivo y que muchos profesores disfrutaban de sus vacaciones veraniegas.

También la crisis económica que se instalaba en Brasil, dificultó que muchos ponentes se trasladaran a Madrid. No obstante la participación fue bastante numerosa, 300 profesores brasileños y españoles de todas las ramas del Derecho se reunían en Facultad de Derecho de la UCM para exponer y discutir sobre los temas de mayor actualidad y relevancia jurídica y social! TODO UN ÉXITO!!.

Llegaba el día señalado. El Acto solemne de inauguración se celebró el día 7 de septiembre a las 18,00, se realizó en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho y al mismo asistieron 300 profesores, el Presidente del Consejo General de Graduados Sociales de España, Dr. Javier San Martín, la representación de la Embajada de Brasil en España, la Vicerrectora de Relaciones Institucionales y Gabinete del Rector de la UCM, Dra. Isabel Fernández Torres, así como todos los Presidentes de las distintas mesas de trabajo.

La Mesa presidencial estuvo compuesta por las siguientes autoridades:

Prof. Dr. Carlos Andradás Heranz

Rector Magnífico de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Presidente do Tribunal Constitucional Espanha.

Catedrático de Direito del trabajo y de la seguridade social da Universidade Complutense de Madrid.

Dr. Rafael Catalá

Ministro da Justiça da Espanha.

Prof. Dra. Carmen Otero Garcia- Castrillón

Vice-Decana Relaciones Internacionales e Interinstitucionales de la Facultad de Derecho – UCM.

Prof. Dr. Raymunto Juliano Rego Feitosa

Professor Adjunto Direito Tributario.

Presidente do CONPEDI.

Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UCM
Coordinador Espanhol do Encontro.*

Tras las interesantes intervenciones de todos los participantes, se procedió a impartir la lección magistral inaugural a cargo del Presidente del Tribunal Constitucional de España, Dr. Francisco Pérez de los Cobos, que versó sobre “Los límites del control de constitucionalidad”.

Al finalizar, se procedió a entregar las placas de agradecimiento a los miembros del Comité organizador y al Coordinado español, Prof. Jose Luis Tortuero. Finalizando el acto con la llegada de la Tuna de la Facultad de Derecho para tocar y cantar el himno universitario por excelencia el “gaudeamus igitur”

Terminado el acto inaugural todos los participantes asistieron a un excelente cocktail en los jardines de la Facultad de Derecho, propiciándose un tiempo ideal para compartir y saludarse.

El martes, día 8, se celebraron los talleres de exposición y debate de las ponencias. Fueron siete talleres que durante todo el día (des las 9 h. hasta las 19 o 20 h.) profesores brasileños y españoles reflexionaron sobre los temas investigación de mayor actualidad en todas las Áreas jurídicas. Cada Taller inicio su andadura con la conferencia de un profesor español especializado en cada tema y de renombrado prestigio. La valoración final fue el alto nivel de los trabajos presentados y de los debates... TODO UN ÉXITO.

El encuentro finalizo el día 9 en el Congreso de los Diputados, donde al finalizar la interesante visita institucional y las fotos de recuerdo, nos reunimos en la Sala de Columnas para proceder a la Clausura del Encuentro. Las palabras de clausura correspondieron al Presidente de CONPEDI, Prof. Dr. Raymundo Juliano Rego Feitosa, y al coordinador español, Prof. Dr. Jose Luis Tortuero Plaza. La excelente conferencia de clausura corrió a cargo del Dr. Julio V. González García, Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Complutense de Madrid, sobre el tema “Globalización, Democracia y Parlamento”.

El III Encuentro Internacional CONPEDI fue todo un éxito y recibió el apoyo y reconocimiento de todas las instituciones vinculadas al mundo jurídico, desde la academia, el Ministerio de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Parlamento español. También participo la Embajada de Brasil en España. En definitiva nuestro Congreso y nuestro trabajo investigador tuvieron en España una extraordinaria relevancia.

Prof. Dr. José Luis Tortuero Plaza

Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UCM.

Profa . Dra. Clerilei A. Bier

Professora de Direito do Trabalho na Esag / Udesc.

Prof. Dr. Orides Mezzaroba

Secretário Executivo do CONPEDI.

SUMÁRIO

Incursões Militares Unilaterais em Solo Estrangeiro e a sua Legitimidade: O Caso Líbio de 2013 <i>Dempsey Pereira Ramos Júnior e Edson Damas da Silveira</i>	7
O Princípio da Proteção Integral sob o Enfoque Iberoamericano na Cooperação Internacional Decorrente do Sequestro de Crianças <i>Cláudio Franzolin e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger</i>	39
Os Acordos de Residência do Mercosul Frente ao Estatuto do Estrangeiro Vi- gente no Brasil: Obstáculos Estabelecidos à sua Efetividade sob a Perspectiva do Imigrante <i>Cynthia Soares Carneiro</i>	64
Os Tratados Internacionais de Direito Tributário no Direito Brasileiro <i>Milena Zampieri Sellmann</i>	96
Paradiplomacia Ambiental: La Cooperación Descentralizada Hispano-Brasileña <i>Fernando Rei e Valeria Cristina Farias</i>	115
Participação, Democracia e Cidadania dos Povos Indígenas no Contexto Inter- nacional Através dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos <i>Roberto Luiz Silva e Keyla Cristina Farias dos Santos</i>	136
Princípio da Subsidiariedade e Democracia: Uma Abordagem na Perspectiva do Direito Comunitário Europeu <i>Eduardo Martins de Lima e Paulo Márcio Reis Santos</i>	161
Prosavana: Instrumento de Cooperação Internacional (Norte)-Sul-Sul <i>André de Paiva Toledo</i>	181
Tributação das Exportações no Processo de Regionalização e Integração Eco- nômica do Mercosul e da Unasul <i>Maria de Fátima Ribeiro e Thais Bernardes Maganhini</i>	211

INCURSÕES MILITARES UNILATERAIS EM SOLO ESTRANGEIRO E A SUA LEGITIMIDADE: O CASO LÍBIO DE 2013

DEMPSEY PEREIRA RAMOS JÚNIOR

Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (Portugal), Pesquisador Creditado pela Universidade de Bergen (Noruega), Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), professor no curso de Graduação em Direito da UEA, AM - Brasil, autor da obra “Meio Ambiente e Conceito Jurídico de Futuras Gerações”, livro cujos exemplares fazem parte, no Brasil, das Bibliotecas do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, no exterior, da Biblioteca do Congresso dos Estados Unidos da América. Referência na Enciclopédia de Direito Internacional Público, do Instituto Max Planck (Alemanha), e-mail: dempsey_junior@yahoo.com.br

EDSON DAMAS DA SILVEIRA

Procurador de Justiça no Ministério Público do Estado de Roraima (MPRR), Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra (Portugal), Mestre e Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Mestre em Antropologia pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), professor em cursos de Graduação, Especialização e no Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), AM - Brasil, e-mail: edsondamas@mprrr.mp.br

Resumo

Em 1945, a Proclamação Truman, um ato unilateral do governo dos Estados Unidos da América, levou ao rápido surgimento de um costume internacional que, em 1958, transformou-se em uma convenção e, em 1969, foi reconhecido pela Corte Internacional de Justiça como o direito dos Estados de explorarem economicamente as suas plataformas continentais. O presente trabalho examina os efeitos da Doutrina Bush, outro ato unilateral dos EUA, no âmbito do Direito Internacional Público, em decorrência dos atentados do 11 de setembro de 2001. A pesquisa gira em torno de um caso concreto: a captura de Abu Anas al-Liby, um cidadão líbio que foi interceptado na porta de sua casa, em 05 de outubro de 2013, na cidade de Trípoli, território da Líbia. O fato aconteceu através de uma operação conjunta, que contou com a participação da CIA – Agência Central de Inteligência, do FBI – Agência Federal de Investigação e de

militares do Comando Delta, um grupo de elite das Forças Armadas dos EUA – Estados Unidos da América, sob alegação de que o alvo tinha ligações com o grupo terrorista Al Qaeda. Após a captura, al-Liby foi levado para interrogatório em um navio de guerra no Mediterrâneo e, depois, foi apresentado a uma Corte Federal de Nova York para ser julgado pelos atentados que, em 1998, mataram centenas de pessoas nas Embaixadas dos EUA, no Quênia e na Tanzânia. O Estado líbio negou ter concedido qualquer autorização e queixou-se de violação de soberania. O presente trabalho possui importância, no contexto da Península Ibérica, devido ao fato de que Portugal e Espanha estão hoje potencialmente inseridos na agenda terrorista do Estado Islâmico do Iraque e Al-Sham (ISIS), grupo que, em 2014, declarou seu intento de recuperar todos os territórios que pertenceram ao Islão, anúncio que vem sendo considerado o mais significativo desenvolvimento do jihadismo internacional desde o 11 de setembro. A partir desses elementos, o artigo investiga se existe algum direito capaz de legitimar incursões militares unilaterais em solo estrangeiro. Como resultado, pode-se dizer que está em curso uma formação acelerada de costume internacional.

Palavras-chave

Soberania; Captura de civis; Costume instantâneo; Direito internacional.

Abstract

In 1945, the Truman Proclamation, a government unilateral act of the United States, led to the rapid emergence of an international custom that in 1958 turned into a convention and in 1969 was recognized by the International Court of Justice as the right of states to economically exploit their continental shelves. This paper examines the effects of the Bush Doctrine, another US unilateral act, under public international law, due to the attacks of 11th September 2001. This research centers on a specific case: the capture of Abu Anas al-Liby, a Libyan citizen who was stopped at the door of his home in October 5th, 2013, in the city of Tripoli, the Libyan territory. It happened in a joint operation, which saw the participation of the CIA - Central Intelligence Agency, the FBI - Federal Bureau of Investigation and the Delta Force soldiers, a group of elite US military - United States, on the grounds that the targeted one had links with the terrorist group Al Qaeda. After his capture, al-Liby was taken in for questioning on a warship in the Mediterranean sea and then was presented before a Federal Court of New York to stand trial for the attacks that in 1998 killed hundreds of people in US Embassies, in Kenya and Tanzania. The Libyan state denied having granted any authorization and complained of violation of sovereignty. This work has importance in the context of the Iberian Peninsula, due to the fact that Portugal and Spain are now potentially inserted into the terrorist agenda of the Islamic State of Iraq and al-Sham (ISIS), a group that, in 2014, declared his intent to

recover all the territories that belonged to Islam, announcement that has been considered the most significant development of international jihadism since 11th September. From these elements, the paper investigates whether there is any right capable of legitimizing unilateral military raids on foreign soil. As a result, it can be said that there is an ongoing accelerated formation of international custom.

Key words

Sovereignty; Capturing civilians; Instant custom; International law.

1. Introdução

O presente trabalho está estruturado a partir da análise de um caso concreto ocorrido na Líbia, em 05 de outubro de 2013, quando o cidadão líbio Abu Anas al-Liby foi capturado à porta de sua casa, dentro do próprio território líbio, através de uma operação conjunta que contou com a participação de agentes norte-americanos da CIA – Agência Central de Inteligência, do FBI – Agência Federal de Investigação e de militares do Comando Delta, um grupo de elite das Forças Armadas dos EUA – Estados Unidos da América, sob alegação de que al-Liby tinha envolvimento com a organização terrorista Al Qaeda. Embora o caso seja aparentemente uma situação simples de ser examinada, do ponto de vista jurídico, cuja análise poderia limitar-se ao exame das convenções internacionais vigentes à data do fato e, com base em tais textos jurídicos, chegar-se a uma conclusão sobre a legalidade ou ilegalidade da operação; há de se esclarecer que a captura do mencionado cidadão líbio por forças militares estrangeiras traz à tona questões muito mais diversificadas e complexas do que pode parecer.

A importância do trabalho deve-se ao fato do tema inserir-se em um contexto mais amplo de questões geopolíticas que afetam, de modo direto, os interesses nacionais e territoriais de Portugal e Espanha. Em 2014, a organização terrorista Estado Islâmico do Iraque e Al-Sham (ISIS), que hoje controla um território que se estende desde o Iraque até a Síria, lançou um plano de cinco anos, cujo objetivo é retomar até 2020 os antigos territórios que estiveram sob governo muçulmano na Península Ibérica, entre os anos de 711 a 1492, além dos territórios situados no norte da África, dos territórios balcânicos do sul da Europa, de todo o Oriente Médio até partes mais ocidentais da China. A intenção do ISIS é “restaurar” o antigo Império Otomano e, a partir de uma redefinição do mapa geopolítico contemporâneo, estabelecer um Califado cuja extensão abrangerá desde a Europa mais ocidental, sua Península Ibérica, até partes da China. Este anúncio vem sendo considerado o “mais significativo desenvolvimento do jihadismo internacional desde o 11 de setembro” (HALL, 2014). Como parte dos esforços mundiais contra essa ameaça, o Ministro dos Negócios Estrangeiros de Portugal, Rui Machete, confirmou em

Washington, no dia 21 de abril de 2015, que 30 militares portugueses serão enviados ao Iraque para um trabalho de formação, preparação e capacitação do Exército iraquiano (DN, 2015).

Atualmente, o ISIS controla sozinho mais territórios do que Israel e Líbano juntos, sua área de controle já abrange 1/3 do Iraque (ROSEN, 2014). Só na região de Aleppo, na Síria, o ISIS controla uma área de 10 mil km², maior do que 48 países no mundo (CARIS & REYNOLDS, 2014, p. 27). Dentre suas fontes de financiamento, estima-se que o ISIS arrecada algo em torno de US\$ 1 milhão a US\$ 2 milhões por dia, com a venda de petróleo contrabandeado para a Turquia. De acordo com Matthew Levitt, Diretor do Programa de Inteligência e Contraterrorismo, do Instituto para Política do Oriente Próximo, o ISIS é o grupo terrorista com a melhor base de financiamento jamais vista. O grupo nasceu a partir de bandidos de um Iraque quebrado e, na sua raiz, tem a atividade criminosa como método de ação. Em qualquer lugar onde o ISIS se estabelece, não existem limites, leis ou quaisquer obstáculos capazes de controlar suas atividades. Na cidade de Mosul, o ISIS saqueou o Banco Central do Iraque e estima-se que apoderou-se de centenas de milhões de dólares. Em todas as áreas onde atua, o grupo está tributando as pessoas e as atividades econômicas locais, o que intensifica ainda mais suas fontes de suporte financeiro (BRONSTEIN & GRIFFIN, 2014).

Como um grupo que, no início da sua formação, era relativamente pequeno, uma antiga filial da Al Qaeda, constituída por poucos milhares de radicais islâmicos, conseguiu vencer o Exército de 350 mil homens do Iraque, treinado durante dez anos pelos EUA? Para o professor do Massachusetts Institute of Technology – MIT, Noam Chomsky, a raiz do colapso do Exército iraquiano está na violência dos EUA que, ao atacar uma sociedade muito vulnerável – o Iraque, deu origem a conflitos sectários que não existiam antes. Com a chegada do ISIS na região, os generais iraquianos foram os primeiros a fugir. E os soldados, que não sabiam o que fazer, fugiram em seguida (CHOMSKY, 2015). Entretanto, para o jornalista Patrick Cockburn, correspondente do *Financial Times* no Oriente Médio desde 1979, e que atualmente escreve para o *The Independent*, o motivo da erosão do Exército iraquiano foi um só: a corrupção no Iraque (COCKBURN, 2014).

A exposição desses fatos, na parte introdutória do presente trabalho, tem por objetivo enquadrar o tema, no contexto geral da atual geopolítica internacional. De modo mais específico, o objetivo desta introdução é demonstrar a conexão entre o caso líbio de 2013, objeto central deste *paper*, e a ascensão do denominado Estado Islâmico do Iraque e Al-Sham (ISIS). Ao lado das preocupações mundiais que o ISIS suscita, com todas as medidas governamentais que vêm sendo elaboradas para combatê-lo, o tema é de especial interesse para os países da Península Ibérica – Portugal e Espanha, na medida em que este *paper* busca analisar a legitimidade das incursões militares em solo estrangeiro, levadas a cabo de modo unilateral pelas Forças Armadas de Estados integrantes da ONU. Assim,

será que a Espanha, cuja cidade de Madrid já foi alvo de terrorismo, em 2004; e Portugal, hoje um Estado potencialmente inserido na agenda terrorista do ISIS, estariam preparados para receberem nos seus territórios, e aceitarem como ato legítimo, intervenções militares unilaterais a pretexto do combate ao terrorismo? O caso líbio de 2013 pode trazer luz para estas questões.

Dois dias após a captura de al-Liby, o Departamento de Estado norte-americano e Casa Branca, através do Presidente Barack Obama, ofereceram conferências de imprensa, ocasião em que as principais perguntas levantadas pelos jornalistas foram justamente sobre a legalidade da operação, especialmente sob o âmbito do Direito Internacional. Neste aspecto, a principal dificuldade de análise girava em torno do conceito de conflito armado, já que as convenções internacionais que cuidam da regulação do uso da força militar em território estrangeiro, por terem sido elaboradas nos anos de 1940 e 1950, partiam do pressuposto de que conflito armado envolvia a guerra, declarada ou não, entre dois ou mais “Estados” e suas respectivas forças militares. Entretanto, a captura de al-Liby ocorreu em um contexto de ausência de guerra entre a Líbia e os EUA. Além disso, o *status* pessoal de al-Liby era de um cidadão, agente privado de natureza civil, não integrante do Exército líbio. Acrescente-se, ainda, que as convenções internacionais vigentes à época da operação, permitiam uma interpretação dúbia sobre o assunto. Tudo isso leva à primeira dificuldade, relativa ao enquadramento da operação, se esta deveria ser regulada pelas normas jurídicas do Direito de Guerra ou não. A segunda dificuldade refere-se à hierarquia de fontes no Direito Internacional ou, como preferem alguns estudiosos, uma hierarquia dos possíveis resultados obtidos em um processo hermenêutico. O Estatuto da Corte Internacional de Justiça coloca as convenções no centro das fontes jurídicas passíveis de dar amparo às suas decisões. Entretanto, convenções demoram a formar-se e o terrorismo, por sua vez, exige ações e soluções rápidas, dinâmicas.

Além disso, o caso envolve aspectos bem mais amplos do que apenas a análise de sua legalidade. Envolve, por exemplo, questões relacionadas à legitimidade da captura de al-Liby, conceito que não é necessariamente sinônimo de legalidade. Abrange ainda as noções de justo e injusto, pois a operação foi realizada com o objetivo de levar al-Liby à justiça. Aliás, o objetivo declarado dos EUA era o de fazer justiça aos cidadãos norte-americanos mortos nos atentados à bomba, cuja autoria foi imputada àquele cidadão líbio; a busca por justiça foi o argumento mais enfatizado por todas as autoridades norte-americanas para legitimar a operação. O conceito de justiça, embora relacionado com o de legalidade e o de legitimidade, não se confunde, todavia, com estas categorias e, portanto, merece uma análise mais profunda que, por razões de tempo e de limite de conteúdo do presente *paper*, não é possível fazer aqui.

Há ainda a possibilidade de se identificar, diante dos detalhes do caso, o surgimento de um possível protocoostume internacional instantâneo, que pode estar em sua fase

embrionária de formação e que, futuramente, pode vir a cristalizar-se de modo codificado, e mais formal, sob a roupagem de uma convenção internacional escrita, no sentido do Direito Internacional vir a autorizar, sem dúvidas hermenêuticas, o uso unilateral da força militar de um Estado em territórios estrangeiros, sempre que for invocado como motivo o combate ao terrorismo.

Diante dessa amplitude de questões que o caso suscita, optou-se por apresentar uma visão panorâmica do assunto, com delimitação circunscrita aos argumentos jurídicos, tanto a favor como contra aquela operação militar. O objetivo primordial é apontar ou, ao menos, sinalizar onde está o direito neste caso. Em outras palavras, que tipo de direito autoriza ou proíbe a conduta unilateral dos Estados Unidos da América de capturar um civil em território estrangeiro e, em seguida, levá-lo para interrogatório em um navio de guerra no Mediterrâneo e, ao final, apresentar esse cidadão a uma Corte Federal em Nova York? Sua lei doméstica, as convenções internacionais, o costume internacional, a jurisprudência? Ou será que a operação baseou-se juridicamente nas chamadas fontes materiais do direito, por exemplo, o poder financeiro de *Wall Street*; a influência política e diplomática da Casa Branca perante o Conselho de Segurança da ONU; ou o puro e simples poder bélico de suas Forças Armadas?

As posições encontradas são conflitantes. Como hipótese de trabalho, este *paper* aponta, em resposta aos questionamentos acima, para um quadro complexo em que múltiplos fatores (econômicos, geopolíticos, sociais e jurídicos) se entrecruzam, de modo que a questão da legitimidade e da justiça da captura de al-Liby, embora não repouse com exatidão em textos de lei e de convenções internacionais, por outro lado não chegou a gerar reações extremas, nem objeções sérias por parte da comunidade internacional, notadamente manifestações oficiais de repúdio por parte dos Estados, das organizações intergovernamentais ou de qualquer órgão da ONU. A única exceção foi o Estado líbio que alegou não ter autorizado a entrada dos EUA, em seu território, mas mesmo assim afirmou que o fato não abalou as suas relações diplomáticas com os estadunidenses.

Para cumprir os objetivos do presente trabalho, no primeiro capítulo é apresentado um resumo do caso, com base em notícias que foram divulgadas nos principais jornais de circulação mundial, bem como as opiniões que foram colocadas nos editoriais de alguns veículos jornalísticos, onde foi possível extrair as respectivas posições daquelas empresas de informação. São analisadas também as declarações oficiais prestadas por órgãos dos Estados Unidos da América, notadamente o seu Departamento de Estado, o seu Departamento de Defesa, notas para imprensa emitidas pela Casa Branca, bem como declarações do seu Presidente – Sr. Barack Obama. Em seu conjunto, as manifestações dos diversos órgãos do Estado norte-americano apontam, de modo geral, para a Lei de Autorização do Uso da Força Militar, uma resolução conjunta do Congresso dos Estados Unidos da América, emitida em 2001, e que tem sido por mais de uma década a base jurídica que fundamenta as incursões militares norte-americanas em territórios estrangeiros.

No segundo capítulo, são apresentadas as várias posições jurídico-formais sobre o caso, notadamente o conteúdo normativo extraído a partir da Carta das Nações Unidas (1945), da Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra (1949), da Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (1997), das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, n. 1368, 1373 e 1377, contra o terrorismo (2001), além do Relatório do Conselho de Direitos Humanos da ONU, sobre assassinato seletivo em território estrangeiro (2010) e, ainda, as Listas de Sanções à Al Qaeda, mecanismo contido na Resolução n. 2083 do Conselho de Segurança da ONU (2012). No âmbito doméstico, é examinada a jurisprudência sobre captura de civis em território estrangeiro, através da leitura de decisões adotadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América e pela Suprema Corte do Reino Unido.

Ainda no segundo capítulo, são abordados alguns aspectos, não tão formais da questão, com o objetivo de trazer à tona as dimensões mais materiais da história, da política, da economia e das relações internacionais que existem em torno do caso al-Liby. Mesmo que de modo panorâmico, sem pretender esgotar a questão, faz-se uma breve análise de um caso semelhante que ocorreu em 1960, quando agentes do Serviço Secreto de Israel capturaram o cidadão alemão Adolf Eichmann, na Argentina, sem autorização deste Estado. Secretamente, seus captores levaram-no para ser julgado por um Tribunal israelense, onde veio a ser condenado à morte e enforcado, em 1962, por crimes contra a humanidade praticados em solo alemão, durante a Segunda Guerra Mundial. A partir da comparação dos dois casos, são apontados neste tópico os argumentos de justiça e de legitimidade que foram utilizados para sustentar, ou rejeitar, referidas operações. O que se observa é a utilização de critérios morais.

No último tópico, são apresentadas as conclusões obtidas após o estudo das normas, da jurisprudência e de temas típicos das relações internacionais pertinentes ao objeto deste *paper*, onde é possível compreender o quadro de legitimidade das incursões unilaterais levadas a cabo em solo estrangeiro, por militares das Forças Armadas de um determinado Estado, a pretexto de combate ao terrorismo.

2. O Caso Líbio de 2013

A captura de um cidadão líbio dentro do seu próprio território, por forças especiais do Comando Delta dos Estados Unidos da América (EUA), um grupo de elite do exército norte-americano, levantou questões importantes no âmbito do Direito Internacional. Em especial, as alegações do povo e do governo da Líbia de que os EUA teriam violado a sua soberania nacional e, por outro lado, a possibilidade de formação de um costume internacional instantâneo a partir de práticas e ações unilaterais empreendidas por um Estado.

O fato ocorreu às 6h:15 da manhã, do dia 05 de outubro de 2013, quando o cidadão Abu Anas al-Liby foi capturado em frente à casa de sua família, em Noufle'een, um

subúrbio de Trípoli, capital da Líbia. Segundo o irmão do capturado, a esposa de al-Liby testemunhou pela janela que homens armados, com aparência de “comandos” estrangeiros, teriam sido os executores da captura. Porém, o filho de al-Liby, chamado Abdullah, disse no canal de televisão Nabir, uma estação de notícias de Trípoli, que as pessoas que levaram seu pai eram líbias, e não americanas. Na data do fato, Abu Anas al-Liby tinha 49 anos; acredita-se que era um especialista em computação da organização terrorista Al Qaeda. Durante os anos de 1990, al-Liby viveu em Manchester, Reino Unido. Foi indiciado em 2000, pelo grande júri de uma Corte Federal de Nova York, sob a alegação de ter sido um dos mentores dos ataques a bomba em 1998, realizados pela Al Qaeda contra as Embaixadas dos EUA, de Nairóbi, no Quênia, além da missão diplomática norte-americana da Tanzânia, e que resultaram na morte de mais de 220 pessoas, na maioria civis, além de milhares de outros feridos. Al-Liby figurou por mais de uma década na lista dos mais procurados do FBI – Agência Federal de Investigação dos EUA, com uma oferta de recompensa de US\$ 5 milhões pela sua captura. Segundo o *New York Times*, al-Liby foi levado para interrogatório a bordo do navio de guerra norte-americano USS Antonio, no Mediterrâneo, mas devido a problemas hepáticos – hepatite C, al-Liby seguiu para os EUA onde foi apresentado à Corte Federal de Nova York para julgamento, sob acusação de terrorismo, onde alegou inocência. Em 02 de janeiro de 2015, al-Liby morreu devido a complicações de câncer hepático, antes que a Corte de Nova York pudesse ter concluído o seu julgamento (AHMED, SMITH & STEPHEN, 2013; BBC, 2013 e BBC, 2015).

Um dia após a captura de al-Liby, o governo da Líbia negou ter autorizado a operação e disse que Washington tinha questões para responder sobre o ocorrido. Os serviços de segurança da Líbia negaram qualquer conhecimento prévio sobre a operação, enquanto que o seu Primeiro-Ministro – Ali Zeidan, disse que autoridades dos EUA foram contactadas para fornecerem esclarecimentos e que quaisquer acusações contra um cidadão líbio deveriam ser endereçadas a um tribunal local da Líbia (DW, 2013). Entretanto, um oficial sênior do Exército norte-americano declarou, em anonimato, que o governo líbio havia concedido autorização tácita para a operação, mas que suas autoridades não tiveram qualquer participação nos atos concretos de captura de al-Liby, e que não sabiam o momento exato em que tal iria ocorrer (SCHMIDT & SCHMITT, 2013).

Cinco dias após a operação norte-americana, e sob pretexto de que o governo líbio sabia de tudo e que, além disso, teria autorizado a entrada das forças especiais dos EUA no território da Líbia, fato não comprovado, seu Primeiro-Ministro, Ali Zeidan, foi sequestrado por uma milícia armada durante a madrugada, enquanto dormia no hotel de luxo, no centro de Trípoli, que funciona como residência e local oficial de trabalho do governo. Por volta das 2h:30, do dia 10 de outubro de 2013, cem homens armados arrastaram Ali Zeidan de sua cama, evento que expôs a situação de fragilidade do governo central da Líbia, país onde as milícias armadas possuem grande poder, ao ponto de dificultar a

produção de petróleo, promover a interrupção do fornecimento de água da capital, cortes forçados de energia, além de participar de contrabando de armas e do tráfico de drogas – tudo impunemente. Poucas horas após o seqüestro, Ali Zeidan foi libertado e, no seu agradecimento público, conclamou os grupos armados, que participaram da sua libertação, a ajudarem na construção do Estado. Em seu discurso na rede de televisão, declarou: *“I hope that they would be a part of the state, and have an effective role through its civil and military institutions”* (GALL, 2013).

A Líbia é um Estado que, por 42 anos, entre 1969 a 2011, esteve sob o poder absoluto de Muammar al-Gaddafi, conhecido por desrespeito aos direitos humanos e pelo rígido controle sobre a mídia. Durante seu governo, a Líbia assumiu a autoria do atentado que derrubou o vôo da companhia aérea PanAm, ocorrido em 1988 sobre a cidade escocesa de Lockerbie, e que matou 270 pessoas (BBC, 2011). Segundo a atual representante diplomática do governo líbio perante os EUA, Wafa Bugaighis, a Líbia pós-Gaddafi não pode ser comparada aos outros Estados, os quais possuem instituições fortes, exércitos e polícia. Conforme declarou em entrevista na época do fato:

Na Líbia não tínhamos instituições. Gaddafi era conhecido por proteger a si mesmo e ao povo através de brigadas, e sua principal preocupação sempre foi apenas se livrar de qualquer um que se opunha a ele. Havia laços fortes de segurança, mas nós não tínhamos exército nacional ou polícia nacional. Tudo foi criado para protegê-lo e para mantê-lo no poder o maior tempo possível. Depois da guerra, nós estávamos de frente para uma realidade: nenhuma administração, nenhuma instituição, nenhuma capacidade para fazer funcionar um Estado, e não é fácil fazer funcionar um grande Estado como a Líbia, com fronteiras infinitas e com tremenda paisagem. Não foi apenas uma revolução, mas uma guerra. E isso não foi fácil. E você não espera que um país fique bem da noite para o dia, ou ao longo de um ano, um país que foi devastado e privado de civilidade por 42 anos. (GALL, 2013, tradução nossa).

O Secretário de Estado norte-americano, John Kerry, que estava participando de um Fórum Econômico na Indonésia, insistiu que:

A captura de al-Liby obedece a legislação dos Estados Unidos. O suspeito era um alvo legal e apropriado para as Forças Armadas norte-americanas e deveria ser levado para encarar a justiça em um Tribunal. É importante não simpatizar-se com terroristas procurados. Nós esperamos que isso deixe claro que os Estados Unidos da América jamais irão parar os seus esforços para julgar os responsáveis por atos de terror. Membros da Al Qaeda e de outras organizações terroristas podem literalmente correr, mas não podem se esconder. (AHMED, SMITH & STEPHEN, 2013, tradução e grifo nossos).

Durante o mesmo fim de semana em que al-Liby foi preso, um outro grupo de elite das Forças Armadas norte-americanas, o *Seal Team 6*, vinculado ao Comando de Operações Especiais da Marinha, responsável pela morte de Osama Bin Laden, também fez incursão em território estrangeiro, desta vez na Somália. A operação tinha por objetivo capturar um líder do grupo Al-Shabaab, uma organização que possui aliança formal com a Al Qaeda. Diferente do caso líbio, o Primeiro Ministro da Somália, Abid Farah Shirdon, afirmou ao jornal *The Guardian*: “nós congratulamos qualquer operação para caçar os líderes terroristas e nós estamos na vanguarda. Al-Shabaab é um problema da Somália, um problema regional, um problema do mundo”. Entretanto, o Dr. Adekeye Adebajo, diretor executivo do Centro para a Resolução de Conflitos da África do Sul, disse que, embora seja do interesse dos governos africanos combater o terrorismo, ele não considera útil a maneira pesada e unilateral com que os EUA atuam na região, pois corre-se o risco de causar mais instabilidade, especialmente onde há governos fracos, como na Líbia e Somália (AHMED, SMITH & STEPHEN, 2013, tradução nossa).

Em 18 de outubro de 2013, o Editorial do *The Boston Globe* chamou a atenção para a mudança de estratégia dos EUA no combate ao terrorismo, com a seguinte afirmação:

Foi uma vitória para a justiça quando Abu Anas al-Libi, um suspeito da Al Qaeda, ter sido apresentado diante de um juiz na terça-feira em um Tribunal Federal de Nova York. [...] A mensagem que o governo dos EUA enviou foi clara: os americanos têm memórias longas. Suspeitos de terrorismo podem correr, mas não podem se esconder. Mas havia uma outra mensagem na apresentação de Libi em Nova York, ao invés de ter sido levado à Baía de Guantánamo. O sistema de justiça americano é justo. Pessoas acusadas de crimes pelo governo dos EUA devem ser julgadas em tribunais norte-americanos, e não deixadas ao limbo indefinidamente. [...] Ao longo dos últimos quatro anos, o sistema judicial federal tem provado ser mais do que capaz de julgar tais casos. Pelo menos 125 pessoas foram condenadas por acusações de terrorismo em Tribunais federais desde 2009. Enquanto isso, julgamentos militares na Baía de Guantánamo ainda não produziram uma única condenação (THE BOSTON GLOBE, 2013, tradução e grifo nossos).

Esta opinião mostra o valor que a sociedade norte-americana, ou pelo menos setores da mídia, vem atribuindo à busca de justiça contra terroristas através da intervenção do Poder Judiciário estadunidense. De leste a oeste, as posições editoriais foram semelhantes. O Editorial do *Los Angeles Times*, na mesma altura, afirmou que:

a captura de Abu Anas al Liby - e uma incursão no mesmo dia na casa de um líder da filial da Al Qaeda na Somália - sugerem que a administração Obama está disposta a incorrer nos riscos necessários para capturar alguns supostos terroristas vivos. Isso pode sinalizar uma mudança tardia

de uma política controversa e contraproducente de assassinatos seletivos (LOS ANGELES TIMES, 2013).

Por sua vez, o Departamento de Estado norte-americano, através de sua porta-voz Mary Harf, em uma conferência de imprensa oferecida no dia 07 de outubro de 2013, afirmou que de fato o governo dos EUA tem interesse em capturar terroristas vivos, pois o ganho com inteligência através desta via é bastante superior, disse que os EUA não se esquecem dos seus cidadãos mortos em ataques terroristas, ressaltou a capacidade das Forças Armadas norte-americanas de buscarem terroristas em qualquer parte do mundo e que irão continuar a “buscar justiça” permanentemente. Ponderou que al-Liby, após sua captura, foi encaminhado detido para local seguro, fora de Guantánamo e com todos os seus direitos humanos preservados. Sobre a violação da soberania do Estado líbio, disse que não ocorreu porque a Líbia é um país parceiro no combate ao terrorismo, mas sobre a suposta ausência de autorização do Estado líbio, declinou de responder a essa pergunta, pois não iria entrar em “detalhes de assuntos diplomáticos”. Quanto ao fato da captura ter ocorrido sob amparo da Lei de Autorização do Uso da Força Militar (AUMF), uma Resolução Conjunta do Congresso dos Estados Unidos da América de 2001, notadamente se essa lei seria aplicável fora do território norte-americano e a cidadãos estrangeiros, a porta-voz limitou-se a dizer que este é um “assunto para advogados” (HARF, 2013).

O Departamento de Defesa dos EUA, em comunicado emitido pelo Secretário de Imprensa do Pentágono, George Little, apresentou posição clara sobre o fato: a captura de al-Liby foi legal sob amparo do Direito de Guerra, pois ele era membro da organização terrorista Al Qaeda, com a qual os Estados Unidos da América encontram-se atualmente em conflito armado. O Pentágono ponderou que al-Liby foi detido e levado legalmente para local seguro fora da Líbia, que a prioridade é e sempre foi prender terroristas vivos, para obter informações de inteligência sobre outras operações da Al Qaeda e para ajudar a proteger o povo dos Estados Unidos da América. Disse que al-Liby já havia sido indiciado por um Tribunal Federal em Nova York, por participação nos ataques terroristas da Al Qaeda, que mataram civis norte-americanos no Quênia e na Tanzânia, e que al-Liby estava envolvido em planos para novos ataques contra interesses e instalações dos EUA localizados na Arábia Saudita, no Yemen e na Somália. O sucesso da operação, que não causou quaisquer danos materiais, nem mortos nem feridos, foi atribuído à coordenação entre os serviços de inteligência norte-americanos e as agências de segurança nacional, e que em todas as suas fases contou com a autorização do Presidente Barack Obama (LITTLE, 2013).

Em seu pronunciamento à imprensa, ocorrido na Casa Branca, em 08 de outubro de 2013, o Presidente dos Estados Unidos da América, Sr. Barack Obama, foi questionado se as constantes operações contra o terrorismo na África não estão em contrariedade com os seus últimos discursos, em que afirmou que os americanos não podem permanecer

eternamente em guerra. Obama respondeu que há uma diferença entre estar eternamente em guerra e buscar terroristas que estão causando danos diretos aos EUA. Explicou que na África há o problema da falta de capacidade ou de vontade dos governos locais em combater o terrorismo e que, por isso, os EUA terão que continuar a caçar terroristas naquele continente. Disse que possui planos de longo prazo para região, e que não estão baseados apenas na abordagem militar. A guerra é ideológica e os EUA pretendem atuar ao lado de países muçulmanos para isolar indivíduos radicais específicos, que estão causando mais danos ao próprio Islam do que ao restante do mundo. Mostrou a necessidade de levar desenvolvimento econômico para a região, pois uma massa de jovens desempregados e sem qualificação representam presas fáceis para os recrutadores terroristas. Sobre a legalidade da captura, sob o âmbito do Direito Internacional, Obama declinou de responder e afirmou que os EUA tinham fortes evidências da participação de al-Liby no planejamento e na execução dos atentados que mataram civis norte-americanos em 1998, e que “ele será trazido para a justiça” (OBAMA, 2013).

A partir do exame das principais notícias que foram publicadas na imprensa, além do que foi divulgado nos editoriais de veículos jornalísticos, e ainda as manifestações oficiais prestadas pelas autoridades dos EUA e da Líbia, o que se percebe é que o motivo determinante para a operação de captura de al-Liby foi a busca por justiça. Embora, para o Estado norte-americano, não haja qualquer dúvida quanto ao aspecto da legalidade dos atos praticados por seu Exército, a ênfase de suas declarações repousa no aspecto axiológico da justiça, no desejo de fazer justiça em favor dos norte-americanos mortos em atentados terroristas. No tópico seguinte, serão examinados as questões jurídicas relacionadas diretamente à entrada dos EUA na Líbia, à captura de um cidadão líbio em seu território e o seu posterior envio para julgamento por uma Corte Federal de Nova York. Percebe-se que no plano estrito da legalidade, embora as leis e as convenções sirvam para trazer mais certeza a qualquer tema, há muitas divergências sobre a juridicidade da ação norte-americana na Líbia.

É importante destacar que, no plano da evolução do Direito Internacional, as mudanças normativas não acontecem em um vácuo jurídico, mas a partir da interação entre regras fundamentais, princípios e processos de criação jurídica. O poder (habilidade de influenciar comportamentos) tem um papel central neste processo de formação das regras internacionais. Mesmo que o poder seja originário de várias fontes diferentes como, por exemplo, a força militar, a riqueza financeira ou a autoridade moral de um país (habilidade de apelar para princípios gerais de justiça), e mesmo que a diferente natureza destes tipos de poder conduza a diferentes percepções da sociedade sobre a qualidade dos seus usos, por exemplo, o chamado poder duro das incursões militares diretas e das coerções econômicas, ou o poder macio da diplomacia e do discurso dos direitos humanos, quase todos igualmente importantes na arena das relações internacionais; o fato é que os Estados

costumam perseguir os seus próprios interesses de maneiras muito diversas e, aos olhos da sociedade internacional, o que permanece de mais visível não é a legitimidade ou a coercitividade das regras do Direito Internacional (qualidade que uma norma jurídica tem de impor condutas, de criar expectativas de comportamento futuro e de tornar isso aceito pelos seus destinatários). O que sobressai é o poder militar, a pujança econômica e, até mesmo, a autoridade moral dos países que atuam em determinada direção, dentro da arena das relações internacionais. Neste cenário, o sistema jurídico formado pelo Direito Internacional nada mais é do que uma estrutura desejada pelos Estados para conferir maior eficiência às suas atuações, além de estabilidade contra o efeito desestabilizador do uso da força. E, sobretudo, os Estados desejam essa estrutura por causa da função, essencialmente social, que o sistema normativo internacional exerce ao transformar a aplicação dura dos vários tipos de poder em obrigações de natureza jurídica. Em outras palavras, transforma aquilo que “é” – poder da supremacia bélica, econômica e moral, naquilo que deve “deve ser” – obrigação de submeter-se. Dentro dessa dinâmica de fatores, uma prática estatal que já vem sendo aplicada por determinado Estado, independente de estar perfeitamente autorizada nos textos das convenções, tende a transformar-se em costume internacional, vinculante e coercitivo para os demais Estados (BYERS, 2001, p. 3-6).

3. O Quadro Jurídico-Normativo

O primeiro documento que pode ajudar na compreensão do caso é a Carta das Nações Unidas, de 1945, cujo art. 2º, item 4, define como regra geral o dever de todos os Estados membros da ONU de “evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado”, mas como exceção é reconhecido o direito de auto-defesa, nos termos do art. 51 abaixo transcrito:

Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. (ONU, 1945)

A captura de al-Liby foi considerada, pelo Estado líbio, uma violação de sua soberania territorial pois o governo local não autorizou a operação norte-americana, muito embora os EUA afirmem que havia obtido autorização “tácita” da Líbia e que apenas a data da operação não fora informada às autoridades líbias. Apesar das contradições, o governo líbio afirmou que o fato não abalou as relações diplomáticas entre os dois países (SCHMIDT & SCHMITT, 2013). Neste ponto, é preciso distinguir o consentimento do Estado, que sofre a incursão militar em seu território, e o exercício do direito de

auto-defesa, por parte do Estado que entra em território estrangeiro, pois, neste último caso, é dispensada a necessidade do consentimento. Outra questão é que o ataque sofrido pelos EUA foi executado por grupos terroristas privados, não houve agressão estatal da Líbia aos EUA nos atentados de 1998.

Sobre este aspecto, a Corte Internacional de Justiça possui precedente, a partir do caso Congo x Uganda, onde decidiu que não é autorizado o exercício de auto-defesa quando não há uma agressão por organismo estatal, ou seja, não é permitido o direito de auto-defesa contra civis (CIJ, 2005, §§ 146-47). Porém, o texto do art. 51 da Carta da ONU não estabelece qualquer requisito específico sobre a natureza do ataque sofrido por um Estado. Sobre esta questão, é interessante notar o conteúdo da opinião separada do juiz Simma, no mesmo caso acima citado, onde ele chama atenção para os diferentes critérios de decisão adotados por dois órgãos diferentes da ONU: o Conselho de Segurança e a Corte Internacional de Justiça.

Para o Conselho de Segurança, a invasão militar de parte do território do Congo, do tamanho da Alemanha, pelas Forças Armadas estatais de Uganda, constituiu um ato de agressão ilegal que não caracteriza o direito de auto-defesa. Na visão do juiz Simma, o Conselho de Segurança tinha motivos “políticos” para assim decidir. Entretanto, o mesmo juiz sustenta que a Corte Internacional de Justiça não deve seguir esse caminho. Apesar de tudo, a Corte decidiu no mesmo sentido, mas por razões de ordem técnico-processual, pois Uganda não conseguiu provar que sofrera agressões das Forças Armadas estatais do Congo, assim entendeu-se que foram grupos rebeldes, instalados a partir do território congolês, que agrediram Uganda. Neste sentido, considerando que a única prova contida nos autos apontava para uma inequívoca invasão prolongada do território do Congo, perpetrada por Uganda, esse fato foi julgado ilegal. Mas, do ponto de vista de uma hermenêutica mais extensiva, no sentido de ampliar o alcance da norma do art. 51 da Carta da ONU, o juiz Simma, apoiado em entendimento do juiz Kooijmans, conclamou para a necessidade da Corte Internacional de Justiça rever sua jurisprudência interna, para que perceba a mudança que ocorreu na prática internacional e na *opinio juris* consuetudinária, a partir dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Segundo o juiz Simma, a comunidade internacional reconheceu favoravelmente a possibilidade de auto-defesa, em favor dos Estados, contra ataques perpetrados por grupos terroristas privados, cuja natureza é a de atores não estatais, e esse novo entendimento representou uma mudança de prática consuetudinária muito mais ampla do que qualquer outra releitura já feita em outros dispositivos da Carta da ONU (CIJ, 2005a, §§ 1-3, 12-13).

Em um informe distribuído à imprensa pela Casa Branca, em 23 de maio de 2013, cinco meses antes da captura de al-Liby, o governo dos EUA havia publicado a sua linha básica de ação contra o terrorismo, onde informava os seus critérios de uso letal da força contra alvos não militares. Segundo o documento, a mais importante consideração, capaz

de justificar sua aplicação, é se o uso da força protege vidas da população norte-americana, pois em primeiro lugar, a captura de suspeitos de terrorismo vivos é preferível, dado o ganho de informações de inteligência por esta via. A força letal, quando usada, deve considerar cinco pontos: 1) certeza de que o alvo terrorista está no local; 2) certeza de que os não-combatentes nas proximidades não serão mortos nem feridos; 3) avaliação de que a captura não é viável; 4) avaliação de que nenhuma outra alternativa é viável para tratar da ameaça às pessoas dos EUA; 5) finalmente, quando o uso da força ocorrer em territórios estrangeiros, os princípios jurídicos do Direito Internacional, incluindo o respeito pela soberania e pelo Direito dos Conflitos Armados, impõem restrições importantes à capacidade dos EUA de agirem de modo unilateral, e no modo pelo qual podem usar a força. Neste ponto, os EUA declaram o seu respeito pela soberania nacional e pelo Direito Internacional (WHITE HOUSE, 2013).

Desde 18 de setembro de 2001, em razão da “violência traiçoeira” perpetrada contra os Estados Unidos da América e os seus cidadãos, a Resolução conjunta do Congresso Nacional, de n. 23, *Public Law 107-40* (AUMF), autoriza o Presidente a usar poderes de guerra:

AUTORIZAÇÃO PARA USO DAS FORÇAS ARMADAS dos Estados Unidos.

(a) EM GERAL – Que o Presidente está autorizado a usar toda a força necessária e apropriada contra as nações, organizações, ou pessoas que ele determine ter planejado, autorizado, cometido ou ajudado nos ataques terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, ou abrigavam tais organizações ou pessoas, a fim de evitar quaisquer atos futuros de terrorismo internacional contra os Estados Unidos por tais nações, organizações ou pessoas.

(b) PODERES DE GUERRA – REQUISITOS

(1) AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA – Consistente com a seção 8(a)(1) da Resolução de Poderes de Guerra, o Congresso declara que esta seção é destinada para constituir autorização estatutária específica, na acepção do ponto 5(b) da Resolução de Poderes de Guerra (US CONGRESS, 2001, tradução nossa).

Segundo um estudo publicado pelo *Jornal de Segurança Nacional*, da Universidade de Harvard, a AUMF foi assinada pelo Congresso para autorizar o combate a alvos específicos que, na altura, eram as “nações, organizações ou pessoas” ligadas à Al Qaeda e ao Talibã. Entretanto, mais de uma década depois essa lei nunca foi emendada, e as ameaças daquele tempo estão hoje todas dizimadas, já que o Talibã foi removido do poder no Afeganistão, Osama Bin Laden foi assassinado e os líderes remanescentes da Al Qaeda estão sob custódia norte-americana. Porém, isso não significa que os EUA eliminaram a ameaça terrorista em si. Recentemente, em janeiro de 2013, um ataque terrorista levou ao

sequestro e à morte de 37 reféns em uma refinaria de gás na Argélia, situada a 50 km da fronteira com a Líbia. Em abril do mesmo ano, o atentado ocorrido na maratona de Boston, perpetrado individualmente por dois irmãos chechenos, matou 3 pessoas e feriu 264 outras. Estes fatos, segundo o estudo, mostram um profundo e raro consenso, na política e no direito: o combate autorizado pela AUMF não é mais contra as mesmas pessoas que perpetraram o ataque do 11 de setembro e, por isso, a lei precisa ser alterada para permitir medidas progressivas de defesa e segurança por parte do Presidente, contra novas ameaças terroristas, mas isso exige o cumprimento de um rigoroso processo administrativo capaz de, com segurança, identificar grupos ou pessoas particularmente relacionadas aos atos de terrorismo. O estudo propõe mais transparência ao processo de identificação de terroristas; o encerramento definitivo da frente de combate e retirada das tropas militares do Afeganistão, para evitar a principal crítica dos últimos anos, de uma “guerra eterna” e, em terceiro lugar, revogar e substituir a AUMF por uma lei que autorize especificamente o combate contra a Al Qaeda da península arábica (DASKAL & VLADECK, 2014, p. 116-117).

A questão é complexa e não permite que se façam considerações estritamente jurídicas, sob o âmbito exclusivamente formal das leis ou das convenções existentes, sem que se olhe para a realidade dos fatos. O caso líbio de 2013 ocorreu, conforme já mencionado no primeiro tópico deste *paper*, em um contexto de completo caos que a Líbia enfrentava, uma situação fática decorrente do conflito interno de poder entre milícias armadas que, até hoje, lutam para ocupar o vácuo de governo deixado após a queda do regime de Gaddafi. O Direito Internacional e todas as suas convenções, durante o longo processo em que são propostas, discutidas e elaboradas as normas que irão regular os direitos, as obrigações e as proibições entre Estados, tudo isso pressupõe uma negociação realizada entre países que estejam em condições, minimamente, de funcionar uma organização estatal doméstica e colocar em execução os dispositivos do direito estabelecido. Não era essa, todavia, a situação da Líbia na data em que a captura de al-Liby aconteceu.

A este respeito, é válido notar uma das conclusões que foram publicadas pelo Caderno de Estudos em Direito Internacional, veículo de pesquisa do Colégio de Guerra Naval da Marinha dos EUA. Segundo referido estudo, cujo conteúdo é de responsabilidade dos autores do texto, membros das Marinhas de Guerra britânica e norte-americana, e que não representam as posições oficiais dos respectivos governos, conforme pondera o Colégio, para que um Estado use a sua força militar em território estrangeiro, sem que isto viole soberania estatal alheia, é preciso primeiro compreender que o conceito de soberania envolve uma dupla dimensão. Se por um lado significa o direito de autodeterminação interna de um Estado, por outro lado representa o dever e a obrigação de não permitir que, a partir do seu território, atos de terrorismo sejam planejados, articulados e executados ao ponto de ameaçar vidas em outros territórios. Este equilíbrio de interesses pressupõe

que seja dada uma oportunidade, antes do Estado sofrer incursão de Forças Armadas estrangeiras, a chance de ele próprio suprimir as ameaças terroristas que estejam partindo de dentro do seu território. Apenas no caso desse Estado falhar, ou no caso de não ter vontade de fazê-lo, é que a incursão militar estrangeira será legítima e não violadora da sua soberania nacional. Em tais casos, o Estado que vem a ser vítima de um ataque terrorista possui o direito de auto-defesa, isto é, o direito de entrar em território alheio até mesmo sem aviso prévio (MODARAI et al., 2013, p. 822).

Um segundo documento que merece ser examinado, para melhor compreensão do caso al-Liby, é a Quarta Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civas em Tempo de Guerra, de 12 de agosto de 1949. O âmbito de aplicação desta convenção, conforme seu artigo 2º, abrange todos os casos de guerra declarada ou qualquer outro conflito armado, entre dois ou mais Estados, mesmo que a situação de guerra não seja reconhecida por uma das partes envolvidas no conflito. Referida convenção *proíbe a tomada de reféns, a transferência individual ou coletiva de civis para fora do território onde ocorre o conflito* e determina que as pessoas, acusadas da prática de ofensas, devem ser detidas e julgadas no seu próprio território e, caso condenadas, neste mesmo país devem cumprir suas penas (ONU, 1949, artigos 34, 49 e 76). Por outro lado, parece haver virtual conflito de normas em relação ao Protocolo I, relativo à Proteção de Vítimas de Conflitos Armados Internacionais, documento adicional às Convenções de Genebra de 1949, elaborado em 8 de junho de 1977. O âmbito de aplicação desta convenção é idêntico ao da Quarta Convenção examinada acima, pois seus artigos 2º são comuns, porém, nos termos da Convenção de 1977, *é permitido atacar militar contra alvo (objeto) civil sempre que este represente uma ameaça*. Para os efeitos desta convenção, consideram-se civis quaisquer pessoas que não pertençam à categoria dos combatentes, conjunto de indivíduos que são definidos como os membros de forças armadas regulares, de grupos e unidades organizados, sob o comando de um dos Estados que participam do conflito, mesmo que seu governo ou autoridade não sejam reconhecidos pelo adversário (ONU, 1977, artigos 43, 50[1] e 52[1] e [2]).

Embora a regra geral, contida no artigo 51[2] desta Convenção de 1977, seja a *proibição de ataques à população (pessoas) civil*, o fato é que existe uma exceção no artigo 52[2], capaz de gerar interpretação duvidosa. Isto acontece porque, nos casos em que um “objeto” civil, por exemplo, templos, casas e escolas, esteja sendo utilizado diretamente para hostilidades, nestas situações uma Força Militar estrangeira pode lançar ataques a estes objetos para fins estritamente necessários à cessação da ameaça, e com uso dos meios e da força proporcionais e adequados à finalidade de neutralizar referido local, podendo haver destruição total ou parcial, além de captura (ONU, 1977). A dúvida ocorre justamente em relação ao vocábulo “captura”, pois embora o contexto considerado pela convenção seja o de “lugar”, isto é, instalações civis que venham a ser usadas em um combate, fora dos seus usos civis normais; não existe na norma uma delimitação específica sobre o

alcance do vocábulo “captura”. Tanto pode referir-se à captura de uma escola, de um templo, como também a captura de uma pessoa civil, muito embora não exista autorização explícita para “ataque” militar contra pessoas civis.

Portanto, no que refere à legalidade da captura de al-Liby em território líbio, esta ainda é uma questão polêmica e sujeita a muitas interpretações. Em 2010, porém, surgiu um entendimento sobre a possibilidade de se fazer algo muito mais grave do que a mera captura de um civil: o seu “assassinato seletivo”. Este tema envolve dois problemas: a natureza dos participantes de um conflito armado e a possibilidade de intervenção militar contra civis, executada por Forças Armadas regulares. Em relação ao primeiro ponto, um estudo realizado pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU chegou à conclusão de que, independente do conflito ocorrer entre Estados (conflito armado internacional) ou entre um Estado e grupo armado não estatal (conflito armado não internacional), como é o caso do combate ao terrorismo, os padrões jurídicos do Direito Humanitário Internacional aplicam-se de modo idêntico. Quanto ao segundo ponto, o mesmo estudo aponta que, se for comprovado que um civil está diretamente associado aos combates e às hostilidades contra uma nação estrangeira, as Forças Armadas regulares deste Estado podem, em nome do direito de auto-defesa, executar o chamado “assassinato seletivo”. Como requisitos de legalidade desta medida, o assassinato deve ser militarmente necessário e limitado por critérios de proporcionalidade da força que venha a ser utilizada, de modo a evitar o cometimento de erros e a produção de danos para outros civis não envolvidos no combate. E, quanto à soberania do Estado, em cujo território ocorra um “assassinato seletivo” de civil, não ocorre sua violação sempre que o Estado que executa a incursão tiver recebido consentimento do Estado que sofre a incursão ou, na ausência de consentimento, este Estado não tiver demonstrado vontade ou capacidade de neutralizar as ameaças originárias de dentro do seu território (ONU, 2010, p.10-12).

Um quarto documento importante para esta questão é a Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas, adotada em 15 de dezembro de 1997. Interessante notar que este documento recebeu adesão da Líbia, através de acesso em 22 de setembro de 2000, e ratificação dos EUA em 26 de junho de 2002. Portanto, os dois Estados já tinham aderido à mesma norma de Direito Internacional quando o cidadão al-Liby foi capturado em território líbio. Nas considerações introdutórias deste documento, é reconhecido que as *atividades das forças militares* dos Estados *são regidas por normas* do Direito Internacional, *fora do contexto desta Convenção*, e que a exclusão de certos atos do âmbito desta Convenção não justifica, nem tampouco legítima, atos ilícitos de qualquer natureza, nem prejudica seu processo ao abrigo de *outras leis* (ONU, 1997, preâmbulo). Isto denota que as Partes Contratantes demonstraram interesse em submeter atividades militares, realizadas em território estrangeiro, ao âmbito da regulação jurídica doméstica, pois tratados e convenções internacionais são significam a mesma coisa que

leis. Este tipo de abordagem da questão, onde convenções internacionais são elaboradas com o objetivo de serem aplicadas em conjunto com a regulação doméstica, parece uma tentativa de ampliar o universo de normas passíveis de serem utilizadas como base jurídica do combate ao terrorismo.

Chama a atenção o artigo 6º[5] desta Convenção de 1997, segundo o qual suas normas não excluem o exercício da jurisdição penal estabelecida por um Estado Parte, de acordo com sua legislação interna. Ao mesmo tempo, o artigo 8º dispõe que, nos casos em que se aplique o artigo 6º, e caso o Estado Parte, em cujo território se encontrar um suspeito de terrorismo, não proceda a sua extradição, deverá submeter o caso sem demora às suas autoridades internas com vistas à abertura de processo. O artigo 17 coloca princípios de respeito à igualdade soberana, à integridade territorial dos Estados e da não-intervenção em seus assuntos internos. O artigo 18, de modo expresso, *proíbe que um Estado exerça sua jurisdição no território de outro Estado*, ou nele realize funções exclusivamente reservadas às autoridades desse outro Estado por seu direito interno, entretanto o artigo 19[2] dispõe que:

As atividades das forças armadas durante um conflito armado, conforme definidas pelo direito internacional humanitário e por este regidas, não estarão sujeitas à presente Convenção e tampouco o estarão as atividades realizadas pelas forças militares de um Estado no cumprimento de suas funções oficiais, sempre que forem regidas por outras normas do direito internacional. (ONU, 1997, grifos nossos)

Da leitura das normas acima, parece que esta Convenção legitima de modo exato os atos que os EUA praticaram em território líbio: utilização das Forças Armadas para, em nome e no interesse da persecução criminal de sua jurisdição doméstica, capturar um cidadão que já estava indiciado por terrorismo em uma Corte Federal de Nova York, desde 2000.

Entretanto essa não é a opinião da Suprema Corte do Reino Unido que, em caso análogo, ocorrido em fevereiro de 2004, considerou ilegal *prima facie* a captura de um cidadão paquistanês no Iraque, pelas Forças Armadas britânicas, e sua posterior detenção fora do país, em uma Base Aérea localizada no Afeganistão, onde permaneceu sob custódia das Forças Armadas dos EUA, sob pretexto de que o prisioneiro estaria envolvido com o grupo terrorista Al Qaeda. O caso teve início quando as Forças Armadas dos EUA, do Reino Unido e da Austrália assinaram um “Memorando de Entendimento”, em 23 de março de 2003, sem força coercitiva, mas apenas com valor diplomático entre os três países envolvidos. Segundo o documento, a remoção de prisioneiros de guerra para fora do Iraque só poderia ser feita mediante acordo entre os EUA e o Reino Unido, conforme as regras da Quarta Convenção de Genebra relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 1949. Porém, o Reino Unido alegou que o prisioneiro foi retirado

do Iraque pelos EUA sem seu conhecimento. O cidadão em tela, Sr. Yunus Rahmatullah, tentou obter uma ordem de livramento através de um *habeas corpus* que, em primeira instância, foi negado. A Corte de Apelações, por sua vez, aceitou o pedido e determinou ao Secretário de Estado para Assuntos Estrangeiros e ao Secretário de Estado da Defesa do Reino Unido que buscassem junto às autoridades dos EUA a devolução do Sr. Rahmatullah para a custódia britânica, a fim de que o mesmo fosse libertado. Em cumprimento da ordem, as autoridades britânicas escreveram ao governo dos EUA, mas este respondeu no sentido de que iria tratar do caso diretamente com o governo do Paquistão, país de nascimento do prisioneiro. Por conta dessa resposta, a Corte de Apelações encerrou o caso, entendendo que os réus cumpriram a ordem dentro do que lhes foi possível. Todavia, o caso foi submetido à Suprema Corte do Reino Unido, cuja decisão foi no sentido de que, embora o Memorando de Entendimento de 2003 não fosse coercitivo, *as autoridades britânicas e norte-americanas possuíam obrigações no âmbito da Convenção de Genebra de 1949*. Embora a legalidade da prisão do Sr. Rahmatullah não tivesse sido o objeto central do seu pedido de *habeas corpus*, a Suprema Corte entendeu que havia evidência *prima facie* de que sua detenção era ilegal no âmbito da Convenção de Genebra de 1949. E, além disso, o Reino Unido tinha a obrigação de garantir que o Sr. Rahmatullah não permanecesse preso em violação às regras da Convenção de Genebra de 1949. O ponto central do julgamento foi que as autoridades do Reino Unido, por terem sido as primeiras que, inicialmente, prenderam o Sr. Rahmatullah, mantiveram a responsabilidade continuada pela sua detenção, sob a ótica da Convenção de Genebra e, por isso, tinham o direito absoluto de exigir sua entrega pelos EUA, independente do Memorando de Entendimento entre os três países (UKSC, 2012).

Em sentido oposto, a Suprema Corte dos EUA decidiu, em 29 de junho de 2004, que a captura de um cidadão mexicano no México, e sua posterior detenção em território estadunidense, por agentes norte-americanos da DEA – Agência de Combate às Drogas, não viola as normas consuetudinárias internacionais, nem o Tratado de Extradicação entre os EUA e o México, e nem viola a competência da Corte Federal que autorizou essa prisão. O caso teve seu início em 1985, quando o agente da DEA, Enrique Camarena Salazar, foi capturado durante uma missão no México e levado para a cidade de Guadalajara, onde foi torturado por 2 dias e, depois, morto. Baseados em prova testemunhal, oficiais da DEA acreditaram que o cidadão mexicano Humberto Alvarez-Machain, um médico, esteve presente durante toda a tortura, para prolongar a vida de Camarena. Em 1990, um grande júri federal indiciou Alvarez por tortura e assassinato, e o Distrito Central da Califórnia emitiu uma ordem de prisão contra ele. Os oficiais da DEA *pediram auxílio ao governo do México* para levar Alvarez aos EUA. Mas quando *perceberam que seria inútil esse pedido*, planejaram uma operação de captura e sequestraram Alvarez na sua casa, mantiveram-no por uma noite em um motel e, no dia seguinte, levaram-no para a cidade de

El Paso, no Texas, onde foi preso por oficiais federais. Uma vez sob custódia norte-americana, Alvarez moveu ação judicial alegando que sua prisão foi uma “ultrajante conduta governamental” dos EUA e que violara o Tratado de Extradicação entre esse país e o México. Em 1992, a Corte Distrital aceitou estes argumentos e o Nono Circuito confirmou-os. Em 1993, já no México, Alvarez propôs nova ação judicial em busca de indenização contra os EUA, com base em prisão arbitrária por falsos motivos e violação do Direito Internacional Consuetudinário. A Corte Distrital e o Nono Circuito confirmaram o direito de Alvarez receber US\$ 25 mil de indenização. O caso chegou à Suprema Corte dos EUA, sob alegação do governo estadunidense de que a prisão não teria sido arbitrária, porque fora autorizada por uma Corte Federal norte-americana e que a responsabilidade pretendida contra os EUA entra no campo das *imunidades soberanas contra reivindicações apresentadas a partir de país estrangeiro*. Em sua decisão, a Suprema Corte dos EUA disse que Alvarez não conseguiu provar o suposto costume internacional e que, a aceitação de seus argumentos criaria uma nova causa de ação judicial contra qualquer prisão de estrangeiros, o que viola a Quarta Emenda. Além disso, a Lei de Relações Exteriores dos EUA proíbe apenas prisões arbitrárias “prolongadas”, e não detenções breves com excessos de autoridade. Receber ações judiciais contra os EUA, motivadas por violação do Direito Internacional, exige das Cortes Federais um especial *cuidado para não criar novos critérios* colidentes com os padrões utilizados pelo Legislativo e pelo Executivo nos assuntos externos. Por fim, o Judiciário não possui mandato do Congresso que incentive uma maior *criatividade judicial* capaz de definir novos e discutíveis padrões de violação do Direito Internacional (SCUS, 2004).

O que se percebe das normas internacionais examinadas até aqui é que as convenções e os tratados, quando não são divergentes nos seus vocábulos internos, fato por si só gerador de múltiplas e possíveis interpretações quanto ao seu sentido, referidas convenções possuem um acentuado modelo de legislação baseado em regras e exceções. A maioria das convenções aplicáveis ao caso da captura de al-Liby estabelecem, como regra, a proibição do uso da força contra o território de determinado Estado mas, excepcionalmente, pode-se utilizar o direito de auto-defesa. Outro aspecto observado é a exceção, específica, quanto ao uso das Forças Armadas e o exercício de poderes estatais, no caso do artigo 18 da Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (ONU, 1997). Como visto acima, essa convenção traz, de regra, a *proibição do exercício da jurisdição* em território alheio, além da *proibição do exercício de funções estatais exclusivas das autoridades internas* de um dado país. Mas, excepcionalmente, o artigo 19[2] dispõe que as atividades das Forças Armadas ficam fora do âmbito desta convenção.

Se compararmos os dois casos analisados, perceberemos que o princípio da especialidade afasta a aplicação da Convenção sobre a Supressão de Atentados Terroristas, de 1997, quanto aos casos de combate ao tráfico de drogas. Neste sentido, embora o caso da

captura do cidadão mexicano tenha sido um claro exemplo de atividade policial dos EUA em território mexicano, no cumprimento de uma ordem jurisdicional, ou seja, conduta claramente vedada por esta convenção, e, além disso, se consideramos que o fato ocorreu em 1985, antes, portanto, da referida norma ter sido produzida, teremos como resultado uma conduta norte-americana que, segundo sua Suprema Corte de Justiça, não teria violado o Direito Internacional. Porém, para o caso de al-Liby, as posições jurisprudenciais não são divergentes, apesar das divergências que, como notado, existem em grande quantidade nos próprios textos das convenções internacionais. A Suprema Corte do Reino Unido considerou, em caso análogo, que havia *prima facie* uma violação das Convenções de Genebra de 1949, no que tange à captura de civil por Forças Armadas estrangeiras (UKSC, 2012). Por sua vez, a Corte Internacional de Justiça entendeu que não é permitido o direito de auto-defesa contra civis (CIJ, 2005, §§ 146-47). Mas no âmbito político, como, por exemplo, o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o entendimento é diametralmente oposto, pois referido órgão possui um estudo jurídico que defende com toda clareza a possibilidade de incursões militares em território estrangeiro até mesmo para praticar “assassinato seletivo” contra civis que sejam considerados uma ameaça, em eventual conflito armado envolvendo Estados (ONU, 2010, p.10-12).

Uma primeira conclusão à qual se pode chegar é que os órgãos políticos da ONU possuem um posicionamento oposto ao que os órgãos jurisdicionais da própria ONU defendem. Inclusive a Justiça do Reino Unido também possui entendimento divergente sobre a legalidade da captura de civis por Forças Armadas estrangeiras. Alguns juízes da Corte Internacional de Justiça, de modo isolado, tem defendido a necessidade desta Corte de atualizar sua jurisprudência interna para *acompanhar a mudança que ocorreu na prática internacional* após os atentados de 11 de setembro. Embora o exemplo utilizado pelo juiz Simma (CIJ, 2005a, §§ 1-3, 12-13), para embasar sua opinião separada, tenha sido o caso da invasão das Forças Armadas de Uganda contra o território do Congo, em resposta a uma agressão, não comprovada, originária de grupos rebeldes privados, fato que foi considerado ilegal pelo Conselho de Segurança da ONU; este mesmo Conselho vem agora reconhecer o direito de auto-defesa contra os atentados terroristas do 11 de setembro. Tudo isso permite concluir que o “direito” a ser aplicado em determinada questão de alcance internacional, notadamente o combate ao terrorismo, pode muitas vezes estar além do que os textos dos tratados e das convenções estabelecem, pois parece, de modo bastante claro, que o motivo das decisões políticas da ONU, e das decisões jurídicas da sua Corte Internacional de Justiça, ao menos na visão do juiz Simma, repousa ou deveria repousar na prática internacional, conjunto de ações e omissões dos Estados que levam à formação de uma *opinio juris*, tecnicamente denominada costume internacional.

Para confirmar esta observação, basta examinar o teor das Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, n. 1368, 1373 e 1377, de 2001, elaboradas todas elas um dia, ou

semanas, após os atentados terroristas do 11 de setembro, em cujos textos é perfeitamente possível identificar uma *ênfase pela busca de justiça*. Embora haja ressalvas à necessidade de respeito à Carta das Nações Unidas, ao Direito Internacional como um todo e aos direitos humanos, essa ênfase pela busca de justiça autoriza a auto-defesa através de todos os meios, o que em outras palavras, poderia ser traduzido como exemplo de resposta militar internacional contra uma ameaça que, devido à sua enorme magnitude, justifica os meios.

A Resolução n. 1368, de 12 de setembro de 2001, em um momento onde já se sabia que os ataques não tinham sido perpetrados por Estado estrangeiro, mas por grupos terroristas privados, reconheceu o *direito inerente de auto-defesa* individual ou coletiva de acordo com a Carta das Nações Unidas, determinou o *combate por todos os meios* contra as ameaças à paz e à segurança internacionais, conclamou todos os Estados para trabalharem juntos e para *trazerem à justiça* os financiadores, os organizadores e os perpetradores dos ataques terroristas (ONU, 2001). Por sua vez, a Resolução 1373, de 28 de setembro de 2001, reafirmando os termos da resolução anterior, decidiu que os Estados membros deverão negar refúgio para pessoas que financiam, planejam apóiam ou cometem atos terroristas e *impedir que seus territórios sejam usados* por tais pessoas para a prática de atos terroristas contra outros Estados; que os Estados deverão *prestar apoio mútuo no processo* de investigações ou procedimentos criminais relacionados ao terrorismo; convoca todos os Estados a *cooperar administrativa e judicialmente* para impedir a execução de atos terroristas (ONU, 2001a, artigo 2º[c], [d] e [f]; artigo 3º[b]). Finalmente, a Resolução 1377, de 12 de novembro de 2001, reafirma as resoluções anteriores e declara que o terrorismo é uma das mais sérias ameaças à paz e à segurança internacional no século XXI, sublinha que o terrorismo põe em perigo vidas inocentes e a *dignidade humana*, ameaça o desenvolvimento social e econômico de todos os Estados e enfraquece a estabilidade e a prosperidade global; conclama todos os Estados a prestarem *assistência mútua* na implementação da Resolução 1373 (ONU, 2001b). Em complemento às resoluções da ONU relativas ao combate ao terrorismo, o Conselho de Segurança já havia autorizado a elaboração de uma lista de indivíduos e entidades ligados à Al Qaeda, lista em cujo texto o nome de Anas Al-Liby, que já tinha sido indiciado por uma Corte Federal de Nova York em 2000, fora incluído em 17 de outubro de 2001 (ONU, 1999).

A título ilustrativo, cita-se um caso um pouco mais antigo que, embora não esteja diretamente ligado ao terrorismo, está ligado ao combate contra o nazismo. Trata-se do sequestro do cidadão alemão Adolf Eichmann, por forças de segurança israelenses, em território argentino, um fato que foi divulgado, em maio de 1960, pelo governo de Israel e que gerou uma cadeia de eventos posteriores no mesmo ano: a Argentina protestou formalmente, em 8 de junho, contra o que considerou “ato ilícito em violação de um dos mais fundamentais direitos do Estado argentino”; um dia antes, o Primeiro-Ministro de Israel, Ben-Gurion, expressou sua esperança de que a Argentina *colocasse considerações*

morais acima das tecnicidades do Direito Internacional, relatou detalhadamente o papel que Eichmann teve como executor de judeus na Europa e expressou sua convicção de que “somente poucas pessoas no mundo não entenderiam a *profunda motivação e a suprema justificativa moral* desse ato” e pediu que a Argentina aceitasse “nossos mais sinceros sentimentos por todas as violações de leis da República Argentina que possam ter ocorrido”. Em 15 de junho, a Argentina submeteu uma queixa formal ao Conselho de Segurança da ONU, com base em violação de sua soberania estatal pelo Estado israelense, e alegou que essa conduta representa um perigoso antecedente contra a paz e a estabilidade, tendo requerido reparação por este ato. O representante da União Soviética, Arkody Sobolev, reconheceu a violação de soberania do território argentino, mas ressaltou a falha das potências ocidentais em punir os criminosos da II Guerra Mundial; Itália, Equador e França reconheceram o caráter especial do caso; o Embaixador dos EUA propôs acolhimento à queixa da Argentina, sob a condição de que fosse citada a gravidade dos atos de Eichmann e a preocupação dos povos de todos os países de que ele fosse levado à justiça e, também, que constasse a esperança de que as relações, tradicionalmente amigáveis entre Argentina e Israel, não restassem prejudicadas. Esse entendimento foi apoiado pela França e pelo Reino Unido e aprovado em votação de 8-0, com abstenções da União Soviética e da Polônia. A decisão do Conselho de Segurança da ONU, todavia, não acabou com as fricções entre os dois países. Em 22 de julho de 1960, ocorreu a expulsão do Embaixador de Israel da Argentina, pois não ficaram definidas de modo claro quais “medidas reparatórias” seriam devidas à Argentina. Apesar de tudo, em 17 de outubro de 1960 as relações diplomáticas entre Israel e Argentina voltaram ao normal. Inobstante todos os argumentos que foram levantados, do ponto de vista legal, a posição de Israel era uma só, como se depreende de uma carta do Primeiro-Ministro de Israel, Ben-Gurion, escrita em 02 de junho de 1960: “a justiça histórica e a honra do povo judeu exigem que esse julgamento seja feito apenas por um tribunal israelense no Estado soberano judeu”. (LISKOFSKY, 1961, p. 199-204 e 208).

O cidadão Adolf Eichmann foi, ao final, efetivamente julgado em Israel, pela Corte Distrital de Jerusalém, sob a acusação de ter praticado crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crimes contra o povo judeu. Sua defesa argumentou que a base das acusações era uma lei israelense de 1950, posterior aos fatos e que, a condenação nesta ótica, seria antiética. A Corte entendeu que o caráter “odioso” dos crimes cometidos por Eichmann afastavam o argumento da irretroatividade da lei penal. Em relação à aplicação dessa lei a fatos ocorridos fora do território de Israel, a Corte decidiu que *não havia regra existente no costume internacional* que proibisse a aplicação de uma lei penal a crimes cometidos por um estrangeiro fora de Israel. Por fim, sua defesa de que teria praticado “atos de Estado” não foi aceita por expressa proibição do Direito Internacional quanto a esse argumento. Eichmann foi condenado à morte por todas as acusações, seu apelo foi

rejeitado pela Suprema Corte de Israel e, minutos antes da meia-noite de 31 de maio de 1962, foi enforcado (ICD, 1962).

Interessante notar as semelhanças que existem, tanto no caso al-Liby de 2003, quanto no caso Eichmann de 1960, no que tange à motivação da captura de civis, em territórios estrangeiros, por forças de segurança de Estados, condutas que *a priori* violam a soberania e da integridade territorial: a busca pela justiça, a defesa da honra do povo judeu, a lembrança dos mortos nos ataques terroristas sofridos pelos EUA, a suprema justificativa moral. Em todos os casos acima analisados, em que pesem as divergências quanto à legalidade das capturas, parece que a legitimidade daquelas condutas repousa em critérios axiológicos relacionados à ideia de uma justiça humanitária, uma moral pública internacional.

A importância que essa dimensão axiológica possui para o Direito Internacional repousa no fato de que as práticas estatais internacionais, quando geram uma *opinio juris* generalizada, quanto à necessidade e à obrigatoriedade de se adotar certos comportamentos, como por exemplo, a obrigação e o direito de capturar suspeitos de terrorismo em território estrangeiro, independente da autorização do Estado onde eles encontram-se, tudo isso tende a formar os chamados costumes internacionais instantâneos. A causa subjacente à formação deste tipo de costume pode ser identificada no fenômeno da *indignação moral* generalizada:

Recentes desenvolvimentos mostram que regras costumeiras podem vir a existir rapidamente devido à urgência de lidar com sentimentos generalizados de indignação moral, relacionados a crimes cometidos em conflitos como Rwanda e Yugoslávia, que provocaram a rápida formação de um conjunto de regras costumeiras relativas a crimes cometidos em conflitos internos (TREVES, 2006, § 24, tradução e grifo nossos).

Embora alguns autores rejeitem essa denominação, por considerar inapropriado falar-se de um costume “instantâneo”, reconhecem, todavia, a chamada “formação rápida” de costumes, podendo aqui ser citado o caso do direito à plataforma continental, cuja origem foi um ato unilateral do governo dos EUA – a Proclamação Truman de 1945. O contexto era o de um mundo pós-guerra, com elevada demanda por gás e petróleo para reconstrução das economias destruídas e, ao perceber que a plataforma continental era rica destes recursos, o Presidente Harry Truman proclamou unilateralmente o “direito” dos EUA à exploração exclusiva desta região costeira. Houve, obviamente, um cuidado formal de assentar essa declaração em termos jurídico-legais, de modo que uma legislação doméstica foi elaborada nos EUA que, 5 anos depois, sem qualquer protesto formal ou objeção séria, passou a ser replicada por metade dos Estados costeiros daquela altura. Em 1958, esse “direito” foi codificado e transformado na Convenção de Genebra sobre Plataforma Continental, documento que passou a reconhecer internacionalmente o conceito.

Em 1969, Corte Internacional de Justiça reconheceu que a Proclamação Truman havia criado rapidamente um direito costumeiro internacional, que vinculava coercitivamente até mesmo os Estados que não aderiram à Convenção de Genebra de 1958. Dentro dessa lógica, os ataques do 11 de setembro produziram a chamada Doutrina Bush, uma estratégia norte-americana baseada na perseguição de alvos importantes da Al Qaeda, em territórios de Estados falhados ou fracos, incapazes ou sem vontade de combater o terrorismo dentro de suas fronteiras. O amplo alcance desejado por essa estratégia produziu certa cautela na Corte Internacional de Justiça, que julgou ilegal o direito de auto-defesa contra civis, nos casos *Wall*, de 2004, e *Congo*, de 2005. Mas, “esta parece não ser a palavra final” (SCHARE, 2014, p. 335 e 338).

Na introdução deste *paper*, foram colocadas algumas questões, notadamente que tipo de “direito” autoriza um Estado a capturar suspeitos de terrorismo em territórios estrangeiros? A nossa hipótese de trabalho aponta para um conjunto de fatores. A princípio, direitos podem ser pensados em termos de leis domésticas, convenções internacionais, jurisprudência doméstica e internacional, todas estas consideradas fontes formais do direito. Mas existem também as fontes materiais do direito, por exemplo, a influência financeira que *Wall Street* exerce sobre a política e a diplomacia da Casa Branca e, por conseguinte, sobre o Conselho de Segurança da ONU (órgão detentor de certa autoridade moral internacional), além do puro e simples poder bélico de suas Forças Armadas.

Segundo um estudo publicado pela edição brasileira da *Harvard Business Review*, ao contrário do que pode parecer, não é tanto o setor militar que exerce influência na política norte-americana, mas sim o poder do seu setor financeiro, e esse poder é desequilibrado. O estudo faz uma analogia com a mecânica celeste: assim como a gravidade de um buraco negro altera a órbita de estrelas situadas anos-luz de distância, quem tem grande poder e prestígio muda o comportamento daqueles que estão ao seu redor, próximos ou distantes, de uma forma direta ou indireta. Essa influência é nítida nas doações de campanha, capazes de guiar o voto de um congressista (forma direta de poder), como também nas situações em que nosso julgamento sobre os poderosos é distorcido, quando nosso pensamento é alterado (forma indireta de poder), pois “há uma tendência natural a acreditar que aqueles com poder são bons e justos e fazem a coisa certa. [...] A capacidade de um grupo poderoso de recompensar e punir também distorce o mercado de ideias”, e isso não se trata de corrupção, no sentido criminal da palavra, pois “as crenças mudam naturalmente conforme os interesses” (MUKUNDA, 2014).

4. Conclusões

Com base nestas considerações, é possível dizer que o “direito” de captura de civis, suspeitos de terrorismo, em territórios estrangeiros, está baseado nos tratados e

nas convenções internacionais, mesmo com toda a divergência que existe na sua interpretação. O sistema de normas sobre o combate ao terrorismo é complementado pelas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU, que são documentos mais específicos, e que procuram eliminar as eventuais divergências contidas nos textos das convenções. Além deste conjunto de normas de Direito Internacional, existem também as legislações domésticas que legitimam a atuação das Forças Militares que, por sua vez, ao agirem no contexto de conflitos armados entre Estados e grupos terroristas, fazem nascer costumes internacionais de um modo rápido e acelerado. Todos esses documentos normativos apelam para a autoridade moral da defesa da humanidade, da paz e da segurança internacionais, além da estabilidade social e econômica.

O fenômeno do poder é complexo porque suas múltiplas formas de manifestação, igualmente importantes, entrecruzam-se para satisfazer, de modo comum, os interesses de toda a sociedade. Deste modo, o poder duro da força militar ou da coerção econômica, associado ao poder macio da diplomacia e do discurso de defesa dos direitos humanos, todas essas manifestações da capacidade de um Estado ou de uma organização intergovernamental, como a ONU, de estabelecer padrões de conduta e expectativas de comportamentos futuros, estão concatenadas para alcançar o objetivo supremo da ordem internacional: a paz entre os povos. Esta paz é condição *sine qua non* para que as trocas comerciais aconteçam de modo estável. O comércio internacional contribui para que as riquezas circulem entre os Estados, e satisfaçam as necessidades materiais de cada nação. A paz é fundamental para que os direitos de todas as gerações (fundamentais, sociais, econômicos, culturais e ambientais) possam ser efetivados, pois os direitos possuem um custo financeiro. Não há direitos se não houver dinheiro para satisfazê-los. E, como visto, a paz e o comércio internacionais estão na base.

Esta é a razão pela qual o sistema normativo internacional, de combate ao terrorismo, embora apoiado em questões axiológicas de elevado valor moral, como a defesa da dignidade humana; a busca de justiça para os inocentes mortos em atentados terroristas; ou o resgate da honra dos povos que sofreram pesadas perdas humanas; e ainda a prosperidade social e econômica global; enfim, as normas anti-terrorismo são uma extensão do sistema normativo financeiro, na medida em que as dimensões humana e financeira se complementam. O papel que os bancos exercem em uma economia é importante para que haja capital abundante. Este capital, desde que bem utilizado, contribui para a satisfação das necessidades humanas mais fundamentais (direitos humanos, econômicos, sociais). O fato de o sistema financeiro norte-americano ter se tornado sobremaneira grande, com enorme influência sobre atos governamentais dos EUA, não invalida os esforços de combate ao terrorismo. As distorções sociais e econômicas, eventualmente geradas pelo tamanho do sistema financeiro norte-americano, merecem ser tratadas através de medidas de regulação aperfeiçoadas, que impeçam ex-diretores de bancos ocuparem cargos das agências reguladoras, e vice-versa.

Considerando que o direito estará presente no “suave e natural encaixe” de uma hermenêutica cujo foco seja a defesa da liberdade – tomada essa concepção como a de justiça (SIMMONDS, 2007, p. 198); isso significa que haverá direito sempre que uma conduta, mesmo distante da legalidade, for praticada na defesa da liberdade dos povos; pois, nem sempre, condutas que obedecem estritamente a legalidade são tidas como justas, como direito. Neste sentido, apesar dos intrincados interesses que levaram à formação das normas utilizadas para legitimar aquela operação, a captura de al-Liby pelos EUA pode ser considerada um ato de defesa da liberdade dos povos, uma conduta que está conforme a justiça e o direito.

5. Referências

- AHMED, Abdalle; SMITH, David; STEPHEN, Chris. Libya demands explanation for US ‘kidnapping’ of al-Qaida leader al-Liby. **The Guardian**, Londres, notícia *online* publicada em 7 out. 2013. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/world/2013/oct/06/libya-kidnapping-citizen-us-forces-raid-somalia>>. Acesso em: 30 maio 2015.
- BBC. Com fama de excêntrico e de orientação nacionalista, Khadafi tirou Líbia do isolamento. **BBC**, Brasília, notícia *online* publicada em 22 fev. 2011. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/02/110221_perfil_khadafi_cc.shtml>. Acesso em: 30 maio 2015.
- _____. Libya terror suspect Abu Anas al-Liby in New York court. **BBC**, Londres, notícia *online* publicada em 23 out. 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-24633617>>. Acesso em: 30 maio 2015.
- _____. Libya terror suspect Anas al-Liby dies before US trial. **BBC**, Londres, notícia *online* publicada em 3 jan. 2015. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-africa-30664977>>. Acesso em: 30 maio 2015.
- BRONSTEIN, Scott; GRIFFIN, Drew. Self-funded and deep rooted: how ISIS makes its millions. **CNN**, Londres, matéria *online* de jornalismo investigativo, publicada em 7 out. 2014. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2014/10/06/world/meast/isis-funding/index.html?hpt=hp_t1>. Acesso em: 05 jun. 2015.
- BYERS, Michael. **Custom, power and the power of rules**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- CARIS, Charles C.; REYNOLDS, Samuel. ISIS governance in Syria. **Middle East Security Report**, The Institute for the Study of War, Washington – DC, v. 22, jul. 2014. p. 4-41. Disponível em: <http://www.understandingwar.org/sites/default/files/ISIS_Governance.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.

- CIJ. **Armed activities on the territory of the congo**. Corte Internacional de Justiça, Haia, 2005. Julgamento de 19 dez. 2005, p. 168-283. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10455.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- _____. **Separate opinion of judge Simma: Armed activities on the territory of the congo**. Corte Internacional de Justiça, Haia, 2005a. Julgamento de 19 dez. 2005, p. 334-350. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/116/10467.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- CHOMSKY, Noam. Noam Chomsky on how the Iraq war birthed ISIS & why U.S. policy undermines the fight against it. **Democracy Now!**, Nova York, entrevista concedida pelo professor do Massachusetts Institute of Technology, *online* em 02 mar. 2015. Disponível em: <http://www.democracynow.org/2015/3/2/noam_chomsky_on_how_the_iraq>. Acesso em: 05 jun. 2015.
- COCKBURN, Patrick. **O novo Estado Islâmico**. Lisboa: Self, 2014.
- DASKAL, Jennifer; VLADECK, Stephen I. After the AUME. **Harvard National Security Journal**, Boston, v. 5, 2014. Disponível em: <<http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2014/01/Daskal-Vladeck-Final1.pdf>>. Acesso em: 04 jun. 2015.
- DN. Rui Machete confirma envio de 30 militares portugueses para combater o Estado Islâmico. **DN – Diário de Notícias**, Lisboa, notícia *online* publicada em 21 abr. 2015. Disponível em: <http://www.dn.pt/politica/interior.aspx?content_id=4524422>. Acesso em: 05 jun. 2015.
- DW. Libya questions US ‘kidnapping’ of al Qaeda suspect. **DW – Deutsche Welle**, Bonn, notícia *online* publicada em 6 out. 2013. Disponível em: <<http://www.dw.de/libya-questions-us-kidnapping-of-al-qaeda-suspect/a-17138520>>. Acesso em: 30 maio 2015.
- GALL, Carlota. Show of Power by Libya Militia in Kidnapping. **The New York Times**, New York, notícia *online* publicada em 10 out. 2013. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/10/11/world/africa/libya.html?_r=0>. Acesso em: 30 maio 2015.
- HALL, John. The ISIS map of the world. **The Daily Mail**, Londres, notícia *on line* publicada em 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dailymail.co.uk/news/article-2674736/ISIS-militants-declare-formation-caliphate-Syria-Iraq-demand-Muslims-world-swear-allegiance.html>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- HARE, Mary. Daily press briefing. **U.S. Department of State**, Washington - DC, transcrição da conferência de imprensa ocorrida em 07 out. 2013. Disponível em: <<http://www.state.gov/r/pa/prs/dpb/2013/10/215183.htm>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

- ICD. **Attorney General v. Adolf Eichmann**. Supreme Court of Israel, Jerusalem, 1962. Criminal Appeal 336/61, julgamento de 29 maio 1962. International Crimes Database (ICD). Disponível em: <<http://www.internationalcrimesdatabase.org/Case/185/Eichmann/>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- LISKOFISKY, Sidney. The Eichmann case. **American Jewish Yearbook**, Nova York, v. 62, 1961. p. 199-208. Relato histórico do caso Eichmann. Disponível em: <http://www.ajarchives.org/ajc_data/files/1961_7_international.pdf>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- LITTLE, George. Statement by Pentagon Press Secretary George Little on the capture of Abu Anas al Libi. **U.S. Department of Defense**, Washington - DC, transcrição da notícia imediata n. 700-13, emitida pelo Pentágono em 06 out. 2013. Disponível em: <<http://www.defense.gov/Releases/Release.aspx?ReleaseID=16294>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- LOS ANGELES TIMES. Terrorism and American justice. **Los Angeles Times**, Los Angeles, Editorial *on line* publicado em 08 out. 2013. Disponível em: <<http://www.latimes.com/opinion/editorials/la-ed-libya-20131008-story.html>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- MODARAI, Gordon; DAVID O'Connell; KELLY, Timothy; FARRANT, James. The seizure of Abu Anas Al-Libi: an International Law assessment. **International Law Studies**, U.S. Naval War College, Newport, v. 89, 2013. p. 817-838. Disponível em: <<https://www.usnwc.edu/getattachment/75f620a6-aaa4-4dbb-bdf7-52ffc22bd7dd/The-Seizure-of-Abu-Anas-Al-Libi--An-International-.aspx>>. Acesso em: 04 jun. 2015.
- MUKUNDA, Gautam. O preço do poder de Wall Street. **Harvard Business Review**, São Paulo, notícia *on line* publicada em 06 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.hbrbr.com.br/materia/o-preco-do-poder-de-wall-street>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- OBAMA, Barack. Press Conference by the President. **White House**, Washington - DC, transcrição da Conferência de Imprensa do Presidente dos EUA em 08 out. 2013. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/10/08/press-conference-president>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- ONU. **Carta das Nações Unidas**, São Francisco: Organização das Nações Unidas, 1945. Conferência sobre Organização Internacional, 26 jun. 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- _____. **Convenção IV relativa à Proteção das Pessoas Civas em Tempo de Guerra**, Genebra: Organização das Nações Unidas, 1949. Conferência para Proteção das

Vítimas da Guerra, 12 ago. 1949. Disponível em: <<https://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. **Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas**, Nova York: Organização das Nações Unidas, 1997. Resolução n. A/RES/52/164 adotada pela Assembleia Geral, 15 dez. 1997. Disponível em: <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVII-I-9&chapter=18&lang=en>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. **The list established and maintained by the Resolutions 1267(1999) e 1989 (2011)**, Nova York: Organização das Nações Unidas, 1999. Lista do Comitê de Sanções contra Al Qaeda, Conselho de Segurança, atualizada em 22 maio 2015. Disponível: <<http://www.un.org/sc/committees/1267/1267.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. **Resolution 1368 (2001)**, Nova York: Organização das Nações Unidas, 2001. Resolução S/RES/1368, Conselho de Segurança, 12 set. 2001. Disponível: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/533/82/PDF/N0153382.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. **Resolution 1373 (2001)**, Nova York: Organização das Nações Unidas, 2001a. Resolução S/RES/1373, Conselho de Segurança, 28 set. 2001. Disponível: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. **Resolution 1377 (2001)**, Nova York: Organização das Nações Unidas, 2001b. Resolução S/RES/1377, Conselho de Segurança, 28 set. 2001. Disponível: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/633/01/PDF/N0163301.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

_____. **Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions**, Genebra: Organização das Nações Unidas, 2010. XIV Sessão do Conselho de Direitos Humanos, 28 maio 2010. p. 2-29. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

ROSEN, Armin. ISIS now controls a shocking percentage of Iraq and Syria. **Business Insider**, Nova York, notícia *on line* publicada em 11 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.businessinsider.com/isis-controls-shocking-percentage-of-iraq-and-syria-2014-6>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

SCHARF, Michael P. Accelerated formation of customary international law. **Faculty Publications**, Cleveland, paper 1167, 2014. p. 305-342. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.case.edu/faculty_publications/1167>. Acesso em: 31 maio 2015.

- SCHMIDT, Michael, S.; SCHMITT, Eric. U.S. Officials say Libya approved Commando raids. **The New York Times**, New York, notícia *online* publicada em 9 out. 2013. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2013/10/09/world/africa/us-officials-say-libya-approved-commando-raids.html?_r=1>. Acesso em: 30 maio 2015.
- SCUS. **Sosa v. Alvarez-Machain**, The Supreme Court of the United States, Washington – DC, 2004. Caso 542 US 692(2004), julgamento de 29 jun. 2004. Resumo disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/692/>>. Inteiro teor disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/542/692/opinion.html>>. Acesso em: 07 jun. 2015.
- SIMMONDS, Nigel. **Law as a moral idea**. New York: Oxford University Press, 2007.
- THE BOSTON GLOBE. Libi case shows US tenacity, plus commitment to justice. **The Boston Globe**, Boston, Editorial *on line* publicado em 18 out. 2013. Disponível em: <https://www.bostonglobe.com/opinion/editorials/2013/10/18/abu-anas-libi-arraignment-shows-tenacity-commitment-justice/3u9excw6ciwCvMAw9wRPAL/story.html?comments=all&sort=NEWEST_CREATE_DT>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- TREVES, Tullio. Customary international law, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, Heidelberg, nov. 2006. p. 1-25. Disponível em: <<http://v880.derecho.unam.mx:8083/papime/pdf/34.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2015.
- UKSC. **The Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and the Secretary of State for Defence v. Yunus Rahmatullah**, The Supreme Court of the United Kingdom, London, 2012. Caso UKSC 2012/0033, julgamento de 8 jun. 2012, p. 1-38. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2012_0142_PressSummary.pdf>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- US CONGRESS. Joint resolution to authorize the use of United States Armed Forces against those responsible for the recent attacks launched against the United States. **Congress of the United States**, Washington - DC, lei de autorização do uso das Forças Armadas no combate ao terrorismo, publicada em 18 set. 2001. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-107publ40/pdf/PLAW-107publ40.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2015.
- WHITE HOUSE. Fact Sheet: U.S. Policy Standards and Procedures for the Use of Force in Counterterrorism Operations Outside the United States and Areas of Active Hostilities. **White House**, Washington - DC, política de combate ao terrorismo, publicada em 23 maio 2013. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2013/05/23/fact-sheet-us-policy-standards-and-procedures-use-force-counterterrorism>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL SOB O ENFOQUE IBEROAMERICANO NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DECORRENTE DO SEQUESTRO DE CRIANÇAS¹

CLÁUDIO FRANZOLIN

Professor da PUC-Campinas em regime de dedicação integral. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FERNANDA CAROLINA DE ARAUJO IFANGER

Professora da PUC-Campinas em regime de dedicação integral. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

Resumo

O presente artigo apresenta uma pesquisa teórica, baseada nos ensinamentos emanados do Direito Internacional, do Direito Constitucional, do Direito Civil, do Direito Processual Civil e do Direito da Infância e Juventude, cujo objetivo é analisar a Cooperação Jurídica Internacional no que se refere, especificamente, ao problema do sequestro internacional de crianças. Evidencia-se a necessidade dos documentos internacionais sobre o tema, especialmente a Convenção de Haia, serem avaliados à luz do princípio da Proteção Integral, reitor inexorável das questões relativas às crianças e adolescentes, segundo o qual deve ser buscada sempre a resposta que melhor atenda aos interesses e necessidades desses sujeitos de direitos. Ao final, apresenta-se a tese de que os casos de sequestro internacional de crianças, cujas decisões acerca do destino do infante caiba ao Brasil, devem ser julgados pela Vara da Infância e Juventude, órgão melhor habilitado a decidir com base no princípio da Proteção Integral.

Palavras-chave

Direito Internacional; Direito da Infância e Juventude; Cooperação Internacional; Princípio da Proteção Integral.

Resumen

El artículo presenta investigación teórica, en las áreas del Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derecho Civil, Derecho Procesal Civil y Derecho de la Niñez y

1 Artigo submetido à avaliação visando a sua apresentação no III Encontro de Internacionalização do CONPEDI.

Juventud, objetivando el análisis de la cooperación jurídica internacional en materia de sustracción internacional de menores. Parece evidente que los instrumentos internacionales que regulan esta materia deban ser estudiados y interpretados a la luz del Principio de Protección integral del menor; en especial las Convenciones de Haya, ya que él – Principio de Protección integral –, tiene que regir, inexorablemente, las cuestiones relativas a los niños y adolescentes, que obliga siempre se perseguir en los supuestos de hecho, la respuesta que más y mejor atienda a los intereses y necesidades de esos sujetos de derecho. Al final, se presentará una conclusión, en que en los procesos que versen sobre sustracción de menores en Brasil deban ser enjuiciados y decididos por los juzgados especializados en la infancia y juventud – que los hay en Brasil –, puesto estar mejores habilitadas a cumplir tal menester sobre las bases del Principio de Protección integral del menor.

Palavras-clave

Derecho Internacional; Derecho de la Niñez; Cooperación Internacional; Principio de Protección Integral.

1. Introdução

Quais os rumos para o século XXI?

O Estado-nação deixa de ser a única referência no sistema internacional, despertando para uma necessidade de se (re)construir o sentido de soberania sob uma perspectiva de sociedade mais universalizada e integrada no ambiente Comunitário. Também, intensificam-se acordos para reprimir a criminalidade, por intermédio de mecanismos de Cooperação para a perseguição dos agentes delituosos numa esfera transnacional. Ademais, a pessoa humana, com suas variadas diversidades e gêneros, torna-se titular de novos direitos e assume novas posições jurídicas, como reflexo da igualdade substancial num ambiente de efetiva solidariedade internacional entre os Estados, ante a crescente interdependência das sociedades nacionais.

2 “A sociedade internacional desponha, em primeiro plano, como um necessário conjunto geográfico, resumido – até o momento – ao planeta Terra. A estrutura geográfica e política do planeta tece os contornos, os limites da sociedade internacional no século XXI. (...)”. (TEIXEIRA, 2013, p. 47). Mais a frente, situando o homem em seu caminhar para o século XXI, Carla Noura Teixeira aponta os seguintes aspectos: o homem está em sociedade; há um crescente desenvolvimento das ciências sociais; avanço tecnológico, o que reduz a distância de dados, informações, valores, pessoas e fronteiras; e sob o prisma da sociedade internacional destaca que ela se torna descentralizada, pois não há autoridade superior, de forma que, explica a autora, neste Século XXI, o que se vislumbra é a possibilidade de o Estado, cada vez mais, organizarem-se horizontalmente, e dispostos a cederem, na medida do seu consentimento, inclusive, no que pertine às Cortes Internacionais. (TEIXEIRA, 2013, p. 50).

Neste sentido, a concepção de proteção da pessoa humana não se esgota mais no âmbito do Estado, porque a sociedade tornou-se globalizada³, diante de tantas transformações e, por conseguinte, estimularam-se novos paradigmas sob os mais variados prismas para compreender o fenômeno jurídico sob o enfoque transnacional⁴.

Em que pesem os mais variados impactos que se notam para o século XXI, um deles, seguramente, refere-se à efetivação dos direitos das crianças, reconhecendo que o princípio da Proteção Integral se destaca como um comando que revela preocupação crescente com o bem-estar delas nas esferas nacional e transnacional.

A Constituição Federal brasileira tem como núcleo rígido fundamental a dignidade humana (art. 1º, da Constituição Federal/88), preceito orientador das liberdades e das garantias do ser humano. Nessa esteira, ganha destaque a tutela efetiva da criança, consoante o artigo 227 da Constituição Federal, em conformidade com o princípio da Proteção Integral. E uma das formas de efetivação do referido princípio é a incorporação ao ordenamento jurídico interno da Convenção de Haia sobre o Sequestro Internacional de criança, cujo escopo é criar mecanismos específicos relacionados à Cooperação Internacional para a devolução do infante, quando ele se submete a alteração abrupta de sua residência até então habitual, o que, seguramente compromete seu melhor interesse e sua proteção no cenário internacional.

Assim, evidencia-se que além da existência de um direito interno voltado a esses sujeitos de direito, Jacob Dolinger (2003, p. 80) reconhece que há um direito internacional da criança, enquanto, “uma coleção de diplomas legais que visam uniformizar o tratamento protetor das crianças de todos os povos ligados às organizações internacionais e regionais”, o que se revela em normas de conteúdo material e processual relacionados à efetividade jurisdicional nacional e internacional da criança à luz do princípio da Proteção Integral e do seu Melhor Interesse.

3 “Com a globalização, o Estado-Nação deixa de ser a única referência no sistema internacional, já que muitos problemas, alguns agentes econômicos e as tecnologias de informação se encarregam de dimensionar as estratégias à escala planetária. De tudo isso resulta algo (...) é que a globalização veio pôr em questão a soberania como peça teórica chave do sistema internacional. (...) uma das marcas deste novo Direito Internacional é o de revalorizar a soberania considerando que a universalização da sociedade internacional leva a uma ‘leitura tônica’ da soberania (...)”. (PIMENTEL, 1999, p. 44).

4 Para Jayme (2003, p. 105) “(...) as coisas mudaram: existem fenômenos novos na visão pós-moderna do direito internacional privado e que refletem os quatro valores (...)”. Explica o autor que os referidos valores são: pluralismo, comunicação, narração e retorno dos sentimentos. O primeiro é pluralismo, não apenas de formas, mas também de estilos de vida; o outro paradigma apontado por Erick Jayme é a comunicação significa que ela provoca a ruptura com as fronteiras, pois a troca de informações e de imagens é quase que instantânea; o terceiro é a narração, ou seja, é o ato de argumentar, de descrever, de incorporar fatos e narrar novas situações; e, segundo o autor, o quarto valor é o retorno ao sentimento, ou seja, significa valorizar o contexto cultural, a sensibilidade, o sentido em detrimento da racionalidade. Essas são as reflexões que contribuem para fortalecer a operacionalização do sistema jurídico e seguramente, contribuir, no momento de como se deve interpretar o princípio do melhor interesse e da proteção da criança quando o debate transcende as fronteiras, no ambiente mais transnacional e globalizado.

Assim, entre a variedade de situações que envolvem as crianças, neste trabalho nos concentramos numa específica, qual seja, a condição de vulnerabilidade delas quando são retiradas de sua residência habitual e deslocadas para um Estado, por decisão unilateral e exclusiva de apenas um dos pais e a identificação das melhores respostas para esse problema, análise que envolve um complexo fenômeno jurídico - afinal, a criança é titular de direitos - e que deve ser estudado à luz do Direito Civil, do Direito Processual, do Direito Comunitário; e seguramente, em algumas situações do Direito Penal.

Isto é, um dos genitores que, com o intuito de exercer com o exclusividade a guarda, transfere, compulsoriamente, os filhos para outro país e a partir daí, desencadeia-se a movimentação do aparelhamento estatal para a restituição da criança a sua residência habitual, com base na Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de crianças, enquanto uma Convenção Quadro sobre a fixação de obrigações entre os Estados-Partes no que pertine à Cooperação jurídica internacional⁵.

Afinal, se por um lado a movimentação de pessoas além das fronteiras é crescente e pode ocasionar danos, estes são acentuados quando envolvem crianças, já que elas são mais vulneráveis, haja vista que a decisão de movimentá-las não é delas, mas, sim, de um dos seus responsáveis (guardiões), bem como em razão de sua incapacidade de se opor, já que elas têm sua autodeterminação, muitas vezes, aniquilada ante a submissão ao poder familiar (do pai ou da mãe, seja o poder legítimo ou não).

O desenvolvimento, a crescente preocupação com o destino das famílias e os impactos na vida dos filhos quando crianças, ao serem deslocados de um Estado para outro, seja em virtude de decisão voluntária e conjunta dos pais, seja em virtude da decisão compulsória e unilateral de um deles, fortalece o Direito Convencional, no intuito de fixarem-se medidas céleres e conjuntas entre os Estados, para o retorno da criança à sua residência habitual.

O que se impõe para este trabalho, então, é considerar o princípio da Proteção Integral e o princípio do Melhor Interesse, sob uma perspectiva mais transnacional, considerando o diálogo das fontes sob os aspectos substancial e processual, à medida que se despontam variados problemas, viabilizando um Direito Convencional e iniciativas em prol da proteção da criança que é removida ilicitamente por um dos pais, em detrimento do outro.

As questões que levam à reflexão são: (a) como articular o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança num contexto pós-moderno e transnacional? (b).

5 Artigo 1º. A presente Convenção tem por objetivo: **a)** assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; **b)** fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante.

A Convenção de Haia que disciplina a Cooperação entre Estados em virtude de sequestro de crianças deve ser compreendida objetivamente, ou, o julgador que executa a medida de busca da criança pode contrariar a ordem de remoção, feita pelo Estado requerente, sob o fundamento de que o princípio da Proteção Integral está melhor efetivado no Estado solicitado? (c) Como articular o princípio da proteção integral e do melhor interesse em consonância com a tutela da criança decorrente de sequestro por um dos pais no contexto transnacional? (d) A manifestação de vontade da criança em querer manter-se no local em detrimento do sua residência habitual da qual foi retirada deve ser considerada pelo julgador?

Esses são alguns questionamentos que desafiam o presente trabalho.

2. Princípio da Proteção Integral da Criança e sua Conformação Contemporânea ante o Sequestro de Crianças

As normativas internacionais foram de fundamental importância para a modificação do trato de crianças e adolescentes no Brasil. Toda a legislação construída hodiernamente no Brasil, a partir da Constituição Federal de 1988, tomam como referência os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos desses sujeitos.

Fato é que no século XX, de uma forma geral, ante a variedade de situações às quais as crianças eram expostas, reconheceu-se a necessidade e a importância da garantia do bem-estar delas, o que motivou o reconhecimento em vários documentos internacionais do princípio da Proteção Integral em favor das crianças - e para o nosso sistema, também dos adolescentes⁶ - enquanto titulares de direitos que devem ser observados com prioridade imediata e absoluta.

Nesse diapasão, merecem destaque as seguintes disposições internacionais: (a) após a Primeira Guerra Mundial, a Organização Internacional do Trabalho foi a primeira a aprovar em 1919, a idade mínima para início da vida economicamente ativa; após, veio, a Declaração de Genebra, de 1924, aprovada pela Liga das Nações, destacando a necessidade de que a criança é titular de uma proteção especial; (b) Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas⁷, assegurando direitos especiais para a criança; (c) Resolução

6 O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece a diferença entre crianças e adolescentes ao determinar que as primeiras têm até doze anos incompletos e as segundas entre doze e dezoito anos incompletos.

7 “Artigo 25 Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozam da mesma proteção social”. (DECLARAÇÃO, 1948).

40.331/85, referente às Regras de Beijing, reconhecida pela Resolução 4.033/1985, da Assembleia das Nações Unidas; (d) Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San José de Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992⁸; (e) Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil, por intermédio do Decreto Legislativo 99.710, de 21/11/1990⁹.

A despeito da relevância de todos os textos mencionados, foi no ano de 1989, em Nova Iorque, que foi aprovado o mais importante documento em benefício dos direitos das crianças e adolescentes, o qual incorporou e inaugurou a doutrina da Proteção Integral. Pode-se dizer que ele iniciou a etapa positiva do tratamento diferenciado de crianças e adolescentes em cotejo com os adultos. Trata-se da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, com força coercitiva para as nações signatárias, entre as quais estava o Brasil¹⁰.

A normativa foi ratificada, já naquele momento, por mais de 160 países, incluindo todos os da América Latina, sendo assinada pelo Brasil em 26 de janeiro de 1990 e aprovada pelo Decreto Legislativo 28, de 14 de setembro de 1990¹¹.

A Convenção prevê de forma organizada e sistemática normas de proteção à criança e ao adolescente que durante toda a história da especialização da Justiça de Menores encontravam-se distribuídas em outros 80 documentos internacionais. Antes dela o único

8 “Art. 17 – Proteção da família. (...)4. Os Estados-partes devem adotar as medidas apropriadas para assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o mesmo e por ocasião de sua dissolução. Em caso de dissolução, serão adotadas as disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos”. (CONVENÇÃO, 1969).

9 A Convenção sobre Direitos da Criança (1990) reconhece a necessidade da criança ser titular de proteção especial: “1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais. 2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares”.

10 A Convenção das Nações Unidas sobre os direitos da Criança começou a ser redigida em 1979, convencionado como Ano Internacional da Criança, em comemoração aos vinte anos da Declaração Universal dos Direitos da Criança, e demorou dez anos para ser finalizada.

É ela considerada representação da segunda grande mudança ocorrida no trato das crianças e adolescentes, sendo a primeira a criação do Tribunal de Menores em Illinois. (GARCÍA MÉNDEZ, 1991).

11 Apenas dois anos após sua entrada em vigor a Convenção contava com o maior número de ratificações já visto relativamente a um tratado de Direitos Humanos, tendo-se destacado negativamente os Estados Unidos e a Somália pela não aceitação do documento. Importante ainda asseverar que os países que confirmaram a Convenção obrigaram-se também a apresentar ao Comitê dos Direitos da Criança relatórios anuais acerca de sua atuação governamental nessa seara. (MONACO, 2004). Entretanto, apesar de ratificarem a Convenção, nem todos os países elaboraram em curto prazo uma legislação que a contemplasse.

texto universal a tratar da questão foi a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, que, no entanto, por sua natureza meramente declaratória, não tinha força vinculante para os Estados. (BARATTA, 1990-1991).

Objetivando oferecer proteção à criança e ao adolescente da forma mais abrangente possível, o documento disciplina as mais diversas situações em que esse cuidado deve ser observado, tais como o direito a educação, a proteção em caso de conflitos armados, em situação de exploração sexual, o direito à saúde, a proteção contra violência, entre outras.

Ademais, ela consolida um conjunto de legislações internacionais sobre o tema, que se convencionou denominar Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral da Infância, composta, além da própria Convenção, pelos demais documentos referentes aos infantes.

Duas disposições demonstram claramente o novo olhar lançado sobre crianças e adolescentes: passam a ser considerados sujeitos, não mais objetos de direito, e acaba-se a equiparação entre abandono, delinquência e situação irregular, por meio da diferenciação entre jovens carentes de proteção – vítimas – e autores de condutas proibidas, ofertando-se-lhes, pela primeira vez, tratamento jurídico diferenciado.

Fato é que,

precisamente, a proteção integral quer evitar a construção social que separa os ‘menores’ das crianças e dirige-se às crianças e adolescentes como sujeitos com direitos humanos originários, com a finalidade de evitar a sua marginalização e de reintegrar os ‘menores’ em desvantagem ou infractores o mais rapidamente possível no sistema normal da infância e da adolescência. (BARRATA, 1999, p. 73).

Reconhece-se, a partir de agora, que as crianças e adolescentes têm os mesmos direitos fundamentais assegurados a toda pessoa humana; têm direito, além disso, a uma proteção integral, bem como a instrumentos que assegurem seu saudável desenvolvimento físico, mental, moral e espiritual, em condições de liberdade e dignidade.

Em poucas palavras, a doutrina da Proteção Integral representa o “reconhecimento dos direitos da criança como uma categoria dos direitos humanos”. (SOTOMAYOR, 1997, p. 99).

Trata-se de uma nova definição do papel do Estado e da sociedade civil diante das crianças e adolescentes carentes e também dos autores de atos infracionais. (LUCCHINI, 1991).

A ansiada mudança de paradigmas manifestou-se, então, em todos os aspectos da tratativa das crianças e adolescentes, tanto no tocante às políticas destinadas à sua proteção, quanto no que diz respeito às dirigidas à repressão das condutas ilícitas perpetradas

por esses sujeitos. Nessa seara, a conquista da Proteção Integral para o adolescente consiste “em protegê-lo da medida e contra a injustiça de sua aplicação”. (KONZEN, 2006, p. 343).

Assim, pode ser destacado como o maior avanço do novo pensamento o “estabelecimento de um verdadeiro empecilho para a utilização das mais diversas formas coativas, em especial por intermédio de internação, para aquelas crianças e adolescentes vítimas de desamparo social”. (SAENZ, 2008, p. 123).

Outrossim, foi ela ainda fundamental para a objetivação do direito e das práticas realizadas na seara da infância e juventude, objetivação essa no sentido de oposição à discricionariedade. (GARCÍA MENDEZ, 1998).

O que se evidencia é que “a proteção integral à infância e juventude situa, portanto, o sistema de justiça numa dimensão ético-política de proteger os mais vulneráveis, respeitando seus modos singulares de existência”. (VINCENTIN, 2006, p. 151).

Importante desvelar o pioneirismo do Brasil, nesse novo contexto de teorização e normatização das questões referentes à infância e juventude.

A doutrina da Proteção Integral foi incorporada à legislação brasileira em 1988 por meio da edição dos artigos 227 e 228 da Constituição Federal – antes mesmo da finalização da Convenção –, sendo sua fonte de inspiração a Declaração dos Direitos da Criança da Assembleia das Nações Unidas de 1959¹².

O referido artigo 227 é a primeira norma constitucional já escrita sobre a prioridade absoluta da criança e do adolescente e seus direitos humanos. Na expressão de Saraiwa, agora, tornam-se esses sujeitos “a prioridade das prioridades do Estado”. (SARAIVA, 2006, p. 188).

Na visão de Baratta (1990-1991), representa o citado mandamento a melhor síntese redigida acerca dos princípios que impõe a Convenção. É ele ainda que torna o antigo Código de Menores inconstitucional. (LUCCHINI, 1991).

Sobre a importância dessa constitucionalização do direito da infância dissertou García Méndez (1998, p. 69) que “um novo tipo de direito constitucional inspirado na Convenção abre as portas para uma nova reformulação do pacto social, com todas as crianças e adolescentes como sujeitos ativos do novo pacto”.

A Constituição Federal de 1988 assegurou as crianças e adolescentes todos os direitos e garantias conferidos aos adultos, além de outros, a eles específicos, consequência de sua consideração como pessoas em desenvolvimento. Criou, portanto, uma “desequiparação

12 Nessa incorporação foi fundamental a atuação do movimento chamado A Criança e o Constituinte, movimento da sociedade civil e de milhares de crianças visando a inserção no texto constitucional dos princípios expressos na Declaração dos Direitos da Criança.

jurídica protetiva” (MACHADO, 2006, p. 100) em favor dos sujeitos ainda em desenvolvimento.

Na esteira do pioneirismo do texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi uma das primeiras legislações em âmbito mundial, e a primeira da América Latina, a adotar a doutrina da Proteção Integral. Trata-se, para Baratta (1995), da legislação que melhor acolheu o espírito e a letra da Convenção¹³.

Sua importância está no fato de que “estabeleceu o estado democrático de direito num contexto em que estivera ausente desde a formação histórica do Brasil, abolindo o subjetivismo, o arbítrio, consagrando e dignificando a justiça”. (CAMARGO SOBRI-NHO, 200, p. 115).

A doutrina da Proteção Integral, consoante já explicitado, garante direitos aos jovens em todas as situações em que eles se encontrem, o que não deixou de ser observado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em seu modelo sistêmico, os direitos e deveres das crianças e adolescentes podem ser agrupados em três conjuntos diversos, denominados também de etapas da tutela estatal, cada qual deles identificado a partir de um prisma de prevenção.

A prevenção primária, representada pelas políticas básicas, tem por escopo assegurar direitos a todas as crianças e adolescentes, indistintamente, tais como saúde, alimentação, habitação, educação, transporte profissionalização e cultura. A prevenção secundária, na qual se inserem as políticas de proteção especial, inclui as medidas de proteção, guarda, renda familiar mínima, atendimento às vítimas de maus tratos, abrigo, guarda subsidiada, entre outras, destinadas aos sujeitos vitimizados¹⁴. Por fim, a prevenção terciária é composta pelas políticas socioeducativas, que englobam as sanções aplicáveis aos adolescentes autores de atos infracionais, denominadas de medidas socioeducativas. (SPOSATO, 2006).

É no âmbito da prevenção secundária que se insere a questão do sequestro internacional de crianças.

Consoante explicitado na introdução, a expressão refere-se ao “deslocamento ilegal da criança de seu país e/ou a sua retenção indevida em outro local que não o da sua residência habitual”. (SIFUENTES, 2009, p. 228).

13 Para García Méndez (1998, p. 60) “a partir da experiência do Brasil, todo o resto das reformas legislativas (com maior ou menor nível de participação social e com uma melhor ou pior técnica jurídica), deixaram de ser esotéricas e clandestinas reuniões de ‘peritos’ que trabalham nos sótãos dos Ministérios de Justiça, para converterem-se em imensos laboratórios político-sociais de produção jurídica democrática”.

14 Nesse sentido, relata Passetti (1995, p. 51) que “a partir do momento em que o Estado não preenche a lacuna deixada pelo Mercado, ou seja, a situação de desemprego, carência, abandono e falta de escolaridade, ele pode ser entendido como um violentador, por não cumprir com a responsabilidade que ele próprio se atribuiu: a de tutor de todos os pais”.

Conforme esclarece Dolinger (2003), a tradução do termo é feita à partir da expressão *abduction*, em inglês – ou *kidnapping* – e corresponde ao deslocamento por intermédio da decisão de um dos países que afasta do contato com o outro que está, à princípio, incumbido da guarda; ou, ainda, decorre da não devolução da criança levada por um pai, durante o período que lhe é assegurada a visitação. Já, o termo adotado pelo direito francês, denominado *enlèvement international d'enfants*, é, na visão do autor, o mais adequado, pois ao traduzi-lo, no vernáculo corresponde à “retirada”.

Não se trata, pois, de sequestro nos moldes disciplinados na legislação penal, uma vez que se cuida aqui dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças.

Diante da incorporação da Convenção de Haia ao ordenamento jurídico brasileiro, o país passa a comprometer-se a dar tratamento prioritário aos casos de sequestro internacional de crianças, os quais não encontravam nenhuma disciplina legal no ordenamento jurídico interno.

Pode-se perceber, então, que o fundamento principal da Convenção “é a garantia dos interesses da criança e sua proteção contra os efeitos prejudiciais resultantes de uma mudança abrupta de domicílio”¹⁵

Reconhece-se, enfim, a gravidade do problema que ao impor a repentina retirada das crianças de suas moradas e inseri-las abruptamente em um ambiente totalmente distinto daquele em que estavam acostumadas a viver elas passam a tomar contato com uma variedade de valores, virtudes, situações existenciais, costumes, enfim, hábitos, repercutindo, negativamente, na estrutura bio-físico-psíquica e em seu desenvolvimento.

Não há mais, nesse contexto, como pensar na Proteção Integral desses sujeitos e olvidar-se desse novo problema social, cada vez mais presente na sociedade globalizada, cujas consequências sobre suas vítimas são bastante gravosas.

O mencionado documento, datado de 1980, foi ratificada pelo Decreto Legislativo 79, de 15 de setembro de 1999 e promulgado em 14 de abril de 2000, por meio do Decreto Presidencial n. 3.413, denominando “Sequestro internacional de crianças”, sendo que somente em 4 de outubro de 2001 foi designada a Autoridade Central incumbida de dar cumprimento às obrigações impostas pela Convenção.

Após extensas discussões, os países signatários da Convenção de Haia entenderam que a melhor solução para a celeuma seria a determinação do retorno da vítima para o

15 “Os Estados signatários da presente Convenção, firmemente convictos de que os interesses da criança são de primordial importância em todas as questões relativas à sua guarda; desejando proteger a criança, no plano internacional, dos efeitos prejudiciais resultantes de mudança de domicílio ou de retenção ilícitas e estabelecer procedimentos que garantam o retorno imediato da criança ao Estado de sua residência habitual, bem como assegurar a proteção do direito de visita; decidiram concluir uma Convenção para esse efeito e acordaram nas seguintes disposições”. (CONVENÇÃO, 1980).

Estado de sua última residência para que o magistrado desse local decidisse sobre a fixação da guarda da criança.

Tal proposta leva em consideração a Proteção Integral que rege as novéis normativas relativas às crianças e adolescentes, especificamente a partir da consideração dos princípios da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento e do melhor interesse da criança, também chamado de interesse superior, os quais devem guiar toda a interpretação que se faça das regras referentes às crianças e adolescentes, em quaisquer das esferas de prevenção anteriormente mencionadas.

O primeiro supera a categoria discriminadora da menoridade ao estabelecer que cada faixa de desenvolvimento tem suas singularidades, as quais devem ser observadas e respeitadas pelo Estado, pela família e pela sociedade.

O segundo, por sua vez, determina sejam privilegiados os interesses e as necessidades da criança em todas as situações em que elas se inserem, devendo ser tomada sempre a resposta que melhor as atenda.

Tratando-se do problema específico do sequestro internacional de crianças, não se pode conceber seja tomada uma decisão em dissonância com os princípios reitores de toda a interpretação das questões relativas à infância, devendo eles serem respeitados por todos os Estados Nacionais, bem como no âmbito da Cooperação Jurídica Internacional.

Fundamental que se destaque a mudança paradigmática que a aprovação dos mencionados documentos, bem como do Estatuto da Criança e do Adolescente, propiciou no tocante à proteção das crianças e adolescentes.

Antes deles, toda legislação nacional destinada à infância e juventude era inspirada pela doutrina da Situação Irregular, teorização que, no âmbito nacional, serviu como base para os Códigos de Menores de 1927, conhecido como Código de Mello Matos, e de 1979 (Lei 6.697/79)¹⁶.

Sob sua égide, o tratamento jurídico especificamente dirigido aos não-adultos tinha como fundamento a consideração da infância como categoria diversa da adulta, em virtude da incapacidade inerente a esse grupo de pessoas. (COSTA, 2005).

Entendia-se que todas as decisões sobre esses indivíduos deveriam ser tomadas pelos adultos, os quais não deveriam preocupar-se com os interesses e especificidades dos não-adultos.

Para usar a expressão de Zaffaroni (1994, p. 84), é a representação da máxima “discriminação biológica em relação aos menores”.

16 No Contexto específico da América Latina, as citadas etapas da especialização podem ser cronologicamente determinadas: a primeira iniciou sua hegemonia a entre 1919 e 1939 e a segunda no de 1990. (GARCÍA MÉNDEZ, 1998).

É em observância à premissa mencionada que se construiu a categoria “menor”, avaliado como um ser incompleto e inadaptado que só consegue, com ajuda, reincorporar-se à sociedade. (SOTOMAYOR, 1997).

Diante disso, essa ideologia

converte a criança e o jovem em objeto, não em sujeito de direitos, em um ser dependente, que há de ser submetido a intervenção protetora e educadora do Estado, a qual é profundamente seletiva, pois irregular ou perigoso se iguala com situação de abandono, é dizer, com as crianças e adolescentes pertencentes as classes ou grupos mais desfavorecidos e, portanto, onde os processos de socialização foram mais deficitários e isso se pretende substituir através de medidas sancionatórias. A ideologia da situação irregular, protetora ou educativa, provoca uma identificação entre proteção a criança e sanção, sobre a base de um pretendido objetivo de beneficência ou bem-estar. (BUSTOS RAMÍREZ, 1997, p. 63).

Destarte, para García Méndez (1990-1991), a extensão do uso da doutrina da Situação Irregular foi inversamente proporcional à extensão e qualidade das políticas sociais básicas.

Evidente, ante o exposto até aqui, que a proteção na fase tutelar não era concebida sob a ótica dos direitos fundamentais. Também não se organizava o ordenamento jurídico sob a premissa de que crianças e adolescentes tinham os mesmos direitos humanos dos adultos. (MACHADO, 2006).

Trata-se, de acordo com García Méndez (1998, p. 64), de “uma justiça com as aparências objetivas e abstratas da lei, mas com os conteúdos e o funcionamento real da discricionariedade médica”. Misturava-se assistencialismo com um ideal abstrato de justiça para a realização do saneamento moral dos menores. (SHECAIRA, 2008).

Isto posto, evidente que não se pode mais olhar para o problema do sequestro internacional de crianças sob a ótica desse enfoque que tantos malefícios causou. Diante das novéis normativas aprovadas em favor das crianças e dos adolescentes, o diálogo das fontes fortalece que o retorno da criança à sua residência habitual não pode ocorrer sem considerar o princípio da Proteção Integral e do Melhor Interesse da criança.

3. Perspectivas Substancial e Processual na Cooperação Internacional Decorrente de Sequestro de Crianças

Compreender a Cooperação Jurídica Internacional em matéria de sequestro de crianças necessariamente pressupõe o estudo da Convenção Internacional de Haia¹⁷, que

17 A respeito da Convenção de Haia, o que merece consideração diz respeito a sua importância no âmbito do direito internacional privado, no intuito de, sempre, aperfeiçoar a colaboração entre os Estados os quais,

disciplina a busca, a apreensão e a devolução da vítima para o país de origem, bem como da Convenção Interamericana sobre restituição de menores (Cirim) de 1989, a qual vigora para os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos, conforme dispõe seu artigo 34, inspirada na Convenção de Haia, consoante esclarecem Gaspar e Amaral (2013) em artigo científico sobre o sequestro de crianças por atuação parental.

Particularmente, no artigo 1º da Convenção de Haia (1980) fixam-se dois objetivos a serem buscados diante da retirada forçada da criança de seu lar, os quais ela destaca expressamente: “assegurar o regresso imediato das crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente” bem como “fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de custódia e de visita existentes num Estado Contratante”.

Por essas disposições, resta evidente que a preocupação da Convenção é com o retorno imediato da criança para o país de origem, de onde foi retirada. A despeito da primazia desta resposta, não se pode afirmar que o regresso do infante ao país onde residia seja, necessariamente, a solução que melhor atenda aos seus interesses e necessidades.

Sendo assim, a Convenção em questão, se por um lado impõe um ajuste de efetivação de execução de medidas para assegurar o retorno imediato da criança para a sua residência originária, por outro lado não pode ser compreendida em dissonância com os valores constitucionais, com os fundamentos principiológicos do Código Civil, com a efetividade decorrente do Processo Civil, com a prioridade na tutela da criança no âmbito das varas especializadas do Estatuto da Criança e do Adolescente e com os fundamentos do Direito Internacional Privado.

Vale destacar ainda que a Cooperação Internacional significa estabelecer um conjunto de medidas que visam a implementar - tanto sob o aspecto administrativo como jurisdicional - a fixação de competência e a melhor interpretação da Convenção. Nesse diapasão, mister considerar se a decisão de um Estado Solicitado em devolver a criança pode ser acolhido, haja vista que é preciso levar em conta os princípios da Proteção Integral e do Melhor Interesse da Criança.

Para que possamos, primeiramente, considerar a análise da Cooperação Internacional à luz da Convenção de Haia, tomaremos como situação inicial o emblemático caso de

embora soberanos “no que concerne à Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, é ela dotada de um objetivo próprio, sua função institucional reconhecida por seus Estados membros: a persecução da unificação progressiva do direito internacional privado entre seus Estados membros. Quer isso significar que os Estados que a compõem concordam com tal atividade e a desejam. Devem, portanto, em princípio, colaborar para a sua obtenção, por meio da participação efetiva nas reuniões realizadas para a preparação de projetos de convenções internacionais; e das negociações travadas em suas sessões diplomáticas e que desembocam na assinatura do texto final, passando pela assinatura formal da convenção e pela adoção interna de seu conteúdo, por meio da ratificação”. (RODAS; MÔNACO, 2007, p. 190).

Sean Goldman que culminou não apenas numa apreciação quanto ao Melhor Interesse e a Proteção Integral da criança, mas ganhou foro de relações internacionais num debate entre o Presidente dos Estados Unidos Barack Obama e o Presidente da República Federativa do Brasil, à época, Luiz Inácio Lula da Silva.

A partir deste caso poderemos também dedicar algumas considerações sobre a necessidade ou não da interferência do Juízo Federal e da apreciação pertinente pelo Estado Solicitado na recusa em devolver a criança.

4. Considerações sobre o Caso Sean Goldman no Âmbito do Direito Internacional Privado Envolvendo Litígio Decorrente

Entre tantos casos de sequestro internacional de crianças merece destaque o do menino Sean Goldman, em razão de sua grande repercussão nacional e internacional e da intensidade das discussões que gerou.

Sean Richard Bianchi Carneiro Ribeiro Goldman nasceu em Nova Jersey, nos Estados Unidos, fruto da união entre o americano David George Goldman e a brasileira Bruna Bianchi Carneiro Ribeiro. A família vivia nos Estados Unidos, mas numa das vindas da mãe ao Brasil junto com seu filho, esta optou por não mais retornar com o menino para os Estados Unidos¹⁸.

Já no Brasil, a genitora casa-se com João Paulo Lins e Silva, e no parto de sua segunda filha vem a falecer. Inicia-se, então, uma batalha judicial entre o padastro e avós maternos e o pai biológico que pleiteava judicialmente a devolução do seu filho para com ele viver em Nova Jersey.

18 Direito processual civil. Busca e apreensão de menor. Pai americano. Mãe brasileira. Criança na companhia da mãe, no Brasil. Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças. Embargos de declaração no recurso especial. Ausência de omissões. Prestação jurisdicional encerrada. Prequestionamento de dispositivos constitucionais. Vedação. As questões suscitadas pelo embargante não constituem pontos omissos do julgado, mas mero inconformismo com os fundamentos adotados pelo acórdão recorrido, sedimentados em firme ponderação e consequente esmerada aplicação dos dispositivos da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, nada havendo para reformar ou esclarecer no julgado. O que se percebe, é que busca o embargante, por meio de uma tese transversa, modificar o julgado, fugindo aos parâmetros estabelecidos pelo aludido tratado internacional, que busca, primordialmente, defender os interesses e direitos da criança, e não, como quer fazer prevalecer o embargante, os interesses dos genitores, quer seja o pai, quer seja a mãe do menor. A tal respeito, consigne-se que cabe aos pais uma postura que minimize o sofrimento da criança, de forma que possa usufruir da presença de ambos, da melhor forma possível, sem que se sinta compelida a adotar os nem sempre muito racionais - porquanto em aberto litígio -, posicionamentos de um ou de outro genitor. As questões trazidas à debate pelas partes não demarcam a fundamentação a ser adotada pelo julgador, que pode valer-se dos temas jurídicos que entender de Direito para alcançar o deslinde da controvérsia. (...). Embargos de declaração rejeitados. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial n. 900.262. Relatora Nancy Andrighi.

Assim, enquanto no Brasil o padrasto ajuizou a ação declaratória de paternidade sócio-afetiva de Sean, nos Estados Unidos seu pai biológico propôs demanda para exigir do Estado brasileiro, a devolução do filho para viver com o seu genitor sobrevivente, confirmando-se a decisão de definição da guarda em seu favor para o filho Sean viver com ele em Nova Jersey.

Nesta rota, a União, visando a efetivação da decisão da Corte estadunidense ajuizou ação perante a Justiça Federal, para a busca e apreensão de Sean, considerando que, ante a morte da mãe, ele ficaria, a partir de então, sob a guarda definitiva do pai biológico e é justamente o que ocorreu ao final da demanda.

5. Cooperação Internacional Ativa e Passiva e o Juízo Competente: Uma Abordagem Contemporânea para a Efetivação dos Direitos Fundamentais da Criança e Breves Considerações sobre a IberRed

Quando se estuda sobre a Cooperação Internacional efetiva-se a devolução da criança para o Juízo do Estado Solicitante. (SIFUENTES, 2009). Contudo, conforme se tem defendido no presente artigo, na tomada dessa decisão, o princípio da Proteção Integral deve ser analisado e considerado pelo Estado encarregado de cumprir e executar a ordem de busca e apreensão.

Neste sentido, podem ser mencionadas, exemplificativamente, dois casos em que a celeuma foi resolvida com a observância da Proteção Integral das crianças envolvidas.

Em uma delas, os pais eram divorciados e a criança de tenra idade foi deslocada dos Estados Unidos para o Reino de Gales, sendo que na discussão acerca da celeuma determinou-se como necessária a apreciação dos interesses da vítima e não apenas da situação relacionada a conduta ilícita ou ilícita de quem detinha a guarda quando decidiu manter a criança e removê-la para outro país¹⁹.

19 Uma criança de 3 anos foi retirada de sua residência habitual que era no Colorado, nos Estados Unidos, e a mãe o levou para o País de Gales, que era o estado natal dela. Por outro lado, no Condado de Adams, Colorado, nos Estados Unidos, havia uma guarda provisória em favor da mãe que seria revista 14/7/1994. Em 31/10/1994, foi determinado pelo Tribunal nos Estados Unidos que a criança deveria ser restituída para a sua residência habitual, tomando como base que tinha havido um traslado ilícito da criança para outro país sem que o pai soubesse. Inclusive, destacou a sentença que no Estado do Colorado, os pais detêm poder parental em igualdade de condições, e por isso, o traslado na forma que foi feito, obstaculiza o direito de visita por parte do pai. Por outro lado, quando o País de Gales recebeu a ordem para devolver a criança para os Estados Unidos, mas não deu prosseguimento na ordem. Destacou o Tribunal no Reino Unido que a decisão por uma autoridade jurisdicional no Estados Unidos determinado a devolução da criança não confere cumprimento automático pelo Estado solicitado, apenas porque firmou-se a Convenção envolvendo sequestro de criança por um dos pais. Destacou o Tribunal britânico que a criança presenciou vários atos de violência contra a mãe e que, inclusive, também foi vítima por atos de violência praticado pelo seu pai. Ademais, destacou o julgado que por isso, com base no artigo 13, I,

Em outra situação, mais propícia ao debate, a mãe tinha a custódia e a guarda da filha quando morava em Hong Kong. No entanto, ao deslocar-se para os Estados Unidos, levou consigo sua filha. Ao chegar ao novo país a genitora solicitou alimentos para o sustento da menina, enquanto, concomitantemente, o pai, em Hong Kong, requereu a devolução da mesma. A situação fez com que o pai comunicasse o fato à polícia desaguardando num pedido lastreado na Convenção de Haia²⁰.

Desse modo, evidente que o caso não se resolve meramente com ao retorno da criança ao Estado solicitante, sendo mister seja essa solução compatível com a garantia dos interesses e necessidades do infante.

A respeito do tempo considerado adequado para a tomada de uma decisão diante do sequestro internacional de uma criança, estabelece a Convenção que a resposta ao conflito deve ser mais célere possível, tanto que seu artigo 2²¹ reconhece a necessidade de que o Estado seja aparelhado para concretizar os objetivos da Convenção de forma que as medidas necessárias sejam adotadas urgentemente, sempre considerando que a criança não pode ficar numa situação de irregularidade e de instabilidade quanto a sua guarda.

No Brasil, o órgão designado para executar as obrigações da Convenção, a Autoridade interna, é a Secretaria Especial dos Direitos Humanos - SEDH, da Presidência da

da Convenção, que só por isso, já é o suficiente para se recusar a não prosperar na execução de medida de devolução da criança. E mais, que a criança demonstrou grande temor ao saber que corria o risco de ser devolvida para a residência habitual que era nos Estados Unidos. Em suma, não se prosseguiu para cumprir a ordem o que desencadeou um conflito entre o Estado Contratante e o Estado solicitado (tradução nossa). (REINO UNIDO; INGLATERRA; GALES. Tribunal de Apelaciones. Apelação).

20 Trata-se de uma criança de 9 anos que vivia em Hong Kong, e que seus pais eram divorciados. Por sua vez, a mãe tinha a guarda, em caráter exclusivo tendo o pai direito de visitação. Ademais, na decisão de Hong Kong havia uma determinação que quaisquer traslados deveria ocorrer com autorização do outro progenitor. Em 2 de abril de 1999, a mãe, unilateralmente, levou a criança para Nova York; ademais, a mãe, também, apresentou uma ação no Tribunal de família do Condado de Nova York, requerendo a custódia da criança e também pedido de alimentos. Em 22 de abril, em Hong Kong, o pai comunicou à polícia que a criança tinha desaparecido. Em 14 de maio, os Estados Unidos recebeu um pedido de restituição da criança para Hong Kong e, por sua vez, o Tribunal dos Estados Unidos do Distrito Sul acolheu a ordem para determinar a devolução da criança. Incontinentemente, houve uma ordem do Tribunal superior suspendendo a devolução. Alegou-se que o pai, naquele país oriental, não detinha poder de custódia. Destacou que concorre com o direito de custódia, uma série de outros direitos que os pais devem possuir para serem legitimados e amparados pela Convenção, no momento de requerer a devolução. Ademais, fixou que o pai não tinha o direito de definir sobre a residência da criança, já que a guarda era da mãe o que lhe garantia custódia exclusiva. E, considerando os desdobramentos que envolvem a guarda, entre um deles, de fixar a residência da criança, foi denegada a ordem para determinar a devolução dela para Hong Kong. (ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the second circuit. Apelação).

21 “Artigo 2 - Os Estados Contratantes deverão tomar todas as medidas apropriadas que visem assegurar, nos respectivos territórios, a concretização dos objetivos da Convenção. Para tal, deverão recorrer a procedimentos de urgência” (CONVENÇÃO, 1980).

República, denominada, Autoridade Central Federal, nos termos do Art. 6º.²² do referido documento.

O que merece destaque é que a criança protegida pela Convenção é a que tem residência habitual em um dos Estados contratantes e que é deslocada em virtude da quebra ao impedimento do direito de visita. Quem remove a criança pode ser qualquer um dos pais ou alguém impedido de ter contato com ela, como, por exemplo, um dos avós, sempre lembrando que a situação de guarda pode ser de *fato* ou de *direito* no Estado solicitante (Estado ativo).

Diversos aspectos devem ser observados na análise das disposições da Convenção em relação ao sequestro internacional de crianças.

Sob o aspecto formal-processual, vale destacar que o Brasil fez a reserva, constante do seu artigo 24²³, considerando a indispensabilidade da realização de tradução juramentada para o português dos documentos estrangeiros nas situações em que o Brasil é o Estado passivo que pode ser responsabilizado pela efetivação da Cooperação em território nacional²⁴.

No tocante à esfera jurisdicional, é preciso avaliar acerca do juízo competente para o qual deve recorrer aquele que pleiteia o desfazimento dos efeitos do sequestro.

22 “Art. 6 - Cada Estado Contratante designará uma Autoridade Central encarregada de dar cumprimento às obrigações que lhe são impostas pela presente Convenção. Estados federais, Estados em que vigorem vários sistemas legais ou Estados em que existam organizações territoriais autônomas terão a liberdade de designar mais de uma Autoridade Central e de especificar a extensão territorial dos poderes de cada uma delas. O Estado que utilize esta faculdade deverá designar a Autoridade Central à qual os pedidos poderão ser dirigidos para o efeito de virem a ser transmitidos à Autoridade Central internamente competente nesse Estado”. (CONVENÇÃO, 1980).

23 “Art. 24 - Os pedidos, comunicações e outros documentos serão enviados na língua original à Autoridade Central do Estado requerido e acompanhados de uma tradução na língua oficial, ou numa das línguas oficiais, desse Estado, ou, quando tal tradução for dificilmente realizável, de uma tradução em francês ou inglês. No entanto, um Estado Contratante poderá, fazendo a reserva prevista no Artigo 42, opor-se à utilização seja do francês, seja do inglês, mas não de ambos, em todo pedido, comunicação ou outro documento enviado à respectiva Autoridade Central”. (CONVENÇÃO, 1980).

24 “O Brasil, que é parte em duas Convenções da Haia, formulou reserva ao art. 24 da Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças, segundo autorização do art. 42 do mesmo diploma convencional. O artigo reservado regula a comunicação entre as autoridades entrais que devem se desincumbir das obrigações impostas pelo tratado. Segundo a disposição, as comunicações devem ser feitas na língua original do Estado que formula a comunicação, acompanhada de uma tradução na língua oficial ou em uma das línguas oficiais do Estado a que se dirige a comunicação, abrindo a possibilidade de que, se esta tradução for de difícil obtenção, se faça uma tradução para o francês ou o inglês, línguas oficiais da Conferência. Admite-se que seja feita reserva a esse artigo, no entanto, quanto à utilização do francês, ou do inglês, na última hipótese explicitada, mas nunca de ambos os idiomas. A reserva formulada pelo Brasil, no entanto, refere-se à necessidade de que a tradução encaminhada em português para a Autoridade Central brasileira, o seja segundo tradução pública juramentada, (...). Dessa reserva formulada foi dado conhecimento amplo aos demais Estados parte da Convenção”. (RODAS; MÔNACO, 2007, p. 222).

No que se refere à competência²⁵ para decidir sobre o sequestro internacional pode-se identificar a existência de um importante conflito: se por um lado, há a competência da Justiça Federal (art. 109, I e III, da CF/88); por outro lado, há uma justiça especializada que é o Juízo da Infância e Juventude.

Diante desse conflito, dois aspectos normativos precisam ser considerados.

A competência da Justiça Federal é fixada no artigo 109 da Constituição Federal, em razão do território (art. 109, §§ 1º e 2º), da matéria (art. 109, III), da pessoa (art. 109, I, II, VII, VIII, X, XI) e da função (art. 109, VIII). Afinal, a competência jurisdicional é determinada, primeiramente, a partir da Constituição Federal, e no artigo 109, III, ela fixa, taxativamente, a competência da Justiça Federal para processar e julgar as causas fundadas em tratados ou contratos da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (art. 109, III), bem como as causas em que a União for interessada sob quaisquer fundamentos (art. 109, I, da CF).

Para fixar a competência da Justiça Federal, considerando a situação Convencional e a decisão de se fixar sua competência com base no artigo 109, III, e nem a fixação da competência da justiça federal baseada no art.109, V, para o deslinde de crimes fundados em Direito Convencional, porque a Convenção de Haia sobre aspectos civis de Sequestro de Menores, não cuida de crime, e sim, de situação de direito de família e tutela da criança; finalmente, funda-se a competência da justiça Federal, porque a Autoridade Interna é federal, e não tendo ela, capacidade postulatória, quem atua é a Advocacia da União e nesse caso, por força, do artigo 109, I, também ela é interessada, só por si, já envolveria o deslocamento para a referida justiça.

Não concordamos com nenhum dos fundamentos apontados.

Sob nosso ponto de vista, a tutela jurisdicional deve determinar como órgão competente a Vara da Infância e da Juventude, enquanto justiça especializada, com fundamento no art. 227, da CF/88.

A Constituição Federal coloca em prioridade absoluta, o interesse da criança e do adolescente, destacando vários direitos básicos e fundamentais desses sujeitos. Ademais, como decorrência da efetivação do dispositivo constitucional mencionado, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 145, estabelece que os Estados federados e o Distrito Federal poderão criar varas especializadas e exclusivas da Infância e da Juventude, cabendo ao Poder Judiciário estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes.

25 A noção de competência encontra-se atrelada a da função jurisdicional. Enquanto esta conforme expõe Marínoni (2008, p. 115), deve “dar tutela aos direitos, e não apenas dizer quais os direitos merecem proteção”, ou seja, “a função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, a qual constitui a essência do Estado contemporâneo”, aquela refere-se à distribuição da atividade jurisdicional entre os órgãos do Poder Judiciário.

Não é só. Consoante dispõem as Regras de Beijing, a Justiça da Infância e Juventude é reconhecida como um sistema especial para a tutela da criança, o que legitima a existência de um Juízo especializado, conforme se depreende dos artigos 98, 148, parágrafo único, 149, 150 e 151, todos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, há uma atração das Varas da Infância e da Juventude para avaliar a situação da criança e para efetivar a sua tutela quando envolve a Convenção sobre aspectos civis de sequestro desses sujeitos. Afinal, há um aparelhamento estatal voltado de forma especial para esse fim.

Desse modo, na definição para a tutela da criança em situações relativas a Cooperação Internacional e a incidência da Convenção da Haia é preciso considerar que a criança é um sujeito vulnerável e titular de direitos fundamentais, isso inclusive como exigência do Estado, com fulcro na Constituição Federal, o que permite concluir que o Juízo da Vara da Infância e da Juventude é o órgão mais preparado para decidir o caso, tomando em mais alta consideração a Proteção Integral e o Melhor Interesse da criança.

O que se defende, então, é que, no âmbito da justiça especializada estadual, é possível processar e julgar o processo relativo ao direito de guarda, o que irá garantir melhor os interesses da criança.

A Justiça Federal é afetada, apenas, para ser competente, no intuito de se efetivar uma Cooperação Internacional, mas esta situação não pode superar e sopesar como de maior importância do que o Interesse Superior da criança, desdobramento, decorrente do Princípio da Proteção Integral.

Outro aspecto que também corrobora com a fundamentação apresentada pode ser depreendido do Novo Código de Processo Civil – promulgado em 2015 -, que em nada impede que possa a vara especializada avaliar a necessidade ou não, a efetividade ou não da medida de busca e apreensão de criança quando envolve a Convenção a respeito de sequestro de crianças.

Isso porque é o Novo Código de Processo Civil invadido de premissas axiológicas decorrentes de um Estado Democrático e Social e marcado por rupturas com o logicismo e com a racionalidade para dar lugar a um ambiente propício para que o processo realize uma comunicação argumentativa e efetiva, internamente, mais cooperação entre os envolvidos - partes, auxiliares, juízo. Tanto que seu artigo 6º estabelece que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”, o que significa uma ampliação da demanda e num contraditório mais elaborado e mais dinâmico.

Evidente, então, a preocupação da nova legislação com a realização dos direitos fundamentais o que, seguramente, irá contribuir para a realização da tutela da criança no âmbito das relações internacionais, que é o foco deste trabalho.

Assim, após ter sido dado o primeiro passo, em 1993, com o Tratado de Maastricht, que serviu como base jurídica para diversas convenções no âmbito das Cooperções Internacionais, na esfera do Estado também ocorreram vários desdobramentos envolvendo Cooperções Judiciárias, e agora, no Novo Código de Processo Civil, estrutura-se uma normatividade para a Cooperção Jurídica Internacional, estabelecendo, pela primeira vez, um rito, um procedimento de normas-processuais pertinentes a mecanismos de colaboração no plano Internacional entre Estados distintos, que tem como finalidade executar as mais variadas medidas judiciais, como cartas rogatórias, pedidos de transferência de pessoas, homologação de sentenças estrangeiras.

Inclusive já houve grande avanço nesse sentido pela IberRed, denominada Rede Ibero-americana de Cooperção Jurídica, da qual o Brasil faz parte, juntamente com Andorra, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Espanha, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguai, Perú, Portugal, Porto Rico, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Cabe ainda ressaltar a disposição dos artigos 37 do Novo Código de Processo Civil que define que a “cooperção jurídica internacional oriunda de autoridade brasileira competente será encaminhada à autoridade central para posterior envio ao Estado requerido para dar andamento”, bem como o 40, que explana que o pedido de cooperção internacional denominado passivo é aquele que tem por fim a execução a decisão estrangeira.

Vale acrescentar ainda que o artigo 41 do Novo CPC aponta uma limitação com relação à Cooperção Internacional por meio da qual o Brasil poderá se recusar a prosseguir na execução da medida caso isso se ofenda a ordem pública.

Neste sentido, se por um lado, há quem sustente que a análise substancial quanto a possibilidade de avaliação pelo Juízo solicitado da recusa em determinar a busca e apreensão da criança para atender a solicitação do Estado solicitante, sem adentrar, salvo as hipóteses da Convenção, acreditamos que, com a inserção da abertura do sistema para apreciação da “ordem pública” amplie o campo de análise do juízo.

É o que afirma, por exemplo, se deve ou não avaliar a situação da criança e se o seu melhor interesse deve ser garantido ao mantê-la junto a um dos pais, no Estado onde ela se encontra em detrimento da sua residência habitual é totalmente inerente à condição para efetivar o artigo 227 e o princípio do melhor interesse da criança; ademais, o próprio artigo 41, do Novo CPC, permite o juiz que se recuse na execução da medida, quando se depara com ofensa a ordem pública.

Ou seja, a “ordem pública” é um elemento de calibração e servirá como uma janela por meio da qual penetra o princípio da Proteção Integral, permitindo ao juízo que ele possa avaliar se a criança realmente deve ou não retornar para o Estado onde tinha sua residência habitual.

Finalmente, e ainda no âmbito da efetivação do princípio da Proteção Integral, há uma valiosa contribuição da Convenção da ONU sobre os direitos da Criança, ao dispor no artigo 12 sobre a importância de ouvir a criança em assuntos que envolvam o seu interesse. Neste sentido:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (CONVENÇÃO, 1990).

Ademais, vale destacar que o artigo 13 da Convenção de Haia já afirmava sobre a importância de se avaliar a manifestação da criança quando ela apresenta discernimento, como fundamento para o juízo recusar-se a cumprir a medida.

Sem prejuízo das disposições contidas no Artigo anterior, a autoridade judicial ou administrativa do Estado requerido não é obrigada a ordenar o retorno da criança se a pessoa, instituição ou organismo que se oponha a seu retorno provar: (...)

A autoridade judicial ou administrativa pode também recusar-se a ordenar o retorno da criança se verificar que esta se opõe a ele e que a criança atingiu já idade e grau de maturidade tais que seja apropriado levar em consideração as suas opiniões sobre o assunto.

Ao apreciar as circunstâncias referidas neste Artigo, as autoridades judiciais ou administrativas deverão tomar em consideração as informações relativas à situação social da criança fornecida pela Autoridade Central ou por qualquer outra autoridade competente do Estado de residência habitual da criança. (CONVENÇÃO, 1990).

Em matéria de decisões relacionadas com o sequestro de crianças e seus reflexos no que pertine à guarda e ao Direito Internacional, considerando as transformações decorrentes da superação das fronteiras como obstáculos à mobilidade do homem e da família, levam à necessidade de vários desdobramentos na interpretação do direito pertinente ao princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança, considerando o poder familiar, a visitação, a manifestação da criança; o que culmina num estudo transdisciplinar e complexo que não pode se ater aos aspectos meramente formais da Cooperação nem aos estritos termos das normas internas sem adequá-las e contextualizá-las.

6. Conclusões

O mundo mudou, as relações humanas se transformaram, a interpretação jurídica se tornou mais complexa ante a ruptura com a racionalidade e com fixação do fenômeno jurídico restrito à norma.

Novos tempos, novos papéis para o Estado que se afirma Democrático e Social, no qual, a decisão da maioria, para se fixar como Democrático, na verdade é preocupar-se com os valores decorrentes dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais.

Nesse sentido, a consagração da dignidade humana como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro fortaleceu os Direitos da Criança, reconhecida como titular de prioridade, conforme artigo 227, da Constituição Federal.

Se, sob o prisma global extraíram-se várias Convenções envolvendo esses sujeitos, no âmbito privado a criança também tratou de ser protegida, por intermédio da uniformização de regras que refletem na atuação dos Estados Contratantes e pertencentes às organizações internacionais. O mesmo se deu em matéria de convivência familiar.

Neste trabalho procuramos abordar um desses documentos que tem como objeto fulcral a Convenção sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. A despeito dos diversos aspectos tratados, entendemos fundamental partirmos do mandamento nuclear que é o princípio da Proteção Integral e os subprincípios que dele derivam, por exemplo, o Melhor Interesse da criança.

A partir daí, sedimentado o fundamento jurídico, foi possível avaliar sob um prisma transnacional como as cortes e o ordenamento jurídico se preocupam com a tutela da criança quando ela é retirada de seu domicílio por decisão abusiva de um dos seus responsáveis.

Nesse aspecto, consideramos que é imprescindível antes de cooperar com o Estado Contratante, que o Juízo da Vara da Infância e da Juventude avalie a situação da criança, de forma a afastar, sob o nosso prisma, a competência da Justiça Federal, haja vista que aquela é melhor aparelhada e especializada na tutela do infante, mais sensível para considerar a sua manifestação de vontade e melhor preparada para considerar os fatos impeditivos que possam justificar ou não a manutenção da criança no Estado solicitado.

Por fim, tratamos de considerar a preocupação com o Novo Código de Processo Civil quanto a fixação de um rito procedimental no que pertine a execução de medidas para atos de Cooperação Internacional, tendo inclusive a ordem pública como elemento normativo de calibração para o Juízo aferir se as solicitações feitas pelo Estado Contratante devem ou não prosperar para serem cumpridas e executadas no Brasil, obviamente, no que pertine a Convenção em questão neste trabalho.

7. Referências

- BARATTA, Alessandro. La situación de la protección del niño en America Latina: líneas de una investigación-acción sobre los derechos de los niños. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 18-19, p. 159-175, 1990-1991.
- _____. Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescência: a proposito del Estatuto del niño y del adolescente de Brasil. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, v. 23, n. 1, p. 1-18, jan./jun. 1995.
- _____. Os direitos da criança e o futuro da democracia. In: _____ *et al. Perspectivas do Direito no início do século XXI*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 61-91.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Perspectivas de un Derecho Penal del Niño. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, v. A, p. 63-71, 1997.
- CAMARGO SOBRINHO, Mário. Algumas considerações sobre o adolescente infrator face à legislação nacional e alienígena. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, v. 3, n. 4, p. 99-116, mai. 2000.
- CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos = PACTO de San José da Costa Rica. 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2015.
- CONVENÇÃO de Haia. 25 outubro 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 8 mai. 2015.
- CONVENÇÃO sobre os Direitos da Criança. 14 setembro 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 10 abr. 2015.
- COSTA, Ana Paula Motta. *As garantias processuais e o Direito Penal Juvenil como limite na aplicação da medida socioeducativa de internação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos = Universal Declaration of Human Rights. 10 dezembro 1948. Disponível em: <<http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-21-30.html>> Acesso em: 13 abr. 2015.
- DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: a criança no direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. La Convención Internacional de los Derechos de la Infancia: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derechos. *Capítulo Criminológico*, Maracaíbo, n. 18/19, p. 177-193, 1990.
- _____. Política de la infancia/adolescencia en América Latina. Estado, movimiento social y modelo jurídico-institucional: tendencias y perspectivas. *Doctrina Penal: Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, Buenos Aires, a. 14, n. 55/56, p. 479-489, jul./dez. 1991.
- _____. Infancia, ley y democracia: uma questão de justiça. *Ciencias Penales: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Costa Rica, a.10, n. 15, p. 58-71, dez. 1998.
- GASPAR, Renata Alvares; AMARAL, Guilherme. Sequestro internacional de menores: os tribunais brasileiros têm oferecido proteção suficiente ao interesse superior do menor? *Meritum*, Belo Horizonte, v. 8, n.1 p. 351-387, jan./jun. 2013.
- JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Revista Caderno de Pós Graduação em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 1, v. 1, p. 105-114, 2003.
- KONZEN, Afonso Armando. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). In: ILANUD *et al.* (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 343-365.
- LUCCHINI, Riccardo. Le débat brésilien sur la Justice des Mineurs. *Déviance et Société*, Liège, v. 15, n. 2, p. 175-186, 1991.
- MACHADO, Martha de Toledo. Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição brasileira de 1988 e no estado da criança e do adolescente. In: ILANUD *et al.* (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 87-121.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do proceso*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.1.
- MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais: tentativa de sistematização*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PASSETT, Edson. *Violentados: crianças, adolescentes e justiça*. São Paulo: Imaginário. 1995.
- PIMENTEL, José Menéres. *Perspectiva do direito no início do século XXI*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 41-59.

- RODAS, João Grandino; MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- SAENZ, Fabiana Eduardo. *Política Criminal e limite etário de responsabilização penal*. 2008. 218f. Dissertação (Mestrado em Criminologia) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [2008].
- SARAIVA, João Batista Costa. *Compêndio de Direito Penal Juvenil: adolescente e ato infracional*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.
- SIFUENTES, Mônica. Sequestro Interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. *Julgar*, Lisboa, n. 8, p. 225-233, 2009.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SIFUENTES, Mônica. Sequestro interparental: a experiência brasileira na aplicação da Convenção de Haia de 1980. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 25, p. 135-144, 2009.
- SOTOMAYOR, Carlos Tiffer. De un Derecho Tutelar a un Derecho Penal Mínimo/Garantista: nueva Ley de Justicia Penal Juvenil. *Ciencias Penales .Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José , n. 13, p. 98-109, ago. 1997.
- SPOSATO, Karyna Batista. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- TEIXEIRA, Carla Moura. *Direito internacional para o século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- VINCENTIN, Maria Cristina. A questão da responsabilidade penal juvenil: notas para uma perspectiva ético-política. In: ILANUD *et al.* (Org.). *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*. São Paulo: ILANUD, 2006. p. 151-173.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Minorias desplazadas, delincuencia y poder punitivo. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, n. 7 (ext.), p. 83-92, dez. 1994.

OS ACORDOS DE RESIDÊNCIA DO MERCOSUL FRENTE AO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO VIGENTE NO BRASIL: OBSTÁCULOS ESTABELECIDOS À SUA EFETIVIDADE SOB A PERSPECTIVA DO IMIGRANTE

CYNTHIA SOARES CARNEIRO

Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professora do curso de graduação e pos-graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP, onde coordena o Grupo de Estudos Migratórios e Direito do Trabalhador Migrante no Brasil.

Resumo

O artigo aborda os debates que se desenvolvem no Brasil acerca das normas relativas ao imigrante em face da inadequação do Estatuto do Estrangeiro vigente e sua incompatibilidade com os novos paradigmas internacionais e regionais acerca dos direitos migratórios. Demonstra as dificuldades que se apresentam à regularização dos migrantes originários dos Estados-Membros e Associados do Mercosul, beneficiários dos acordos de residência, e seus efeitos restritivos ao acesso a direitos fundamentais. A análise foi possível devido à participação direta do imigrante nas plenárias livres realizadas no âmbito da Comigrar, promovida pelo Ministério da Justiça entre novembro de 2013 e maio de 2014.

Palavras-chave

Imigração; Mercosul; Comigrar.

Abstract

The article discusses the debates that are developing in Brazil about the rules on immigration, and its inadequacy of the current Foreigner Statute in relation of the new international and regional paradigms about migration rights. It demonstrates the difficulties to the regularization of the original migrants from Mercosur Members and Associates States in receipt of housing agreements, and the restrictive effects on access to fundamental rights. The analysis was possible due to the immigrants direct participation in the free public hearing held under the Comigrar, the First National Conference about Migration and Refuge that had promoted by the Ministry of Justice from November 2013 to May 2014.

Key words

Immigration; Mercosur; Comigrar.

1. Introdução

O trabalho é o resultado parcial de pesquisa de campo desenvolvida entre 2012 e 2014 acompanhando as comunidades migrantes instaladas na cidade de São Paulo e no seu entorno para determinar sua percepção acerca da legislação brasileira sobre o direito de estrangeiros no Brasil e a efetividade dos acordos de residência do Mercosul.

Durante o seu desenvolvimento, o Ministério da Justiça passou a estimular e promover, por meio da Secretaria Nacional de Justiça, audiências públicas que culminaram na realização da I Conferência sobre Migração e Refúgio (Comigrar), que se estendeu de novembro de 2013 a maio de 2014. Essa iniciativa deu-se em razão das críticas de associações de apoio ao migrante, da comunidade acadêmica e dos imigrantes, eles mesmos, acerca do Projeto de Lei 5655/2009, de iniciativa do Executivo, mais precisamente do Ministério da Justiça e do Ministério do Trabalho e Emprego, atualmente em trâmite no Congresso Nacional.

A Comigrar teve como principal objetivo reunir imigrantes estabelecidos no Brasil, independentemente de sua condição jurídica, se irregular ou regular, as associações civis de apoio ao migrante em situação de vulnerabilidade, autoridades públicas com competência para atos relativos a estrangeiros no Brasil, além de acadêmicos que se dedicam a pesquisas na área de migrações internacionais. Sua finalidade era obter informações relativas a essa imigração, em razão de sua quase absoluta invisibilidade, em face da precariedade de dados oficiais sobre o seu volume e das pesquisas qualitativas sobre sua realidade no Brasil, que ficam comprometidas em razão da dificuldade de se estabelecer vínculo de confiabilidade entre o imigrante e o pesquisador, o que resulta em amostragens reduzidas em pesquisa com questionários semiestruturados e a relativa confiabilidade nas respostas aferidas.

2. Os Novos Paradigmas Jurídicos Migratórios

O ambiente repressivo que cerca o estrangeiro no Brasil, em razão de uma prática opressiva por parte dos agentes públicos que atendem estrangeiros, que têm suas ações reguladas por uma lei discriminatória a ponto de submeter o imigrante, ordinariamente, ao atendimento pela Polícia Federal, o que é inerentemente ameaçador, posto que a atribuição da polícia seja, consensualmente, a de lidar com indivíduos que ameaçam a segurança social, o que, definitivamente, não é o caso de uma pessoa que busca o Brasil na condição de um trabalhador que quer melhorar sua condição socioeconômica, a razão primordial

que motiva todos os migrantes inter-regionais que têm chegado ao país nos últimos dez anos. Conferir à Polícia Federal a atribuição de todos os atos relativos ao imigrante internacional evidencia a finalidade legal, que é associar o estrangeiro ao crime, ao menos potencialmente, caracterizando-o como permanente ameaça à ordem social brasileira.

Tais paradigmas, fundados na segurança nacional e na constituição de um sistema jurídico especial para os estrangeiros, vêm frontalmente de encontro com os mais recentes instrumentos internacionais que apontam novas referências éticas e legais no tratamento ao trabalhador migrante. Em um novo paradigma ético o imigrante não é ameaça, inimigo e criminoso em potencial, mas sujeito de direitos e passível de situação especial de vulnerabilidade.

Em relação aos novos paradigmas legais, esses foram expressos em convenções internacionais sobre a matéria. Destacamos, especialmente, dois instrumentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT)—a Convenção nº 97, sobre trabalhadores migrantes, adotada em 1949, e a Convenção nº 143, sobre migrações em condições abusivas, adotada em 1975 – e um da ONU, a *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias*, adotada pela Resolução da Assembleia Geral nº45/158, de 18 de dezembro de 1990, vigente a partir de 1º de julho de 2003.

Nenhuma dessas convenções foi ratificada pelo Brasil. A Convenção nº143 da OIT e a da ONU estão sob análise do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I da CF, que determina o referendo parlamentar à assinatura aposta pelo representante brasileiro junto às Nações Unidas por ocasião do aceite da convenção¹. Somente depois desse ato congressional a convenção é submetida à sua aprovação definitiva, quando da ratificação pelo presidente da República (art. 84, VIII CF)². No Brasil, o Congresso Nacional tem, desde a Emenda Constitucional nº45/2005, colocado óbices às ratificações em convenções que versam sobre direitos individuais e sociais.

A propósito desse ato normativo específico, o decreto legislativo, deve-se destacar que ele não possui caráter ou conteúdo propriamente normativo, posto que toda matéria referente a esse tipo legal, conforme estabelece a Constituição no seu art. 49 e incisos, diz respeito a procedimentos e meios de controle externo que o Legislativo exerce sobre atos do Executivo, para o qual tem competência exclusiva, ou indelegável. Portanto, no caso dos tratados e demais atos internacionais firmados pelo Ministério das Relações

1 BRASIL. CF. Art. 49.É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I –resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

2 Art. 84.Compete privativamente ao presidente da República: (...)VIII –celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Exteriores, o Congresso Nacional tem apenas a prerrogativa de veto, pois sua negativa, sobre qualquer cláusula ou qualquer termo do tratado, impede a aprovação subsequente do presidente da República, nos termos e limites do veto parlamentar. Na Exposição de Motivos da Convenção 143, faz-se referência à Constituição da OIT e à Declaração de Filadélfia, destacando, mais uma vez, que o trabalho não deve ser entendido como mercadoria.³

Apesar do caráter representativo do Congresso Nacional, considerado o mais democrático dos órgãos essenciais ao Estado, no Brasil, o nosso Parlamento tem representado mais empecilhos do que avanços ao reconhecimento e efetivação de direitos humanos fundamentais, como é o caso da demora em se manifestar sobre ambas as convenções. Enquanto persiste o seu silêncio, prevalece seu veto tácito.

O preceito fundamental da *Convenção sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias* é a garantia de acesso a direitos a todos os trabalhadores migrantes, independentemente de sua origem e de sua condição jurídica no Estado de trabalho, se migrante regular ou irregular⁴, além da plena equivalência de direitos em relação aos nacionais. Enfim, a norma internacional estabelece, como consenso jurídico, o direito do imigrante aos serviços públicos disponibilizados pelos Estados aos seus nacionais, em todos os seus níveis de organização interna, o que corresponde a dizer, no caso do Brasil, que a obrigação recai sobre municípios, estados e a União. A finalidade da convenção é, justamente, destacar o fato de que todo trabalhador é, antes de tudo, *pessoa*, não se admitindo que seja tratado como coisa ou mercadoria. E esse direito independe de ele se encontrar em uma situação jurídica à margem do que estabelecem os procedimentos de controle de fronteiras de um Estado.

Leis e normas administrativas restritivas ao acesso transfronteiriço não inibem apenas o direito *natural* de ir e vir, mas levam, no Estado de destino, a uma situação de

3 Considerando que o preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho confere a esta a tarefa de defender os “interesses dos trabalhadores empregados no estrangeiro”; considerando que a Declaração de Filadélfia, para além de outros princípios em que assenta a Organização Internacional do Trabalho, reafirma que “o trabalho não é uma mercadoria” e que “a pobreza, onde quer que exista, constitui uma ameaça à prosperidade coletiva” e reconhece a obrigação solene da Organização de apoiar a realização de programas capazes de levar, nomeadamente, ao pleno emprego, especialmente graças a “meios adequados à facilitação das transferências de trabalhadores, incluindo as migrações de mão de obra (...)” Convenção C143, da OIT.

Disponível em: (<http://agnu201513minionu.wordpress.com/convencao-c143-da-oit/>). Acesso em 31/8/2014

4 No seu art. 5º a convenção estabelece a distinção entre migrantes regulares e irregulares, nos seguintes termos: Para efeitos da presente convenção, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias: a) são considerados documentados ou em situação regular se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma actividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja parte; b) são considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a do presente artigo.

precariedade que estimula como efeito não desejado, porém constatado, a escravidão e o exercício do trabalho em condições degradantes. As frequentes denúncias e relatos de exploração do trabalho do imigrante demonstram que o fenômeno existe e encontra-se generalizado, o que dificilmente ocorreria se a regularização de sua estadia fosse rápida.

A forma de organização do sistema mundial de mercados, pela divisão internacional do trabalho e formação de polos de desenvolvimento, de um lado, e polos de carência do outro, fez com que a OIT, por meio de seus Estados-membros, reconhecesse, desde o preâmbulo da *Convenção sobre Trabalhadores Migrantes*, e levasse em consideração o direito fundamental a uma vida com dignidade.⁵

Essas situações são recorrentes também no Brasil, onde órgãos de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público Federal do Trabalho têm, frequentemente, autuado empresários que se utilizam de meios aviltantes de exploração. Esse aspecto, aliás, envolve questões mais complexas que a aplicação da lei brasileira e a garantia de seus direitos para todo trabalho prestado no Brasil. Muitas vezes, o regime de trabalho nos países de origem do trabalhador não diferem, significativamente, das condições em que o trabalho é exercido no Brasil, por isso não é raro que manifestem, por ocasião das vistorias dos fiscais, interesse em permanecer em certas condições que, aos olhos de um trabalhador brasileiro, poderiam parecer piores do que quando vistas pelos olhos de um povo estrangeiro, com costumes e sistemas de trabalho diferentes daqueles comumente exercidos no Brasil. Também por isso, os imigrantes são, na contemporaneidade, os trabalhadores mais vulneráveis à escravidão.

O interesse dos “contratantes” na disponibilidade de mão de obra barata e, portanto, mais lucrativa (CALAVITA: 2010), combinada com a perspectiva de não formalizar essa relação de trabalho, ou, mesmo quando formalizada, poder estabelecê-la em condições diferenciadas em relação aos nacionais (BSR: 2014), também importa em maior retenção de lucro, em razão do não recolhimento de tributos e de verbas previdenciárias, fatores

5 (...) os problemas humanos decorrentes das migrações são ainda mais graves no caso da migração irregular e, convictos, por esse motivo, de que se deve encorajar a adoção de medidas adequadas a fim de prevenir e eliminar os movimentos clandestinos e o tráfico de trabalhadores migrantes, assegurando ao mesmo tempo a protecção dos direitos humanos fundamentais destes trabalhadores; considerando que os trabalhadores indocumentados ou em situação irregular são, frequentemente, empregados em condições de trabalho menos favoráveis que outros trabalhadores e que certos empregadores são, assim, levados a procurar tal mão de obra a fim de beneficiar da concorrência desleal; considerando, igualmente, que o emprego de trabalhadores migrantes em situação irregular será desencorajado se os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes forem mais amplamente reconhecidos e que, além disso, a concessão de certos direitos adicionais aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias em situação regular encorajará todos os migrantes e empregadores a respeitar e a aplicar as leis e os procedimentos estabelecidos pelos Estados interessados; convictos, por esse motivo, da necessidade de realizar a protecção internacional dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, reafirmando e estabelecendo normas básicas no quadro de uma convenção abrangente suscetível de ser universalmente aplicada (...)

que estimulam, em uma rede de efeitos negativos, a atuação de agenciadores para acesso ao Estado de destino, traçando uma rota de corrupção das autoridades migratórias dos países em que passam e de exploração, em todos os níveis, dos imigrantes que buscam por seus serviços (BSB: 2014).

Em face da existência e proliferação dessa rede de crimes internacionais, a OIT firmou, em 1975, a Convenção nº 143, *Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes*⁶, que, neste momento, encontra-se na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, seguindo o procedimento do decreto legislativo. A Convenção da OIT de 1975, que ainda aguarda a manifestação do Congresso, já considerava o dever dos Estados de dispensarem ao imigrante irregular o mesmo tratamento deferido aos nacionais em relação aos direitos relativos ao trabalho prestado. É o que vem indicado no seu preâmbulo, a destacar sua significância, e detalhado em seus articulados.

Na Convenção da ONU, de 1990, o princípio da não discriminação vem previsto no art. 7º⁷. O dispositivo seguinte cuida, especificamente, do tratamento a ser dispensado aos trabalhadores que, ao perder o seu emprego, poderiam ficar em condição irregular no Estado em que trabalham, garantindo-lhes a permanência no território mesmo após ficarem desempregados⁸. O trabalho irregular é tratado, especificamente, nos artigos 66 a 69,

-
- 6 O seu artigo 2º (Convenção 143/75) define a condição abusiva de trabalho: “1 – Os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor deverão comprometer-se a determinar, sistematicamente, se existem migrantes ilegalmente empregados no seu território e se existem, do ou para o seu território, ou ainda em trânsito, migrações com fim de emprego nas quais os migrantes sejam submetidos, durante a sua deslocação, à sua chegada ou durante a sua estada e período de emprego, a condições contrárias aos instrumentos ou acordos internacionais aplicáveis, multilaterais ou bilaterais, ou ainda às legislações nacionais. 2 – As organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores deverão ser plenamente consultadas e ter a possibilidade de fornecer as suas próprias informações sobre este assunto.” O art. 6º estabelece as medidas a serem tomadas pelo Estado para coibir a prática: “No âmbito das várias legislações nacionais, deverão ser tomadas disposições para uma detecção eficaz de emprego ilegal de trabalhadores migrantes e para a definição e aplicação de sanções administrativas, civis e penais, incluindo penas de prisão, no que diz respeito a emprego ilegal de trabalhadores migrantes e à organização de migrações com fins de emprego que impliquem os abusos definidos no artigo 2º da presente Convenção e ainda a assistência prestada conscientemente a tais migrações, com ou sem fins lucrativos. 3– O empregador processado em virtude da aplicação das disposições tomadas no presente artigo deverá ter o direito de fazer prova da sua boa-fé.
- 7 ONU. “Os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição econômica, patrimônio, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação”.
- 8 Art. 8º. 1 – Desde que tenha residido legalmente no país com fim de emprego, o trabalhador migrante não poderá ser considerado em situação ilegal ou irregular pela simples perda do seu emprego, a qual, por si só, não deverá acarretar a revogação da sua autorização de residência ou, eventualmente, da sua autorização de trabalho. 2 – Por conseguinte, deverá beneficiar de tratamento igual ao dos nacionais,

que, ao determinar que apenas agências oficiais, criadas por normas internas ou por tratados bilaterais ou multilaterais, poderão contratar trabalhadores em Estado estrangeiro, buscam evitar o agenciamento irregular de trabalhadores e a exploração de seu trabalho em condições marginais à lei.⁹

Tanto a convenção de 1975 (art. 12, c) quanto a de 1990 (art. 33 e 37) asseguram ao trabalhador migrante o direito de acesso a informações sobre as normas e políticas administrativas referentes a seus direitos, bem como em relação aos procedimentos jurídicos que possam resguardá-los.

A *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das Suas Famílias* trata, especialmente, dos limites que devem recair sobre o poder do Estado na ingerência da vida social e privada do imigrante, assegurando-lhe liberdade religiosa, de expressão cultural, de manifestação, de associação, inclusive direito à sindicalização (art. 40). O direito político de participar de questões públicas no seu Estado de origem (art. 41) é plenamente assegurado, embora seu direito à participação no Estado de destino seja tratado de forma especial e restritiva (art. 42).

O fato relevante é que seus dispositivos representam a contenção do poder discricionário do Estado, princípio que, tradicionalmente, justifica seu soberano direito de decidir, mesmo que em única e última instância, sobre a vida dos estrangeiros em seu território, bem como sobre as restrições estabelecidas para a aquisição e garantia de direitos. Como efeito jurídico, a poder discricionário do Estado sobre o estrangeiro é um obstáculo para que este adquira direito líquido e certo à entrada e permanência, impossibilitando-o de judicializar violações flagrantes pelos meios constitucionais elementares como o *habeas corpus* e o mandado de segurança. Isso coloca o estrangeiro em um permanente estado de exceção em seu domicílio de trabalho. E é esse o regime jurídico formalmente vigente no

especialmente no que diz respeito às garantias relativas à segurança de emprego, à reclassificação, aos trabalhos de recurso e à readaptação.

- 9 Artigo 68 . 1. Os Estados Partes, incluindo os Estados de trânsito, cooperam a fim de prevenir e eliminar os movimentos e o trabalho ilegais ou clandestinos de trabalhadores migrantes em situação irregular. Na prossecução deste objetivo, os Estados interessados tomam, nos limites da sua competência, as providências a seguir indicadas: a) Medidas apropriadas contra a difusão de informação enganadora respeitante à emigração e à imigração; b) Medidas destinadas a detectar e a eliminar os movimentos ilegais ou clandestinos de trabalhadores migrantes e de membros das suas famílias e a impor sanções eficazes às pessoas, grupos ou entidades que organizem, realizem ou participem na organização ou direcção de tais movimentos; c) Medidas destinadas a impor sanções eficazes às pessoas, grupos ou entidades que recorram à violência, à ameaça ou à intimidação contra os trabalhadores migrantes ou os membros das suas famílias que se encontrem em situação irregular. 2. Os Estados de emprego adotam todas as medidas adequadas e eficazes para eliminar o emprego, no seu território, de trabalhadores migrantes em situação irregular, impondo nomeadamente, se for caso disso, sanções aos seus empregadores. Tais medidas não prejudicam os direitos que assistem aos trabalhadores migrantes relativamente ao seu empregador, emergentes da sua situação laboral.

Brasil. Daí a iniciativa do governo brasileiro de promover o debate com a sociedade e procurar dar visibilidade aos imigrantes e à questão migratória com a realização da Comigrar.

No período de 2005 a 2014, quando aumentaram os fluxos migratórios sul-americanos para o Brasil e as denúncias de exploração de trabalho dos imigrantes, tanto o Ministério do Trabalho quanto o Ministério das Relações Exteriores têm adotado, por meio de normas regulamentares, as diretrizes da OIT e se antecipando, nessa matéria, em relação ao Legislativo, em face de sua leniência relativa à questão, que não pode ser adiada, posto que é atual e emergente. De fato, a atuação do poder governamental tem sido decisiva para que os direitos declarados nas convenções da OIT sejam materializados. Tais convenções são significativas, pois representam um consenso mundial acerca de situações recorrentes, empiricamente constatadas, que só podem ser combatidas por meio de políticas públicas e de acesso ao Judiciário. No entanto, o parâmetro legal é insubstituível, pois é a garantia contra governos antidemocráticos futuros, em face da pouca relevância dos precedentes administrativos e judiciais na cultura jurídica brasileira.

A Comigrar, promovida pelo Ministério da Justiça, constituiu instâncias de participação direta do imigrante em temas do seu interesse, oportunidades em que puderam, efetivamente, expressar e elaborar uma pauta detalhada de reivindicações visando adequar os serviços prestados pelas autoridades responsáveis pelo controle migratório e assegurar direitos constitucionais às comunidades de imigrantes. Essa prática avança em relação ao que vem preceituado na *Convenção sobre o Trabalhador Migrante*, de 1990¹⁰, que, timidamente, aborda a questão dos direitos políticos para estrangeiros no país de trabalho, já reconhecidos por muitas constituições de Estados sul-americanos.

Em relação às políticas estatais de integração da comunidade imigrante relativas ao respeito e estímulo à sua diversidade, várias são as iniciativas das associações de imigrantes sediadas no estado de São Paulo, que contam, para tanto, com apoio de órgãos públicos municipais. Estes, inclusive, utilizam-se desses eventos para levar informações jurídicas aos imigrantes e estimular o acesso aos serviços públicos de saúde, como é praticado pela Secretaria de Saúde de Guarulhos, por exemplo. São diversas as iniciativas desenvolvidas na cidade de São Paulo e em seu entorno, bem como em todas as cidades com forte

10 Art. 42. 1. Os Estados Partes ponderam a possibilidade de estabelecer procedimentos ou instituições que permitam ter em conta, tanto no Estado de origem quanto no Estado de emprego, as necessidades, aspirações e obrigações específicas dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias e, sendo esse o caso, a possibilidade de os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias terem nessas instituições os seus representantes livremente escolhidos. 2. Os Estados de emprego facilitam, de harmonia com a sua legislação nacional, a consulta ou a participação dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias nas decisões relativas à vida e à administração das comunidades locais. 3. Os trabalhadores migrantes podem gozar de direitos políticos no Estado de emprego se este Estado, no exercício da sua soberania, lhes garantir.

presença de imigrantes. É o caso dos festivais Tanabata, celebração da cultura e da culinária japonesa em cidades com significativa presença de japoneses e seus descendentes.

3. O Mercosul e a Mudança dos Paradigmas Legais Brasileiros

O Brasil, como Estado do Mercosul, tem participado proativamente de todos os seus foros de negociação e incorporado seus tratados e resoluções com relativa presteza. Nesse sentido, também os acordos multilaterais e bilaterais com Estados-membros e associados relativos à livre circulação de pessoas. Na última década, especialmente a partir de 2003, a atuação do Mercosul nesse sentido tem sido significativa.

A criação, naquele ano, do *Foro Especializado Migratório do Mercosul e Estados Associados* (FEM), uma instância consultiva formada pelos ministros do Interior e de Desenvolvimento Social de cada Estado, teve papel relevante para a edição dos acordos de residência e de todos os demais acordos correlatos. Criado na XIV Reunião de Ministros do Interior do Mercosul, realizada em Montevidéu, o FEM teve sua primeira reunião em 2004. Também compõem o foro, em caráter de Estados associados, a República de Bolívia, a República de Chile, a República de Colômbia, a República de Equador, a República de Peru e a República Bolivariana de Venezuela, o que tem levado, paulatinamente, à adesão aos Acordos de Residência, criando um espaço ampliado de livre circulação de trabalhadores em toda a América do Sul.¹¹ O FEM, entretanto, substituiu o Grupo Migratório, incumbido de realizar estudos relativos às migrações inter-regionais, realizados pela Comissão Técnica e Subcomissão de Seguimento e Controle. O FEM elabora projetos de acordos que, sob a forma de recomendação, são submetidos ao Conselho do Mercado Comum, e este, por sua vez, aprova o acordo por meio de decisão, submetendo-o à ratificação dos Estados-membros. Desde 2004 o órgão tem organizado a memória institucional do Mercosul para a temática migratória fornecendo a todos que acessam sua página na *internet* uma ferramenta eficiente para o acompanhamento das resoluções mercosulinas relativas à migração inter-regional.¹²

A questão migratória é tratada com destaque também pelo *Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do Mercosul* (IPPDH). Sediado em Buenos Aires, o instituto foi criado em 2009 pela Decisão 14/09 do Conselho do Mercado Comum (CMC)¹³. O IPPDH atua no âmbito da *Reunião de Altas Autoridades na Área de Direitos Humanos e*

11 Foro Especializado Migratorio del Mercosur (FEM) http://www.mercosur.int/t_ligaenmarco.jsp?contentid=2026&site=1&channel=secretaria

12 www.migraciones.gov.ar/foro_migratorio/pdf/memoria_institucional.pdf
http://www.migraciones.gov.ar/foro_migratorio/pdf/memoria_institucional.pdf

13 www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/dirdocumento2_espanol.pdf
http://www.ippdh.mercosur.int/backend/Uploads/dirdocumento2_espanol.pdf

Chancelarias do Mercosul. Para subsidiar políticas públicas nos Estados do bloco organizou, com a Coordenação das Centrais Sindicais do Cone Sul, dois importantes eventos sobre a temática migratória: o *Encuentro Regional sobre Políticas Públicas, Migración y Derechos Humanos*, na qual foram realizados o seminário *Libre Circulación de Trabajadores, Ciudadanía Regional y Derechos Humanos de Migrantes* e o *Diálogo sobre Integración-Regional, Políticas Migratorias y Derechos Humanos*; além do seminário *Migraciones en la Argentina: Situaciones Resueltas, Cuestiones Pendientes y Nuevos Desafíos*, por ocasião dos dez anos de vigência da Lei de Migrações da Argentina, a Lei nº 25.871, de 2005. Em 2011, o IPPDH submeteu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, uma solicitação de Opinião Consultiva sobre o direito de crianças e adolescentes migrantes. Em junho de 2012, aprovou o *Programa de Acciones y Actividades para Garantizar los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes y de Sus Familiares*. Essas instâncias mercosulinas promovem o controle de implementação e procuram garantir a efetividade dos acordos migratórios firmados pelos Estados-Membros e Associados do Mercosul.

Em matéria migratória, o primeiro instrumento jurídico significativo a ser considerado é a *Declaração Sociolaboral do Mercosul*, assinada em dezembro de 1998, que já no seu primeiro artigo declara o princípio da não discriminação, que deve ser entendido em toda sua amplitude, a proteger o trabalhador estrangeiro independentemente das condições em que o trabalho é exercido e de sua situação jurídica no território em que se encontra. Enfim, a situação irregular do imigrante não obsta a aquisição dos direitos sociais em sua plenitude, e isso deve ser garantido pelos órgãos estatais, em todos os seus níveis. Em relação aos trabalhadores migrantes, há disposição expressa no art. 4º da Declaração.¹⁴

Após sua edição vieram três importantes declarações diplomáticas, que trataram especificamente da questão: a *Declaração de Assunção sobre Tráfico de Pessoas e Tráfico Ilícito de Migrantes*, assinada em 08 de junho de 2001; a *Declaração de Santiago sobre Princípios Migratórios*, assinada em Santiago do Chile, em 17 de maio de 2004; e a *Declaração de*

14 Declaração Sociolaboral do Mercosul. Artículo 1º. *No discriminación*. 1.- *Todo trabajador tiene garantizada la igualdad efectiva de derechos, trato y oportunidades en el empleo y ocupación, sin distinción o exclusión en razón de raza, origen nacional, color, sexo, orientación sexual, edad, credo, opinión política o sindical, ideología, posición económica o cualquier otra condición social o familiar, en conformidad con las disposiciones legales vigentes*. 2.- *Los Estados Partes se comprometen a garantizar la vigencia de este principio de no discriminación. En particular se comprometen a realizar acciones destinadas a eliminar la discriminación respecto de los grupos en situación de desventaja en el mercado de trabajo. Trabajadores Migrantes y Fronterizos*; 1.- *Todo trabajador migrante, independientemente de su nacionalidad, tiene derecho a ayuda, información, protección e igualdad de derechos y condiciones de trabajo reconocidos a los nacionales del país en el que estuviere ejerciendo sus actividades, de conformidad con las reglamentaciones profesionales de cada país*. 2.- *Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas tendientes al establecimiento de normas y procedimientos comunes relativos a la circulación de los trabajadores en las zonas de frontera y a llevar a cabo las acciones necesarias a fin de mejorar las oportunidades de empleo y las condiciones de trabajo y de vida de estos trabajadores*.

Assunção contra o Tráfico e Exploração de Pessoas no Mercosul e Estados Associados, assinada em 18 de novembro de 2005.

A *Declaração de Santiago* destaca-se entre os demais instrumentos por reconhecer o direito à migração como um direito humano fundamental, e por incorporar diversos princípios que alteram substancialmente os paradigmas tradicionais estabelecidos por normas relativas a estrangeiros. Ela conclama a uma política inclusiva, pautada nos direitos individuais e socioeconômicos da pessoa, e propulsora da inclusão e da participação do imigrante na sociedade local. Pauta-se pelo princípio da igualdade de tratamento entre imigrantes regulares e irregulares, consagrando o princípio da regularização migratória¹⁵ e o da não criminalização do imigrante. Nesse sentido, reconhece, desde o seu preâmbulo, a importância das migrações para o desenvolvimento local e a necessidade de se garantir a plenitude de direitos ao imigrante, reconhecido como importante ator social e político no território de destino. Considera “(...) que a pessoa migrante é um sujeito de direito, protagonista central das políticas migratórias e, em consequência, um ator social e político com capacidade transformadora e responsabilidades na integralidade do espaço migratório no qual se desenvolve”. A seguir, declara, já no seu primeiro artigo, “reconhecer às pessoas o direito a migrar, a não migrar e retornar de forma livre, informada e segura, sem criminalizar seus deslocamentos, e ao migrante, como centro das políticas normativas e programas migratórios”.

Afirma que “*não se considerará a nenhum ser humano como ilegal por estar incurso em uma situação migratória irregular*”, e, no terceiro, reafirma “o compromisso de garantir o irrestrito e permanente respeito dos direitos humanos das pessoas migrantes e seus familiares, seja qual for sua origem, nacionalidade, gênero, etnia, idade, *situação administrativa migratória, ou qualquer outra causa de discriminação estabelecidas nos tratados internacionais sobre a matéria*, a fim de procurar o exercício de uma livre mobilidade dos cidadãos e cidadãs sul-americanos” (MERCOSUL: 2015a) (grifos nossos).

Para um efetivo tratamento humanizado ao imigrante é de importância crucial o reconhecimento, pela Declaração de Santiago, da existência de migrações forçadas, ou seja, de deslocamentos que não possuem o caráter individual e voluntário que, geralmente, caracteriza a decisão de migrar, mas, ao contrário, são promovidas por situações derivadas de profundas desigualdades socioeconômicas estabelecidas entre os Estados. Esse reconhecimento expressa a natureza humanitária da acolhida e tem o efeito significativo de exigir que os Estados ampliem as condições de admissão do estrangeiro em seu território.

15 O princípio é insculpido no artigo 5 da Declaração de Santiago, nos seguintes termos: destacar os convênios de regularização migratória subscritos entre Estados-membros da conferência e alentar a negociação e assinatura de novos convênios, políticas normativas, programas de cooperação e cursos de ação que facilitem tal regularização.

Outro aspecto inovador é o reconhecimento do imigrante como sujeito político garantindo-lhe a participação e o exercício da cidadania também no país de destino. Nesses termos, segundo o art. 7º, os Estados se comprometem a “promover o exercício da participação político-eleitoral das pessoas migrantes e garantir os Direitos nas áreas sociais, econômicas e culturais na sociedade tanto de origem como de destino, de acordo à legislação nacional de cada país e em igualdade de condições com os nacionais.”

As *Declarações de Assunção sobre Tráfico de Pessoas*, de 2001 e 2005, resultaram no *Acordo contra el Trafico Ilícito de Migrantes entre los Estados Partes del Mercosur*. Após modificações no texto, em razão de emendas e erratas, o tratado foi, finalmente, incorporado por meio do Decreto nº 7.953, de 12 de março de 2013. Seu objetivo é promover uma ação coordenada entre os Estados-Partes na prevenção e combate ao tráfico de migrantes. O *Acordo contra o Tráfico de Migrantes* tipifica esse crime e estabelece suas condutas típicas, mas condiciona sua incorporação à legislação nacional à edição de lei especial, em face dos termos com que foi redigido o seu art. 4º¹⁶.

Esses atos formataram os principais instrumentos do Mercosul sobre matéria migratória, que são o *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercosur* e o *Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes entre os Estados-Partes do Mercosur*, ambos vigentes, o primeiro desde 2009 e o segundo desde 2012.

No entanto, o primeiro tratado mercosulino voltado à livre circulação de trabalhadores foi o *Acordo Multilateral de Seguridade Social do Mercado Comum do Sul* e seu *Regulamento Administrativo para a Aplicação do Acordo*, firmado em Montevidéu, em 15 de dezembro de 1997. No Brasil foi aprovado pelo Dec. Leg. nº 451, de 14 de novembro de 2001, com a ratificação presidencial publicada em 18 de dezembro de 2001. Aguardando a ratificação dos demais Estados-Membros, o Brasil publicou a vigência internacional e, conseqüentemente, a interna, por meio do Decreto 5722/2006, de 13 de março de 2006, estabelecendo sua vigência no Brasil.

16 Os Estados-Partes do presente Acordo adotarão as medidas legislativas, regulamentares e administrativas que sejam necessárias para tipificar como ilícito penal as seguintes condutas, quando se cometer intencionalmente e com o fim de obter, direta ou indiretamente, algum benefício financeiro ou material: a. o tráfico ilícito de migrantes; b. quando se cometer com o fim de possibilitar o tráfico ilícito de migrantes: 1) a criação de um documento de viagem ou de identidade falso; 2) a facilitação, fornecimento ou a posse de tal documento; 3) a habilitação o de um emigrante para permanecer no território de um Estado-Parte sem ter cumprido os requisitos legais exigidos por esse Estado-Parte; c. a tentativa de perpetração de um ilícito penal tipificado de acordo com o parágrafo 1 do presente Artigo; d. a participação como cúmplice ou omissor na perpetração de um ilícito penal tipificado conforme o presente Acordo; e. a organização de outras pessoas para a perpetração de um ilícito penal tipificado conforme o presente Acordo. 2. Constituirão circunstâncias agravantes da responsabilidade penal: a. quando se empregar violência, intimidação ou engano nas condutas tipificadas no presente Acordo; b. quando se tenha abusado, no ato ilícito penal, de uma situação de necessidade da vítima, colocando em perigo sua vida, sua saúde ou sua integridade pessoal; c. quando a vítima for menor de idade; d. quando os autores dos fatos agirem prevalecendo-se de sua condição de autoridade ou funcionário público.

O *Acordo de Seguridade Social* garante a todos os trabalhadores e seus familiares direitos relativos à previdência social e saúde vigentes no Estado-Parte onde prestam serviços ou já o prestaram por período superior a 12 meses, posto que a contribuição por período inferior permita ao Estado não reconhecer as prestações efetuadas (arts. 2º e 7º). Isso significa que o tempo trabalhado e as contribuições no período serão consideradas no cálculo de suas aposentadorias, que podem ser concedidas em qualquer dos Estados mercosulinos. Além de se unificarem as contribuições e cálculo do tempo trabalhado para efeito de aposentadoria, o acordo prevê a concessão de outros benefícios, como a aposentadoria por invalidez e auxílio doença. Para a administração da compensação desses recursos o tratado prevê a criação de uma entidade gestora ou organismo de ligação, função que atualmente tem sido desempenhada pela Organização Interamericana de Seguridade Social (OISS), enquanto a coordenação entre os Estados e o encaminhamento do processo de uniformização de normas e procedimentos é de responsabilidade da *Comissão Multilateral Permanente do Acordo de Seguridade Social* (Compass).

Porém, o tratado que, de fato, precedeu a atual regulamentação migratória no Mercosul foi o *Acordo sobre Regularização Migratória Interna de Cidadãos do Mercosul, Bolívia e Chile*, firmado em Brasília em 5 de dezembro de 2002, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 923, de 15 de setembro de 2005, e depositado em 18 de outubro de 2005 na Secretaria do Mercosul. O acordo estabeleceu a possibilidade de regularização migratória a todos os originários da Argentina, Bolívia, Chile, Paraguai e Uruguai sem a necessidade de a pessoa deixar o país de destino, bastando, para tanto, solicitar sua autorização de residência temporária ou permanente no posto da Polícia Federal mais próximo do lugar onde se encontra. O direito à regularização seria concedido independentemente de sua condição de entrada no país de residência. O tratado, entretanto, não chegou a entrar em vigência como norma comunitária e, atualmente, ficou prejudicado em razão do Acordo de Residência do Mercosul, que amplia as condições para a regularização previstas naquele, tornando-o inócuo, mesmo porque, em suas cláusulas, previa-se um período decadal de um ano para que o interessado formulasse o seu pedido de regularização.¹⁷

Embora tenha ratificado o tratado, que não chegou a vigorar, o Brasil, motivado pelas denúncias relativas ao tráfico de imigrantes e à exploração do seu trabalho em

17 O prejuízo ao Acordo sobre Regularização é conferido pelo art. 3º do Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile, especialmente pelo seu segundo inciso: “ÂMBITO DE APLICAÇÃO. O presente Acordo aplica-se a: 1) Nacionais de uma Parte, que desejem estabelecer-se no território de outra e que apresentem perante o consulado respectivo sua solicitação de ingresso no país e a documentação determinada no artigo seguinte; 2) Nacionais de uma Parte, que se encontrem no território de outra Parte, desejando estabelecer-se no mesmo e apresentem perante aos serviços de migração sua solicitação de regularização e a documentação determinada no artigo seguinte. O procedimento previsto no parágrafo 2 aplicar-se-á independente da condição migratória em que houver ingressado o peticionante no território do país de recepção e implicará a isenção de multas e outras sanções administrativas mais gravosas.

condições análogas a escravos, firmou, com a Bolívia, o *Acordo Bilateral sobre Regularização Migratória*, que possibilitou aos cidadãos bolivianos residentes no Brasil a regularização de sua condição no país, independentemente das condições em que aqui tenham entrado e permanecido. No entanto, esse acordo não cumpriu de forma satisfatória o seu objetivo e muitos trabalhadores bolivianos ainda se encontram em situação irregular, ou seja, indocumentados, o que constitui grande obstáculo para o acesso a uma série de direitos sociais no Brasil.

A onerosidade do procedimento para regularização previsto pelo acordo de regularização tornou-se um empecilho para muitos bolivianos, que se viram impossibilitados de providenciar toda a documentação exigida em razão dos custos envolvidos. É o caso da emissão do atestado de antecedentes criminais fornecido pela autoridade boliviana competente, cuja taxa é cara para o padrão econômico dos trabalhadores que se encontram no Brasil. Outro aspecto é a necessidade de comprovação dos meios de subsistência do imigrante no Brasil, que deve ser feito, preferencialmente, pelo contrato registrado na carteira de trabalho. No entanto, muitos trabalham como autônomos, e as autoridades brasileiras não aceitam declaração de próprio punho sobre essa situação. Além disso, há o pagamento das taxas brasileiras e da multa pelo período de irregularidade no Brasil. Esses fatores são relatados pelos imigrantes bolivianos como dificuldades encontradas para efetivar o processo de regularização da permanência, apontando as causas de sua situação irregular apesar dos acordos de livre circulação vigentes.

O *Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercosul, Bolívia e Chile*, firmado em Brasília, em 6 de dezembro de 2002, e vigente desde 28 de julho de 2009, foi aprovado pelo Congresso Nacional (art. 49, I CF) por meio do Dec. Leg. nº925, de 15 de setembro de 2005. O depósito da ratificação (art. 84, IV CF) foi publicado pela Secretaria do Mercosul em 18 de outubro de 2005, e sua vigência comunitária e interna, que se estabeleceu nos termos fixados pelo próprio acordo, publicada pelo Decreto nº 6.975, de 07 de outubro de 2009, somente quatro anos depois¹⁸. Em 2011, o Peru, o Equador e a Colômbia também aderiram ao tratado, ampliando para o âmbito de oito Estados o acordo de livre circulação de trabalhadores na América do Sul.

18 Em seu preâmbulo o Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul, Bolívia e Chile declara sua motivação política: “REAFIRMANDO o desejo dos Estados-Partes do MERCOSUL e dos Países Associados de fortalecer e aprofundar o processo de integração, assim como os fraternais vínculos existentes entre eles; TENDO PRESENTE que a implementação de uma política de livre circulação de pessoas na Região é essencial para a consecução desses objetivos; VISANDO a solucionar a situação migratória dos nacionais dos Estados Partes e Países Associados na região, a fim de fortalecer os laços que unem a comunidade regional; CONVENCIDOS da importância de combater o tráfico de pessoas para fins exploração de mão de obra e aquelas situações que impliquem degradação da dignidade humana, buscando soluções conjuntas e conciliadoras aos graves problemas que assolam os Estados-Partes, os Países Associados e a comunidade como um todo, consoante compromisso firmado no Plano Geral de Cooperação e Coordenação de Segurança Regional;

O único requisito exigido do beneficiário do direito de residência é a prova de que é nacional de um dos Estados signatários do acordo – Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru e Uruguai – tanto para os originários quanto naturalizados, e neste caso o tempo da naturalização deve ser de no mínimo cinco anos. A prova pode ser feita pela apresentação do passaporte ou do registro civil emitido pelo Estado de origem¹⁹. No entanto, para solicitar a residência temporária (art. 4º), que compreende o período de dois anos, e a residência permanente (art. 5º), findo esse tempo, o extenso rol de documentos e certidões exigidos, além da cobrança de taxas, tanto pelos órgãos migratórios quanto pelos serviços consulares que atuam concomitantemente em cada pedido, onera a tal ponto o direito à estadia e ao trabalho regular que torna o seu exercício inacessível para grande parcela de imigrantes residentes no estado de São Paulo.

O principal gargalo encontra-se, justamente, na transformação da residência temporária em residência permanente²⁰, posto que, por falta de acompanhamento jurídico adequado, o imigrante deixa de cumprir os requisitos legais e incide, novamente, em uma situação de irregularidade, o que determina o reinício de todo o processo e ainda mais dispêndios para o trabalhador mercosulino no Brasil. Um exemplo recorrente é a exigência de que o pedido de transformação do *status* temporário em permanente se faça com pelo menos 90 dias de antecedência do vencimento da certidão de autorização para residência temporária. Quando esse prazo não é cumprido, o que ocorre frequentemente, o imigrante fica em situação irregular. Outro aspecto a dificultar o acesso à condição de permanente é a “exigência de comprovação de meios de vida lícitos que permitam a subsistência do peticionante e de seu grupo familiar de convívio” (art. 5º, alínea d), posto que parte significativa dos imigrantes não exerce o trabalho formal, comprovado por meio da carteira de trabalho, mas são autônomos, atividade, de resto, admitida pelo art. 8º, 2 do Acordo de Residência. Nesse caso, só poderiam declarar de próprio punho a capacidade financeira de manter-se a si próprios e às suas famílias, instrumento que tem sido considerado, pelas autoridades migratórias brasileiras, impróprio para a prova exigida.

19 Art. 2º. “(...) Nacionais de uma Parte”: são as pessoas que possuem a nacionalidade originária de um dos Estados-Partes ou a nacionalidade adquirida por naturalização há pelo menos cinco anos;

20 Artigo 5º RESIDÊNCIA PERMANENTE 1. A residência temporária poderá ser transformada em permanente, mediante a apresentação do peticionante, perante a autoridade migratória do país de recepção, 90 (noventa) dias antes do vencimento da mesma, acompanhado da seguinte documentação: a) Certidão de residência temporária obtida em conformidade com os termos do presente Acordo; b) Passaporte válido e vigente ou carteira de identidade ou certificado de nacionalidade expedida pelo agente consular do país de origem do peticionante, credenciado no país de recepção, de modo que se prove a identidade do peticionante; c) Certidão negativa de antecedentes judiciais e/ou penais e/ou policiais, no país de recepção; d) Comprovação de meios de vida lícitos que permitam a subsistência do peticionante e de seu grupo familiar de convívio; e) Pagamento de uma taxa perante o respectivo serviço de migração, conforme disposto nas respectivas legislações internas.

Essas situações, aferidas em audiências públicas e nas reuniões realizadas com imigrantes de 2012 a 2014, têm mantido um grande número de trabalhadores inter-regionais em situação de irregularidade no Brasil, demonstrando os limites legais para o efetivo acesso a direitos sociais estabelecidos em foro constitucional, especialmente nos artigos da Constituição federal que expressam os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º), seus objetivos fundamentais (art. 3º), os direitos civis (art. 5º) e sociais (art. 6º) de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

O acesso efetivo ao direito de residência, de forma a garantir a estadia e o exercício do trabalho regular, deveria ser viabilizado a todos os cidadãos mercosulinos, principalmente considerando que muitos encontram-se em estado de vulnerabilidade econômica. Medidas administrativas simples, como o deferimento da gratuidade dos serviços públicos a serem prestados quando o peticionante não puder arcar com as despesas sem prejuízo do seu sustento, garantia reconhecida pela Constituição (art. 5º, XXXIV). A isenção de taxas também está prevista na legislação ordinária brasileira, como é o caso da Lei 1060/50, que estabelece a gratuidade da assistência judiciária aos necessitados, extensível a taxas e emolumentos cartoriais necessários à obtenção de documentos comprobatórios de suas declarações em juízo, e a Lei 9534/97, que, conferindo nova redação à Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), trata da gratuidade dos atos cartorários necessários ao exercício elementar da cidadania.

Outra medida administrativa possível de ser viabilizada seria a coordenação entre os serviços migratórios do país de destino e os serviços consulares dos países de origem do imigrante, sediados em seu território, poupando tempo e mais custos aos interessados. Essas propostas foram expressas no Caderno de Propostas da Comigrar (MJ.COMIGRAR:2014).

Como meios de expurgar o trabalho irregular prestado no Brasil, o que implica, geralmente, em condições precárias para o trabalhador, mas atrativas para determinados setores do empresariado (CALAVITA:2010), o Estado brasileiro deveria viabilizar meios de garantir a permanência regular no país, além de coibir as práticas criminosas correlatas ao tráfico de trabalhadores migrantes. Essa é a finalidade do *Acordo contra o Tráfico Ilícito de Migrantes entre os Estados-Partes do Mercosur*.

O tratado, de natureza criminal e processual, posto que estabelece normas de cooperação jurídica penal, foi firmado em Belo Horizonte, em 16 de dezembro de 2004, e encontra-se vigente desde 10 de outubro de 2012, após o depósito, pelo Brasil, do último instrumento de ratificação²¹. Nos termos desse acordo, o tráfico de imigrantes é definido

21 No Brasil, o tratado foi aprovado pelo Decreto Legislativo nº 133 e ratificado em 26 de maio de 2011, mas somente no ano seguinte foi depositado esse instrumento, condição para sua vigência comunitária e interna nos Estados-membros.

como a facilitação da entrada ilegal de uma pessoa no território de um outro Estado-partedo qual ele não seja nacional ou residente com a finalidade de obter, direta ou indiretamente, algum benefício financeiro ou material. A entrada ilegal, por sua vez, é definida como o ingresso no território sem o cumprimento dos requisitos legais para tanto, uma situação que, criteriosamente, não se configura em um ambiente de livre circulação de trabalhadores e de liberdade de prestação de serviços, que é a situação que temos hoje entre os Estados-membros e associados ao Mercosul.

Esse significativo percurso governamental, especialmente nos últimos dez anos, no sentido de efetivar um espaço de integração social no Mercosul tem sido capaz de uma verdadeira revolução nos paradigmas jurídicos que fundamentam as legislações relativas aos estrangeiros em cada Estado-Parte. No caso do Brasil, a Lei 6.815, de 1980, e seu decreto regulamentar, de 1981, erigida sobre os princípios da segurança nacional e da proteção ao trabalhador, restou, evidentemente, obsoleta em face das decisões políticas dos últimos governos sul-americanos. Diante da necessidade de uma nova legislação o Ministério da Justiça enviou ao Congresso Nacional, em 2009, o Projeto de Lei 5.655/2009, ainda em tramitação. Diante das críticas recebidas dos movimentos sociais e de especialistas em tema migratório, outro projeto foi elaborado pelo Ministério da Justiça, dessa vez fruto do trabalho de uma comissão de juristas nomeada por portaria ministerial. Esse segundo anteprojeto não chegou, até o momento, a ser submetido ao Congresso Nacional, dada a resistência de outros órgãos do próprio governo em relação ao seu conteúdo e às mudanças institucionais que prevê, sendo a mais significativa criação de uma Alta Autoridade para Migração que retira do Conselho Nacional de Migrações (CNIG) e da Polícia Federal as funções que ora lhes são atribuídas.

No entanto, o que vem estabelecido no novo anteprojeto encontra fundamento normativo em instrumentos jurídicos vigentes tanto em âmbito internacional quanto do Mercosul, bastando que sua interpretação seja feita à luz de princípios hermenêuticos protetivos à dignidade da pessoa. De qualquer forma, entendemos que a medida eficaz para pôr fim definitivo ao tráfico de imigrantes e ao trabalho irregular do imigrante seria a edição de uma lei de migrações que expresse esses novos paradigmas, sustentados em uma política de acolhimento e de regularização migratória, reconhecendo o direito fundamental de a pessoa migrar e de procurar trabalho em outro país (BAUMAN:2003), como única forma de salvaguardar, no país de destino, sua dignidade e das pessoas sob sua dependência. Somente um nova lei seria capaz de dar respostas institucionais adequadas às consequências da imigração no local de destino, garantindo o direito à regularização da permanência do imigrante e o exercício regular do trabalho, configurando o seu direito à integração na sociedade local e o respeito às diversidades e à preservação de sua cultura, além da garantia do direito à liberdade de expressão e de participação política em todos os seus aspectos e níveis federativos na sociedade de acolhida.

4. Paradigmas Jurídicos do Estatuto do Estrangeiro e seus Efeitos na Restrição a Direitos

A Lei 6.815/80, vigente no Brasil, é denominada Estatuto do Estrangeiro e está fundada em princípios que vão de encontro à ordem internacional inaugurada com a globalização dos meios de transporte e de comunicação, contexto que facilita e estimula os deslocamentos transfronteiriços. Além de ser incompatível com a própria conjuntura internacional, seus preceitos entram em conflito com a arquitetura normativa que vem sendo estabelecida no Brasil após a promulgação, em 1988, de sua Constituição democrática. Portanto, é urgente sua revogação, posto que sua vigência implica na aplicação irrestrita, pelas autoridades responsáveis pelo controle migratório, especialmente agentes da Polícia Federal, de suas normas restritivas, gerando situações de flagrante violação dos direitos fundamentais constitucionalmente declarados.

Aliás, a inadequação do atendimento feito por policiais federais e o seu efeito intimidatório nos imigrantes têm sido o principal ponto levantado em quaisquer das reuniões realizadas com estrangeiros e representantes das associações civis de acolhida, desde as primeiras audiências públicas promovidas ainda antes da realização das conferências da Comigrar.

No momento, o grande desafio que se coloca para os agentes públicos é, justamente, identificar quais dos seus dispositivos legais seriam compatíveis com a ordem convencional e constitucional que integram o sistema jurídico brasileiro, posto que a Lei 6.815/80 não garante qualquer direito efetivo ao imigrante no Brasil, pois, em face da ampla discricionariedade do Estado nas decisões relativas a estrangeiros, não há, nos termos legais, a possibilidade de aquisição de direito líquido e certo, dificultando qualquer controle jurisdicional acerca dos atos das autoridades com competência para o controle de entrada e permanência do imigrante no Brasil.

Isso significa que o imigrante que sofra qualquer violação do direito de ir e vir ou mesmo quando vítima de qualquer outro abuso de autoridade brasileira não teria, em termos jurídicos, argumentos consistentes para o provimento de um *habeas corpus* ou de um mandado de segurança, posto que, para qualquer desses remédios constitucionais, é imprescindível a comprovação de um direito adquirido e consolidado no Brasil, situação juridicamente impossível para um estrangeiro que não opte pela naturalização, ou seja, pela perda de sua condição de não brasileiro.

4.1. Os Princípios Jurídicos Vigentes e sua Inadequação ao Contexto Global

A Lei 6.815/80 está fundada em princípios como o da defesa da segurança nacional e da proteção do trabalhador brasileiro, o que implica na presunção de que a presença de

imigrantes no Brasil importa em risco ou ameaça à soberania do Estado ou ao emprego de nacionais.

A primeira hipótese, a ameaça à segurança e à soberania, cria a presunção de perigo em face da presença do imigrante, do *estrangeiro*, do elemento estranho, o que implica na necessidade de prevenção e repressão, além de associar o imigrante ao que é ilícito e marginal. Como principal consequência jurídica tem-se a “criminalização” do indocumentado. Suas regras materiais e de procedimentos sujeitam o imigrante irregular, o “imigrante ilegal”, inclusive, à prisão, sendo que a liberdade trata-se de direito historicamente consagrado, reconhecido desde a primeira constituição jurídica de direitos fundamentais com a garantia do *habeas corpus* nos casos de ameaça ao cerceamento injusto da liberdade²². Esse tratamento criminalizante e a inegável restrição à aquisição de direitos no Brasil, situação que pôde ser confirmada no curso da Comigrar, faz-se sempre pela justificativa da necessidade de proteção à segurança nacional ou aos interesses e conveniências do Estado brasileiro, em violação ao *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que garante a igualdade de tratamento entre estrangeiros e brasileiros²³.

Provavelmente, a mais comum das restrições identificada pela pesquisa e relatada de forma recorrente pelos imigrantes é a dificuldade de matricular seus filhos em escolas, privando-lhes da educação básica, o que se dá em razão dos documentos exigidos no ato da matrícula. Além do título de ingresso regular do representante legal do menor, representado pelo Documento de Registro de Estrangeiro (DRE), outros documentos precisam ser apresentados, como a autorização do outro genitor para a permanência do menor no Brasil, requerimento frequente quando a criança é acompanhada apenas de um deles, o que é comum, ou o histórico escolar emitido pela escola de procedência, com a discriminação das disciplinas cursadas e notas atribuídas em cada uma delas, um tipo de registro não raro inexistente no país de origem da criança ou adolescente devido à adoção de outras formas de comprovação do nível cursado pelos alunos, como a simples declaração seguida da nota global obtida pelo aluno no período correspondente.

Esse é apenas um exemplo pontual, embora significativo, das consequências jurídicas do Estatuto do Estrangeiro na aferição de direitos elementares ao imigrante, e, portanto, da sua incompatibilidade com os objetivos constitucionais do Estado brasileiro e

22 Lei 6.815/80. Art 2º. Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional. Art 21. Ao natural de país limítrofe, domiciliado em cidade contígua ao território brasileiro, respeitados os interesses da segurança nacional, poder-se-á permitir a entrada nos municípios fronteiriços a seu respectivo país, desde que apresente prova de identidade.

23 Constituição federal. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

das convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, que, inquestionavelmente, obrigam o Estado a conferir ao estrangeiro os direitos fundamentais atribuídos a qualquer pessoa, destinatária do direito inalienável à dignidade, o que faz do imigrante um sujeito de direitos da mesma qualidade de uma pessoa juridicamente reconhecida como brasileira.

A Lei 6.815/80 igualmente justifica seu caráter excepcional e restritivo advogando a proteção ao trabalhador nacional. No entanto, sua consequência efetiva é estabelecer dois regimes diferenciados de trabalho: o regime ao abrigo do sistema de direitos trabalhistas consolidado em leis e o regime de trabalho à margem do sistema de direitos e suas garantias processuais. Nesse campo marginal podemos identificar dois subsistemas: o trabalho precário, com a exploração máxima do tempo trabalhado e fixação de remuneração mínima do trabalhador, mas preservando seu direito de ir e vir; e o trabalho análogo a escravidão, associado a práticas de retenção do pagamento para pagamento de dívidas com empregadores e agências de intermediação, e retenção do passaporte, privando o imigrante do seu único meio de identificação no território nacional, o que inarredavelmente restringe o seu livre ir e vir. Essa duplicidade de regimes de trabalho, evidentemente contrária à ordem constitucional estabelecida, é mais eficaz quando se trata de trabalhador imigrante indocumentado, pois sua situação de vulnerabilidade inibe-o de buscar a proteção legal devida. O brasileiro, quando submetido às mesmas condições de trabalho, sente-se mais seguro em denunciar a situação irregular ou criminosa e reclamá-la perante órgãos jurisdicionais. Em contrapartida, não é raro o imigrante sofrer azaques ou ao menos atitudes discriminatórias quando busca a proteção policial, justamente em razão de sua situação de irregularidade.

Essa situação não se trata de um fenômeno local. Em regiões globais historicamente receptoras de imigrantes, como a Europa e o Sudeste asiático, essa duplicidade de sistemas também é encontrada. Formas de trabalho precário têm sido, inclusive, institucionalizadas nas últimas décadas. Na Europa, essa precarização foi feita pela flexibilização de direitos trabalhistas e criação de regimes especiais de emprego, como o de tempo parcial. Esses postos de trabalho, de remuneração menor e menos encargos correspondentes, são, geralmente, os trabalhos domésticos de cuidadores de idosos e crianças, setores que comumente agregam imigrantes, principalmente mulheres, em países da OCDE (HIRATA: 2007). No Sudeste asiático, as convenções trabalhistas substituem o regime legal, permitindo criar categorias diferenciadas de direitos. Assim, situações excepcionais como a contratação de estrangeiros são regidas por normas especiais, que regulam o trabalho temporário, geralmente na construção civil, ou o trabalho sazonal, característico pela sua circularidade, comuns em regiões agrícolas (BRS: 2008).

A polaridade Sul-Sul das migrações do Sudeste asiático, que se caracterizam por fluxos provenientes de países subdesenvolvidos para países em desenvolvimento, permite identificarmos algumas semelhanças com as migrações contemporâneas para o Brasil,

especialmente para o estado de São Paulo, principal destino de mais de 70% dos imigrantes inter-regionais que chegam ao Brasil. O surgimento, de fato e de direito, de regimes diferenciados de trabalho para nacionais e estrangeiros tem levado à exacerbação de condições negativas de trabalho e salário, o que se faz, inclusive, por meio de lei, como é o caso da Europa (HIRATA: 2007), mas também ao surgimento de novas formas de escravidão, encontradas em países em desenvolvimento, e suas principais vítimas são trabalhadores imigrantes.

Atualmente, o arcabouço jurídico internacional, regional e nacional, levando em conta o caso brasileiro, expressa e cria mecanismos de garantia de efetivação dos direitos humanos, e esse sistema jurídico já nos permite categorizar como causas para migração aquelas que sujeitam a pessoa a situações que importam em graves violações a direitos, como a extrema miséria ou a vida em um ambiente degradado, seja por ação humana ou da natureza. Esse é um fenômeno que caracteriza as migrações contemporâneas, diferenciando-as das anteriores, a vulnerabilizar ainda mais o imigrante, uma situação que deve ser considerada pela legislação dos países de destino.

Os imigrantes, quando juridicamente considerados como ameaça à segurança nacional, à integridade cultural e à empregabilidade dos cidadãos, encontram-se completamente expostos à arbitrariedade, seja dos funcionários dos serviços migratórios ou das demais forças de segurança e policial do Estado de destino. Encontram-se igualmente vulneráveis em relação a seus empregadores, inclusive sendo os primeiros a serem dispensados em caso de contrato regular de trabalho. No Brasil, o parágrafo único do art. 358 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece regra nesse sentido²⁴. A discriminação do imigrante é extensível a membros da sociedade em geral, e esse sistema de restrições e limites à sua condição de sujeito, ou de pessoa, inibe sua autopercepção como destinatário de direitos e agente capaz de exercer os meios para sua defesa, o que agrava ainda mais sua situação vulnerável em face das implicações sociais e psicológicas que isso acarreta em cada indivíduo (HONNETH: 2009). Portanto, os efeitos deletérios de uma lei excludente são mais profundos que a restrição material a direitos.

Essas circunstâncias são favoráveis à criação de postos de trabalho especialmente dirigidos a trabalhadores migrantes. Essa situação já é vivida por imigrantes no Brasil atual, o que se dá, justamente, como efeito jurídico da legislação ordinária ainda em vigor evidenciando que normas restritivas à migração promovem a oferta de trabalho ao imigrante, porém em condições de baixa remuneração e precariedade das condições de trabalho. Em circunstâncias de trabalhadores com baixa qualificação, a mão de obra irregular é atrativa para empregadores que ambicionam maximizar seus lucros reduzindo os encargos que

24 CLT. ART. 358, Parágrafo único – Nos casos de falta ou cessação de serviço, a dispensa do empregado estrangeiro deve preceder à de brasileiro que exerça função análoga.

recaem sobre o emprego regulamentado. O estudo dos resultados e efeitos do *Programa Braceros*, implantado no estado da Califórnia, nos Estados Unidos, na década de 1940 para captação de trabalhadores para a agricultura e sua posterior revogação e substituição por normas restritivas promoveu a iniciativa individual de fazendeiros que continuaram a levar trabalhadores rurais mexicanos tanto para a Califórnia quanto para o Texas, estado não incluído no *Bracero Program* por restrição das autoridades mexicanas em razão do tratamento dispensado a seus cidadãos por fazendeiros texanos (CALAVITA: 2010). A lei restritiva cria condições de superexploração do trabalho e não inibe ou mesmo restringe a migração, que, além de imanente ao ser humano, uma ação de sobrevivência ou melhoria de vida, encontra-se ainda mais facilitada em um mundo globalizado e de facilidades inéditas de transporte e comunicação. Os recursos possibilitados pela internet, inclusive, aplacam os efeitos subjetivos do distanciamento com a comunidade de origem do imigrante, diminuindo o trauma afetivo provocado pela distância dos entes queridos. Entretanto, nos principais destinos migratórios, o direito de migrar ainda encontra restrições legais que se tornaram anacrônicas, sob qualquer argumento, posto que se trata de fenômeno inevitável, frente à conjuntura global contemporânea.

Nesse sentido, o principal efeito jurídico das legislações restritivas é produzir a figura jurídica do “indocumentado”, ou seja, do ser “não jurídico”, daquele que é incapaz de se apresentar civilmente como sujeito de direito e de obrigações. Trata-se, enfim, de um sistema legal que, em decorrência de seus princípios legitimadores – a proteção do Estado e do trabalhador nacional –, institui um grupo de pessoas que ficam à margem dos direitos civis e, invariavelmente, também de direitos sociais elementares, como o direito a condições de emprego decentes, com relações de trabalho regulamentadas e protegidas, a possibilidade de acessar, nas mesmas condições que todos os trabalhadores, o sistema de saúde pública e de educação básica e técnica oferecida a todos os nacionais.

A nacionalidade como critério de acesso a direitos individuais e sociais não pode ser admitida em um mundo que foi globalizado pelo capital e pelo trabalho, em que o trânsito de pessoas é facilitado e estimulado justamente como consequência da divisão internacional da produção e do desenvolvimento. Tanto as migrações internas quanto as internacionais, os deslocamentos humanos enfim, são fatos inarredáveis e irreversíveis. Mas podem ser administrados por políticas públicas eficientes e inclusivas, sustentadas em paradigmas internacionais e constitucionais balizadores dos direitos humanos, entre estes o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento.

Se as normas restritivas promovem situações de graves violações de direitos fundamentais, um ambiente de ampla liberdade de circulação, por sua vez, é capaz de promover um desenvolvimento social internacional integrado, como parecem demonstrar as pesquisas de Hamilton e Whalley, de 1984, que foram, recentemente, em 2002, repetidas por Moses e Letnes. Nelas, os autores procuram demonstrar as vantagens de um espaço de

ampla liberdade de circulação de trabalhadores. Utilizando indicadores como o número de pessoas economicamente ativas e a média de sua produtividade de trabalho, fazem a comparação do ganho em eficiência econômica em um ambiente restritivo à livre circulação com um ambiente hipotético de completa liberdade de trânsito internacional de trabalhadores. Com esses dados, fizeram prognósticos acerca do comportamento do PIB mundial em um ambiente restritivo e de livre circulação. Hamilton e Whalley apontaram, em algumas das suposições testadas, que em um ambiente de liberdade de trânsito haveria um aumento do PIB mundial variável de 60% a 204%, em alguns setores, enquanto Moses e Letnes, refazendo o exercício duas décadas depois, utilizando dados mais completos e métodos estatísticos mais desenvolvidos, concluíram que o aumento geral seria de 96% do PIB global (ALONSO: 2011, 22), confirmando as possibilidades de desenvolvimento para todos em um ambiente de liberdade de deslocamento internacional.

Em contrapartida, uma legislação restritiva importa em perdas para a sociedade e para o Estado. Em relação à sociedade, a estadia irregular do trabalhador imigrante recrudescer as formas de exploração do trabalho e vulnerabiliza o empregado, desconstruindo conquistas sociais para as quais foram necessárias intensas mobilizações e até sacrifícios de vidas e famílias, ao menos nos últimos duzentos anos, o que representa uma imensurável perda social. Além disso, os princípios restritivos e excludentes contribuem para a formação subjetiva de um estereótipo negativo do imigrante, criando um ambiente que fomenta a xenofobia, uma rejeição referendada e legitimada pelo Estado, suas leis e autoridades.

A precarização do trabalho e a marginalização do trabalhador são efeitos que estimulam situações não desejáveis, tanto pela sociedade quanto pelo Estado. A elevação dos índices de pobreza, o aumento do analfabetismo infantil e adulto, a existência de relações precárias e criminosas de trabalho são altamente deletérias para todo o coletivo de pessoas que vivem em determinado território e para a estrutura administrativa do Estado, que, inclusive, se expõe perante organismos internacionais e entidades privadas pelos baixos índices de desenvolvimento.

Outra questão comumente apontada é a pressão migratória nos sistemas de prestação de serviços públicos e previdenciários, e, nesse aspecto, é para o sistema de educação e saúde que converge grande parte da responsabilidade do Estado e das demandas da população que vive e trabalha em determinado território. Nesse sentido, o impacto é mais evidente no local de residência do imigrante. Consideradas a distribuição de competência e atribuições nos níveis da administração e responsabilidade pública pela prestação do serviço, o município é o mais afetado e o ente que necessita apresentar respostas prontas e eficientes. Em se tratando dos serviços de educação fundamental e saúde, a atribuição é do ente municipal brasileiro. Em relação aos serviços previdenciários, os que demandam prestação continuada – como afastamento por acidente, doença, além de outros benefícios, como licenças especiais de maternidade e paternidade – e a garantia da aposentadoria

são de competência da União, e, como visgo, objeto de tratados internacionais que estabelecem regras e mecanismos de cooperação e integração intergovernamental entre os sistemas previdenciários nacionais para a garantia de direitos do trabalhador migrante.

O trabalhador irregular, em razão da natureza retributiva do direito previdenciário, fica à margem de qualquer benefício social que ele poderia acessar se estivesse inserido em um dos sistemas contributivos de trabalhadores ativos, seja no seu país de origem ou no de residência. Além disso, o irregular, por não recolher contribuições, em nada ajuda para a garantia dos benefícios dos trabalhadores inativos. Esses são apenas alguns dos graves efeitos públicos da existência de trabalhadores estrangeiros à margem de direitos e de deveres básicos no país de destino.

Em relação ao Estado como um todo, ou seja, em todos os seus níveis de competência – federal, estadual ou municipal –, outro efeito deletério das leis migratórias restritivas e, em consequência, do elevado índice de imigrantes indocumentados, é a própria invisibilidade promovida pela irregularidade. O fato é que o Estado não possui índices demográficos e indicadores sociais confiáveis acerca dessa população, o que não é desejável, principalmente em se tratando de uma parcela hipossuficiente, que demanda políticas públicas adequadas. Assim, além de perder recursos orçamentários, pois o indocumentado e seu empregador furtam-se de qualquer incidência tributária e previdenciária, o imigrante irregular também deverá ser atendido pelos serviços públicos disponíveis a toda população, sem que ofereça contrapartida ao Estado. A educação básica e técnica, além de todo o sistema de saúde, são exemplos: da mesma forma que o Estado não pode recusar o acesso do imigrante, por outro lado deve promover sua inclusão no sistema de obrigações para com o público no rol de suas prioridades e perspectivas, estimulando a sua contribuição e sua formação cidadã e participativa, cujo critério para o exercício não pode ser a nacionalidade.

Os projetos de lei em trâmite no Congresso: PL 5655/2009 e PL 2516/2015 Desde a vigência do regime jurídico instaurado pela Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 alguns círculos acadêmicos e jurídicos, além dos principais interessados, os próprios imigrantes e suas associações representativas, aguardam uma solução para o impasse instituído entre as normas relativas aos estrangeiros, que são restritivas e excludentes desde o Estado Novo, iniciado em 1937, período no qual se instalou no Brasil um governo de ruptura constitucional e momento em que foram editadas as normas que inspiraram o Estatuto atual. Nesse sentido, a nova ordem constitucional brasileira, que instaura um projeto de Estado Democrático de Direito, é incompatível com seus preceitos discriminatórios.

Na tentativa de contextualizar o sistema legal restritivo ao panorama jurídico interno e internacional algumas propostas de alterações pontuais na lei têm sido objeto de projetos apresentados por congressistas. A primeira alteração mais ampla deu-se por iniciativa do

Ministério da Justiça que, em 2004, criou uma comissão interministerial para elaboração de um anteprojeto de uma nova *lei de estrangeiros*. O anteprojeto passou por debates em audiências públicas realizadas com a participação de setores da sociedade civil que atuam junto aos migrantes, conforme divulgado pelo presidente da Comissão Interministerial e secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, por ocasião da primeira reunião da comissão do anteprojeto, em 17 de julho de 2004.

O objetivo da nova lei seria ampliar os tipos de vistos para além dos sete previstos na Lei 6.815/80, instituindo autorizações especiais para consultores técnicos, cientistas, professores, investidores, empresários, voluntários de organizações não governamentais, aposentados, estudantes, assistentes técnicos, tripulantes marítimos e prestadores de serviço. Atualmente, esses vistos são regulamentados por meio de resoluções normativas da CNIg.

A manifestação solene, por ocasião da primeira reunião da Comissão Interministerial, declara que o “objetivo do novo Estatuto é resguardar os direitos civis e fundamentais do imigrante previstos na Constituição de 1988; assegurar tratamento diferenciado aos imigrantes sul-americanos, buscando a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, e facilitar a emissão de vistos e documentos (inclusive barateando custos).”²⁵

Na ocasião, as iniciativas que vinham se desenvolvendo no âmbito do Mercosul sobre a livre circulação de trabalhadores e combate ao tráfico de trabalhadores migrantes sul-americanos, além das condições de trabalho de bolivianos, denunciadas na mesma época, exigiam medidas a serem tomadas no âmbito do governo federal e do Poder Legislativo brasileiro e a nova lei deveria vir ao encontro dessas demandas. Entretanto, após as discussões e contribuições exógenas, que se estenderam pelo ano de 2005, mas que ficaram restritas a poucos especializados e interessados, o Ministério da Justiça preparou o anteprojeto de um novo Estatuto do Estrangeiro, que foi enviado ao Congresso Nacional e identificado como o Projeto de Lei nº 5.655, de 18 de dezembro 2009.

Assim que ganhou maior publicidade e visibilidade, em razão de se tratar de projeto de lei em trâmite, ampliaram-se os debates na sociedade civil e a academia juntou-se aos foros de discussão. Críticas contundentes passaram a apontar a incapacidade do PL 5655/09 de alterar o cenário atual, pois embora traga uma moldura normativa edulcorada pelos direitos constitucionalmente expressos, a manutenção da ampla discricionariedade do Estado em relação ao estrangeiro e dos mesmos critérios de admissão

25 Página do Ministério da Justiça: “Somos uma nação formada por diversas nacionalidades, produto de várias correntes imigratórias e temos de reconhecer, na lei, essa característica. Por isso, é preciso, sempre, receber e tratar bem os estrangeiros que escolheram o Brasil para visitar, trabalhar ou morar”, defende Luiz Paulo Barreto. “O Brasil tem tradição histórica de não tratar a questão imigratória sob o ponto de vista xenófobo. Temos de acolher o imigrante da melhor forma, sem qualquer discriminação, permitindo que ele tenha garantido todas as possibilidades para uma perfeita integração”, completa Barreto.

e permanência, já anteriormente entendidos como incompatíveis com a arquitetura de direitos humanos e fundamentais adotada pelo Estado brasileiro, não garantiriam a efetividade desses direitos.²⁶

O mais grave é que com a edição de uma nova lei, de um novo Estatuto do Estrangeiro, editado sob a ordem constitucional vigente e legitimado pelo Congresso Nacional, as regras de exceção e discriminatórias, que criam uma ordem jurídica paralela para estrangeiros, mais restritiva e sujeita ao arbítrio do Estado, passariam, então, a ser referendadas e legitimadas pela lei nova, embora velha nos seus paradigmas e conceitos sobre o fenômeno da imigração e sobre a pessoa do imigrante. O fato é que seu trâmite não se desenvolve a contento, pois o projeto ficou por mais de dois anos parado, incompreensivelmente, na Comissão de Turismo da Câmara dos Deputados.

A partir de demandas das organizações representativas de migrantes e de pesquisadores acadêmicos, que entendem necessária a edição de uma lei que regule os fluxos migratórios, os direitos dos imigrantes no Brasil e dos brasileiros que vivem no exterior, que estabeleça a recepção do princípio da não discriminação e a ampliação do conceito de migrante, o Ministério da Justiça novamente tomou a iniciativa de reabrir os debates sobre a questão migratória.

Em 2012 foi feita a primeira reunião ampliada com membros das associações representativas dos imigrantes, das associações civis de acolhimento e apoio ao imigrante, representantes de universidades e de institutos de pesquisa acadêmica, representantes de institutos oficiais de pesquisas geográfica e estatística, representantes do Ministério da Justiça, especialmente da Secretaria Nacional de Justiça, do Departamento do Estrangeiro, do CONARE e da Polícia Federal, bem como do Ministério do Trabalho e Emprego e do CNIg. A partir desse encontro, realizado no Rio de Janeiro, foram sistematizadas as críticas ao PL 5655/2009 e demarcada a necessidade de uma Lei de Migrações, rejeitando-se, por unanimidade, um novo Estatuto do Estrangeiro.

De fato, apesar das intenções declaradas no início dos trabalhos que deram origem ao projeto 5655/09, o resultado final continuava fundado nos mesmos paradigmas de soberania do Estado e da segurança nacional, que resultam na ampla discricionariedade do Poder Executivo quanto ao ingresso e permanência do imigrante no Brasil, e também no princípio de proteção ao trabalhador brasileiro, restringindo a entrada apenas aos imigrantes qualificados, nos mesmos termos que a lei vigente.

26 Quando o PL 5655/2009 já estava em trâmite foi, posteriormente apresentado pelo Senador Aloysio Nunes, do PSDB, o PLS 288/2013 e o PEC 25/2012, que confere direitos políticos ao imigrantes nas eleições municipais. O PLS 288/2013, aprovado pelo Senado foi enviado à apreciação da Câmara dos Deputados em agosto de 2015, identificado como PL 2516/2015.

No anteprojeto o poder discricionário é também conferido ao Estado na decisão sobre o asilo político, que no Brasil tem regime diferenciado do refúgio, o que fica evidente pela previsão legal estabelecida no PL 5655/2009, que, nos seus artigos 56 a 59, possui dispositivos referentes à condição do asilado. Essa diferenciação foi objeto de crítica pelos delegados da Comigrar, que recomendaram a identificação dos dois institutos conforme está previsto no art. 1º, I da Lei 9474/97, o Estatuto do Refugiado, que reconhece como tal todo indivíduo que, “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou *opiniões políticas* encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país” (destaque nosso).

Em relação aos impedimentos para a concessão do visto ou da autorização de residência, em que pese a maior objetividade do art. 66 do PL 5655/09 em relação aos dispositivos vigentes, no seu inciso II persiste o amplo espectro de indefinição quanto à caracterização ou os requisitos que devem ser considerados para definir um imigrante como “nocivo ao interesse nacional”²⁷.

No mesmo sentido, o artigo 114 determina que, nos casos de deportação, o ministro da Justiça poderá determinar que ela seja feita sem a atenção ao prazo estabelecido na notificação da Polícia Federal se considerar que assim recomenda o “interesse nacional”, ou seja, uma aferição que depende do juízo de oportunidade e conveniência do Estado, o que também poderá resultar em casos de violação a direitos fundamentais, resguardando ao Estado larga margem de discricionariedade no tratamento relativo aos irregulares. Se houver descumprimento da ordem de saída ou o não comparecimento semanal do imigrante no Departamento da Polícia Federal da jurisdição em que se encontra, o deportando estará sujeito a prisão cautelar, quando determinada por autoridade judicial a ordem de recolhimento.

Em relação à expulsão também restou preservada, no PL 5655/09, uma ampla discricionariedade ao Estado, que poderá determinar a saída compulsória do estrangeiro que atentar contra interesses nacionais, independentemente de ter cometido um crime (art. 111), delegando o poder expulsório ao presidente da República, que decidirá sobre sua conveniência (art. 112). Da mesma forma que na deportação, o estrangeiro estará sujeito a prisão, caso descumpra a obrigação de comparecer semanalmente à Polícia Federal.

27 PROJETO DE LEI nº 5655/2009. Art. 66. Não se concederá visto ou residência ou não se permitirá a entrada no País do estrangeiro: I –condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição segundo a lei brasileira; II –considerado nocivo ao interesse nacional; III –expulso do País, salvo se a expulsão tiver sido revogada; IV –menor de dezoito anos, desacompanhado do responsável legal ou sem a sua autorização expressa, conforme previsto em legislação específica; ou V –portador de documento falsificado ou sem documento válido para entrada.

O controle pela Polícia Federal é igualmente mantido, como se infere da dicção do art. 6º do projeto de lei, que determina que o “estrangeiro deverá comprovar sua estada regular no território nacional sempre que exigido por autoridade policial ou seu agente”.

O princípio da reunião e unidade familiar está previsto no art. 52 do projeto, e não alcança a amplitude que já lhe foi conferida por decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), que, inclusive qualificou a matéria como de repercussão geral²⁸, determinando a necessidade de permanência do genitor da criança e do adolescente mesmo quando não estejam sob sua guarda e dependência, entendendo que a reunião familiar deverá ser assegurada pela proximidade dos pais com seus filhos menores, direito que é do menor e que vem consagrado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). O entendimento jurisprudencial e a aplicação do ECA não foram contemplados pelo artigo 113, II, a e os parágrafos 1º e 2º do mesmo dispositivo²⁹.

Quanto aos direitos políticos dos imigrantes, apesar das iniciativas e experiências que já se desenvolvem no Brasil – e, nesse aspecto, destaca-se o papel do Ministério da Justiça e do governo do município de São Paulo –, o PL 5655/09, no seu art. 8º, mantém a proibição, nos seguintes termos: “O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade político-partidária, sendo-lhe vedado organizar, criar ou manter associação ou quaisquer entidades de caráter político, salvo o português com o gozo dos direitos políticos no Brasil, conforme previsto no Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta”.

Por essas razões, foi desencadeado pelo Ministério da Justiça, em parceria com a Organização Internacional para Migrações (OIM), um amplo processo de consulta direta aos imigrantes, que foi bastante participativo, ouvindo-os acerca dos obstáculos opostos pela lei brasileira à formalização de sua estadia regular e ao acesso a direitos fundamentais.

A marginalização de direitos, consequência de um sistema jurídico de exceção, posto que restritivo em relação aos nacionais, submetido a autoridade discricionária do Poder Executivo, institui o ambiente propício ao surgimento de traficantes de trabalhadores e estabelecimento de relações precárias e escravagistas de exploração do trabalho.

Paralelamente ao processo de consulta popular, desenvolveu-se o trabalho da comissão de especialistas nomeada por ato do Ministro da Justiça (Portaria nº 2.162/2013) com a incumbência de redigir um anteprojeto de Lei de Migrações, dessa vez incorporando os elementos ditados pelo contexto internacional, sul-americano e interno, voltado à

28 BRASIL. STF. RE 608898 RG/SP– SÃO PAULO. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator(a): min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 10/03/2011.

29 BRASIL. PL 5655/09. Art. 113. Não se procederá à expulsão: (...)II – quando o estrangeiro tiver: a) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda ou dele dependa economicamente; (...)§ 1º. Não constituem impedimento à expulsão o nascimento, a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro posterior ao fato que a motivar.§ 2º. Verificado o abandono do filho, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.

recepção de novos conceitos de migração e de novas dimensões de direitos do imigrante e sua família. Ao mesmo tempo, o Senador Aloysio Nunes apresentou ao Senado o PLS 288/2013, que foi enviado, no dia 04 de agosto de 2015 a Câmara dos Deputados, onde passou a ser identificado como PL 2516/2015.

Tanto o PL 2516/2015, como o novo anteprojeto do Ministério da Justiça, não serão objeto deste artigo por suas limitações físicas, mas ressalta-se que apresentam significativos avanços em relação aos anteriores, pois abandonam o termo *estrangeiro*, carregado de conteúdo discriminatório, para adotar o termo migrante, por ser caráter universalizante, considerando que todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade e condição socioeconômica, podem se ver, um dia, em uma situação migratória. Todos os trabalhadores, independentemente de seu *status* jurídico no território em que prestam serviços, ou de sua nacionalidade, são pessoas naturais, sujeitos, portanto, de direitos civis e sociais no Estado que escolheram para viver e desenvolver seus atributos socioeconômicos, e como tal não podem sofrer discriminações que impedem seu acesso aos direitos fundamentais. Estas preocupações, fruto do nosso contexto global, passam a ser objeto de consideração nestes últimos documentos, a evidenciar o impacto político das reivindicações levantadas pelos imigrantes por ocasião da COMIGRAR.

5. Conclusões

Conferir aos imigrantes a possibilidade de se manifestarem sobre as dificuldades que encontram no Brasil para regularizar sua situação migratória e acessar direitos fundamentais, o que deveria ser garantido aos provenientes dos Estados-membros e associados do Mercosul, beneficiários que são dos Acordos de Residência, permitiu identificar quais os gargalos normativos que inviabilizam que se estabeleça, no Brasil, um ambiente de livre circulação para trabalhadores sul-americanos, o que leva à manutenção de situações não desejáveis pelo próprio Estado brasileiro, declarado constitucionalmente como Estado Democrático de Direito. O sistema jurídico vigente é incompatível com a exploração do trabalho do imigrante e sua marginalização em relação a direitos fundamentais conferidos aos nacionais.

A Comigrar levantou mais de 2.500 propostas e recomendações que implicam em emendas constitucionais, alterações legislativas e reforma nos procedimentos administrativos de recepção e controle de permanência do imigrante, e foi capaz de reproduzir um cenário fiel sobre a condição jurídica do estrangeiro em geral e dos imigrantes sul-americanos, população pesquisada neste trabalho.

O presente artigo relata parcialmente o resultado de pesquisa mais ampla, na qual os aspectos levantados pela comunidade de migrantes latino-americanos foram cotejados com a legislação vigente sobre a matéria, apontando os obstáculos apresentados e as reformas

necessárias para que um novo ordenamento jurídico, capaz de refletir a nova conjuntura internacional e os propósitos da integração regional, seja considerado e recepcionado.

Procurou-se demonstrar aqui que o sistema jurídico brasileiro e, especialmente, o direito comunitário mercosulino já se encontram preparados para admitir novos paradigmas migratórios baseados no valor da pessoa em substituição ao da soberania estatal. Faz-se, entretanto, necessário que o Parlamento brasileiro, de caráter conservador e forte base empresarial, junte-se ao esforço de humanizar as relações do Estado com o imigrante, o que pode ir contra os seus interesses econômicos, em face da atratividade que representa para o capital a possibilidade de exploração do trabalho do imigrante irregular. Os próximos anos demonstrarão o caminho a ser tomado pelo Estado brasileiro: se adotará os princípios de direitos humanos estabelecidos pela ordem internacional e regional ou se permanecerá atrelado ao interesse do capital, e, nesse caso, omisso em relação às formas contemporâneas de precarização e escravização nas relações de trabalho.

6. Referências

- BAUMAN, Zygmund. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. RH: Jorge Zahar, 2003.
- BRASIL. Lei 6.815/80, que define o Estatuto do Estrangeiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm]. Acesso em 17.mar.2015.
- BRASIL. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC-21. CRIANÇAS MIGRANTES. INFORMAÇÕES DO ESTADO BRASILEIRO. FEVEREIRO DE 2012. Disponível em: [<http://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/1/1.pdf>]. Acesso em 23.set.2014.
- BRASIL. LEI 9474/97, que define o Estatuto do Refugiado. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2010/Lei_947497_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_dos_Refugiados.pdf?view=1] Acesso em 14.jan.2015.
- BRASIL. Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3087.htm.] Acesso em 03/02/2015.
- BRASIL. Decreto 3413, de 14 de abril de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3413.htm.]Acesso em 03.fev.2015.
- BRASIL. Decreto 7953, 12.03.2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7953.htm.] Acesso em 05.mar.2015.
- BRASIL. Acordo Bilateral sobre Regularização Migratória. Disponível em: [<http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812D0A02C0012D0DF379886073/acordo.pdf>]. Acesso em: 14.mar.2015.

- BUSINESS FOR SOCIAL RESPONSIBILITY (BSR). *Business International Labor Migration: A Responsible Role for Business*, 2008. Disponível em: [http://www.bsr.org/reports/BSR_LaborMigrationRoleforBusiness.pdf]. Acesso em 20.out. 2014.
- CALAVITA, Kitty. *Inside the State: the Bracero Program and Immigration*. New Orleans: Quid pro Books, 2010.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 5655/2009*, que institui novo Estatuto do Estrangeiro. Disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>> Acesso em 14.set.2015.
- CAMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2615/2015*, que institui a Lei de Migrações. Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366741&filename=PL+2516/2015> Acesso em 14.set. 2015.
- HIRATA, Helena. A precarização e a divisão internacional e sexual do trabalho. *Sociologias*. Nº21. Porto Alegre Jan./June 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1517-45222009000100003&script=sci_arttext]. Acesso em 15.mar.2015.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. I Conferência Nacional sobre Imigração e Refúgio. *Caderno de Propostas*. Disponível em: [<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/comigrar-propostas>]. Acesso em 17.mar.2015.
- MERCOSUR. *Declaracion de Santiago sobre principios migratorios*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9083.pdf?view=1>. Acesso em 11 set. 2015a.
- MERCOSUR. *Acuerdo sobre Residencia para Nacionales de los Estados Partes del Mercosur*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=526&site=1&channel=secretaria>. Acesso em 18.mar.2015b.
- MERCOSUR. *Acuerdo Multilateral de Seguridad Social del Mercado Común del Sur y su Reglamento Administrativo para la Aplicación del Acuerdo*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=526&site=1&channel=secretaria>. Acesso em 18.mar.2015c.
- MERCOSUR. *Acuerdo Contra el Trafico Illicito de Migrantes entre los Estados Partes del MERCOSUR*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=526&site=1&channel=secretaria>. Acesso em 1.mar.2015d.
- MERCOSUR. *Protocolo de Asunción sobre Compromiso com la Promocion y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=526&site=1&channel=secretaria>. Acesso em 18.mar.2015e.
- MERCOSUR. *Acuerdo sobre Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del Mercosur, Bolivia y Chile*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=526&site=1&channel=secretaria>. Acesso em 18.mar.2015f.

MERCOSUR. *Declaração Sociolaboral do Mercosul*. Disponível em: <http://www.mercosur.int/innovaportal/file/2485/1/cmc_1998_ata02_declaracion_es_sociolaboral.pdf>. Acesso em 23.set.2014.

OIT. *Convenção n. 143*. Relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrante Disponível em: <<http://agnu201513minionu.wordpress.com/convencao-c143-da-oit/>>. Acesso em 31.ago.2014.

OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

MILENA ZAMPIERI SELLMANN

Doutora, Mestre e especialista em Direito pela PUC-SP. Professora nos cursos de graduação e pós-graduação (especialização e mestrado) do Unisal de Lorena. Professora do Damásio Educacional e da Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogada.

Resumo

Os tratados internacionais são a principal fonte de obrigações no âmbito internacional e geram reflexos na ordem interna. Têm grande atuação na seara tributária porque evitam a dupla tributação e diminuem encargos tributários no comércio internacional. São fontes formais do direito tributário, o que o legislador reconhece expressamente no artigo 96 do Código Tributário Nacional ao definir a expressão “legislação tributária”. O artigo 98 do mesmo Código determina a supremacia do tratado internacional sobre a legislação interna. Ao contrário do previsto, as convenções internacionais tributárias não revogam, nem modificam a legislação interna, apenas limitam a eficácia da lei interna com eles incompatível, tendo hierarquia supralegal, porém infraconstitucional. Estão acima da legislação interna, seja anterior ou posterior, e estão abaixo da Constituição Federal, de modo que, os tratados com ela incompatíveis não deverão ser referendados pelo Congresso Nacional e, caso sejam, serão passíveis de declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. É caso de denúncia da avença internacional a inconstitucionalidade superveniente a sua celebração.

Palavras-chave

Tratado internacional de Direito Tributário; Hierarquia supralegal; Direito brasileiro.

Abstract

International agreements are the primary source of obligations internationally, which generate reflections in national law. They have been extremely used in tax harvest because they avoid double taxation and reduce tax burden in international trade. They are formal sources of tax law, which the legislature is expressly recognized in Article 96 of the National Tax Code to set the “tax legislation” expression. Article 98 of the Code determines the supremacy of international tax agreements over national law. Against the

odds, international tax agreements do not revoke or modify the national legislation, just limit the effectiveness of national law incompatible with them, with supra-legal hierarchy and infra-constitution. They are above national law, either after or before it is created, and are below the Federal Constitution, so agreements incompatible with it should not be approved by Congress and, if so, they will be subject to declaration of unconstitutionality by the Supreme Court. It is a reporting case the international agreement's unconstitutionality after it is celebrated.

Key words

International tax agreement; Supra-legal hierarchy. Brazilian law.

1. Introdução

Em decorrência do crescente positivismo no âmbito internacional, os tratados constituem atualmente a principal fonte de obrigações entre Estados. Em matéria tributária, as convenções internacionais adquiriram especial relevo no comércio internacional na medida em que evitam dupla tributação e reduzem a carga tributária.

Para analisar os reflexos para o direito interno em decorrência da celebração de uma convenção entre Estados serão apresentados os principais aspectos dos tratados internacionais em relação ao direito brasileiro, em especial, dos tratados de direito tributário e sua posição hierárquica na legislação interna. Tratar-se-á do conceito, do processo de formação, das teorias monista e dualista, as quais referem-se a incorporação das normas internacionais no direito pátrio.

Após aplicar-se-ão tais conceitos especificamente aos tratados de direito tributário, dando-se ênfase para a análise dos tratados internacionais como fonte do direito tributário, dos dispositivos do Código Tributário Nacional pertinente à matéria, e da hierarquia das convenções internacionais de direito tributário na ordem interna.

Ao final, tecer-se-á algumas considerações conclusivas, esperando-se, sem pretensão de exaurir as questões ventiladas, responder à problemática do presente trabalho.

2. Conceito de Tratados Internacionais

Em razão do crescente positivismo jurídico, particularmente no âmbito internacional, os tratados internacionais tornaram-se a principal fonte de obrigações do direito internacional.¹

1 Valério de Oliveira Mazzuoli (*Tratados internacionais*, p. 13) leciona que: “Os tratados são, incontestavelmente, a principal fonte do direito internacional, não apenas em relação à segurança e estabilidade que

Como forma de codificação do direito internacional consuetudinário e para disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais, servindo como a Lei dos Tratados, foi elaborada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), cujo texto foi ultimado em 23 de maio de 1969, a qual tratou apenas das avenças internacionais entre Estados, deixando de lado aquelas das quais participam organismos internacionais.²

O artigo 2º, nº I, alínea “a”, da Convenção de Viena define o termo tratado como um acordo internacional entre Estados, por escrito, regido pelo direito internacional, inserido num único instrumento ou em dois ou mais conexos, qualquer que seja a sua denominação particular.

A doutrina oferece vasta definição do termo. José Francisco Rezek define tratado como “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”³. Flávia Piovesan leciona que “os tratados são acordos internacionais celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, sendo regulados pelo regime jurídico do Direito Internacional”⁴. Luis Ivani de Amorim Araújo conceitua

trazem nas relações internacionais, mas também porque tornam o direito das gentes mais representativo e autêntico, na medida em que se consubstanciam na vontade livre e conjugada das nações, sem a qual não subsistiriam”. O artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça enumera as fontes do direito internacional como sendo: a) as convenções internacionais; b) o costume internacional; c) os princípios gerais de direito; e d) as decisões judiciais e a doutrina. Sobre a importância do costume internacional como fonte do direito internacional, comenta Hee Moon Jo (*Introdução ao direito internacional*, p. 78): “A fonte mais importante do direito internacional foi, durante séculos, o costume internacional evoluído da prática dos Estados. O recente movimento para a codificação do direito internacional e a conclusão de tratados multilaterais em várias áreas, como no direito do mar, no direito de guerra e nas relações diplomáticas e consulares é a concretização dos costumes internacionais, o qual forma as normas internacionais universalmente aceitas na sociedade internacional. O costume internacional ainda predomina em várias áreas do direito internacional, e está sendo constantemente criado. Entretanto, a sistematização da sociedade internacional faz com que cada vez mais a importância do costume internacional perca a sua tradicional importância”.

2 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados somente entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, quando, consoante art. 84, chegou ao *quorum* mínimo de trinta e cinco Estados-partes. Conta com a ratificação de 101 Estados. O Brasil assinou a Convenção em 1969, o Executivo encaminhou ao Legislativo, em abril de 1992, o texto da Convenção para exame e aprovação, mas ainda não houve a ratificação (<http://pt.wikipedia.org>).

3 *Direito internacional público: curso elementar*, p. 14.

4 *Temas de direitos humanos*, p. 66. Leciona ainda Flávia Piovesan (Ibid, p. 67): “A primeira regra a ser fixada é a de que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, ou seja, aos Estados que expressamente consentiram com sua adoção. Os tratados não podem criar obrigações aos Estados que com eles não consentiram, ao menos que preceitos constantes do tratado tenham sido incorporados pelo costume internacional. Como dispõe a Convenção de Viena: “Todo tratado em vigor é obrigatório em relação às partes e deve ser observado por elas de boa fé”. Complementa o art. 27 da Convenção: “Uma parte não pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do tratado”. Logo, os tratados são, por excelência, expressão de consenso. Apenas pela via do consenso podem os tratados criar obrigações legais, uma vez que Estados soberanos, ao aceitá-los, comprometem-se a respeitá-los. A exigência do consenso é prevista pelo art. 52 da Convenção de Viena, quando dispõe

tratado como “... um ato jurídico segundo o qual os Estados Soberanos e Organizações Internacionais que obtiveram personalidade por acordo entre diversos Estados, criam, modificam ou extinguem uma relação de direito existente entre eles”⁵.

Sobre a terminologia a ser empregada para as avenças internacionais questiona José Francisco Rezek:

Há razão científica porque o tratado constitutivo da OIT se chama *constituição*, enquanto, à fundação de tantas outras organizações internacionais, se deu preferência ao vocábulo *carta*? Termos como *acordo*, *ajuste*, ou *convênio*, designam sempre um tratado de importância medíocre? O *protocolo* é necessariamente um tratado acessório? A realidade do direito convencional contemporâneo rende algum tributo às velhas tentativas doutrinárias de vincular, a cada termo variante de tratado, certa modalidade bem caracterizada de compromissos internacional? A esta última questão a resposta é firmemente negativa. O que a realidade mostra é o uso livre, indiscriminado, e muitas vezes ilógico, dos termos variantes daquele que a comunidade universitária, em toda parte – não houvesse boa razão para isso -, vem utilizando como termo-padrão.⁶

Desta forma, os acordos internacionais podem ser denominados por “tratados” como também por outras designações, as mais comuns são: Convenções, Acordos, Protocolos, Cartas, Estatutos, Convênios, Pactos, Constituições, dentre outras. Alguns termos são usados para configurar solenidade (Pacto ou Carta) ou a natureza suplementar do acordo (protocolo)⁷, mas a denominação a ser utilizada para um acordo internacional não é relevante e não apresenta maiores conseqüências jurídicas, haja vista que o direito internacional não faz distinção entre estes termos.

2.1. Procedimento de Formação dos Tratados Internacionais

Inicialmente deve-se pontuar, que as regras quanto ao exercício do poder para celebrar tratados, devem ser estabelecidas por cada Estado.

No Brasil, o processo de formação dos tratados internacionais está disciplinado na Constituição Federal de 1988. O artigo 21, inciso I, da Magna Carta, determina que compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organismos internacionais. Por sua vez, o artigo 84, inciso VIII, da mesma Carta, estabelece que é da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos

que o tratado será nulo se sua conclusão for obtida mediante ameaça ou uso da força, em violação aos princípios de Direito Internacional consagrados pela Carta da ONU”.

5 *Curso de direito internacional público*, p. 33.

6 *Direito internacional público: curso elementar*, p. 15.

7 Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 44

internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Já o artigo 49, inciso I, dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional, resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos intencionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Assim, no procedimento de conclusão de um tratado há participação conjunta do Poder Executivo e do Poder Legislativo Federal, o Presidente da República celebra o acordo e o Congresso Nacional o aprova por intermédio de decreto legislativo (artigo 59, inciso VI, da Constituição Federal).

Alberto Xavier ensina em sua obra *Direito Tributário Internacional do Brasil*:

O procedimento de celebração dos tratados comporta duas fases: a fase das negociações e a fase da celebração. A *fase das negociações* começa com a intervenção de agentes do Poder Executivo e termina com a autenticação, ou seja, o ato pelo qual as partes declaram concluído o processo de formação do acordo e que tem por objetivo prático fixar o texto que será submetido a ratificação. A autenticação pode revestir a modalidade de rubrica (*parafatura, initialling*) ou de assinatura *ad referendum*, por agentes munidos de Cartas de Plenos Poderes. (...) A *fase da celebração* inicia-se com o *referendo* do Congresso Nacional, o qual tem por objetivo o texto autenticado e por conteúdo *autorizar* o Presidente da República a ratificar o tratado. O referendo limita-se à alternativa da permissão ou rejeição da ratificação, não sendo admissível qualquer interferência no conteúdo do tratado. O referendo do Congresso Nacional reveste, assim, a natureza de uma *autorização para a ratificação*. A reiterada prática constitucional brasileira revela que a forma adotada para o referendo é o *decreto legislativo*. (...) A terceira fase do procedimento de celebração dos tratados é a fase integrativa da eficácia, que abrange a promulgação e a publicação.⁸

Feitas as negociações, a assinatura do tratado não cria vínculo convencional, demonstra apenas a vontade do Estado signatário de assumir o vínculo. Não gera efeitos a mera assinatura do tratado se não for referendado pelo Congresso Nacional, uma vez que o Poder Executivo só realizará a ratificação depois de aprovado o tratado pelo Congresso Nacional.⁹ A ratificação é ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se.¹⁰ Trata-se de ato jurídico que gera efeitos no plano internacional.

Após a aprovação do acordo pelo Congresso Nacional, por meio do decreto legislativo e a realização da ratificação pelo Poder Executivo, há a troca ou o depósito dos

8 *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 100-102.

9 Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 49.

10 José Francisco Rezek. *Direito internacional público: curso elementar*, p. 53.

instrumentos de ratificação. Por fim, a promulgação se dá por decreto do Presidente da República, trata-se de ato jurídico de natureza meramente interna, pelo qual o governo torna pública a existência de um tratado celebrado e constata o preenchimento das formalidades exigidas para a sua conclusão.¹¹ A promulgação está sujeita a publicação no Diário Oficial, produzindo, a partir daí, efeitos no âmbito interno.¹²

Importante observar que, inobstante as regras contidas nos artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII, da Constituição Federal, não fixou a Carta Magna prazo, quer para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado já assinado, quer para a realização do referendo pelo o Congresso Nacional ou para a ratificação pelo Chefe do Poder Executivo. Fruto desta omissão é a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi assinada pelo Chefe do Executivo em 1969, encaminhada para referendo pelo Congresso Nacional em 1992, e está no Poder Legislativo até hoje.

2.2. *Direito Internacional e Direito Interno: Teoria Monista e Dualista*

Da discussão em torno da introdução das normas dos tratados internacionais no Direito Interno, ou seja, se após a ratificação é necessário um ato normativo interno para que o tratado passe a produzir efeitos no âmbito nacional, nasceu entre os doutrinadores o monismo e o dualismo (pluralismo).

Valério de Oliveira Mazzuoli explica a controvérsia entre as teorias: “(...) a dificuldade está em se saber se o direito internacional público e o direito interno são dois ordenamentos independentes um do outro, estanques, ou se são dois ramos de um mesmo sistema”.¹³

Para a teoria monista o direito interno e o direito internacional formam uma única ordem jurídica e o ato de ratificação do tratado é capaz de gerar efeitos no âmbito interno e externo, havendo a incorporação automática dos tratados na ordem interna. Para a teoria dualista¹⁴ o direito interno e o internacional são ordenamentos separados e distintos, a

11 Alberto Xavier. *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 102.

12 Sobre a promulgação e a publicação dos tratados, afirma José Francisco Rezek: “No Brasil se *promulgam*, por decreto do presidente da República, todos os tratados que tenham feito objeto de aprovação congressional. *Publicam-se* apenas, no Diário Oficial da União, os que hajam prescindido do assentimento parlamentar e da intervenção confirmatória do chefe do Estado. No primeiro caso, o decreto de promulgação não constitui reclamo constitucional: ele é produto de uma praxe tão antiga quanto a Independência e os primeiros exercícios convencionais do Império. Cuida-se de um *decreto*, unicamente porque os atos do chefe do Estado costumam ter esse nome. Por nada mais. Vale aquele ato de *publicidade* da existência do tratado, norma jurídica de vigência atual ou iminente. Publica-os, pois, o órgão oficial, para que o tratado – cujo texto completo vai em anexo – se introduza na ordem legal, e opere desde o momento próprio” (*Direito internacional público: curso elementar*, p. 84).

13 *Tratados internacionais*, p. 118.

14 Ressalta José Francisco Rezek: “Para os autores dualistas – dentre os quais se destacaram neste século Carl Heinrich Triepel, na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália –, o direito internacional e o direito interno de cada Estado são sistemas rigorosamente independentes e distintos, de tal modo que a validade

ratificação só gera efeitos na seara internacional, sendo imprescindível um ato normativo interno para que o tratado seja incorporado a ordem interna (incorporação legislativa ou não automática) e passe a produzir efeitos.¹⁵

Kelsen, teórico monista internacionalista¹⁶, afirma em sua obra *Teoria Geral do Direito e do Estado*:

Essa visão monista é o resultado de uma análise das normas do Direito internacional positivo referente aos Estados, ou seja, às ordens jurídicas nacionais. A partir do ponto de vista do Direito internacional vê-se a sua conexão com o Direito nacional e, por conseguinte, com uma ordem jurídica universal. Mas – por mais estranho que isso possa parecer – a maioria dos teóricos do Direito Internacional não compartilha essa visão monista. O direito Internacional e o Direito nacional são, na sua opinião, duas ordens jurídicas separadas, mutuamente independentes, que regulamentam matérias muito diferentes e que possuem fontes bem diferentes.¹⁷

Completa Flávia Piovesan:

A incorporação automática é adotada pela maioria dos países europeus, como a França, a Suíça e os Países-Baixos, no continente americano pelos Estados Unidos e alguns países latino-americanos, e ainda por países africanos e asiáticos. Essa forma de incorporação é amplamente considerada como a mais efetiva e avançada sistemática de assegurar a implementação aos tratados internacionais no plano interno.¹⁸

jurídica de uma norma internacional não se condiciona à sua sintonia com a ordem internacional” (*Direito internacional público: curso elementar*, p. 4).

- 15 Afirma Celso D. de Albuquerque Mello, in *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 21: “A tese dualista é a mais antiga delas e já é encontrada na Constituição dos EUA, que seguiu a prática consagrada na Inglaterra. Os ‘Founding Fathers’ queriam evitar que o estado membro violasse o DIP. A afirmação de duas ordens jurídicas independentes, a interna e a internacional, defende a soberania do Estado”. Completa ainda o autor quanto à teoria monista, p. 23: “(...) Kelsen que tanto hierarquizou as normas jurídicas já colocava várias décadas atrás que a norma fundamental era do DIP sendo regra costumeira ‘pacta sunt servanda’. Esta atitude foi tomada por influência de dois internacionalistas austríacos: Josef Kunz e Alfred Verdross. O próprio Kelsen a partir da década de 30 vai se dedicar ao DIP. (...) O monismo com primado do Direito internacional vai se afirmar no século XX, principalmente após a 2ª Guerra Mundial”.
- 16 Leciona José Francisco Rezek, in *Direito internacional público: curso elementar*, p. 4/5: “Os autores monistas dividiram-se em duas correntes. Uma sustenta a unicidade da ordem jurídica sob o primado do direito internacional, a que se ajustariam todas as ordens internas. Outra apregoa o primado do direito nacional de cada Estado soberano, sob cuja a ótica a adoção dos preceitos do direito internacional reponta como uma faculdade discricionária. O monismo internacionalista teve em Hans Kelsen seu expoente maior, enquanto a vertente nacionalista encontrou adeptos avulsos na França e na Alemanha, além de haver transparecido com bastante nitidez, entre os anos vinte e os anos oitenta, na obra dos autores soviéticos”. Dentre os monistas nacionalistas destaca-se Wenzel.
- 17 *Teoria geral do direito e do estado*, p. 516.
- 18 *Temas de direitos humanos*, p. 70.

Quais dentre as mencionadas teorias é a adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro?

A doutrina predominante no Brasil entende, diante de não previsão constitucional quanto à matéria, que o Brasil adota a teoria dualista, uma vez que, se exige, para que o tratado ratificado produza efeito na ordem interna, a edição de um ato normativo, qual seja, um decreto expedido pelo Presidente da República.¹⁹

A teoria dualista, entretanto, não se aplica aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, ao qual aplica-se a incorporação automática, pautada pela teoria monista. Isso se deduz de regra contida na Constituição Federal, artigo 5º, parágrafo 1º, que determina que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, haja vista que os tratados internacionais de direitos humanos têm por objeto justamente a definição de direitos e garantias.²⁰

No Brasil, adota-se a teoria dualista (incorporação legislativa) para todos os tratados internacionais, inclusive os que versem sobre matéria tributária, e a teoria monista (incorporação automática) para os tratados que versem sobre direitos humanos. Há, portanto, um sistema jurídico misto de incorporação das regras dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

2.3. Hierarquia dos Tratados Internacionais na Ordem Interna

É possível estabelecer quatro posicionamentos principais quanto à hierarquia dos tratados no ordenamento pátrio: I) a corrente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados; II) a posição que atribui natureza constitucional às convenções internacionais; III) a que reconhece patamar hierárquico das leis ordinárias; e IV) e a que reconhece caráter supralegal aos tratados.

Analisar-se á, ainda que brevemente, cada uma das correntes:

I) Natureza supraconstitucional dos tratados: tem como um dos seus defensores Celso D. Albuquerque Mello que entende que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo na hipótese em que uma norma constitucional posterior tenta revogar uma norma internacional constitucionalizada.²¹ Essa tese é

19 Alexandre de Moraes faz distinção entre dualismo extremado e moderado: “O direito constitucional brasileiro não exige a edição de lei formal para a incorporação do ato ou tratado internacional (dualismo extremado). A incorporação do ato ou tratado internacional, no âmbito do direito interno, exige primeiramente a aprovação de um decreto legislativo pelo Congresso Nacional, e posteriormente a promulgação do Presidente da República, via decreto, do texto convencional (dualismo moderado)” (*Direito constitucional*, p. 570).

20 A respeito consultar obra de Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 80-91.

21 *Teoria dos direitos humanos*, p 25.

de difícil adequação em países como no Brasil em razão da supremacia formal e material da Constituição Federal em relação a todo o ordenamento jurídico.

II) Natureza constitucional dos tratados: baseia-se no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal que estabelece que os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O citado parágrafo do artigo 5º contém uma cláusula constitucional de caráter aberto na medida em que reconhece outros direitos e garantias decorrentes dos princípios e do regime adotado pela Constituição, bem como decorrentes dos tratados.²²

Flávia Piovesan²³ e Antônio Augusto Cançado Trindade²⁴, como base no artigo 5º, parágrafo 1º e 2º, da Constituição Federal defendem que a hierarquia constitucional só se aplica no caso dos tratados de direitos humanos²⁵; os demais teriam hierarquia infraconstitucional, bem como defende a doutrinadora que em caso de conflito entre as normas do tratado e o direito interno, deve sempre prevalecer a norma mais favorável à vítima.²⁶

Quanto aos tratados de direitos humanos, a questão da sua hierarquia no direito interno foi dirimida e pacificada, ao menos para o futuro, com a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, que atribuiu natureza constitucional às normas dessas convenções, ao estabelecer que os tratados de direito 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.

III) Natureza de lei ordinária dos tratados: para essa corrente os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico nacional com *status* de lei ordinária, de modo que, em caso de conflito aplica-se o princípio “lei posterior revoga a anterior que seja com ela incompatível”. Preconiza a paridade dos tratados internacionais com as leis internas.²⁷

Esse posicionamento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em 1977 quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, em 1º de junho de 1977,

22 José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*, 191.

23 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 52.

24 Antônio Augusto Cançado Trindade. *A proteção internacional dos direitos*, p. 631 *apud* Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 53.

25 Vide posição do Ministro Carlos Velloso no julgamento do HC nº 82.424/RS

26 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 64.

27 Leciona Flávia Piovesan: “Insiste-se que a teoria da paridade entre o tratado internacional e a legislação federal não se aplica aos tratados de direitos humanos, tendo em vista que a Constituição de 1988 assegura a estes garantia de privilégio hierárquico, atribuindo-lhe natureza de norma constitucional. ... justifica-se na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns” (*Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, p. 65).

posição que foi confirmada mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, com o julgamento do Habeas Corpus nº 72.131/RJ, em 22 de novembro de 1995. Posteriormente, no julgamento da medida cautelar na ADI nº 1.480-3/DF, em 04 de setembro de 1997, voltou o tribunal a afirmar a paridade do tratado internacional com as leis internas, ordinárias e não as complementares, tese que se mantém nos julgamentos do tribunal superior.²⁸Entretanto, diante do voto do relator Cezar Peluso no RE nº 466.343-1/SP, voto que foi acompanhado por outros Ministros, tudo indica que essa posição do Supremo Tribunal Federal será revisada²⁹, ao menos, no que tange aos tratados de direitos humanos.

Essa concepção compromete não só o princípio da boa-fé pelo qual compete ao Estado cumprir às disposições do tratado, com o qual consentiu livremente, como também a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que no artigo 27 determina não poder o Estado invocar disposições de direito interno como justificativa para o não cumprimento de tratado. Além de demonstrar a indiferença do Estado em relação às conseqüências da não observância do plano internacional, já que autoriza o Estado signatário a violar normas da ordem internacional.

IV) Natureza supralegal, porém infraconstitucional: essa tese é defendida com base no artigo 102, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, mediante recurso extraordinário, *in verbis*:

“as causas decididas em única ou em última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”.

Reforça essa corrente o mencionado princípio da boa-fé, vigente no direito internacional, haja vista que, a Convenção de Viena, determina que o Estado não pode invocar seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento de tratado.

Esta tese foi abarcada pelo voto do Ministro Relator Cezar Peluso no recente julgamento do RE nº 466.433-1/SP, cujo plenário foi realizado em 22 de novembro de 2006, e foi acompanhada por outros Ministros, ao entenderem que os tratados de direitos humanos (anteriores à EC nº 45 e que não tenham observado o quórum do artigo 5º, § 3º, da CF) tem hierarquia supralegal e não legal.

28 HC nº 79.870/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 20.10.2000; RE nº 206.482/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 5.9.2003 e HC nº 81.139/GO, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19.8.2005.

29 RE nº 466.343-1/SP: Após o voto Ministro Cezar Peluso (Relator), que negava provimento ao recurso, no que foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, pela Ministra Cármen Lúcia e pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Celso de Mello. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sepúlveda Pertence e Eros Grau. Presidência da Ministra Ellen Gracie. Plenário, 22.11.2006. Vide voto do Ministro relator que entendeu que os tratados de direitos humanos tem hierarquia supralegal e não legal: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>.

Referida posição já foi adota outrora pelo Supremo Tribunal Federal, a título de exemplo é possível citar os julgados preferidos na Apelação Civil nº 9.587, de 1951 e na Apelação Cível nº 7.872, de 1943.

Diante dos quatro posicionamentos, a tese adotada pelo trabalho é a da existência de um sistema misto disciplinador dos tratados, um regime a ser aplicado aos tratados de direitos humanos e outro aos demais tratados, inclusive aos de matéria tributária.

Assim, os tratados de direitos humanos que tenham observado o quórum exigido pelo artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal são recebidos pelo ordenamento jurídico nacional como equivalentes às emendas constitucionais, têm, portanto, hierarquia constitucional. Já os tratados de direito tributário, os de direitos humanos que não tenham observado o quórum e os demais, são recebidos como normas supralegais, tem hierarquia superior às normas internas, porém, inferior às normas constitucionais.

3. Tratados Internacionais como Fonte do Direito Tributário

Dentro das fontes internacionais do direito tributário os tratados ocupam lugar de primordial relevo.

Nas palavras de Luciano Amaro: “Os tratados internacionais têm, modernamente, uma grande atuação no campo dos tributos, ao estabelecerem mecanismos que evitam a dupla tributação internacional de rendimentos e reduzem ou excluem ônus tributários no comércio internacional”.³⁰

Alberto Xavier leciona que os tratados em matéria tributária são, via de regra, bilaterais, uma vez que os coletivos ocupam no direito tributário internacional um lugar secundário.³¹⁻³²

A palavra *fonte* significa origem, causa, a nascente de água³³. Assim como a água brota da fonte o direito tributário também tem suas fontes.

30 *Direito tributário brasileiro*, p. 178.

31 *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 92.

32 Afirma Aliomar Baleeiro: “Em regra, os tratados só produzem efeitos entre as partes que os celebram. Mas, além da hipótese de adesão, os tratados de comércio com concessões alfandegárias, contêm, em geral, há alguns séculos, a ‘cláusula de nação mais favorecida’. Por ela, esses atos internacionais consignam que se maiores concessões, no futuro, forem feitas a um terceiro país, elas se tornarão extensivas automaticamente aos signatários. Se, p. ex., Brasil e Argentina estipulam que as importações de frutas frescas dum para outro gozarão da redução de 50% dos direitos aduaneiros e, mais tarde, um desses países concede 75% de redução a uma terceira nação, relativamente à mesma mercadoria, assim mais favorecida, essa vantagem automaticamente será assegurada ao outro contratante” (*Direito tributário brasileiro*, p. 639)

33 *Dicionário Larousse escolar da língua portuguesa*, p. 351.

A doutrina distingue as fontes do direito tributário em: fontes formais e fontes materiais.³⁴

As fontes materiais ou reais são os pressupostos fáticos da tributação, ou seja, o pressuposto de fato que compõe a hipótese de incidência tributária. É, como dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional: “A situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência”. Trata-se de um fato, descrito em uma norma geral e abstrata, que, uma vez ocorrido no mundo concreto opera o fenômeno da subsunção tributária (amoldamento perfeito do fato à norma).

Fontes formais são os conjuntos de normas que dão origem ao direito tributário. São simbolizadas pelo plexo de normas pelo qual o direito se instrumentaliza, ganhando força obrigatória e vinculante e criando direitos e deveres jurídicos.

Proposta sumariamente uma classificação das fontes do direito tributário, os tratados internacionais devem ser catalogados como fontes formais, ao lado dos atos normativos previstos no artigo 59 da Constituição Federal e dos decretos.

3.1. Conceito da Expressão “Legislação Tributária”

O Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66) define o termo “legislação tributária” em seu artigo 96, ao estabelecer que esta expressão compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares³⁵ que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.³⁶

Adotou o diploma tributário um conceito amplo de legislação tributária, de modo que, lei e legislação tributária são termos que não se confundem, já que a expressão não se limita aos atos formalmente considerados como lei.

34 Kiyoshi Harada. *Direito financeiro e tributário*, p. 315. Essa classificação também é encontrada em Eduardo Marcial Ferreira Jardim. *Manual de Direito Financeiro e Tributário*. p. 139.

35 Artigo 100 do CTN: “São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos: I – os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas; II – as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa; III – as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas; e IV - os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”.

36 Paulo de Barros Carvalho, *Curso de direito tributário*, p. 93-94, faz críticas ao artigo ao mencionar: “Em homenagem ao mínimo de rigor e coerência que o sistema deve apresentar, não nos parece correta a formulação esquematizada nesse Estatuto. Tirando as leis, os decretos e, entre as normas complementares, os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas e as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa a que a lei atribui eficácia normativa (art. 100, I e II), que são instrumentos introdutórios primários ou secundários, no ordenamento positivo brasileiro, todos os outros, tratados e convenções internacionais, bem como as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas e os convênios que entre si celebram a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, esses últimos na qualidade de *normas complementares*, são vazios de força jurídica vinculante, não integrando o complexo normativo. ... não são os tratados e as convenções internacionais que têm idoneidade jurídica para revogar ou modificar a legislação interna, e sim os decretos legislativos que o ratificam, incorporando-os à ordem jurídica”.

O artigo 96 do Código Tributário Nacional não tem o condão de restringir o conceito de legislação tributária, mas, ao contrário, pretende demonstrar a sua amplitude em relação ao conceito de lei tributária.³⁷

Inobstante tenha o Código feito referência aos tratados e as convenções internacionais como se fossem termos distintos, como foi demonstrado no trabalho, os conceitos de tratado e convenção internacional são sinônimos.

Ao estabelecer que os tratados estão contidos na expressão legislação tributária, reconhece expressamente o legislador que as convenções internacionais são fontes do direito tributário.

Como demonstrado, os tratados ingressam no ordenamento jurídico nacional por intermédio de um ato normativo nacional, qual seja, o decreto de execução, antecedido do decreto legislativo, e se o Código mencionou que a expressão legislação tributária compreende, distintamente, as lei (dentre elas o decreto legislativo), os tratados e as convenções internacionais e os decretos, é porque reconhece que os tratados internacionais no ordenamento pátrio tem uma posição hierárquica que lhes são próprios.

3.2. A Regra do Artigo 98 do Código Tributário Nacional

Estabelece o artigo 98 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

O diploma tributário reconhece, expressamente neste artigo, a supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação interna³⁸, certifica que são supralegais, entretanto, trás grave impropriedade terminológica.

É incorreta a redação do preceito quando se refere a revogação ou modificação da lei interna pelos tratados. O que ocorre, não é a revogação ou a modificação da legislação interna por uma convenção internacional, mas sim há limitação da eficácia da lei interna que se torna inaplicável aos casos regulados pelos tratados internacionais.³⁹

37 Leciona Hugo de Brito Machado: “No Código Tributário Nacional, a palavra *lei* é utilizada em seu sentido restrito, significando regra jurídica de caráter geral e abstrato, emanada do Poder ao qual a Constituição atribui competência legislativa, com observância das regras constitucionais pertinentes à elaboração das leis. Só é lei, portanto, no sentido em que a palavra é empregada no CTN, a *norma jurídica elaborada pelo Poder competente para legislar, nos termos da Constituição, observado o processo nesta estabelecido*” (*Curso de direito tributário*, p. 87-88).

38 Decisões neste sentido: RE nº 99.376/RS. Rel. Min. Moreira Alves, julgamento 1.6.1984 e RE nº 90.824/SP Rel. Min. Moreira Alves. DJ 19.9.80.

39 Afirma Luciano Amaro que: “Por isso, como assinalamos linhas acima, a eventual denúncia do tratado (afastando o preceito especial ou de exceção nele estabelecido) implica voltarem aqueles casos a submeter-

Mesmo para os que defendem a paridade entre o tratado e a lei ordinária, que não é a tese defendida neste trabalho, a aplicação prevalente do tratado resultará de uma relação de especialidade.

Afirma Luciano Amaro⁴⁰:

“... , nada mais é do que aplicar os preceitos convencionais (do tratado) em harmonia (e não em confronto) com a legislação interna. Nesse plano, não se põe, tecnicamente, a questão de o tratado “revogar” ou não a lei interna. Cuida-se de normas *especiais* que, anteriores ou posteriores à lei *geral* (lei interna), com ela convivem. Na situação especial (qualificada no tratado), ou a lei interna não se aplica (porque o tratado afasta – na hipótese – sua incidência), ou a lei interna é aplicável com a limitação prevista no tratado”.⁴¹

Os tratados e as convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou posterior. Nesse sentido, leciona Hugo de Brito Machado:

Na verdade um tratado internacional não revoga nem modifica a legislação interna. A lei revogada não volta a ter sua vigência pela revogação da lei que a revogou. Denunciado um tratado, todavia, a lei interna com ela incompatível estará restabelecida, em pleno vigor. Tem-se que procurar, assim, o significado da regra legal em foco. O que ela pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior.⁴²

Por outro lado, face à superioridade hierárquica, os tratados internacionais não podem ser revogados ou modificados por leis internas. Os tratados internacionais devem ser

se à aplicação da lei interna anterior ao tratado (com as modificações que ela eventualmente tenha sofrido mercê de outras leis internas). Não se dá aí reprecinação; o que ocorre é que perde eficácia a norma especial que afastava da disciplina da norma geral determinada hipótese, fazendo com que esta volte a submeter-se à norma geral. Em suma, em vez de revogar a lei interna, o tratado cria (nas situações por ele previstas e em relação aos países com os quais foi firmado) exceções à aplicação da lei interna, cuja revogação (das exceções) restabelece a lei interna”. (*Direito tributário brasileiro*, p. 180. Ver também Alberto Xavier. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. p.124 e Vladimir Passos de Freitas (Coord.). *Código tributário nacional comentado*. p. 502.

40 Nesse sentido Aliomar Baleeiro. *Direito tributário brasileiro*. p. 640-643.

41 *Curso de direito tributário brasileiro*. p. 179. Completa o autor: “É obvio que o tratado, nessas circunstâncias, não revoga, nem totalmente (ab-rogação) nem parcialmente (por derrogação), a lei interna. Tanto que, em relação aos demais países, não signatários do tratado, a lei interna brasileira continua sendo aplicada na sua inteireza; a lei interna permanece em vigor para aplicação, mesmo em relação aos países signatários do tratado, às situações neste não previstas. Nas hipóteses reguladas no tratado, quando este fixe o limite até o qual cada país signatário pode tributar, a norma de incidência tributária que efetivamente se aplica também é a lei interna, sem a qual, mesmo autorizada pelo tratado a cobrança do tributo até tal ou qual limite, nada se poderia cobrar”.

42 *Curso de direito tributário*. p. 94.

respeitados pelo Congresso Nacional, que os referenda, e somente devem ser alterados pela via apropriada.

Em razão da natureza supralegal, porém infraconstitucional dos tratados, não podem as avenças internacionais contrariar a Constituição Federal, conforme será demonstrado.

Em que pese a defesa da inconstitucionalidade do artigo 98 do Código Tributário Nacional por renomados tributaristas⁴³, o dispositivo legal foi recepcionado pelos artigos 4º, inciso IX, e seu parágrafo único, bem como pelo artigo 5º, parágrafo 2º, todos da Constituição Federal, sendo, portanto, constitucional.

Há ainda os que defendem⁴⁴ a regularidade técnica do artigo 98 do Código Tributário Nacional, afirmando que os tratados internacionais podem revogar ou modificar a legislação interna.

3.3. Hierarquia dos Tratados Internacionais de Direito Tributário na Ordem Interna

Existem quatro posicionamentos principais quanto à hierarquia dos tratados no ordenamento pátrio: I) a corrente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados; II) a posição que atribui natureza constitucional às convenções internacionais; III) a que reconhece patamar hierárquico das leis ordinárias; e IV) e a que atribui caráter supralegal aos tratados.

Atualmente, a Constituição Federal estabelece, nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, aprovados com o quórum no dispositivo exigido, já que são equivalentes às emendas constitucionais.

Os demais tratados têm hierarquia infraconstitucional. Afirma Flávia Piovesan:

43 Dentre os defensores da inconstitucionalidade encontra-se Roque Antonio Carrazza que afirma: “Particularmente inaceitável, ao lume de nossa Constituição, a idéia de que os tratados ‘revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha’. É certo que os tratados internacionais, uma vez em vigor no País, incorporam-se ao Direito interno brasileiro. Não é menos certo, porém, que, quando isto 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”. (*Curso de direito constitucional tributário*, p 246). Agostinho Toffoli Tavelaro, in *Curso de direito tributário*, p. 398, leciona: “Tem-se verberado a inconstitucionalidade do art. 98, principalmente após a Constituição de 1988, argüindo-se: a) o princípio *les posteriori derogat anteriori*; b) a falta de embasamento constitucional do dispositivo, pois não constituiria em matéria de lei complementar; e c) porque ocasionaria o ferimento do princípio federativo, interferindo na autonomia dos poderes impositivos dos Estados e dos Municípios”.

44 Vide Kiyoshi Harada. *Direito financeiro e tributário*. p. 467 e Paulo de Barros Carvalho. *Curso de direito tributário*. p. 79.

Há que enfatizar ainda que, enquanto os demais tratados internacionais tem força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresenta valor de norma constitucional. (...) Sustenta-se assim, que os tratados tradicionais têm hierarquia infraconstitucional, mas supralegal.⁴⁵

Em que posição em sentido contrário⁴⁶, possui natureza infraconstitucional não só os demais tratados, como também os tratados de direitos humanos que não forem aprovados com o quórum exigido pela Emenda Constitucional nº 45/04.

Os tratados internacionais de direito tributário têm, portanto, hierarquia infraconstitucional, porém são supralegais.

Diante da norma do artigo 98 do Código Tributário Nacional, há que se reconhecer que os tratados de direito tributário são normas de hierarquia superior às leis internas do país.⁴⁷ As convenções internacionais devem prevalecer sobre as normas internas porque são atos do Estado brasileiro, que não podem ser desconsiderados pelas pessoas jurídicas de Direito Público interno.⁴⁸

As normas dos tratados internacionais não podem contrariar as regras constitucionais, haja vista que estão abaixo destas.⁴⁹ Leciona Roque Antonio Carrazza: “Realmente é inadmissível a prevalência de tratado internacional contra o texto expresso da Constituição ou, o que é mais grave, contra os princípios que ela incorpora”.⁵⁰

Caso o tratado internacional seja firmado contra norma constitucional ou se a inconstitucionalidade for superveniente, Kiyoshi Harada oferece solução:

Essas normas internacionais só estão abaixo das normas constitucionais. Se o Tratado for firmado contra expresso texto constitucional, o Congresso Nacional poderá deixar de ratificá-lo e, se ratificado, poderá ter a sua inconstitucionalidade declarada pelo STF. Entretanto, se a inconstitucionalidade for superveniente, resultando, por exemplo, de uma emenda constitucional, o Tratado não poderá ser simplesmente ignorado sob a alegação de que houve derrogação. No exercício de sua soberania (art. 1º, I, e 4º da CF) o conflito de normas deve ser resolvido de acordo com os princípios que regem o direito das gentes. O tratado deve ser denunciado.⁵¹

45 *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 59.

46 Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 72-73.

47 “A conclusão de que os tratados têm *supremacia hierárquica sobre a lei interna* e se encontram numa *relação de especialidade* em relação a esta, é confirmada em matéria tributária, pelo artigo 98 do Código Tributário Nacional...” (Alberto Xavier. *Direito tributário internacional do Brasil*, p. 123).

48 Hugo de Brito Machado. *Tributação no mercosul*, p. 91.

49 O STF adotou essa tese no julgamento do HC nº 75.306-0-RJ.

50 *Curso de direito constitucional tributário*, p. 203.

51 Kiyoshi Harada. *Tributação no mercosul*, p. 208-209.

As normas internacionais de direito tributário tem patamar hierárquico superior ao da legislação interna, são supralegais, mas infraconstitucionais. Caso as convenções internacionais contenham normas que contrariam a Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional não ratificá-lo. Na hipótese de ratificação, a inconstitucionalidade deverá ser declarada pelo Superior Tribunal de Justiça. Advindo emenda constitucional contrária às regras do tratado, o conflito deverá ser resolvido através da denúncia⁵² do acordo internacional.

4. Conclusões

Os tratados internacionais são hoje a principal fonte de obrigações no âmbito internacional.

Não é relevante, nem apresenta maiores conseqüências jurídicas, a denominação adotada, dentre as várias existentes, para o termo “tratado”. O processo de elaboração dos tratados, no Brasil, constitui-se por um ato jurídico complexo, envolvendo a manifestação conjunta do Presidente da República (celebração, ratificação e promulgação) e do Congresso Nacional (referendo por meio do decreto legislativo). Existem duas teorias que tratam do processo de incorporação do direito internacional ao direito interno, quais sejam, teoria monista e dualista.

O Brasil adota um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais. Aplica-se a teoria dualista (incorporação legislativa) para todos os tratados internacionais, inclusive para os que versem sobre matéria tributária, exceto para os tratados de direitos humanos, em relação aos quais adota-se a teoria monista (incorporação automática). Há quatro correntes em relação à hierarquia dos tratados no ordenamento pátrio: I) a posição que reconhece a natureza supraconstitucional; II) a corrente que atribui natureza constitucional; III) a que vislumbra patamar hierárquico das leis ordinárias; e IV) e a que atribui caráter supralegal, mas infraconstitucional. Mais uma vez, o ordenamento jurídico nacional adota um sistema misto.

Os tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, tem natureza de norma constitucional. Aos tratados de direitos humanos tem aplicação, portanto, a segunda corrente. Já os tratados de direitos humanos não aprovados nos termos do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, os tratados de direito tributário e as convenções que versem sobre qualquer matéria, tem *status* hierárquico infraconstitucional, mas supralegal. Para estes tratados tem aplicação a quarta corrente.

52 Ato unilateral pelo qual o Estado manifesta a vontade de não mais fazer parte do tratado.

Os tratados internacionais têm grande atuação na seara tributária porque evitam a dupla tributação e diminuem encargos tributários no comércio internacional. São fontes formais do direito tributário, o que o legislador reconhece expressamente no artigo 96 do Código Tributário Nacional, dispositivo este que define a expressão “legislação tributária”. O artigo 98 do mesmo Código reconhece expressamente a supremacia do tratado internacional sobre a legislação interna, entretanto, contém impropriedade terminológica ao determinar que os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha. É que os tratados internacionais não revogam, nem modificam a legislação interna, apenas limitam a eficácia da lei interna com eles incompatível. Em relação aos países não signatários do tratado a lei interna continua tendo eficácia e aplicabilidade e, caso o tratado seja denunciado, a norma interna volta a ter aplicabilidade, já que sua eficácia retorna.

Os tratados internacionais de direito tributário tem hierarquia supralegal na ordem interna, porém infraconstitucional. Estão acima da legislação interna, seja anterior ou posterior, e estão abaixo da Constituição Federal, de modo que, os tratados com ela incompatíveis não deverão ser referendados pelo Congresso Nacional e, caso sejam, serão passíveis de declaração de inconstitucionalidade pelo o Supremo Tribunal Federal. Na hipótese de inconstitucionalidade superveniente à celebração do tratado, deverá o mesmo ser denunciado.

5. Referências

- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. *Curso de direito internacional público*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. rev., amp. e atual. até Emenda Constitucional nº 64/2010. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). *Código tributário nacional comentado*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 23. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2014.
- JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. *Manual de direito financeiro e tributário*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

- JO, Hee Moon. *Introdução ao direito internacional*. São Paulo: LTr, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 4ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 34. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Curso de direito tributário*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Tributação no mercosul*. 2ª ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados internacionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. O Parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 30 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 14 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RODRIGUES, Diego (Coord.). *Dicionário Larousse escolar da língua portuguesa*. São Paulo: Larousse do Brasil, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38 ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2015.
- Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 19. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

PARADIPLOMACIA AMBIENTAL: LA COOPERACIÓN DESCENTRALIZADA HISPANO-BRASILEÑA

FERNANDO REI

Profesor Titular de Derecho Ambiental de la Fundación Armando Alvares Penteado – FAAP. Profesor del Programa de Doctorado en Derecho Ambiental Internacional de la Universidad Católica de Santos. Director Científico de SBDIMA (Sociedad Brasileña de Derecho Internacional del Medio Ambiente). Contacto: fernandorei@ig.com.br. Rua São Carlos do Pinhal, 640, cj.71, 01333-000, São Paulo – SP, Brasil.

VALERIA CRISTINA FARIAS

Abogada del Estado de São Paulo, Profesora de Derecho de la Universidade Paulista – UNIP y Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação - ESAMC. Contacto: vfarias@sp.gov.br. Rua Ivampa Lisboa, no. 27 apto. 71, 11055-120, Santos – SP, Brasil.

Resumen

Durante la primera década del siglo XXI, las actividades internacionales medioambientales de los gobiernos subnacionales han suscitado más y más el interés de representantes políticos y académicos, suponiendo uno de los temas de creciente investigación de la nueva gobernanza medioambiental global. Es que la necesidad de acciones prácticas para afrontar los problemas medioambientales globales, ha hecho posible y dado legitimidad a la progresiva aparición de nuevas formas de autoridad. Este artículo analiza el papel de los gobiernos de las Comunidades Autónomas (CCAA) españolas y de estados brasileños en la gobernanza medioambiental global, particularmente en el régimen internacional de los cambios climáticos en el seno la Red de Gobiernos Regionales por el Desarrollo Sostenible (nrg4Sd).

Palabras clave

Paradiplomacia; Gobernanza medioambiental; Gobiernos subnacionales; Cooperación hispano-brasileña.

Abstract

During the early decade of the century, environmental international activities of subnational governments have attracted more and more interest from politicians and

academics, supposing a topic of increasing research into new global environmental governance. Is that the need for practical action to address global environmental problems, have made possible and given legitimacy to the gradual appearance of new forms of authority. This article analyzes the role of the governments of the Spanish Autonomous Communities (CCAA) Spanish and Brazilian states in global environmental governance, especially in the international regime on climate change in the heart of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD).

Key words

Paradiplomacy; Environmental governance; Subnational governments; Spanish-Brazilian cooperation.

1. Introducción

En los últimos tres lustros, las actividades internacionales desarrolladas por los gobiernos subnacionales en el ámbito de una agenda paradiplomática ambiental global han sido objeto de creciente participación política e interés académico, especialmente en el régimen de los cambios climáticos.

Es indiscutible que las motivaciones de los gobiernos subnacionales para trabajar en la agenda ambiental global son múltiples, pero a pesar de la inexistencia de un motivo común, sí existe un reconocimiento generalizado respecto a que su implicación en los asuntos internacionales supone ya de por sí un cambio en el futuro de la diplomacia y en la conducción de esta agenda.

El objeto de este artículo es analizar en esta agenda ambiental global, la cooperación descentralizada entre algunos gobiernos subnacionales de las Comunidades Autónomas (CCAA) españolas y de estados federados de Brasil en el desarrollo del régimen internacional climático, en particular a partir de un análisis de la articulación de esos gobiernos subnacionales en la labor de la Red de Gobiernos Regionales por el Desarrollo Sostenible (nrg4SD).

A estos efectos, el artículo se estructura en cuatro secciones. La primera, presenta brevemente las características principales de la paradiplomacia mediante el análisis sobre su necesidad y el estudio del papel de los actores no estatales en la construcción de una necesaria gobernanza climática global en este escenario de transición.

La segunda sección describe la red nrg4SD y sus actividades como ejemplo práctico de paradiplomacia en el ámbito climático y sus retos. La tercera parte ofrece una visión de las actividades paradiplomáticas medioambientales, en el ámbito de una relación estratégicamente desarrollada por las CCAA y estados federados brasileños en el seno de la red nrg4SD. Por último, la cuarta sección presenta las conclusiones finales de este estudio.

2. Los Nuevos Actores en la Comunidad Internacional y la Paradiplomacia Medioambiental

Las acciones de los gobiernos subnacionales para afrontar el cambio climático suponen uno de los aspectos de la nueva gobernanza medioambiental global. Dichas acciones se relacionaron inicialmente con temas internacionales económicos, considerando la globalización como gran paradigma (KEATING, 1999; HOCKING; 2004; ALDECOA, 2010; MILANI y RIBEIRO, 2011). No obstante, estas acciones se han desarrollado paulatinamente a otros ámbitos, permitiendo utilizar hoy en día el concepto de paradiplomacia como el creciente interés y participación directa de los gobiernos subnacionales en problemas medioambientales globales (BUENO DA SILVA, 2010).

En otras palabras, la paradiplomacia ambiental está considerada como la inclusión de las acciones de los gobiernos subnacionales en la dinámica del Derecho Ambiental Internacional, el cual viene reconociendo la participación progresiva de otros niveles de gobierno en la compleja agenda ambiental global.

El concepto de paradiplomacia se ha visto evolucionado en las dos últimas décadas debido a la dinámica de las agendas internacionales y a los cambios jurídico-institucionales nacionales acontecidos tanto en Estados europeos como latinoamericanos.

En literatura especializada se han identificado las distintas claves de este movimiento próspero más allá de las fronteras estatales. Es que las negociaciones para avanzar en el régimen internacional de la lucha contra el calentamiento global están actualmente limitadas por la resistencia de los Estados para asumir nuevos y mayores compromisos (BERS-TEIN et al, 2010), aunque estemos en las puertas de la Conferencia de las Partes de París.

Esta resistencia sigue socavando la legitimidad de los Estados como interlocutores privilegiados para la solución de la problemática del cambio climático al tiempo que refuerza a otras autoridades y centros de toma de decisión, concretamente a los gobiernos subnacionales. En verdad los actores subnacionales se ven forzados a ofrecer una respuesta más efectiva y proactiva que los Estados porque las emisiones de gases de efecto invernadero - GEI y los impactos del cambio climático se perciben y padecen en los niveles local y regional (SETZER, 2013). Por ello, a pesar de las restricciones constitucionales a las que se enfrentan algunos gobiernos subnacionales para desarrollar lo que se conoce como relaciones exteriores¹, en la práctica su presencia en foros internacionales es cada vez más

1 Véase el caso de Brasil, donde el Ministerio de Relaciones Exteriores, tradicionalmente muy celoso de la conducción de la política externa del país, amparado en el monopolio jurídico-constitucional de la Unión en las relaciones exteriores, pasa a reconocer a partir de los años 90 del siglo pasado la progresiva intensidad de flujos internacionales de gobiernos subnacionales. La formalización de este reconocimiento se da bajo la creación, en 1997, de un órgano llamado Asesoría de Relaciones Federativas (ARF), vinculado directamente al Gabinete de la Cancillería.

activa. Así pues, al hablar de paradiplomacia ambiental, se hace referencia a las condiciones necesarias para iniciar un proceso de vinculación internacional en una agenda donde la mayoría de los gobiernos subnacionales tienen competencias legislativas y administrativas sobre las fuentes más importantes de emisión de GEI (REI et al, 2012).

De esta manera, el alcance descentralizado de las Convenciones Multilaterales sobre temas ambientales ha llevado a muchos gobiernos subnacionales a albergar el deseo de participación en esos regímenes, siendo que el avance de los efectos regionales del cambio climático ha reforzado el carácter universal, y al mismo tiempo de gestión descentralizada, de este fenómeno. No en vano, muchas de las formas de producción y consumo consideradas como causa antrópica del cambio climático continúan existiendo y extendiéndose por todo el planeta causando graves impactos en todos los niveles (local, regional y global) y ámbitos (medioambiental, social, económica y política) de la comunidad (MATEO, 1992). Por esta razón, la lucha contra los problemas medioambientales globales se ha convertido en un reto para las actividades diplomáticas y una oportunidad para nuevas arquitecturas jurídicas.

En la política global, y concretamente en el régimen climático actual, asistimos a una tendencia de apatía de la autoridad nacional acompañada de una apertura hacia un nuevo sistema global que exige nuevas modalidades para luchar contra el cambio climático. La gobernanza medioambiental global sigue esta dirección (LUNA PONT, 2011).

Al fin y al cabo la dualidad global-local del cambio climático exige responsabilidad en *todos* los niveles de la organización social para afrontar este fenómeno (LITFIN, 2000). Esta nueva concepción de la responsabilidad supone que el mundo es más interdependiente que antes, lo que confirma una nueva lógica del poder en las relaciones internacionales (BULKELEY, 2010). En otras palabras, los problemas globales medioambientales, entre otros, tendrán soluciones satisfactorias únicamente si son negociados y regulados por todos los Estados, y si en esas negociaciones y regulaciones se tiene en cuenta la creciente importancia de los nuevos agentes en el escenario internacional.

La complejidad de la respuesta internacional así como la necesidad de acciones prácticas para afrontar los problemas medioambientales globales, han hecho posible y dado legitimidad a la progresiva aparición de nuevas formas de autoridad, las cuales han reclamado una revisión de la lógica y de la arquitectura del régimen internacional del cambio climático.

Al margen de las controversias que todavía puedan existir sobre el gravedad del cambio climático, sí existe un consenso sobre las mudanzas que este fenómeno comporta en el modelo tradicional estatocéntrico, el cual se orienta cada vez más hacia un nuevo sistema de relaciones complejas y en múltiples niveles (LUNA PONT, 2011). A pesar de carecer de soberanía, elementos de autonomía o control, la sociedad ha concedido a estas nuevas

estructuras una legitimidad voluntaria (DEDUERWAERDERE, 2005). El motivo para ello es la consideración de que para afrontar de manera efectiva los problemas medioambientales globales es necesaria la acción coordinada y de cooperación entre los sistemas de gobierno de todos los niveles - estatal, supraestatal, infraestatal, interestatal -, destacando sobre todo la participación del nivel estatal, infraestatal (regional y local) y de los actores no gubernamentales, con la consideración de que todos estos niveles juegan una variedad de papeles (BULKELEY, 2005). Así es como comienza a existir una nueva gobernanza medioambiental global.

Es cierto que las iniciativas de los gobiernos subnacionales para afrontar el cambio climático han ampliado el alcance de los resultados de la gobernanza ambiental (RABE, 2004; ROSENZWEIG et al., 2010; BULKELEY e NEWELL, 2010). En algunos casos, estas actividades se suman a los esfuerzos nacionales e internacionales para afrontar el problema, ayudando a los Estados a cumplir sus compromisos internacionales (OKEREKE et al., 2009). En otros casos, las acciones subnacionales (domésticas) que producen una reducción efectiva de gases de efecto invernadero (GEI) pueden suponer una presión – directa o indirecta - sobre los propios Estados (GRAZIANO y REI, 2009) para avanzar en sus compromisos y esfuerzos en las negociaciones internacionales sobre el cambio climático.

Es decir, a través de la gobernanza medioambiental global se han creado distintas formas y niveles complementarios de lucha contra los problemas medioambientales. Como consecuencia de ello, el avance en los regímenes consistentes en la firma de tratados multilaterales se ha sustentado en actividades desarrolladas en los niveles infraestatal y transnacional por actores que no son parte formal en el sistema legal internacional. Además, existe una dinámica de influencia mutua entre el régimen y la gobernanza de la que se nutre el Derecho Ambiental Internacional.

Otro factor a tener en cuenta es el reconocimiento mutuo entre los gobiernos subnacionales de sus respectivas iniciativas jurídicas y políticas tanto a nivel internacional como transnacional para luchar contra los problemas ambientales globales. En estas iniciativas se incluyen actividades como la firma de acuerdos y alianzas entre gobiernos subnacionales de distintos países, la participación en conferencias y eventos internacionales, así como la participación en redes internacionales y transnacionales de gobiernos subnacionales (REI et al., 2012).

Efectivamente, y pesar de las limitaciones propias por la carencia de la condición de sujeto internacional, en la práctica los gobiernos subnacionales crean entre sí relaciones técnicas con vínculos jurídicos, y participan de forma original y en coalición en los regímenes jurídicos y organismos internacionales que regulan los compromisos de los Estados. Esta práctica ha influido en la naturaleza de las relaciones internacionales, basada tradicionalmente en la cooperación entre Estados, y ha introducido otros niveles

de cooperación, apareciendo así las dimensiones local-regional-global. En consecuencia, las relaciones internacionales ofrecen en la actualidad tal grado de complejidad, que es necesario un gran cuidado y sensibilidad en su práctica, con objeto de no fomentar conflictos de competencias entre los diferentes niveles de gobierno respecto a sus vínculos internacionales.

Tal influencia resulta verdaderamente decisiva cuando los gobiernos subnacionales actúan en cooperaciones horizontales y redes solidarias (SETZER, 2013).

Así pues, el estudio de una red supone una importante herramienta para analizar y comprender la dinámica de las relaciones entre espacios y actores, las cuales se despliegan en ciertas áreas como el desarrollo sostenible, y en particular en el cambio climático. La función de una red es ejercer una conexión para fomentar las relaciones entre los actores y las estructuras técnicas de acuerdo a determinados objetivos específicos, que en algunos casos, pueden ser también políticos. Por tanto, las redes van adquiriendo un papel cada vez más reconocido, y van asumiendo progresivamente un importante espacio en los procesos multilaterales de decisión, lo cual supone cambios en la estructura organizativa y las relaciones de gobernanza.

Este es el caso de la Red de Gobiernos Regionales por el Desarrollo Sostenible (nrg4SD).

3. La Red de Gobiernos Regionales por el Desarrollo Sostenible - nrg4SD

Nrg4SD es una coalición internacional que reúne a nivel mundial a gobiernos subnacionales y asociaciones regionales de gobiernos subnacionales. La red promueve el entendimiento, la colaboración y las asociaciones en materia de desarrollo sostenible, y persigue un mayor reconocimiento internacional de la importancia de las contribuciones de los gobiernos subnacionales (únicamente regionales) al desarrollo sostenible.

La red se creó en una Conferencia paralela celebrada por 23 gobiernos subnacionales² y 4 asociaciones³ regionales de gobiernos subnacionales en el marco de la Cumbre

2 Firmantes de La Declaración de Gauteng: Australian Capital Territory, Australia; País Vasco, España; Baviera, Alemania; Cataluña, España; Provincia de Entre Ríos, Argentina; Flandes, Bélgica; Gauteng, Sudáfrica; Goiás, Brasil; Greater London Authority, Inglaterra; Lapland, Finlandia; Mato Grosso, Brasil; Mpumalanga, Sudáfrica; Pennsylvania, EEUU; Pernambuco, Brasil; Poitou - Charentes, Francia; Rio de Janeiro, Brasil; Rio Grande do Sul, Brasil; Tocantins, Brasil; Toscana, Italia; Wallonia, Bélgica; Gales, Reino Unido; West Java, Indonesia; Western Australia, Australia.
www.nrg4sd.org/sites/default/files/content/public/11-elibrary/corporate/gauteng-es.pdf.
Acceso en 2 de abril de 2015.

3 Association of European Regions; Conference des Regions Peripheriques Maritimes; The Northern Forum y Committee of the Regions of the European Union. www.nrg4sd.org/sites/default/files/default/files/content/public/11-elibrary/corporate/gauteng-es.pdf. Acceso en 2 de abril de 2015.

Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo (2002). Como fruto de esta Conferencia paralela, se adoptó la Declaración de Gauteng, la cual no solo pone de manifiesto la importancia de los gobiernos subnacionales en los asuntos de desarrollo sostenible y la utilidad de la cooperación en el nivel subnacional, sino que también recoge el deseo de crear una red de gobiernos subnacionales de ámbito universal para el desarrollo sostenible (DECLARACIÓN DE GAUTENG, 2002). En el año siguiente, se celebra la Conferencia de San Sebastián de 2003, con la participación de 55 delegaciones, en la cual se propone el objetivo de lograr personalidad jurídica para la red. Ésta se logra un año más tarde, momento en el que la red es registrada como una “Asociación Internacional sin ánimo de lucro” al amparo de la legislación belga.

Nrg4SD trabaja para defender la labor de los gobiernos subnacionales en el desarrollo sostenible, particularmente en la acción climática. Durante sus casi 15 años de vida ha doblado su número de miembros, registrando en la actualidad más de 50 miembros de derecho de 30 países y 7 asociaciones de regiones, además de observadores, en los cinco continentes. Asimismo, nrg4SD representa a más de 1000 gobiernos subnacionales a nivel mundial, ya que en virtud de su calidad de miembro del Foro⁴ Global de Asociaciones de Regiones (FOGAR), ha adquirido la responsabilidad de representar a este Foro en los asuntos relativos al desarrollo sostenible.

Para coordinar sus actividades, nrg4SD ha creado un *Steering Committee* (Comité Directivo), que actúa como órgano de gobierno de la red. El *Steering Committee* se reúne dos veces al año en sesiones ordinarias, sin perjuicio de lo cual, pueden celebrarse reuniones extraordinarias. Este órgano persigue constantemente lograr un equilibrio geográfico en la red, para lo cual promueve la condición de miembro entre gobiernos subnacionales de países en desarrollo. Los miembros del *Steering Committee* se eligen por un periodo de tres años sin restricciones para la reelección, éstos eligen a su vez de entre sus miembros dos Presidentes, cinco Puntos Focales continentales y una Tesorería.

El *Steering Committee* tiene las siguientes funciones: guiar y supervisar el trabajo de la Secretaría General y de la Tesorería; solicitar a la Secretaría General y a la Tesorería la producción de informes regulares sobre la implementación del Programa de Trabajo y los asuntos financieros de la red; supervisar la preparación del informe anual y cuentas anuales para ser sometidos a la Asamblea General⁵; y convocar las reuniones anuales de la Asamblea General (REI et al., 2013b).

4 FOGAR ha sido creado en Ciudad del Cabo, Sudáfrica, en agosto de 2007, tomando como base la “declaración de las regiones sobre su participación en la gobernanza de la globalización” firmada en Marsella, Francia, con motivo de la primera convención internacional a favor de un enfoque territorial del desarrollo. Con sus diecisiete redes de regiones fundadoras procedentes de todos los continentes, el FOGAR reúne a más de 1000 Regiones. Conforme www.regionsunies-fogar.org/. Acceso en 2 de abril de 2015.

5 nrg4SD. Network of Regional Governments for Sustainable Development. Available at <http://www.nrg4sd.org/>. Acceso em 2 de abril de 2015.

Con objeto muy particular de defender la importancia del papel y de las acciones de los gobiernos subnacionales contra el calentamiento global, nrg4SD ha sido acreditada oficialmente ante la UNFCCC como observador social. Además, nrg4SD cuenta con un Grupo de Trabajo permanente que sigue las negociaciones internacionales sobre cambio climático y ha lanzado recientemente un Grupo de Trabajo Ejecutivo para la financiación de la acción climática a nivel subnacional. Todo esto ha permitido a lo largo de estos años a nrg4SD trabajar directamente con el Secretariado de la Convención y con algunas Partes de la misma, así como representar directamente en las negociaciones internacionales a los gobiernos subnacionales miembros de la red. En estas negociaciones, nrg4SD (i) defiende de forma constante un mayor reconocimiento de la crucial aportación de los gobiernos subnacionales a la acción sobre el cambio climático, (ii) trabaja con el Secretariado y los grupos de trabajo de la UNFCCC en temas técnicos y (iii) aporta de forma regular la presencia e iniciativas (NRG4SD, 2011) de las delegaciones subnacionales a los debates.

Con objeto de influir en el proceso de negociación sobre cambio climático, la red ha venido trabajando de forma individual con otras redes de gobiernos subnacionales, como *The Climate Group* (TCG), los Gobiernos Locales para la Sostenibilidad (ICLEI) y las Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (UCLG). Esta colaboración entre redes de gobiernos subnacionales supone un esfuerzo para transformar la creciente concienciación ciudadana en una acción cotidiana respecto al cambio climático. También representa un contexto sin precedentes de los gobiernos subnacionales para contribuir a la adaptación de la gobernanza internacional del cambio climático a los tiempos modernos (REI et al., 2013b).

La red ha sido capaz de organizar diversas reuniones de envergadura sobre cambio climático, las cuales han puesto de manifiesto que las experiencias de los gobiernos subnacionales son la base de las políticas sobre cambio climático. En este sentido, en el camino hacia Río +20, que ocurrió en junio de 2012, nrg4SD ha participado muy activamente en las principales reuniones internacionales, a partir de un Grupo de Trabajo establecido para coordinar las obras de la red en este campo, y estuvo totalmente involucrada en el seguimiento del proceso de negociación del “*Draft Zero*”, con el soporte estratégico de dos de sus miembros, los gobiernos subnacionales brasileños de Rio de Janeiro y São Paulo.

Cabe aún destacar el evento paralelo organizado por la nrg4SD en la última COP, em Lima, donde se ha dado seguimiento a la hoja⁶ de ruta de cambio climático establecida en la COP de Varsóvia, que propone a nrg4SD y sus miembros una dinámica general de trabajo y actividades concretas para desarrollar mensajes comunes y documentos estratégicos de apoyo dirigidos al proceso internacional, concretamente: la COP 21 de París.

6 Disponible en http://www.nrg4sd.org/sites/default/files/content/public/cc_roadmap_2014-2015.pdf

Fruto de este esfuerzo institucional de nrg4SD, los gobiernos subnacionales han sido reconocidos, por primera vez, en un acuerdo de la UNFCCC. Concretamente, la sección titulada “La visión compartida para la Acción Cooperativa a Largo Plazo” de los Acuerdos de Cancún (Decisión 1/CP16), reconoce formalmente “la necesidad de comprometer a una amplia gama de *stakeholders* de los niveles global, regional, nacional y local, en las reducciones de emisiones legalmente obligatorias”, y añade que “mientras existan estas implicaciones, el Protocolo tendrá un futuro efectivo. Se trata de una demanda clave respecto a los países en desarrollo”. Además, en estos acuerdos se recoge el papel de los gobiernos subnacionales en los esfuerzos de adaptación, reducción de las emisiones en bosques y cooperación al desarrollo (UNFCCC, 2011).

Cabe añadir que nrg4SD también ha alcanzado logros en el marco de otras Convenciones de Naciones Unidas, concretamente las relativas a la biodiversidad. Al respecto, gracias a la destacada participación de los gobiernos regionales de Cataluña, Québec y São Paulo, y a la importante labor de coordinación realizada por la Secretaría de la red, se logró la adopción de la Decisión X/22 por las Partes en la reunión de la Convención de Naciones Unidas para la Biodiversidad Biológica (UNCBD) celebrada en octubre de 2010 en Nagoya. La Decisión X/22 recoge el Plan de Acción para los Gobiernos Subnacionales, Ciudades y Otras Autoridades Locales, y en ella, por un lado, se invita a las Partes a involucrar a los gobiernos subnacionales, ciudades y otras autoridades locales en la revisión de las estrategias y planes de acción nacionales relativos a la biodiversidad, y por otro lado, se insta a los gobiernos subnacionales, ciudades, autoridades locales y a sus redes a contribuir a la puesta en funcionamiento del Plan de Acción. Asimismo, el Plan de Acción posibilita la creación de Comités Consultivos de Ciudades y Gobiernos Subnacionales bajo la figura de asociaciones y mecanismos de coordinación (REI et al., 2013b).

Nrg4SD es consciente de que el reto humano, económico y medioambiental que supone el cambio climático no acaba sino de comenzar. Por ello, la red reclama estructuras de gobierno internacionales y nacionales capaces de dar cabida a las acciones de los gobiernos subnacionales y dispuestas a evolucionar hacia una aproximación multidimensional y complementaria en la lucha contra el calentamiento global.

Por último, nrg4SD defiende que la clave para comprender la globalización pasa necesariamente por la creación de una gobernanza moderna y adecuada, capaz de aunar y coordinar los esfuerzos de todos los niveles de gobierno y agentes involucrados. En este sentido, el ingente reto del cambio climático debería entenderse en términos de oportunidad. De hecho, es precisamente en la lectura positiva de los retos del siglo XXI donde surge el liderazgo ambicioso y realista de los gobiernos regionales en la acción climática.

4. La Participación de las Comunidades Autónomas Españolas y de los Estados Brasileños en nrg4SD: El Contexto Continental

Al observar el listado⁷ de regiones miembro de nrg4SD, es forzoso asentir que las regiones europeas siguen teniendo un mayor peso respecto al resto de los miembros de la red (HAPPAERTS, 2008); y dentro de este mayor número de regiones europeas, son las Comunidades Autónomas (CCAA) españolas las que cuentan con una mayor representación y participación: Aragón, Cataluña y País Vasco y, en su día, Galicia, Cantabria, Islas Canarias y Andalucía. Y por su parte, entre los miembros del hemisferio sur, los 26 estados federados brasileños, sea individualmente, sea vía Asociación de Estados, constituyen la más expresiva representación de un mismo país o de un continente.

El hecho de que las regiones europeas individualmente aun tengan mayor presencia⁸ en nrg4SD que las regiones de otros continentes, tiene su explicación en la existencia de un alto nivel de actividad regional en Europa (JONES y KEATING, 1996; PETSCHEN, 1993; PINTARIS, 1995; DE CASTRO RUANO, 1994; HOOGHE, 1996) la cual se debe principalmente a dos motivos. Por un lado, Europa como comunidad de culturas (MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, 1996; KEATING, 2005) comparte unas raíces históricas, culturales y jurídicas que favorecen la cooperación y compatibilidad de sus regiones. Por otro lado, la Unión Europea (UE), como organización supranacional de integración europea, ha creado amplias oportunidades para que las regiones ejerzan influencia de forma independiente de sus Estados (KEATING, 2005).

A consecuencia de ello, la actividad internacional de las regiones de Europa y concretamente de la UE, se ha plasmado en la participación activa en el Comité de las Regiones, el establecimiento de Oficinas Regionales en Bruselas, la solicitud masiva de proyectos para la cooperación regional con fondos de financiación europea-INTERREG, la cooperación transfronteriza y bilateral en ámbitos específicos y la participación en organizaciones de regiones con objetivos concretos, como la Conferencia de Regiones Marítimas Periféricas-CRPM o, en el ámbito medioambiental, la Conferencia Medioambiental de Regiones de Europa –ENCORE (REI et al., 2013b).

Respecto a las experiencias de desarrollo de actividades paradiplomáticas en América Latina, la tarea ha sido más compleja sobre todo en Estados unitarios con una tradición

⁷ Veá www.nrg4sd.org/members

⁸ Hoy en día, las regiones de Latino América y Caribe, principalmente por intermedio de las Asociaciones Regionales de Gobiernos Subnacionales (ABEMA – Asociación de las Entidades Medioambientales Regionales, ANAAE – Asociación Nacional de Autoridades Ambientales Estatales de México, CONAGO – Conferencia Nacional de Gobernadores de México, CONCOPE – Consorcio de Consejos Provinciales de Ecuador, Congreso de Intendentes de Uruguay y OLAGI – Organización Latinoamericana de Gobiernos Intermedios) representan el grupo con mayor presencia en nrg4SD.

cultural centralista y un régimen político presidencialista. En efecto, todavía la cultura política latinoamericana, y particularmente la diplomática, padece de un marcado hermetismo que hace con que poderes ejecutivos centrales tengan “exclusividad” en la conducción de la acción exterior de los intereses nacionales. Sin embargo, aunque la recién e importantísima proliferación de actores paradiplomáticos no se corresponde con la realidad histórica de la paradiplomacia en Europa, hay que señalar que la toma de decisiones en materia de relaciones exteriores, tradicionalmente en manos de muy pocas personas, sobre todo en regímenes políticos de corte presidencialistas y unitario, va desapareciendo, y de hecho así está sucediendo cada día más, en un entramado cada vez más amplio, complejo y participativo de consejos consultivos, conferencias sectoriales, comisiones asesoras y comités intersectoriales (TORRIJOS, 2000).

En Brasil, algunos estados federados comenzaron a lanzarse directamente en el ambiente internacional, especialmente para buscar alternativas a los problemas de la escasez económica de los años 80, en un escenario de endeudamiento interno, empeorado por la crisis fiscal en la década de 1990. Por otro lado, la globalización y el “Estado logística” creaba no sólo una oportunidad, sino también una necesidad de la participación de las autoridades regional en la política de comercio exterior (SARAIVA, 2006).

A escala regional, los procesos de integración en el cono sur del hemisferio, han sido poderosos espacios de acción subnacional, ya sea en su dimensión primaria de frontera, ya sea en su vocación progresista de involucrar a los diferentes actores subnacionales en este proceso. En este sentido, la instalación del Foro Consultivo de Municipios, Estados, Provincias y Departamentos del Mercosur en la Cumbre del Mercosur en 2007, ha sido un avance sin precedentes en el reconocimiento de la legitimidad de los gobiernos subnacionales de Brasil para formular y expresar una opinión sobre la política exterior de la proceso de integración (RODRIGUES y KLEIMAN, 2007).

En la última década, en el ámbito ambiental, se registró una cantidad creciente de acuerdos de cooperación técnica entre los estados brasileños (y los municipios) y las contrapartes gubernamentales extranjeras para poner en práctica políticas de protección del medio ambiente y de sostenibilidad teniendo una base de tratados o instrumentos internacionales (RODRIGUES, 2008).

4.1. Las Actividades Paradiplomáticas Medioambientales de las CCAA y de los Estados Brasileños

Con especial referencia a los ámbitos del medio ambiente y del desarrollo sostenible, se puede afirmar que las CCAA y los estados federados brasileños han encontrado la motivación para desarrollar actividades paradiplomáticas en diversas razones, algunas en común. En primer lugar, las CCAA y los estados brasileños tienen una gran importancia

espacial y territorial y unas competencias atribuidas por la Constitución Española de 1978 y por la Constitución Brasileña de 1988 que afectan a los ecosistemas, los recursos y la gestión ambiental en general. En segundo lugar, las CCAA son responsables de la implementación de las dos terceras partes de las Directivas europeas en materia medioambiental y en el caso brasileño los estados federados poseen competencia legislativa en la materia, inclusive con poder judicial propio. Es decir, ambos, CCAA y estados brasileños, disponen de importantes competencias en materia de desarrollo sostenible. Y en tercer lugar, son la entidad más cercana al territorio y a los ciudadanos, por lo que están situados en una posición privilegiada para conocer los posibles problemas medioambientales existentes e implementar las necesarias soluciones.

Por estos motivos, así como por la conciencia de que los problemas medioambientales en un mundo globalizado exigen la toma de soluciones más allá de las propias fronteras, las CCAA españolas y los estados federados brasileños han buscado un papel activo, pero diferenciado, en el debate internacional de los asuntos medioambientales -como el cambio climático- con el objeto de que la “voz de las regiones” sea también escuchada en los foros internacionales creados inicialmente para los Estados en exclusiva. En este sentido, Yvo de Boer, ex-Secretario Ejecutivo de UNFCCC afirmó en noviembre de 2010 (en prensa) que la participación de los gobiernos subnacionales en el proceso post-Kyoto era necesaria para el éxito de las negociaciones, teniendo en cuenta que la información *bottom-up* de la que cuentan los gobiernos subnacionales es imprescindible para la lucha contra el cambio climático (REI et al., 2013b).

Consideramos la participación de las CCAA y de los estados brasileños en la red nrg4SD como un modelo de paradiplomacia regional multilateral de amplio alcance. Para tal consideración, nos basamos en la mayor amplitud y activismo que ofrecen los actores participantes en nrg4SD, lo cual brinda como resultado una agenda internacional multilateral más dinámica y pragmática.

4.2. Las CCAA Españolas y los Estados Brasileños en nrg4sd

En la actualidad son miembros de derecho de nrg4SD las siguientes CCAA españolas y los siguientes estados federados brasileños:

- 1- Aragón, Cataluña, Islas Canarias y País Vasco. La Fundación Comunidad Valenciana-Región Europa figura como miembro asociado. Históricamente, otras CCAA, como Galicia, Cantabria y Andalucía, han formado parte de nrg4SD, aunque en la actualidad ya no ostentan la calidad de miembro.
- 2- São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás y Paraná. Los demás estados brasileños se hacen representados por ABEMA – Associação Brasileira de Entidades de Meio

Ambiente, aunque en su momento Bahía, Mato Grosso, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Sul y Tocantins han tenido participación individual, pero no como miembros.

Se puede afirmar que en los casi 15 años de singladura de nrg4SD las CCAA españolas – bajo el liderazgo indudable de Cataluña y País Vasco - y los estados brasileños – bajo el liderazgo evidente de São Paulo - han desarrollado un papel destacado en la vida y gestión de la red. La participación de las CCAA y de los estados brasileños en nrg4SD comienza en el mismo origen de la red, siendo Cataluña, País Vasco, por el lado español, y Goiás, Mato Grosso, Pernambuco, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul y Tocantins, por el lado brasileño, firmantes de la Declaración de Gauteng junto con otros 15 gobiernos subnacionales y 4 asociaciones regionales de gobiernos subnacionales (DECLARACIÓN DE GAUTENG, 2002). Cabe destacar que fueran los estados brasileños la representación numéricamente más significativa de la Declaración. Desde entonces, la participación de las CCAA españolas y de los estados brasileños en los órganos de gestión de la red – Secretariado, *Steering Committee* y Co-Presidencia Norte - así como en las actividades programadas por la misma (*side-events*, cumbres etc.) ha sido una constante y un referente.

4.3. *La Cooperación Hispano-Americana: la Participación Destacada de dos CCAA y de un Estado Brasileño en la Red nrg4sd: País Vasco, Cataluña y São Paulo*

Instituciones como nrg4SD dan buena cuenta de los beneficios que debería reportar la cooperación multilateral multinivel, poniendo de manifiesto lo enormemente positivo que es la práctica del diálogo técnico y del debate sobre las diferencias en el proceso democrático, en el marco de una agenda internacional compleja en el que nos movemos. En otros lugares del mundo, regiones, provincias, departamentos miembros de nrg4SD están experimentando un crecimiento económico sin precedentes. Y eso ha permitido el establecimiento de una vía de diálogo que se plantea a continuación: sobre la base de ese crecimiento económico, no siempre sostenido, hay que crear sistemas políticos justos, sociedades abiertas, inclusivas y respetuosas con los derechos humanos y el medio ambiente.

En estas cuestiones es donde la experiencia de la joven democracia de las autonomías españolas supuso un paso por delante, especialmente en el dialogo inicial con la realidad latinoamericana⁹.

9 La primera Conferencia de América Latina y el Caribe de la Red se celebró en Toluca y Valle de Bravo, en el Estado de México, del 28 al 31 de octubre de 2003 y contó con asistencia vasca, como único miembro europeo presente en la misma. En 2004 se ha celebrado la segunda Conferencia geográfica de la nrg4SD para América y el Caribe en Recife, Pernambuco, del 27 al 28 de agosto, con representación ampliada. En esta Conferencia se firmó un Protocolo de intenciones con la Oficina Regional para América Latina y

Con el subcontinente americano la vecindad es de otra naturaleza: la proximidad no es física sino que se basa en unos valores y en una visión compartida. En un mundo complejo y en cambio constante, la acción coordinada entre gobiernos de CCAA y sus homólogos argentinos, brasileños, peruanos y ecuatorianos solo pueden y solo deben progresar. Además, cualquier observador imparcial reconoce que América Latina es uno de los grandes beneficiarios del siglo XXI, por lo que una mayor profundización en la relación entre gobiernos regionales de ambos continentes constituye un elemento clave para el desarrollo de la actividad paradiplomática.

El País Vasco ha sido uno de los miembros más comprometidos con nrg4SD y uno de sus mayores valedores. Como se ha mencionado más arriba, el País Vasco fue una de las regiones involucradas en el origen de nrg4SD, y su compromiso quedó pronto patente al albergar la Conferencia de marzo de 2003, en la que los gobiernos subnacionales firmantes de la Declaración de Gauteng se reunieron para desarrollar la idea que germinó en Johannesburgo. Concretamente, en la Conferencia de marzo de 2003 se acordaron la estructura inicial de la red así como su denominación: red de gobiernos subnacionales por el desarrollo sostenible - nrg4SD (LOPERENA ROTA y EZEIZABARRENA SÁENZ, 2004). En esta estructura inicial de nrg4SD (en la que se concibió un Secretariado, un *Steering Committee*, y las Co-Presidencias Norte y Sur) cabe destacar la asunción de responsabilidades del País Vasco como reflejo del gran interés y compromiso de esta Comunidad Autónoma (CA) con el proyecto. Efectivamente, el País Vasco solicitó un puesto en el *Steering Committee* de la red - el cual ha mantenido con las oportunas renovaciones desde 2003 hasta la actualidad - y ostentó la Co-Presidencia Norte en el período 2005-2008. Además, el País Vasco asumió generosamente - sin cargo financiero para la red - la gestión del Secretariado de la red de forma provisional (en la práctica fue desempeñado hasta junio de 2009) hasta que éste se profesionalizara (REI et al., 2013b).

A nivel de representación política, cabe destacar la regularidad de la presencia al más alto nivel del gobierno del País Vasco - Consejera, vice consejero - en las reuniones de la red, lo cual ha permitido mantener su participación viva y enérgica a lo largo de estos años.

En el ámbito técnico, gracias al País Vasco se han logrado algunos *policy papers*, determinados estudios - como el desarrollo de indicadores subnacionales para el desarrollo sostenible -, y el Memorando de Entendimiento en materia de agua entre las CCAA españolas y las regiones de Latinoamérica y Caribe. Éste último es un mecanismo flexible diseñado como un marco general en el que pueden crearse iniciativas bilaterales que introducen las diversas realidades regionales y amplían los márgenes técnicos de cooperación.

el Caribe del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, por el que se establece un programa marco de cooperación multilateral a favor del desarrollo sostenible al nivel regional para América Latina y Caribe.

Los motivos del País Vasco para formar parte de nrg4SD son funcionales – el desarrollo de las competencias asumidas -, y claramente identitarios. Esto último se deriva de su personalidad histórica, que le lleva a buscar en nrg4SD una nueva forma de relacionarse con otros actores internacionales así como una plataforma para estar presente en la escena internacional – tanto a nivel europeo como mundial - mediante una “ruta extra-estatal” (HAPPAERTS, 2008).

Para rematar, debe afirmarse que el gran protagonismo que el País Vasco ha tenido en los primeros dos tercios de vida de nrg4SD (durante los que llegó a ostentar simultáneamente la Co-Presidencia Norte, la Secretaría y un puesto en el *Steering Committee*) han influido muy significativamente en el desarrollo de la red, de forma que podemos afirmar que el País Vasco es uno de los grandes artífices de la configuración actual y trayectoria de nrg4SD.

Cataluña es otra CA con un gran peso histórico en nrg4SD y gran influencia en la evolución de la red. Miembro de la red desde la Declaración de Gauteng, ha tenido un puesto en el *Steering Committee* desde los inicios, el cual ha mantenido en los oportunos procesos de renovación de mandato. Asimismo, Cataluña ostenta en la actualidad la Co-Presidencia Norte de la red, habiendo compartido la primera mitad del mandato 2010-2013 con Aragón. La doble candidatura de Aragón y Cataluña, así como su apoyo mutuo en el mandato tuvo su razón en las elecciones previstas en Cataluña en noviembre de 2010 y en Aragón en mayo de 2011, situación que motivaba una unión de fuerzas para poder cumplir con los compromisos adquiridos para con la red en lo que a la postre fueron sendos cambios de gobierno autonómicos. La Co-Presidencia Norte ejercida por Cataluña es no solo un cargo justo desde el punto de vista de las capacidades de la CA, sino también un merecido reconocimiento del compromiso y entrega constantes de Cataluña hacia nrg4SD a lo largo de sus 10 años de vida (REI et al., 2013b).

A nivel técnico, deben destacarse las valiosas aportaciones catalanas al grupo de trabajo de nrg4SD sobre negociaciones en cambio climático. Desde este grupo, y gracias al trabajo de la CA se presentaron enmiendas al texto de las negociaciones de la Cumbre de Poznan en 2009, momento desde el cual se siguieron las negociaciones para que el elemento subnacional siguiera vivo en el texto, hasta que en 2010 (en Cancún) se hizo un reconocimiento del papel de los gobiernos subnacionales por el *AWG-LCA (The Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under the Convention)* bajo UNFCCC.

Se puede afirmar que la participación de Cataluña en nrg4SD se debe a un doble objetivo. Por un lado, Cataluña ha querido desarrollar un objetivo funcional – ejercer las competencias medioambientales asumidas constitucionalmente - y por otro lado ha buscado una plataforma hacia el exterior en la que poder expresar sus reivindicaciones identitarias, lingüísticas y culturales. Esto último se ha desarrollado asumiendo y respetando la

competencia exclusiva de la Administración central en materia de relaciones internacionales, lo cual se aprecia, por ejemplo, en la acreditación del consejero de medio ambiente y ordenación territorial catalán bajo la delegación española en las COP (REI et al., 2013b).

Por último, debe mencionarse que el compromiso de Cataluña con nrg4SD también ha quedado patente en su presencia regular y participación activa en todas las reuniones de la red (tanto de los órganos gestores como de eventos y Cumbres) a un alto nivel político desde la creación de nrg4SD.

São Paulo, por su parte, se incorporó a nrg4SD en la Conferencia de marzo de 2003 cuando se acordaron la estructura inicial de la red. De hecho, São Paulo fue invitado por una iniciativa del País Vasco a asumir la Vice-Presidencia para América Latina y el Caribe (IRIARTE IRURETA, 2006), bien como un puesto en el *Steering Committee* de la red - el cual ha mantenido con las oportunas renovaciones desde 2003 hasta la actualidad - y ostentó la Co-Presidencia Sur en los períodos 2007-2010 y 2011-2014.

A nivel de representación política, cabe destacar la regularidad de la presencia al más alto nivel del gobierno de São Paulo – Secretario de Estado y/o Presidente de la Agencia Ambiental - en las reuniones de la red, lo cual ha permitido mantener su participación viva y comprometida a lo largo de estos años (REI et al., 2013).

En el ámbito técnico, gracias a São Paulo se han logrado algunos *policy papers*, determinados estudios y entrenamientos – inventario de gases de efecto invernadero para regiones latinoamericanas -, y una asistencia técnica a las regiones de Latinoamérica y Caribe, especialmente facilitada por OLAGI – Organización Latinoamericana de Gobiernos Intermedios. Éste último en un ambiente político de acercamiento en el que se han creado iniciativas bilaterales de cooperación técnica, muchas en cooperación con el País Vasco y/o Cataluña.

Los motivos de São Paulo para formar parte de nrg4SD son igualmente funcionales –el desarrollo de las competencias asumidas -, y reservadamente identitarios. Esto último se deriva de su relevancia económica y cultural en la sociedad brasileña, además de las incongruencias (FARIAS y REI, 2013) de las acciones del país en el régimen internacional de los cambios climáticos, que le lleva a buscar en nrg4SD una forma de relacionarse con otros actores internacionales comprometidos con una agenda global, así como una plataforma para estar presente y actuante en la escena internacional – tanto a nivel latinoamericano como mundial - mediante una “acción verdaderamente exterior, pero disfrazada” .

Por último debe afirmarse que el protagonismo que São Paulo ha tenido en la construcción de nrg4SD han influido muy significativamente en el desarrollo de la red, en particular en su expansión latinoamericana, de forma que podemos afirmar que São Paulo junto al País Vasco y Cataluña son, además de los grandes responsables por el diseño estratégico e implantación de una cooperación descentralizada ibero-americana, eje

central de la relación norte-sur de nrg4SD, junto a otros miembros artífices principales de la configuración actual y trayectoria de nrg4SD.

Por otro lado, no se puede ignorar la larga tradición europeísta de las CCAA históricas, ya sea del nacionalismo catalán o del vasco (BARBERÁ y BARRIO, 2006), y el histórico autonómico de São Paulo (DOLHNIKOFF, 2005; HOLANDA, 1985) han significado un gran esfuerzo y compromiso para incluir en la agenda internacional del desarrollo sostenible (y en particular en la de lucha contra el cambio climático), un nuevo concepto de soberanía frente al tradicional del Estado central. Todo ello ha contribuido a reforzar la autonomía de esas regiones y a aumentar su voz en el mundo.

Finalmente, es indudable la aportación cuantitativa que las CCAA españolas y los estados brasileños realizan a nrg4SD con su compromiso y trabajo, pero cabe destacar además su contribución cualitativa a la red, la cual ha permitido el estrechamiento de las relaciones de España con las regiones de Latino América y Caribe - con quienes comparten unas importantes raíces lingüísticas y culturales - fruto del cual se han desarrollado destacables colaboraciones. Es importante señalar que este estrechamiento en su día intentó abarcar a Portugal. Sin embargo, en virtud de ser Portugal un Estado unitario, el interés de los archipiélagos de Madeira y Azores en hacerse miembros de nrg4SD se limitó a participaciones puntuales en las Asambleas Generales de la red.

En este sentido, se puede afirmar que la paradiplomacia ambiental del siglo XXI en Latinoamérica pasa necesariamente por las acciones institucionales de nrg4SD en la región¹⁰ y por las acciones concertadas con las CCAA españolas y los estados brasileños. Efectivamente, la colaboración de las regiones de Latino América y Caribe, y las CCAA representan en la actualidad un eje propio - con vigor y liderazgo - de actividades en el régimen multilateral de nrg4SD. En este sentido, la última Presidencia de nrg4SD no fue sino el reflejo de este estrechamiento: la Co-Presidencia Norte está en Cataluña, que se mantiene, y la Co-Presidencia Sur en São Paulo.

5. Conclusiones

Es indiscutible que lo reto humano, económico y ambiental que residen en la agenda global de la sostenibilidad, exige la existencia de estructuras de gobiernos internacionales

10 El Gobierno del Estado de México recibió la Primera Conferencia Continental de la Red, en Toluca, del 28 al 31 de octubre de 2003. Menos de un año después, del 27 al 28 de agosto de 2004, en Recife, ABEMA promueve la Segunda Conferencia Continental, que centró su labor en el establecimiento de diagnósticos ambientales y las estrategias regionales para el desarrollo sostenible, la estructuración de la Agenda 21 local, en acciones concretas hacer frente al cambio climático y el aumento del uso de energías renovables por los gobiernos de la red. La Tercera Conferencia, en marzo de 2008, se celebra en Sao Paulo, bajo el tema del cambio climático. La cuarta y última edición, celebrada en Mar del Plata en noviembre de 2010 cuidó del tema del agua y comenzó los primeros trabajos derivados del Memorando Multilateral de Entendimiento sobre el Agua para América Latina y el Caribe y la Península Ibérica, firmado también en 2010 en la Tercera Cumbre Mundial de Regiones en Montevideo.

y nacionales capaces de reflejar el papel crucial que los gobiernos subnacionales desempeñan en este desafío global. En este sentido, la paradiplomacia ambiental supone una aproximación multidimensional, complementaria y coherente en esa agenda, en particular en la lucha contra el cambio climático. Efectivamente, la interpretación positiva de los retos del siglo XXI permite la transición hacia una gobernanza moderna y correcta, donde haya cabida para el liderazgo realista y ambicioso de los gobiernos subnacionales en la acción climática.

Durante sus casi 15 años de existencia, nrg4SD ha trabajado para crear un escenario internacional en el que haya cabida e espacio para las acciones y voces subnacionales. Ello ha contribuido a la creación de un movimiento legal innovador, cuya base es un trabajo normativo que debe ser actualizado y revisado de forma permanente. Y en la creación de ese movimiento, consideramos la participación de las CCAA y de los estados federados brasileños en la red nrg4SD como un modelo de paradiplomacia regional multilateral de amplio alcance y de refinada estrategia.

A pesar de las diferencias en las estrategias, los vínculos o las cuestiones de identidad nacionalista o autonómica de las regiones en su proyección hacia el exterior, la experiencia paradiplomática hispano-brasileña ha funcionado como ejemplo de unión de fuerzas y apoyo mutuo para reclamar en el seno de foros internacionales (y particularmente en el Sistema de NNUU) la importancia del papel de los gobiernos subnacionales y sus redes, tanto en la gestión de asuntos multilaterales de desarrollo sostenible, como en la identificación práctica de oportunidades de cooperación específica entre regiones del mundo.

6. Referencias

- ALDECOA, F., KEATING, M. **Paradiplomacia: Las relaciones internacionales de las regiones**. Marcial Pons. Madrid: Barcelona, 2010.
- BARBERA, O., BARRIO, A. Barrio. Convergencia i Unió: from Stability to decline. In: WINTER, L, GOMEZ-REINO, M. y LYNCH, P. (eds.) **Autonomist Parties in Europe: Identity Politics and the Revival of the Territorial Cleavage**. Barcelona: ICPS, 2006.
- BERSTEIN, S., BETSILL, M., HOFFMANN, M., PATERSON, M. A tale of two Copenhagens: carbon markets and climate governance. **Millennium – Journal of International Studies**, vol. 39, n. 1, p.161-173, 2010.
- BUENO DA SILVA DA SILVA, E. **Contemporary paradiplomacy: trajectories and trends of international actions by state governments of Brazil and the US**. Doctorate thesis submitted to the International Relations Doctorate Program of the International Relations Institute of the University of Brasília (IREL/UnB) for obtaining a doctor degree in international relations, 2010.

- BULKELEY, H. **Reconfiguring environmental governance: towards a politics of scales and networks**. *Political Geography*, n. 24, p.875-902, 2005.
- _____. **Cities and the Governing of Climate Change**. *Annual Review of Environment and Resources*, 35(1), p. 229-253, 2010.
- BULKELEY, H. and NEWELL, P. **Governing Climate Change**. London and New York: Routledge, 2010.
- DE CASTRO RUANO, J.L., **La emergente participación política de las regiones en el proceso de construcción europea**. Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública, 1994.
- DECLARACIÒN DE GAUTENG. Disponible en http://www.palencia21rural.com/doc/declaracion_gauteng.pdf. Acceso en 20 de abril de 2015.
- DEDUERWAERDERE, T. **The contribution of network governance to sustainable development**. Belgium: Université Catholique de Louvain Fonds National de la Recherche Scientifique, feb. 2005.
- DOLHNIKOFF, M. **O pacto imperial: origens do federalismo no Brasil**. São Paulo: Globo, 2005.
- FARIAS, V.C., REI, F. O regime jurídico nacional de combate às mudanças climáticas e suas incongruências. In GRANZIERA, M.L.M., REI, F. **Petróleo, gás e meio ambiente**. Santos: Editora Universitária Leopoldianum, 2013, p.133-158.
- FOGAR. www.regionsunies-fogar.org/es/. Acceso en 2 de abril de 2015.
- GRAZIANO, X., REI, F. **Mudanças climáticas e São Paulo**. Folha de São Paulo, São Paulo, edición 17/02/2009, p. A3, 2009.
- HAPPAERTS, S., VAN DEN BRANDE, K., BRUYNINCKX, H. **Governance for sustainable development at the inter-subnational level: The case of the Network of Regional Governments for Sustainable Development (nrg4SD)**, Working paper n°3, February 2008.
- HOCKING, B. Regionalismo: uma perspectiva das relações internacionais. In: VIGEVANI, T., WANDERLEY, L.E., BARRETO, M.I., MARIANO, M.P (org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais**. São Paulo: EDUC; Fundação Editora da UNESP; Bauru: EDUSC, 2004, p.77-108.
- HOLANDA, S.B. “São Paulo”. In: S. B. de Holanda (org.) - **História Geral da Civilização Brasileira**. 5a. ed., São Paulo: Difel, T.II, 2o. V, 1985.
- HOOGHE, L. **Cohesion Policy and European Integration**, Oxford: Claredon, 1996.
- IRIARTE IRURETA, I. La colaboración entre Gobiernos Regionales: la Red internacional de Gobiernos Regionales por el Desarrollo Sostenible (nrg4SD). In **XVI Congreso**

- so de Estudios Vascos: Garapen Iraunkorra.** Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2006, p. 531-533.
- JONES B., KEATING M. **The European Union and the Regions**, Oxford: Clarendon, 1996.
- KEATING, M. **Regions and international affairs: motives, opportunities and strategies.** In: ALDECOA, F. KEATING, M. **Paradiplomacy in action: the foreign relations of subnational governments.** London: Frank Cass Publishers, 2005, p.875-902.
- LITFIN, K.T. **Environment, Wealth and Authority: global climate change and emerging modes of legitimation.** *International Studies Review*, vol.2, n. 2, 2000, p.119-148.
- LOPERENA ROTA D. AND EZEIZABARRENA SÁENZ X. **Network of Regional Governments for Sustainable Development.** *Revista Medi ambient*, no. 35, 2004.
- LUNA PONT, M., **Las relaciones internacionales subnacionales desde la teoría de las relaciones internacionales.** *Revista TIP*, año1, nº1, 2011, p. 64-83.
- MANGAS MARTÍN, A., LIÑÁN NOGUERAS D.J, **Instituciones y Derecho de la Unión Europea.** Madrid: Tecnos, 1996.
- MATEO, R.M. **Tratado de derecho ambiental.** Vol II. Madrid: Trivium, 1992.
- MILANI, C.R.S., RIBEIRO, M.C.M. **International relations and the paradiplomacy of Brazilian cities: crafting the concept of local international management.** *Brazilian Administration Review*, vol. 8., n. 1, jan-mar 2011.
- nrg4SD. Network of Regional Governments for Sustainable Development. Disponible en <http://www.nrg4sd.org/>. Acceso en 2 de abril de 2015.
- nrg4SD. **The Cancun Agreements – Overview of the main outcomes of UNFCCC COP 16 / CMP 6.** Nrg4SD, 2011.
- OECD. **Governance for Sustainable Development.** Five OECD case studies, OECD Publications, Paris: OECD, 2002.
- OKEREKE, C. BULKELEY, H. SCHROEDER, H. **Conceptualizing climate governance beyond the international regime.** *Global Environmental Politics*, vol.9, n.1, 2009, p.58-68.
- PETSCHEN S. **La Europa de las Regiones**, Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1993.
- PINTARIS S. **Macht, Demokratie und Regionem in Europa. Analysen und Szenarien der Integration und Desintegration.** Marburg: Metropolis, 1995.
- RABE, B. G. **Statehouse & Greenhouse: The Emerging Politics of American Climate Change Policy.** Washington, DC: Brookings Institution Press, 2004.

- REI, F.C.F., CUNHA, K.B., SETZER, J. **La Paradiplacia Ambiental en la Nueva Gobernanza Internacional**. Revista TIP n.2. Buenos Aires, 2012, p. 50-63.
- _____. **Paradiplomacia Ambiental: a participação brasileira no regime internacional de mudanças climáticas**, Revista de Direito Ambiental, v. 71, 2013, p.265-286.
- REI, F.; CUNHA, K.; VERA, N. **La paradiplomacia medioambiental global y el papel de las comunidades autónomas españolas**. Revista Foro Internacional, v. LIII 2, n. 212, Mexico, 2013b, p. 337-362.
- RODRIGUES, G..., KLEIMAN, A. **The MERCOSUR Committee of Municipalities, States, Provinces and Departaments. Process of Creation and Perspectives**. Fifth Annual Conference of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade - ELSNIT, Barcelona, 26 e 27 de octubre 2007.
- RODRIGUES, G. **Relações internacionais federativas no Brasil**. Dados, v. 51, n.4, Rio de Janeiro, 2008.
- ROSENZWEIG, C., SOLECKI, W., HAMMER, S. A. & MEHROTRA, S. **Cities lead the way in climate-change action**. Nature 467, 2010, p. 909-911.
- SETZER, J. Governança multinível das mudanças climáticas: políticas subnacionais e ações transnacionais em São Paulo. In: REI, F.C.F. (org.). **Direito e desenvolvimento: uma abordagem sustentável**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARAIVA, J.F.S. Federalismo e Relações Internacionais do Brasil. In: ALTEMANI, H. e LESSA, A. C. (orgs.). **Relações Internacionais do Brasil. Temas e agendas**. São Paulo: Saraiva, vol. 2, 2006, p. 429-455.
- TORRIJOS, Vicente, “**La diplomacia centrífuga. Preámbulo a una política exterior de las regiones**”, Desafíos, nº 2, 2000, p. 19-54.
- UNFCCC. **Report of the Conference of the Parties on its sixteenth session, held in Cancun from 29 November to 10 December 2010**. UNFCCC, March 2011.

PARTICIPAÇÃO, DEMOCRACIA E CIDADANIA DOS POVOS INDÍGENAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL ATRAVÉS DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

ROBERTO LUIZ SILVA

Professor Associado (RJU) da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Pós-Doutor pela The University of Texas (2005). Pesquisador de Nível II do CNPq. Avaliador Institucional e de Cursos do INEP/SINAES/MEC. roberto-silva@ufmg.br

KEYLA CRISTINA FARIAS DOS SANTOS

Advogada. Consultora Jurídica da Câmara dos Deputados – DF na Comissão de Direitos Humanos Internacionais. Professora da Universidade Federal do Pará – UFPA . Doutoranda da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. keyla-farias@dir.dout.ufmg.br

Resumo

Este artigo apresenta a democratização global para a proteção de minorias, através da promoção global dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos. No plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos, essas ideias estão na base do chamado “processo de especificação dos sujeitos de direitos”, segundo o qual, além de direitos gerais universais, extensíveis a todos, há necessidade de se reconhecer direitos específicos a determinados grupos vulneráveis dentro da sociedade. Isso com o objetivo de se atingir a igualdade real, ou pelo menos, reduzir as desigualdades de fato existente. Assim, a consolidação da proteção das minorias reflete a situação da necessidade do acesso à ordem jurídica justa de modo a garantir a efetividade de direitos fundamentais e a consolidação plena de acesso à justiça através das cortes internacionais de justiça, que visam a proteção dos Direitos Humanos no contexto internacional.

Palavras-chave

Proteção; Minorias; Efetividade; Justiça; Cidadania.

Abstract

This article presents the global democratization for the protection of minorities through the global promotion of European systems and Inter-American Human Rights.

At the level of international human rights law, these ideas are the basis of so-called “specification process rights of individuals”, according to which, in addition to general universal rights extended to all, there is need to recognize specific rights to certain groups vulnerable in society. With the goal of achieving real equality, or at least reduce the existing factual inequalities. Thus, consolidation of protection of minorities reflects the situation of need access to fair legal system to ensure the effectiveness of fundamental rights and the full consolidation of access to justice through the international courts of justice, aimed at protection of human rights the international context.

Key words

Protection; Minorities; Effectiveness; Justice; Citizenship.

1. Introdução

Os tratados de direitos humanos têm como objetivo que tais direitos sejam efetivados na jurisdição interna dos Estados que são membros desses tratados¹, por isso mesmo a questão de direitos humanos é definida como “questão de jurisdição concorrente ou compartilhada” entre a interna e a internacional.

Desde a Carta das Nações Unidas assinada em San Francisco nos Estados Unidos no dia 26 de junho de 1945 e que entrou em vigor no dia 24 de outubro de 1945, ficou estabelecido “o princípio novo de que a proteção dos direitos humanos constitui uma questão fundamentalmente internacional”² e que, as normas de direito internacional convencional sejam normas imperativas e não derogáveis, que garantam a ordem pública internacional.

Por outro lado, a mesma Corte Interamericana, em uma de suas opiniões consultivas, declarou:

“Os tratados modernos sobre direitos humanos, em geral, e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objetivo e fim é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto diante de seu próprio Estado como de outros Estados contratantes. Ao aprovar esses tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal na qual eles, para o bem comum, assumem várias obrigações não em relação a outros Estados, mas em relação aos indivíduos sob sua jurisdição”.

1 BIDART CAMPOS, G. J. La interpretación de los derechos humanos en La jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna. La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos, p. 39

2 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, p. 90; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, p. 41

Em decorrência dos efeitos produzidos, seria possível dizer que os tratados internacionais de direitos humanos constituem uma fonte de valor maior em relação a qualquer outro pacto convencional: uma escala de direito “superconvencional”.

O certo é que depois de 1945, assiste-se a uma expansão do Direito Internacional que penetra nos domínios econômicos, social e cultural se dirige mais diretamente aos indivíduos, além disso, o desenvolvimento dos órgãos supranacionais conhece avanços antes impensáveis e limita em grande escala a soberania estatal.

Como conseqüência, as organizações internacionais e seus mecanismos são modificados porque mudam os sujeitos de direitos não somente os Estados, as fontes e as convenções, até modificar as relações com o direito interno e os sistemas jurídicos nacionais por causa de uma “mútua influência” entre organização internacional e Constituições.

À luz dessas evoluções, pode-se entender por quais razões os Estados nacionais em geral se vêem coagidos, hoje em dia, e cada vez mais, a levar em conta, em suas decisões políticas e na política de governo, o direito internacional e a jurisprudência dos tribunais internacionais, para, assim, evitar uma aplicação de suas leis internas de maneira que possa violar as obrigações internacionais de seu país e também para adequar seu direito interno às normas legais internacionais vigentes.

Em 1948, as “regiões” da América no sentido mais amplo começaram a desenvolver a proteção e a promoção dos direitos humanos. Em particular, isso aconteceu quando, em Bogotá na Colômbia, os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos - OEA adotaram a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Ainda que a maneira adotada tenha sido apenas uma simples aspiração moral, gradualmente o caráter da Declaração evoluiu até converter-se em um instrumento normativo de pleno valor jurídico, pelo menos com relação aos direitos fundamentais que consagra.

Isso foi possível mediante um processo bastante difícil que incluiu a criação, em 1959, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para promover o respeito aos direitos humanos reconhecidos na Declaração.

Depois da aprovação do Estatuto da Comissão, em 1960, pelo Conselho da OEA e da ampliação de seus poderes em 1965, para que ela pudesse receber também denúncias individuais, a Comissão chegou a ser configurada como o órgão principal para a tutela dos direitos humanos com competência no que se refere a todos os Estados Membros da OEA.

Foi sobre a base de um projeto da mesma Comissão que em 1969, em San José de Costa Rica³, adotou-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que instituiu

3 O Pacto de San José da Costa Rica foi adotado na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José em 1969 e foi aprovado pelo Brasil em 1992, pelo Decreto

pela primeira vez dois órgãos para tutelar os direitos humanos: a mesma Comissão e a Corte.

De fato, a Convenção entrou em vigor somente em 1978 e os dois órgãos funcionaram efetivamente sob suas normas somente depois que a Assembléia-Geral da OEA, celebrada em La Paz na Bolívia em 1979, aprovou seus Estatutos.

Pode-se deduzir que durante vinte anos a Comissão foi o único órgão encarregado de tutelar tais direitos, logo continuou exercitando suas competências também sobre os Estados que não haviam ratificado ou aderido ao Pacto de San José de Costa Rica⁴.

De qualquer forma, atualmente, a função de proteger os direitos humanos é “compartilhada” com a jurisdição obrigatória da Corte.

O art. 33 da Convenção atribui competências comuns à Corte e à Comissão, porque a ambas compete “conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados Membros da Convenção”⁵. Entretanto, em uma visão complexa do mesmo Pacto de San José de Costa Rica, configura-se uma competência mais ampla e genérica da Comissão, executável espontaneamente, sem necessidade da intervenção ou o requerimento de um terceiro através das seguintes competências de acordo com o art. 41 Convenção:

- estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- formular recomendações, caso seja conveniente aos governos dos Estados Membros, para que sejam adotadas medidas progressivas a favor dos direitos humanos;
- preparar os estudos ou relatórios adequados para o desempenho de suas funções;
- solicitar relatórios aos governos dos Estados Membros;
- atender às consultas formuladas por esses últimos na Secretaria-Geral da OEA;
- quando houver petições ou outras comunicações, atuar conforme seus poderes (art. 44-51 Convenção);
- elaborar um relatório anual à Assembléia Geral da OEA.

Legislativo 27, e entrou em vigor internamente em 1992, através da promulgação do Decreto Executivo 678.

4 WATSON, Adam. A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa, p. 428

5 SOARES, Mário Lúcio Quintão. Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias, p. 15-198

2. Problemática

Evidenciar que apesar de ser mais definidas e pontuais as funções da Corte Interamericana, ela é composta por sete juízes nacionais dos Estados Membros da OEA, eleitos para um cargo de seis anos, renovável apenas uma vez, a título pessoal, entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos e que reúnam as condições requeridas para o exercício das altas funções judiciais, conforme a lei do Estado ao qual pertencem.

Duas são as atribuições essenciais da Corte: a primeira, de natureza “consultiva”, sobre a interpretação das disposições da Convenção Americana e dos tratados concernentes à proteção dos direitos humanos e a segunda de caráter “jurisdicional”.

Os Estados Membros da OEA e seus órgãos principais e a Comissão podem consultar a Corte acerca da interpretação dessa Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos Direitos Humanos.

Ao contrário, com relação à função propriamente jurisdicional, somente os Estados Membros da Convenção e a Comissão podem submeter um caso à decisão jurisdicional como a sentença da Corte, que é juridicamente vinculante e, além disso, “a parte da sentença que disponha indenização compensatória poderá ser executada no respectivo país pelo procedimento interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”⁶, conforme art. 68 da Convenção de Direitos Humanos.

Por isso mesmo, como as vítimas se encontram impossibilitadas de acessar diretamente a Corte, a Comissão representaria tanto os interesses gerais do sistema de acordo com os direitos humanos estabelecidos na Convenção que possam efetivamente ser tutelados pelo órgão propriamente judicial do sistema interamericano, como os interesses das partes que os tenham solicitado.

Os requisitos que devem ser cumpridos para que a Comissão submeta um caso à Corte não parecem ser regulamentados com relação às suas peculiaridades nem pela Convenção, nem pelo Estatuto ou pelo Regulamento da Comissão, mas parecem ser regulamentados pelas opiniões da mesma Comissão e por aquelas da Corte: é preciso notar nesse contexto que, segundo a Comissão, seria necessário que já tivesse esgotado diante si mesmo o procedimento previsto e tenha sido individuada previamente uma violação de um direito humano estabelecido pela Convenção, enquanto que, segundo a Corte, pareceria ser critério essencial que o caso não houvesse sido resolvido amistosamente na Comissão e que este provoque problemas legais controvertidos.

6 JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 98-99.

Como fica evidente, esse critério amplo utilizado pela Corte se justifica somente à luz de uma tendência a implementar o maior número de medidas para a tutela judicial dos direitos humanos: a Corte expressou também que sua decisão de submeter um caso a sua jurisdição “não é facultativo, mas deve apoiar-se na alternativa que seja mais favorável para a tutela de direitos humanos estabelecidos na Convenção”⁷.

Por um lado, a doutrina evidencia alguns limites, nos quais Estado afetado deve ter aceitado a jurisdição obrigatória da Corte, seja em geral ou para o caso específico, para que possa ser cumprida a disposição do artigo 62 § 1 da Convenção, segundo o qual nenhum Estado pode ser levado a um tribunal internacional sem seu consentimento.

Por outro lado, segundo outra doutrina, para submeter um caso à decisão da Corte não é necessário que o Estado membro tenha aceitado a competência, ainda que seja evidente que tal requisito seja exigido para o Estado demandado e se este tenha aceitado, mas sob condição de reciprocidade, o requisito vale também para o demandante.

O que parece certo é que submeter-se à competência contenciosa da Corte é um ato voluntário ou consensual que pode manifestar-se em diversas modalidades:

- a) de pleno direito;
- b) por meio de uma declaração separada especial;
- c) incondicionalmente;
- d) sob condição de reciprocidade;
- e) por um período ou por um caso específico.

O quadro seguinte resume os Estados que até hoje tenham ratificado ou aderido à Convenção e reconhecido e de que maneira a competência da Corte Interamericana, submetendo-se a sua jurisdição.

Dessa forma, os princípios vêm recebendo destaque no ordenamento jurídico por serem o resultado de generalizações que reúnem e organizam conhecimentos anteriores, permitindo, assim, a compreensão e a explicitação correlacionada entre ciência acumulada e realidade conhecida sua teorização têm sido tardias e fragmentárias.

Todavia, dado o caráter predominantemente aplicado do Direito, tanto a formalização de práticas e procedimentos jurídicos como sua teorização têm sido tardias e fragmentárias. Discussões jurídicas mais recentes atribuíram às normas a divisão em princípios e regras.

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas, p. 32.

No cerne da divisão está o entendimento de que princípios são enunciados com alto grau de abstração, cujo conteúdo atinge todo o ordenamento e que podem ser aplicados de diversas maneiras, dependendo do caso concreto, e que regras têm função secundária.

No que tange à garantia dos Direitos Humanos, essa diferenciação é especialmente relevante. Argumentando que princípios orientam todo o ordenamento jurídico, defende-se, em muitos casos, a desnecessidade de legislação específica para proteção de tais direitos, como se o fato de haver princípios que versam abstratamente sobre esse tema bastasse para assegurar sua efetivação. Esquece-se de que, por serem abstratos, os princípios, sem que sejam devidamente regulamentados, podem também acabar conferindo plena liberdade a setores específicos de decisões para a tomada de medidas que deveriam estar ao alcance de todos aqueles aos quais elas se aplicam. É o que ocorre com as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para a garantia de direitos fundamentais, em especial, das minorias como as populações indígenas. Então, como efetivá-las ante a ausência de regras sobre sua aplicação?⁸ .

Essa lacuna legislativa não dá segurança jurídica à garantia dos direitos especificados na tutela concernente à CIDH. A competência da CIDH, recentemente reconhecida pelo Brasil, atribuiu àquele órgão a possibilidade de julgar o país por ações que tenha cometido e que podem envolver desrespeito a Direitos Humanos, mas cabe ao próprio país determinar o modo de aplicar as sentenças. Contudo, a ausência de legislação nacional nesse sentido deixa ampla margem de discricionariedade ao Estado, que pode, em nome de princípios que considerar prioritários, deixar de aplicar a sentença na sua inteireza ou se escusar de tal aplicação pela ausência de legislação doméstica apropriada, ficando o tutelado à mercê da boa vontade de governantes, sem as devidas e apropriadas garantias.

3. Justificativa

3.1. *Direito à Justiça, Justo Processo e Eficiência da Corte Interamericana na Garantia dos Direitos Humanos*

O sistema internacional de proteção dos direitos humanos constitui o legado maior da chamada “Era dos Direitos”, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional Contemporâneo⁹.

8 JAYME, Fernando G. Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 90.

9 Thomas Buergenthal, prólogo do livro de Antônio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*, p. XXXI. No mesmo sentido, afirma Louis Henkin: “O Direito Internacional pode ser classificado como o Direito anterior à 2ª Guerra Mundial e o Direito posterior a ela. Em 1945, a vitória dos aliados introduziu uma nova ordem com importantes transformações no Direito Internacional” (Louis Henkin et.al., *International law: cases and materials*, p.3).

Norberto Bobbio descreve que, os direitos humanos não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas¹⁰. Para Hanna Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução¹¹. Refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.

No entendimento de Joaquim Herrera Flores¹², os direitos humanos compõe uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana. Invocando uma plataforma emancipatória voltada à proteção da dignidade humana, que para Carlos Santiago Nino, os direitos humanos são uma construção consciente vocacionada a assegurar a dignidade humana e a evitar sofrimentos, em face da persistente brutalidade humana¹³.

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana. Em que o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça: a raça pura ariana, que para Ignacy Sachs¹⁴, o século XX foi marcado por duas guerras mundiais e pelo horror absoluto do genocídio concebido como projeto político e industrial.

É nesse cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea, no momento em que, os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis pela lógica da destruição, pensamento este condenável pelo valor à pessoa humana, necessário a reconstrução dos direitos humanos como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável.

10 BOBBIO, *op. cit.*, p.32

11 ARENDT apud LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo : Companhia das Letras, 1991. p.134.

12 HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência. *A Sequência*, Florianópolis, v. 23, n. 44, 2002. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 24.03.2015. p.7.

13 NINO, Carlos Santiago. *The ethics of human rights*. Oxford : Clarendon Press, 1993. p.4

14 SACHS, Ignacy. O desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos. *Estud. Av.*, São Paulo, v.12, n. 33, May/Aug. 1998. p.149.

Essa barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do direito. Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a reconstrução destes direitos.

E a perspectiva nazista, derrotada, evidenciou a inviabilidade de se admitir a soberania plena de uma nação guiada pelo Estado de Direito, pois a Declaração Universal conseguiu introduzir com o imprescindível grau de universalismo, um rol de direitos pautados sobre o mesmo valor que é a dignidade da pessoa humana imprescindível para garantir que o Estado não seja o soberano absoluto na forma de tratamento para com seu nacional, mas garanta a toda Sociedade Internacional o papel importante para a tutela desses direitos.

Thomas Buergenthal descreve que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra e seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos na Era de Hitler e à crença de que parte dessas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse¹⁵.

Cada Estado que adere ao sistema internacional de proteção admite a possibilidade de que uma instância internacional exerça sobre ele o controle de legalidade do núcleo duro dos direitos humanos, desfazendo assim, a teoria da soberania absoluta, desenfreada e desmedida do Estado.

Assim, dentro de uma nova ótica de tutela dos direitos garantidos a todos os cidadãos devidamente reconhecidos pela Sociedade Internacional, estes nascem livres e iguais em oportunidades e direitos, tornando inevitável garantir a hipótese do Estado violar os direitos de seus nacionais, em que possibilitar-se-á recorrer a uma esfera internacional que pudesse intervir na salvaguarda das normas impostas pela Declaração Universal e pelos pactos e tratados decorrentes de suas diretrizes. Além disso, há um sistema global de proteção dos direitos humanos capitaneado pela Organização das Nações Unidas para propiciar maior grau de fiscalização desses direitos e possibilitar uma proteção mais eficaz por intermédio de medidas sancionatórias atribuídas a esses sistemas, demonstrando que existe uma nítida relação de causa e efeito do reposicionamento de cada sujeito de direito na Sociedade Internacional, cuja efetividade somente pode ser concretizada se concebida a relativização da soberania do Estado, mérito outorgado, inexoravelmente, à Declaração Universal de 1948.

15 Thomas Buergenthal. *International human rights*, p. 17 Para Henkin, por mais de meio século, o sistema internacional tem demonstrado comprometimento com valores que transcendem os valores puramente "estatais". Notadamente os direitos humanos tem desenvolvido um impressionante sistema normativo de proteção desses direitos. (*International law*, p.2).

Nesse sentido, há um reencontro com o pensamento kantiano com as ideias de moralidade e dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant as pessoas, em geral qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, para ser arbitrariamente utilizado para este ou aquele propósito. Os objetivos tem um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamados “coisas”, que são por outras equivalentes, enquanto que, os seres racionais são chamados de “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, tem um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados em si como meios, porque as pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco.

Para Kant, a autonomia¹⁶ é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional e a ideia de liberdade está intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade que é fundamento de todas as ações dos seres racionais¹⁷. Assim, o imperativo categórico universal, determina apenas que haja uma forma máxima, capaz de converter-se ao mesmo tempo, em uma lei universal.

4. Objetivos

Evidenciar que o esforço de reconstrução dos direitos humanos do Pós-Guerra, há de um lado, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de outro, a emergência da nova feição do Direito Constitucional ocidental, aberto a princípios e a valores, em ênfase no valor da dignidade humana.

Nesse sentido, no âmbito do Direito Internacional, começa a ser delineado o sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, para proteger os direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criação de um aparato internacional de proteção de direitos.

Um sistema supranacional como o sistema interamericano de tutela dos direitos humanos significa que o não-cumprimento de uma das obrigações internacionais estabelecidas por ele e em particular na Convenção de São José de Costa Rica gera a responsabilidade da Parte, que tem como consequência a obrigação de reparar integralmente todo prejuízo, tanto material como moral, que a ação ou omissão do Estado tenha causado.

Salientando-se que, a Convenção Americana obriga expressamente os Estados Membros, ou seja, os Estados que se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela

16 As teorias sobre direitos humanos tendem a enfatizar a importância e o valor da autonomia pessoal. (RAZ, J. Rights-based moralities. In: WOOD, Allen (ed.). *Basic writings of Kant*. New York : Modern Library, 2001, p.185-186, 192-193.

17 KANT, Immanuel. Fundamental principles of the metaphysics of morals. In: WOOD, 2001, *ibid.*, p.178.

reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma de acordo com o art. 1º da Convenção, de modo que os mesmos Estados Membros têm de adotar as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer valer tais direitos e liberdades, se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 1º não estiverem já garantidos pelas disposições legislativas ou de outro caráter, conforme art. 2º da Convenção de Direitos Humanos.

Por isso mesmo, os Estados Membros têm de remover todos os obstáculos que possam existir para que as pessoas possam desfrutar plenamente os direitos que a Convenção assegura, uma vez que é dever deles organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas por meio das quais se manifesta o exercício do Poder Público, de tal maneira que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos¹⁸. A partir dessas premissas, consideramos que delas derivam as consequentes obrigações que se impõem aos Estados Membros implementar mecanismos que assegurem ao cidadão uma tutela judicial eficaz dos seus direitos.

Em relação ao princípio da tutela judicial efetiva, a mesma Convenção estabelece solenemente o direito de toda pessoa a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz o tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido antecipadamente pela lei, na formalização de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para a determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter de acordo com o art. 8.1 da Convenção e o direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso eficaz diante os juízes ou tribunais competentes, que a ampare contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, ainda que tal violação seja cometida por pessoas que atuem em exercício de suas funções oficiais nos termos do art. 25 da Convenção.

A conexão entre essas disposições da Convenção é clara e expressamente reconhecida pela mesma Corte Interamericana na maior parte de sua jurisprudência, em relação à proteção judicial: em particular, o art. 25 se encontra intimamente ligado à obrigação geral do art. 1.1 da Convenção Americana na atribuição de funções de proteção, ao direito interno dos Estados Membros, do qual se deduz que o Estado tem a responsabilidade de criar e consagrar normativamente um recurso eficaz e também de assegurar a devida aplicação de dito recurso por parte das suas autoridades judiciais.

Igualmente, a Corte deixou claro que para que se preserve o direito a um recurso eficaz nos termos do art. 25 da Convenção é indispensável que tal recurso seja tramitado conforme as regras do devido processo, consagradas no art. 8 da Convenção.

18 PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones constitucionales*, p. 184.

A Corte Interamericana sustentou que o art. 25 “constitui um dos pilares básicos não somente da Convenção Interamericana senão do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção”¹⁹.

Seus conteúdos são muito característicos porque determinam expressamente que a garantia que seja estabelecida tem que ser “jurisdicional”, isto é, o Estado-Membro tem que escolher as medidas oportunas para fazer valer os direitos entre os instrumentos judiciais. Tal garantia encontra-se tutelada em cada uma das fases do processo, ou seja, no momento da interposição, como durante o desenvolvimento do processo e no cumprimento das decisões como se entende das letras a, b, c, da disposição citada.

Por essa razão, são impostas algumas qualificações ao “recurso judicial”, que deve ser “simples, rápido, eficaz”; ainda que possa parecer que cada uma dessas qualificações seja suficiente para cumprir a obrigação do art. 25, a mesma Corte em sua atividade consultiva e jurisdicional se ocupou de esclarecer que tem os três requisitos ao mesmo tempo, isso sem definir quais são os elementos necessários para determinar a simplicidade e a rapidez; com relação à eficácia, a posição da Corte em seus pronunciamentos, não somente em relação ao art. 25, mas também em relação aos arts. 1.1. e 8 nos parece ser mais abundante e clara, afirmando:

“Para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto pela Constituição ou pela lei ou que seja formalmente admissível, senão é necessário que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados eficazes aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios”.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judicial carece da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltam os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como acontece quando se incorre no retardo não justificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.

Essas três disposições, em seu conjunto, contribuem para determinar quais são os mecanismos para que se tenha o controle e a proteção dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana e permitem caracterizar quais são os recursos eficazes considerados necessários para proteger os direitos sem o prejuízo da existência de mecanismos de controle subsidiários no âmbito internacional, que só podem ser predispostos pelo Estado nacional.

19 ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Direito Internacional, p.149-150

Cabe precisar que, em nossa opinião, as instituições processuais que atuem como procedimentos simples e breves e que tenham por objetivo a tutela dos direitos fundamentais, não necessariamente se identificam somente com o recurso de amparo entendido em um sentido clássico, de acordo com a Constituição do México de 1857²⁰, porque o amparo não seria o único recurso que poderia ser estabelecido na organização interna dos Estados para cumprir com as obrigações da Convenção.

De fato, nos parece ser correto sustentar como parece fazer o mesmo a Corte em seus pronunciamentos que o art. 25 tem um significado muito amplo e não só consagra o direito a um recurso simples, rápido e eficaz que se identifique com o amparo, senão que também o direito a outros recursos, diferentes, dentre os quais consideramos que devem estar os processos criminais para investigar delitos que implicam uma violação de um direito humano e todos os demais recursos necessários para garantir quaisquer direitos tutelados no sistema supranacional, como o Habeas Corpus e, em particular no Chile, o recurso de Proteção.

Segundo a interpretação que propomos, no sistema interamericano não se deseja vincular a proteção dos direitos humanos garantidos pela Convenção apenas a uma tipologia de recurso judicial, ou seja, ao modelo do amparo, senão que se deixaram as portas abertas a todas as medidas judiciais que alcancem as características da simplicidade, rapidez, eficácia e as características do devido processo e permitem ao Estado cumprir suas obrigações internacionais.

Sob essa perspectiva, se o art. 1.1 propusesse tais obrigações de modo geral, o art. 8 tutelaria especificamente o direito ao devido processo entre os demais direitos humanos protegidos pela Convenção, e o art. 25 estabelecería o correspondente direito à tutela judicial eficaz, rápida e simples como garantia concreta a todos os direitos fundamentais, sejam proclamados ou reconhecidos pela Constituição, pelas leis nacionais ou mesmo pelo Pacto de São José.

5. A Atuação da Corte Europeia de Direitos Humanos e a Garantia dos Direitos Indígenas no Contexto Internacional

O sistema europeu de tutela dos direitos fundamentais foi desenvolvido pela Convenção Europeia para salvaguardar os Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - CEDH, assinada em Roma em 1950, que pelo menos foi capaz de realizar um perfeito compromisso entre as exigências soberanas dos Estados e as exigências dos indivíduos porque impôs um sistema absolutamente original com relação às concepções clássicas do direito internacional e em particular ao vínculo de reciprocidade entre as Partes.

20 PÁDUA, Antônio de Maia e. Supervisão e cumprimento das sentenças interamericanas. *Cuestiones Constitucionales*, p. 191

Esse tratado é o êxito fundamental do Conselho da Europa, já que nele são definidos os direitos e liberdades que os Estados Membros se comprometem a garantir a toda pessoa que pertença a sua jurisdição entre eles, o direito à vida, à proteção contra a tortura e outros subumanos, à liberdade e à segurança, a um processo justo, ao respeito à vida privada e familiar, ao respeito à correspondência, à liberdade de expressão incluída a liberdade de imprensa, de pensamento, de consciência e de religião.

Desde 1950 até hoje, a Convenção teve muitas modificações e alguns adendos para especificar os direitos protegidos e tornou sempre mais relevante o papel do indivíduo, uma vez que o cidadão já pode alcançar uma posição de paridade em relação aos Estados Membros perante o órgão principal de todo o sistema: o Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A função principal desse tribunal é assegurar o respeito aos compromissos estabelecidos para as Altas Partes Contratantes da Convenção segundo as condições e os limites que ela define.

Trata-se, de fato, de um tribunal que intervém somente em extrema *ratio*, ou seja, eventualmente e subsidiariamente, uma vez que esgotadas todas as vias internas em cada Estado de proteção, segundo como estabelece o art. 35, inciso 1, CEDH.

Trata-se, principalmente, de uma tutela declarativa que é dirigida a verificar a violação dos direitos de pessoas físicas, associações ou grupos, Estados Membros, e que pode ser dirigida contra comportamentos, atos administrativos, atos normativos e judiciais de um dos membros da Convenção; além disso, se caracteriza em particular depois da aprovação do Protocolo 11 pela expressa possibilidade de propor um recuso individual sem intervenção prévia da Comissão ou do Estado, o que faz da Corte Europeia de Direitos Humanos muito parecida a uma jurisdição de última instância.

A regra do “esgotamento prévio dos recursos internos”, válida tanto para a jurisdição do Tribunal Europeu como para a generalidade dos sistemas de tutela supranacionais, encontra uma explicação e ao mesmo tempo um fundamento na obrigação dos Estados de cumprir com o art. 13, o qual confere a toda pessoa o direito a um recurso efetivo perante uma instância nacional, inclusive quando a violação aos direitos ou liberdades tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício de suas funções oficiais.

Dessas normas pode-se deduzir certa “complementaridade” entre o sistema supranacional e as organizações nacionais com o fim comum da tutela dos direitos fundamentais concentrado sobre a figura do “sujeito tutelado”.

Seria uma complementaridade requerida pelo mesmo sistema porque a Convenção parece referir-se diretamente ao juiz nacional, o qual é e sempre permanece como o principal órgão que tutela os direitos fundamentais e, por isso, é quem deve aplicar o direito convencional.

De fato, o cidadão membro de um dos países do Convênio Europeu goza do direito de ter acesso à justiça, tutelado pelo art. 6 da CEDH, que define o *minimum* das garantias da pessoa em relação ao exercício da jurisdição: trata-se, sinteticamente, do direito a um juiz imparcial, que opera em um processo equitativo e com duração razoável. Este é configurado como um direito subjetivo válido para toda situação subjetiva, também a de direito nacional, sem limitações e distinções entre cidadãos, estrangeiros ou apátridas; além disso, esse mesmo direito está expressamente reconhecido seja a favor do sujeito interessado na resolução de uma controvérsia jurisdicional civil, seja à parte de um processo penal.

O que pode ser garantido por meio deste enunciado é não só o direito a um juiz “justo” ou a um processo “justo”, mas também à possibilidade de “ter acesso ao juiz” que constitui a premissa de qualquer garantia dos procedimentos jurisdicionais; o acesso ao juiz é instrumental à finalidade de obter uma decisão jurisdicional embora se possa ter uma decisão de forma e não de fundo, por meio de um procedimento que comporte escutar as partes da controvérsia. Está implícito no acesso ao juiz, também o direito à “coisa julgada” ou à execução das decisões jurisdicionais.

O direito de ter acesso à jurisdição não exclui a possibilidade de prover algumas fases não jurisdicionais no procedimento, sob a condição de que não substituam ou obstam os remédios jurisdicionais, mas que sirvam para completá-los e fazê-los mais eficazes. Igualmente, deve ser concebido o assunto da pluralidade de graus de juízo, os quais não são indicados taxativamente pela Convenção nem pela Corte em sua jurisprudência, mas devem respeitar as garantias do art. 6 em seu complexo.

A posição do Tribunal Europeu no contexto da proteção dos direitos fundamentais é complicada pelas relações que, necessariamente, devem instaurar com a organização da Comunidade Europeia que concorre na mesma função, mediante a atividade de seus órgãos e, de modo particular, de sua jurisdição²¹.

De fato, foi o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de Luxemburgo, em sua própria jurisprudência antes que qualquer acordo entre as partes, que revelou como insuficiente a ideia de tutelar somente direitos e liberdades conexos com as finalidades de integração econômica, a qual se encontrava no Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.

Por essa razão, houve as modificações aportadas com o Tratado de Maastricht por meio do qual a União Europeia se obrigava a respeitar os direitos fundamentais considerados como princípios gerais do direito comunitário e, em particular, o art. 6.2 do Tratado Amsterdã, o qual, de maneira explícita e incontrovertível, afirma:

21 ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Direito Internacional, p. 159.

“A União respeitará os direitos fundamentais tal e como eles são garantidos no Convênio Europeu dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais assinado em Roma no dia 4 de novembro de 1950, e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados Membros como princípios gerais do Direito Comunitário”.

Em consequência, temos que no contexto europeu existem duas jurisdições, dois tribunais supranacionais, duas estruturas com finalidades diferentes, que exercitam a mesma tutela talvez realmente para os mesmos direitos fundamentais e sobre a base do mesmo parâmetro, ou seja, a Convenção de Roma de 1950.

No primeiro período o Tribunal de Justiça, superando os limites de sua própria competência e ingressando no território da CEDH, ignorou a jurisprudência já consolidada do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, sucessivamente teve de enfrentar a necessidade de instaurar relações dinâmicas com a outra jurisdição.

Em muitas de suas decisões o Tribunal de Luxemburgo tem demonstrado a tendência a uma maior atenção à jurisprudência de Estrasburgo²², apesar de nem sempre haver uma coincidência de pontos de vista e de, frequentemente, haver contrastes e contradições.

Uma ulterior forma de integração entre os sistemas supranacionais de tutela dos direitos fundamentais e entre estes e os sistemas nacionais de cada Estado da União Europeia foi possível depois da proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em ocasião do Conselho da Europa de Niza em dezembro de 2000.

Embora, em sua gênese, esse documento tenha sido concebido com puro significado político simbólico, primariamente “compilador” dos elementos comuns das tradições constitucionais dos Estados Membros, a sucessiva introdução desse instrumento em um dos artigos do Tratado que institui uma Constituição para a Europa, assinado em Roma no dia 29 de outubro de 2004, faz com que seja inevitável e comprovado que essa declaração de direitos possa assumir uma força jurídica vinculante desde o momento em que entrar em vigor a Constituição Europeia.

A discussão acerca de direitos indígenas compreendendo os sistemas jurídicos de povos indígenas, no Brasil, ganhou novos contornos a partir da Constituição de 1988, especialmente, por deixar evidente que se deve levar a sério a diversidade cultural, rompendo, pelo menos na “inscrição” com o descompromisso político institucional.

A atual Constituição, ao reconhecer aos povos indígenas o direito à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, afirmou o direito dos povos nativos à diferença, forjado pela existência de diversidades culturais, rompendo o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o ordenamento jurídico brasileiro.

22 ANDRADE, Isabela Piacentini. A execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Revista Brasileira de Direito Internacional, p. 162.

A conquista histórica dos direitos na Constituição promulgada em 1988 mudou substancialmente o destino dos povos indígenas do Brasil. De transitórios e incapazes passaram a protagonistas, sujeitos coletivos e sujeitos de direitos e de cidadania brasileira e planetária.

No entanto, quanto ao direito dos povos indígenas de manter seus próprios sistemas de justiça ou, em outras palavras, seus próprios Direitos ainda não houve a quebra dos antigos padrões; o presente guarda continuidades com o passado, no qual a ordem institucional e jurídica subjugava os povos indígenas. Hoje, como antes, os direitos diferenciados dos povos indígenas não são respeitados.

No Brasil, ainda que a legislação infraconstitucional através do Estatuto do Índio²³ “tolere” para utilizar a expressão da lei, através da aplicação das normas indígenas²⁴ de forma secundária quando a lei for omissa ou inferior desde que não contrarie as normas estatais, os tribunais, mesmo em delitos praticados dentro das terras indígenas e entre indígenas, têm-se considerado pertinentes para o julgamento. Afinal, direitos não podem ser tomados via tolerância, devem ser respeitados sempre!

Em outros países da América Latina, a situação dos povos indígenas não é diferente do que ocorre no Brasil. No caso do Paraguai a situação que se pretende analisar no momento apesar do reconhecimento de direitos formais pela Constituição, as violações das formas de vidas diferenciadas e dos próprios sistemas jurídicos desses povos são constantes.

O Direito, assim como a lei, é uma construção histórica, resultado da atividade humana e, nesse sentido, sujeito às lógicas da história e do poder, constituindo-se, desse modo, em espaço privilegiado de manobras, isto é, de inclusão versus exclusão, de legitimidade versus ilegitimidade, de Direitos versus usos e costumes (direito consuetudinário). Criam-se, assim, discriminações jurídicas, manifestações do colonialismo interno e das constantes tensões entre colonizadores e colonizados, espaço em que o estatal é hegemônico diante do não estatal.

Nesse sentido, o uso de expressões como direito consuetudinário, usos e costumes ou resolução alternativa de conflitos de nenhuma maneira assegura a real coexistência de Direitos em situação de igualdade; ao contrário, ao dizer que as formas de jurisdição e administração de justiça são válidas sempre que não sejam contrárias à Constituição ou

23 O projeto referente ao novo Estatuto do Índio tramita no Congresso nacional há mais de 21 anos. Aliás, é hora de pensar em criar um Estatuto dos Povos Indígenas com a participação dos interessados, assim se evitariam as equivocadas interpretações do estatuto que mesmo vigente foi “anulado” pela Constituição brasileira de 1988.

24 Diz o Estatuto do índio: “Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte” Conferir: BRASIL. Lei Nº. 6.001/1973. Disponível em <http://www.presidencia.gov.br/legislacao>.

às leis limita-se a inclusão do Direito indígena e predefine-se o controle e a subordinação. Nas entrelinhas o Estado expressa monopólio da norma jurídica, mostrando quão longe se está do autêntico pluralismo jurídico, uma vez que mantém o direito indígena subordinado ao direito estatal. O colonialismo jurídico a que estão submetidos os povos indígenas demonstra a incapacidade de coexistência na diversidade, tanto política como social e jurídica.

Apesar do reconhecimento formal da diferença dos povos indígenas na Constituição brasileira, a violação de direitos ainda se faz sentir e as situações de fricções *interjudiciais*²⁵ se fazem presentes no cotidiano Latino Americano. A expressão refere-se à contraposição do Direito indígena ao Direito estatal, sob o “sistema interétnico” forjado pela tensa convivência entre duas populações vinculadas por interesses diametralmente opostos; a insubordinação do Direito indígena revela a instabilidade do sistema.

Mostra-se, no entanto, que existem mecanismos internos e/ou externos que garantem a efetivação da diferença não como desigualdade, e sim como oportunidade de auto-determinação desses povos, especialmente pela capacidade de mobilização do movimento indígena.

6. Conclusões

Os Direitos Humanos dispõem de um conjunto de direitos inerentes ao cidadão que resultam de um processo permanente de evolução, desenvolvimento e consolidação, guardando entre si a indivisibilidade, a interdependência e a universalidade.

Rever a história da construção dos direitos humanos ao longo do processo de desenvolvimento é essencial à tutela dos direitos fundamentais, em caráter universal, levando em consideração o advento da Declaração Universal de 1948, em que o indivíduo foi inserido em um novo contexto junto à Sociedade Internacional, sendo evidenciado como o pleno sujeito de direitos.

Os direitos humanos se consolidaram com a segunda guerra mundial, tornando-se consagrados nos planos normativos como objeto de demandas sociais, que pleiteavam a proteção não apenas dos direitos individuais, mas, sobretudo, de toda sociedade. Para tanto, havia a necessidade da construção de sistemas internacionais que promovessem e

25 Conforme explica Moreira (2005), o conceito de “fricção interjudicial” foi inspirado no conceito de “fricção interétnica” de Cardoso de Oliveira (1972). Segundo este autor, fricção interétnica refere-se ao “... ao contato entre grupos tribais e segmentos da sociedade brasileira, caracterizados por seus aspectos competitivos e, no mais das vezes, conflituosos, assumindo esse contato muitas vezes proporções totais; i. e., envolvendo toda a conduta tribal e não-tribal que passa a ser moldada pela situação de fricção interétnica” (1972: 128. Grifos no original.) Conferir: CARDOSO OLIVEIRA, Roberto. O índio e o mundo dos brancos. Uma interpretação sociológica da situação dos Tukúna. 2ª ed. São Paulo, Livraria Pioneira Editora, 1972.

garantissem os direitos humanos de modo a torná-los valores universais e devidamente observado pelos ordenamentos internos.

A orientação hegemônica liberal, por sua vez, a partir de uma fundamentação teórica mais elitista e pluralista, baseada, por sua vez, no conceito negativo de liberdade, veicula um modelo de democracia procedimental, a princípio, representativo e liberal, mas que, em última instância, tem objetivos gerenciais para a garantia de uma governança global capitalista. Assim, há a total proeminência da dimensão procedimental de democracia, mesmo que, posteriormente ela venha a facilitar a implementação das outras dimensões, participativa e social. Diferentemente desse posicionamento, advoga-se, de forma contra-hegemônica o estabelecimento de um círculo virtuoso e necessário, entre os aspectos formal, participativo e social. Da mesma forma, os direitos fundamentais seriam, garantidamente, os direitos civis e políticos, ou seja, os já consagrados direitos da liberdade, essa, negativamente defendida. A terceira geração dos direitos humanos, o direito ao desenvolvimento, também sofre uma redução no seu conteúdo, estando quase sempre associado a critérios como o crescimento do PIB apenas. A segunda questão versa sobre o tipo de relação entre a democracia, os direitos humanos e ordem internacional. Há uma tendência, ainda dominante, mas que já vem encontrando resistência dos fóruns mundiais, a exemplo do famoso relatório de 2000 do PNUD e da própria Carta Democrática da OEA. É a tendência de se separar democracia, direitos humanos e desenvolvimento. Caso ainda mais facilitado pela experimentação, nos dias de hoje, do chamado “estado de exceção permanente” que permite a restrição de direitos humanos, seja tanto no âmbito interno quanto externo, a fim de se enfrentar situações de conflito. É interessante e contraditório o que se consegue depreender dos discursos que legitimam as recentes invasões americanas quando neles se restringe a democracia, ou o próprio Estado de Direito, interno e internacional, alegando-se a proteção da mesma democracia. Algumas das teorias contra-hegemônicas de autores neogramscianos como Craig Murphy e Robert Cox, além de Stephen Gill, representam um tipo específico de abordagem e levam à consideração da democracia como um conceito dinâmico a ser estabelecido em cada realidade de Estado, não correspondendo, diretamente, nem sequer a uma modalidade republicana, ou muito menos liberal. Essa concepção de democracia, entretanto, deve atender a requisitos essenciais: a presença de um círculo virtuoso entre os aspectos procedimental, participativo e social da democracia, capaz de manter um canal aberto e transformador com as diversas dimensões da sociedade civil até no plano transnacional; e uma relação necessária entre a democracia, os direitos humanos e a perspectiva do desenvolvimento.

Todos, entretanto, munidos de um significado mais estendido, já apresentado. Reconhece-se, também, e esse dado é fundamental, que cada sociedade deve encontrar o seu modelo a partir das premissas elencadas. O mais importante é que os canais de comunicação entre o Estado e a sociedade civil, interna e transnacionalmente, também favorecidos

pelas organizações internacionais, devem ser mantidos abertos, a fim de que se estabeleça uma dinâmica “de baixo para cima”, capaz de constituir um espaço público verdadeiramente representativo dos diferentes elementos de poder. Este espaço público renovado é a arena necessária, em uma perspectiva nacional, para a formulação de consensos que irão viabilizar, por sua vez, a efetivação de escolhas realmente democráticas, para a construção de significados para a atuação das diferentes esferas do poder público, inclusive do Judiciário, na busca de efetivação e realização dos Direitos Humanos, na sua amplitude máxima e possível.

Salientando-se que, os desafios da justiça internacional em matéria de direitos humanos estabelece também um marco na tensão entre o direito da força e a força do direito, dificultando assim, a construção efetiva dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito.

Como observa Norberto Bobbio, a garantia dos direitos humanos no plano internacional só será implementada quando uma “jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra os Estados e em defesa dos cidadãos”²⁶.

Assim, a análise das normas e do Sistema Europeu de Direitos Humanos, o direito de acesso à justiça está garantido ao mesmo tempo em duas diferentes sedes e em um nível duplo na perspectiva comunitária, por um lado, os indivíduos podem ter acesso diretamente às instituições jurisdicionais da União Europeia como o Tribunal de Primeiro Grau e Tribunal de Justiça da Corte Europeia e por outro lado, os juízes nacionais podem tutelar diretamente as situações jurídicas subjetivas de direito comunitário; em outra perspectiva, a da Convenção, ao acesso direto à jurisdição é somada à possibilidade de uma aplicação direta das normas convencionais em virtude de cláusulas muito amplas presentes nas Constituições nacionais que permitem conceber diversamente o direito supranacional na hierarquia das fontes do direito e de suas interpretações por parte da Corte nos processos internos de cada Estado.

Esta última possibilidade é a que a doutrina europeia considera como a mais importante para uma integração entre as organizações estatais e as nacionais: a jurisprudência da Corte de Estrasburgo é configurada como o meio pelo qual é possível criar uma uniformidade de interpretação dos direitos humanos em toda Europa.

Além disso, segundo a tese de Peter Häberle que parte da imposição filosófica de Karl Raimund Popper, o direito internacional é “direito universal da humanidade” e a interpretação dos direitos fundamentais é necessariamente “um desafio aberto” para usar a expressão de Ralf Dahrendorf e permite o nascer de uma comunidade “transnacional”

26 BOBBIO, 1992, *op cit.*, p.25-47.

entre os intérpretes dos direitos humanos, ou seja, um “direito comum” das liberdades fundamentais.

Parece-nos impossível que tais objetivos possam ser conseguidos sem uma cooperação entre os estudiosos e uma integração das jurisprudências, mas o que queremos destacar nesta investigação científica é que poderia ser igualmente útil aproximar os diferentes sistemas de tutela o máximo possível. Para isto serve a comparação, para que seja possível ver quais são os mecanismos que melhor garantem uma tutela eficaz e quais são os que faltariam ou que seria útil introduzir.

A ausência de um acesso “indireto” ao sistema europeu, o qual, contrariamente, é uma previsão crucial do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, parece-nos um dado sobre o qual seria útil refletir.

Não é um caráter sem relevância nesse sistema e no contexto dos Estados latino-americanos, onde a violação de direitos humanos mais comum é a impunidade daqueles que foram responsáveis por abusos contra a humanidade e contra pessoas que não puderam porque a morte lhes impediu de fazê-lo usufruir as tutelas da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos que, mesmo que existissem, não tinham reconhecimento adequado.

A competente doutrina põe em evidência que, apesar de a execução das sentenças do órgão jurisdicional por ambos os sistemas europeu e interamericano ser algo que o Estado tenha de cumprir e não mais que isso, a Corte Interamericana em algumas sentenças importantes condenatórias dispôs uma indenização econômica para as vítimas, se pudesse superar o obstáculo da falta de normas internas que regulamentem o cumprimento das recomendações da Comissão e das sentenças da mesma Corte outra doutrina se refere em particular aos citados casos por todas as considerações que precedem, pode-se concluir que existem elementos suficientes para uma comparação entre os dois sistemas analisados porque, apesar das diferentes histórias e das configurações singulares, apresentam muitos pontos de contato e muitas semelhanças e se aproximam mais quando parecem estar distantes.

As políticas estatais de caráter universal não tem sido suficientes para a redução da desigualdade social e a exclusão cultural, causando um impacto desproporcionalmente lesivo as minorias e aos grupos vulneráveis, contribuindo para a reprodução e o aprofundamento dos mecanismos de hierarquização existentes na sociedade.

Os objetivos previstos no art. 3^a da CRFB/88, de que são exemplos a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução de desigualdades sociais e regionais, só poderão ser atingidos se os Poderes Públicos levaram em conta a diminuição das desigualdades desde os pontos de partidas. Em outras palavras, não adianta esperar os resultados da implementação de uma política pública se as condições para a fruição dos direitos que ela vem garantir não forem oferecidas aos grupos mais vulneráveis.

Assim, é preciso levar em conta que o status na sociedade pluralista, como diria Fraser, não pode ser reduzido a uma questão de classe. Outros fatores, além da má distribuição dos recursos econômicos, contribuem para um tipo de injustiça como a exclusão por razões de não reconhecimento das diferenças culturais.

Se o objetivo é combater as desigualdades sociais e promover o reconhecimento do direito à diferença, as políticas universalistas determinadas pelos representantes eleitos pelo povo devem conviver com a implementação de mecanismos de proteção diferenciados que garantem o respeito a grupos vulneráveis, o reconhecimento de sua participação na sociedade em igualdade de condições com os grupos majoritários e a distribuição mais justa dos recursos de poder e bens socialmente produzidos.

Trata-se da dupla dimensão da justiça, segundo a qual somente a redistribuição somada ao reconhecimento produz a realização da igualdade em seu sentido mais amplo, visando maior proteção possível às minorias, em especial aos povos indígenas, assegurando maior efetividade de Direitos àqueles que estiveram em sua grande parcela à margem do processo de desenvolvimento social, político e econômico.

Por fim, a fruição dos Direitos Humanos proclamados formalmente numa Constituição ou num Tratado Internacional não ocorre factualmente em espaços políticos que não sejam democráticos. E de nada serve uma Constituição que não seja sentida, vivida e praticada pela população e pelas autoridades constituídas. Logo, o pleno gozo dos Direitos Humanos depende, no dia-a-dia, da capacidade de participação política e cidadã da população para a construção de uma sociedade efetivamente democrática.

7. Referências

- ALBUQUERQUE MELO, Celso. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2.ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos Indígenas y Derechos Constitucionales en América Latina: un panorama**. 2ª Ed. Versión eletrônica, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Dicionário de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1994.

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. 5. tir. Rio de Janeiro: Elsevier; Campus, 2004.
- CONTI, Irio Luiz (Coord.) **Direito Humano à Alimentação Adequada**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- HENKIN, Louis et. al. **International Law, Cases and Materials**. 5th. ed. New York : West, 2009. (American Casebooks Series).
- IKAWA, Daniela (Coord.) **Direitos Humanos – Fundamentos, Proteção e Implementação – Perspectivas e Desafios Contemporâneos**. Vol. II. Curitiba: Juruá Editora, 2008.
- JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma História das Idéias Jurídicas da Antiguidade Clássica a Modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.
- LEITE, Jose Rubens Morato. (Orgs.) **Os “Novos” Direitos no Brasil: Natureza e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. **Direito internacional americano**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SANTILLI, Juliana. In PIOVESAN. **Direitos Humanos – Fundamentos, Proteção e Implementação – Perspectivas e Desafios Contemporâneos**. Vol. II. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 341.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Direitos humanos e desenvolvimento: evolução e perspectiva do direito ao desenvolvimento como direito humano. Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997. V.2. p. 261-329.

- _____. **O estado e as relações internacionais: o domínio reservado dos estudo na prática das nações unidas e organizações regionais.** Brasília: Universidade de Brasília, 1979.
- _____. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.
- _____. **O esgotamento de recursos internos no direito internacional.** 2.ed. atual. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil.** 2.ed. Brasília: UnB, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA JR, Hédio. **Direito de igualdade racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização.** Rio de Janeiro: editora Record, 1997.
- OEA. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Relatórios anuais. Disponíveis em: <http://www.cidh.org>, acessado em 15 de maio de 2015.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Carta da OEA.** Assinada em Bogotá, Colômbia, em 30 de abril de 1948. aprovada pelo Brasil através do Decreto Legislativo 64, de 1949. Promulgada em 1951.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Pacto de San José da Costa Rica. Adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José em 1969. Aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 27, em 1992. Promulgada pelo Decreto Executivo 678, de 1992.
- RESEK, José Francisco. **Direito internacional público.** 9.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROBLES, Gregorio. **Los derechos fundamentales y La ética en la sociedad actual.** Madrid: Civitas, 1992.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Direitos fundamentais e direito comunitário: por uma metódica de direitos fundamentais aplicada às normas comunitárias.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOMUSCHAT, C. **Human Right: Between idealism and realism.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas.** Brasília: Universidade de Brasília.

WATSON, Adam. **A evolução da sociedade internacional: uma análise histórica comparativa.** Brasília: UnB, 2004.

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E DEMOCRACIA: UMA ABORDAGEM NA PERSPECTIVA DO DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU

EDUARDO MARTINS DE LIMA

Graduado em Direito e em Psicologia. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de Minas Gerais e Doutor em Sociologia e Política pela Universidade Federal de Minas Gerais. Atualmente é professor titular II, pesquisador e Reitor da Universidade FUMEC em Belo Horizonte. E-mail: edumlima@fumec.br

PAULO MÁRCIO REIS SANTOS

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado da Universidade FUMEC. Coordenador da Pós-graduação Lato Sensu da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC. E-mail: paulo.marcio@fumec.br

Resumo

O presente estudo tem por objetivo a análise do princípio da subsidiariedade aplicável na União Europeia, tendo como marco teórico as pesquisas desenvolvidas pelo jurista português, Fausto de Quadros. Serão apresentadas as características e os requisitos de aplicação do princípio da subsidiariedade, que é fundamental para o regular funcionamento da União Europeia no que tange à tomada de decisões em nível comunitário. Em uma abordagem democrática, o princípio da subsidiariedade possibilita determinar quando a União Europeia possui a competência para legislar, no aspecto supranacional, contribuindo para a tomada de decisões mais próximas dos cidadãos europeus. Com previsão no artigo 5º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o princípio da subsidiariedade é apresentado junto aos princípios da atribuição e da proporcionalidade, legitimando a sua aplicação em benefício do desenvolvimento do Direito Comunitário Europeu. No âmbito das competências compartilhadas com os Estados-Membros, a União Europeia deve atuar somente quando a sua intervenção proporcionar resultados mais eficientes. A partir de um debate democrático, a atuação subsidiária da União se justificará mediante instrumentos mais adequados e menos onerosos. Apresenta-se como problemática a ausência de critério válido de aferição da legitimidade do princípio da subsidiariedade. Como hipótese, sugere-se a aplicação da teoria neo-institucionalista do processo como instrumento de validade da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Palavras-chave

Democracia; Princípio da Subsidiariedade; Direito Comunitário Europeu.

Resumen

Este estudio tiene como objetivo analizar el principio de subsidiariedad es aplicable en la UE, teniendo como marco teórico de la investigación desarrollada por el jurista portugués, Fausto de Quadros. Será presentado las características y requisitos de aplicación del principio de subsidiariedad, que es fundamental para el buen funcionamiento de la Unión Europea en relación con la toma de decisiones a nivel comunitario. En un enfoque democrático, el principio de subsidiariedad permite determinar en que la Unión Europea tiene la competencia para legislar en el aspecto supranacional, lo que contribuye a hacer más cerca de las decisiones de los ciudadanos europeos. Esperado en el artículo 5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, se muestra junto a los principios de atribución y proporcionalidad del principio de subsidiariedad, la legitimación de su aplicación en beneficio del desarrollo de la legislación comunitaria. Dentro de la competencia compartida con los Estados miembros, la Unión Europea debe actuar sólo cuando su intervención proporcionar resultados más eficientes. A partir de un debate democrático, el papel subsidiario de la Unión se justifica por los instrumentos más adecuados y menos costosas. Se presenta como problemática la ausencia de criterio válido para medir la legitimidad del principio de subsidiariedad. Como hipótesis, se sugiere la aplicación de la teoría neo-institucionalista del proceso como instrumento válido del principio de subsidiariedad.

Palabras clave

Democracia; Principio de Subsidiariedad; Derecho Comunitario Europeo.

1. Introdução

O princípio da subsidiariedade é considerado um elemento preponderante na estrutura da União Europeia. Tamaña é a sua relevância, que encontra previsão no preâmbulo do tratado constitutivo do espaço comunitário europeu¹.

O desenvolvimento das relações jurídicas na União Europeia está baseado no princípio da atribuição, assegurando a atuação da União somente em matérias previstas nos

1 “Resolvidos a continuar o processo de criação de uma União cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões sejam tomadas ao nível mais próximo possível dos cidadãos, de acordo com o princípio da subsidiariedade.”

tratados europeus. É vedada a ação da União fora dos temas convencionados, competindo aos Estados-Membros agirem diretamente.

Das variadas competências atribuídas à União, algumas foram conferidas com exclusividade, competindo, por exemplo, somente a ela regular a união aduaneira, a política monetária na zona do Euro e a política comercial comum. As demais competências são denominadas compartilhadas, tais como, as políticas de mercado interno, o meio ambiente, o transporte, a energia, a agricultura, a segurança e a justiça, dentre outras.

Nos casos de competências compartilhadas entre a União Europeia e os Estados-Membros, apresenta-se, em virtude do princípio da atribuição, o princípio da subsidiariedade. Etimologicamente, o princípio da subsidiariedade tem suas raízes no vocábulo latino *subsidium*, significando ajuda, estímulo ou encorajamento.

O professor Aurélio Buarque de Holanda Ferreira enumera seis conceitos ao termo “subsidiário”:

Subsidiário (si). [Do lat. *subsidiariu.*] *Adj.* **1.** Relativo a, ou que tem o caráter de subsídio: *meios subsidiários; verba subsidiária.* **2.** Que concede subsídio; que ajuda: *instituições subsidiárias da comunidade.* **3.** Diz-se de um elemento secundário que reforça outro de maior importância ou para este converge: *os rios subsidiários do Amazonas; As estradas subsidiárias são indispensáveis ao transporte de mercadorias.* **4.** *P. ext.* De importância menor; secundário, acessório: *Desprezou os pontos básicos para tratar de assuntos subsidiários.* **5.** Que faz parte de, ou é controlado por sistema ou empresa mais poderosa e hierarquicamente superior: *os hospitais e laboratórios subsidiários da Faculdade de Medicina; Os orfanatos são subsidiários da Santa Casa da Misericórdia.* **6.** Que vem em reforço ou apoio do que se alegou ou se estudou: *prova subsidiária; dado subsidiário.* [Fem.: *subsidiária.* Cf. *subsidiaria*, do v. *subsidiar.*] (FERREIRA, 2004, p. 1.887).

A origem do princípio da subsidiariedade está na Antiguidade Clássica. Nesse aspecto, Fausto de Quadros assinala que a concepção do termo da subsidiariedade é anti-quíssima:

Encontramos as primeiras manifestações da ideia da subsidiariedade em Aristóteles, em S. Tomás de Aquino e em Dante. Nos séculos XVIII e XIX, ela seria invocada, embora, na generalidade dos casos, ainda sem uma tentativa de caracterizar a sua substância, por pensadores tão diferentes como Locke, Proudhon, Tocqueville, Stuart Mill, Kant, Ketteler, von Mohl e Jellinek.

Mas seria a Doutrina Social da Igreja Católica que viria a dar construção dogmática à ideia da subsidiariedade, visando, dessa forma, por um lado, contrapor a autonomia do indivíduo ao pluralismo da vida social

às ideologias coletivistas dos finais do século passado e do início deste século, e, por outro lado, combater os excessos do liberalismo, que pretendiam a supressão do papel do Estado na vida social e econômica (QUADROS, 1995, pp. 12-13).

Como se verificará com o desenvolvimento deste artigo, a subsidiariedade a que se refere o princípio se enquadra no segundo conceito trabalhado pelo professor Aurélio Buarque de Holanda.

2. O Objeto do Princípio da Subsidiariedade

Em termos gerais, o princípio da subsidiariedade tem por objeto assegurar parcela de autonomia a uma autoridade subordinada, em face de uma instância superior, ou a um poder local diante do central. Trata-se de distribuição de competências entre diversos níveis, princípio que constitui a base institucional dos Estados federais.

Pela finalidade do princípio da subsidiariedade, ao invés de a comunidade maior praticar determinado ato em preterição da comunidade menor, deve incentivar e ajudar a segunda a programar o ato. Caso a comunidade menor, mesmo com o auxílio da maior, não tenha condições de efetivar o ato, somente nessa circunstância a comunidade maior estaria legitimada a fazê-lo.

Nesse aspecto, Renata Marcheti Silveira destaca que:

A subsidiariedade é um dos aspectos das condições substantivas e procedimentais gerais relativas à legalidade das ações das instituições da Comunidade Europeia.

Esta palavra, provavelmente, foi mais usada que qualquer outra em discussões relativas à Comunidade Europeia em Maastricht. O conceito da subsidiariedade nasceu como panaceia designada a aplacar iniciativas de centralização totalitária e uma ideia latente de uma espécie de federalismo comunitário que, obviamente, não eram desejáveis.

O princípio da subsidiariedade preceitua que nenhum tipo de política, ou ação, deveria ser considerada em nível mais alto de governo que o necessário. Segundo tal princípio, o lugar ideal para a ação, ou efetivação de programas e políticas de governo, é o mais próximo possível do cidadão (SILVEIRA, 2000, p. 43).

Por sua vez, o professor José Alfredo de Oliveira Baracho discorre que:

Oriundo da doutrina social da Igreja, no século XX, o princípio da subsidiariedade preconiza que é injusto e ilícito adjudicar a uma sociedade maior o que é capaz de fazer, com eficácia, uma sociedade menor. [...]

Trata-se de princípio de justiça, de liberdade, de pluralismo e de distribuição de competências, através do qual o Estado não deve assumir por si as atividades que a iniciativa privada e grupos podem desenvolver por eles próprios, devendo auxiliá-los, estimulá-los e promovê-los (BARACHO, 2000, p. 47).

Com semelhante justificativa, Marcel Queiroz Linhares aduz que:

Para o princípio da subsidiariedade, toda atividade tem por escopo auxiliar no desenvolvimento dos componentes do corpo social. A ordem social deve ser encarada pelo princípio da função subsidiária: indivíduo, família e instituições coexistem de forma que o Estado, como consequência da evolução das exigências do indivíduo, somente intervirá quando o indivíduo não puder realizar-se com suas próprias forças (LINHARES, 2000, p. 219).

Como se extrai da Convenção Europeia:

O princípio da subsidiariedade tem por objetivo assegurar uma tomada de decisões o mais próxima possível dos cidadãos, ponderando constantemente se a ação a realizar à escala comunitária se justifica em relação às possibilidades que oferece o nível nacional, regional ou local. Concretamente, trata-se de um princípio segundo o qual a União só deve atuar – exceto quando se trate de domínios da sua competência exclusiva - quando a sua ação seja mais eficaz do que uma ação desenvolvida a nível nacional, regional ou local. Este princípio está intimamente relacionado com o princípio da proporcionalidade, que pressupõe que a ação da União não deve exceder aquilo que seja necessário para alcançar os objetivos estabelecidos pelo Tratado da União (CONVENÇÃO EUROPEIA, 2002, p. 1-2).

Segundo Carlos Coelho: “[...] o princípio da subsidiariedade preconiza que a União atue apenas - exceto em domínios da sua competência exclusiva - quando a sua ação for mais eficaz do que uma ação realizada a nível nacional, regional ou local. Trata-se de um princípio básico do funcionamento da União.” (COELHO, 2001)²

Confirmando essa perspectiva quanto ao princípio da subsidiariedade, Fausto de Quadros analisa que:

Parece não ser possível negar-se, atendendo às próprias raízes do seu conceito na História, que o princípio da subsidiariedade vem a levar a cabo uma repartição de atribuições entre a comunidade maior e a comunidade

2 *A convenção sobre o futuro da Europa*. Disponível em: < <http://www.carloscoelho.org/dossiers/convencao/?conv=5>>. Acesso em: 10 maio de 2015.

menor, em termos tais que o principal elemento componente do seu conceito consiste na descentralização, na comunidade menor, ou nas comunidades menores, das funções da comunidade maior. E a comunidade que ocupa o mais alto grau nessa pirâmide é, nos termos clássicos, o Estado (QUADROS, 1995, pp. 17-18).

E ainda, para Fausto de Quadros:

[...] o princípio da subsidiariedade é, desde logo, um princípio fundamental da Ordem Jurídica do moderno Estado Social de Direito, na medida em que conduz à aceitação da prossecução do interesse público pelo indivíduo e por corpos sociais intermédios, situados entre ele e o Estado: a família, as autarquias locais, as empresariais, os partidos políticos, as Universidades, etc (QUADROS, 1995, p. 18).

Com efeito, o princípio da subsidiariedade está legitimado no aspecto operacional dos tratados celebrados na União Europeia. É com base no princípio da subsidiariedade que se assegura a eficiente estrutura comunitária na Europa.

3. Princípio da Subsidiariedade e o Federalismo

Em razão de seu objeto e de suas características, Fausto de Quadros destaca que o princípio da subsidiariedade “[...] tem, à partida, aplicação tanto nos Estados unitários, como nos Estados regionais, como nos Estados federais” (1995, p. 18), “[...] todavia, é nos Estados federais que aquele princípio parece estar destinado a obter mais fácil aplicação.” (QUADROS, 1995, p. 19)

Para Fausto de Quadros:

O federalismo tem como fundamento a diversidade e o pluralismo de interesses, que o sistema federal procura harmonizar. E o instrumento adequado para se compatibilizar o respeito pela especificidade daqueles interesses com a necessidade de uma ação harmónica e eficaz ao nível da comunidade federal global é exatamente o princípio da subsidiariedade. Portanto, pode-se dizer que o federalismo confere o substrato organizativo ideal à subsidiariedade (QUADROS, 1995, pp. 19-20).

No mesmo sentido, o professor Raul Machado Horta destaca que “[...] o princípio da subsidiariedade, que veio do Direito Comunitário, assumiu, também, o significado de princípio do Direito Constitucional, equiparado aos princípios democráticos, sociais, federais e do Estado de Direito, nas condições de princípio fundamental da União Europeia.” (HORTA, 2003, p.18).

Compartilhando o entendimento de Fausto de Quadros, Rosemiro Pereira Leal destaca que “[...] o Estado Federal, que combina uma pluralidade de centros de poder – um

soberano e outros tantos autônomos – é a organização que mais privilegia a aplicação do princípio da subsidiariedade.” (LEAL, 2001, p. 121).

O federalismo possui como característica a forma de divisão de funções entre os Estados, contrapondo ao Estado unitário delimitado pela sua centralização. Em decorrência dessa prerrogativa de divisão de atribuições entre a União e os Estados-membros, a aplicação do princípio da subsidiariedade se exterioriza com maior profundidade no federalismo.

4. Requisitos de Aplicação do Princípio da Subsidiariedade

Como requisito de aplicabilidade do princípio da subsidiariedade, Fausto de Quadros aponta a interlocução do binômio “necessidade” e “eficácia”.

Para o jurista lusitano:

Esta referência à capacidade de “melhor” intervenção da comunidade maior do que da comunidade menor quer dar a entender uma maior eficácia da parte da comunidade maior na realização da atividade em questão. Portanto, a necessidade da prossecução daquela atividade e a maior eficácia da comunidade maior nessa prossecução são os dois requisitos da concretização e da aplicação do princípio da subsidiariedade (QUADROS, 1995, p. 18).

Por seu turno, ultrapassando o binômio proposto por Fausto de Quadros, Marçal Justen Filho aponta o trinômio “eficiência”, “necessidade” e “pertinência”, como requisitos de aplicação do princípio da subsidiariedade.

Conforme Marçal Justen Filho:

O Protocolo sobre o princípio da subsidiariedade buscou estabelecer critérios mais precisos para solução dos casos concretos, enunciando três requisitos para legitimar a atuação comunitária. São eles a pertinência, a necessidade e a eficiência.

A pertinência significa que a atuação comunitária depende da existência de aspectos transnacionais, que ultrapassem os limites dos interesses exclusivamente nacionais.

A necessidade corresponde à impossibilidade de omissão. O requisito está presente quando evidenciado que a questão exige atuação de ente político em vista do risco de sacrifício de valores e interesses reputados relevantes e protegidos pelos Tratados. Indica o dever de algum ente político desenvolver ação para realizar tarefas indispensáveis.

Por eficiência, indica-se a exigência de que a ação desenvolvida no nível comunitário revele-se como mais vantajosa, mais satisfatória do que aquela desempenhada no nível estatal.

Sob o prisma lógico, o dois primeiros requisitos não integram o conceito próprio de subsidiariedade. A pertinência identifica-se com o limite externo da competência comunitária, enquanto a subsidiariedade se configura como um limite interno. É óbvio que o limite interno está contido no externo. Somente se pode cogitar de aplicar a subsidiariedade após verificar a existência de uma competência da UE. Portanto, a pertinência pode até ser um pressuposto da verificação da subsidiariedade, mas com ela não se confunde. A explícita referência à pertinência pode ser justificada pelo temor da utilização da subsidiariedade como instrumento de ampliação do limite externo da competência comunitária. Já a necessidade não é via de diferenciação entre órbitas de poder, mas explícita característica das circunstâncias do mundo exterior. A necessidade aponta para o dever de um sujeito atuar, mas não permite identificar o sujeito competente. Talvez fosse possível reputar que a necessidade é pressuposto negativo de competência da UE: ausente ela, veda-se atuação comunitária, o que não impede que o Estado-membro opte por atender aquele interesse. Então, seria reservado aos Estados o campo das atuações não necessárias.

Mas a validade do raciocínio é duvidosa porque a relevância dos efeitos sobre a vida comunitária poderá excluir a atuação isolada do Estado-membro, ainda em matérias destituídas de “necessidade”. Ou seja, não basta a ausência de necessidade para caracterizar a competência nacional.

Enfim, o núcleo do conceito de subsidiariedade reside na eficiência. A determinação da titularidade da competência, em questões de interesse comum, depende da avaliação da eficiência. A órbita política que estiver em condições de adotar a solução mais satisfatória, sob o ponto de vista concreto, será titular da competência jurídica para atuar. Então, no campo das competências comuns é impossível fixar regra abstrata acerca de competências, mas se impõe o dever de examinar as circunstâncias do caso concreto e verificar aspectos não apenas jurídicos, mas políticos, econômicos e sociais. Isso não significa ser a eficiência simples relação de cunho econômico (custo-benefício). Não se define a competência a partir somente da avaliação econômica dos custos envolvidos. Interpreta-se a expressão “eficiência” em acepção ampla, indicando dever de selecionar a alternativa que importe a realização mais rápida, menos desgastante para os interesses individuais e nacionais e mais conforme com os valores éticos envolvidos. Diante de diferentes possibilidades teóricas, será obrigatório optar por aquela que se configurar como a mais eficiente - apenas que, no caso, as “possibilidades teóricas” consistem em diferentes esferas de competência. A discriminação da competência se funda na disponibilidade de instrumentos para melhor e mais satisfatória execução de certos objetivos, entre os quais está certamente o de “unificação europeia” mas não apenas ele. Em última análise, a consagração da subsidiariedade correspondeu à juridicização do princípio da eficiência. Essa opção apresenta algumas virtudes notáveis, que não podem deixar de ser destacadas (JUS-TEN FILHO, 1999, p.83-84).

Entendemos, conforme Marçal Justen Filho, que não basta a necessidade e a eficácia para a aplicação do princípio da subsidiariedade. A atuação da União, também, deve ser eficiente, capaz de maximizar bem-estar aos cidadãos europeus.

5. Polêmicas Acerca do Princípio da Subsidiariedade

Em que pese a doutrina haver delimitado o objeto e as características do princípio da subsidiariedade, o instituto ainda suscita dúvidas quanto a sua aplicabilidade, como expõe o professor Raul Machado Horta:

Em manifestação na audiência pública, promovida pela Comissão para a Revisão Constitucional, em 1992, Jorge Miranda formulou reservas ao princípio da subsidiariedade, dizendo que ‘ele consta do Tratado de *Maastricht*, mas ninguém sabe muito bem o que é que significa. Por mim, tenho muitas dúvidas e alguns temores.’ Suas dúvidas residiam na compreensão do princípio da subsidiariedade em detrimento do Estado-membro, para favorecer órgãos comunitários, sob a influência de uma interpretação expansiva, pelos órgãos jurisdicionais comunitários, das atribuições e competências comunitárias (HORTA, 2003, p. 20).

No mesmo sentido, Renata Marcheti Silveira aduz:

A primeira conclusão na qual chegamos é a de que é cômodo invocar o princípio da subsidiariedade, mas é difícil aplicá-lo na prática. A amplitude de sua aplicação depende da sua suficiência para perseguir os fins do Tratado e impõe grandes desafios aos Estados que, se não demonstrarem capacidade de satisfazer os fins, o progresso e o desenvolvimento da Comunidade, estarão tacitamente consentindo numa maior intervenção desta, ou seja, o princípio da subsidiariedade que por sua origem é descentralizador, pode consubstanciar-se num efeito contrário e reforçar o efeito político da Comunidade em consequência da inépcia, negligência ou da incapacidade dos Estados Membros (SILVEIRA, 2000, p. 46).

O professor Fausto de Quadros, também, destaca a polêmica em torno da interpretação do princípio da subsidiariedade. Conforme o jurista português,

Decorridos já três anos sobre a assinatura do Tratado, continua a haver grandes divergências na doutrina acerca da natureza, do conteúdo e dos objetivos daquele princípio, bem como quanto ao modo como ele deverá ser aplicado nas relações entre a União e os Estados membros (QUADROS, 1995, p.11).

Acrescente-se que o próprio Parlamento Europeu confirma a dificuldade de se estabelecer uma delimitação para o princípio da subsidiariedade.

Em linhas gerais, para o Parlamento Europeu:

O princípio da subsidiariedade é apenas aplicável a domínios que sejam partilhados pela Comunidade e pelos Estados-Membros. Assim sendo, não se aplica às competências exclusivamente comunitárias, nem às competências exclusivamente nacionais. A delimitação é, porém, fluida, dado que, por exemplo, os domínios de competência da Comunidade são susceptíveis de ser ampliados, nos termos do disposto no artigo 308.º (235.º) do Tratado CE, se for considerada necessária uma ação da Comunidade para realizar os objetivos do Tratado. É problemática sobretudo a delimitação da competência exclusiva da Comunidade, porque, nos Tratados, esta não é estabelecida por referência a áreas definidas, mas sim por uma definição de funções.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE), numa série de decisões, desenvolveu e reconheceu competências exclusivas a partir dos Tratados (que nestes não se encontram expressamente estipuladas), sem, contudo, ter estabelecido uma lista exaustiva de tais competências.

A ausência de uma delimitação clara em matéria de aplicação do princípio da subsidiariedade continuará a provocar diferentes interpretações deste princípio. Contudo, verifica-se que o objetivo da Comunidade neste domínio consiste em cingir a ação comunitária aos objetivos consignados no Tratado e em garantir aos cidadãos que as decisões serão tomadas tão próximo quanto possível do seu nível. Esta relação entre princípio da subsidiariedade e proximidade do cidadão é particularmente salientada no preâmbulo do Tratado da União Europeia. (2000 – versão de Portugal)³

6. Princípio da Subsidiariedade na União Européia

Discorrendo sobre o princípio da subsidiariedade na União Europeia, o professor Raul Machado Horta leciona que:

Contemporaneamente, o princípio da subsidiariedade adquiriu notoriedade, a partir da celebração do ato Único Europeu, de 14 de fevereiro de 1986, que reuniu as Comunidades Europeias do Carvão e do Aço, da Comunidade Económica Europeia e da Comunidade de Energia Atômica;

3 PARECER COM (2011)634. Proposta de alteração do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera os Regulamentos (CE) n. 1290/2005 e (CE) n. 1234/2007 do Conselho, referente à distribuição de géneros alimentícios às pessoas mais necessitadas da união. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB-4QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ipex.eu%2FPIPEXL-WEB%2Fdossier%2Ffiles%2Fdownload%2F082dbcc533b5feef0134191b6a6a46d4.do&ei=9ZFmVeCEOcPlsATPhIAAw&usg=AFQjCN-FUBaiAW2EBjF72zP7E5d62wGHZgA&bvm=bv.93990622,d.cWc>. Acesso em: 28 maio 2015.

e, especialmente, a contar do Tratado sobre a União Europeia, assinado em 7 de fevereiro de 1992, em *Maastricht*, realizando o objetivo inscrito no preâmbulo do Ato Único, para '[...] transformação das relações dos Estados-membros, na União Europeia', que constituiu o fundamento inspirador do Tratado de *Maastricht*'.

No tratado de *Maastricht*, o princípio da subsidiariedade tornou-se princípio jurídico do Direito Comunitário, ultrapassando concepções mais remotas, que o conceberam como formulação de princípio filosófico ou aspiração de política social (HORTA, 2003, p. 13)

Por sua vez, Fausto de Quadros entende que:

O Tratado da União Europeia (TUE), também conhecido por Tratado de Maastricht, trouxe uma série de novos desafios aos especialistas do Direito Público. Entre eles, destaca-se a interpretação do princípio da subsidiariedade, através do qual aquele Tratado veio a regular, nas condições que adiante serão estudadas, a repartição do exercício de atribuições entre os Estados membros e a União Europeia. (QUADROS, 1995, p.11).

Destacando a importância do princípio da subsidiariedade como forma de solução política na União Europeia, Marçal Justen Filho disserta que:

As inovações propostas por ocasião dos Tratados de Maastricht (especialmente a substituição do critério da unanimidade pelo da maioria) despertaram forte oposição dos Estados-membros. A subsidiariedade foi a alternativa para superar o impasse, especialmente após a rejeição pela Dinamarca ao Tratado. A solução foi ardorosamente defendida por Reino Unido e Alemanha. É muito possível que, sem a consagração do princípio da subsidiariedade, não tivesse sido viável a implantação da UE.

Isso não significa ser o conceito de subsidiariedade preciso ou determinado. Seu núcleo consiste na afirmação de que, em havendo competências comuns a Estados-membros e UE, esta somente atuará quando a atuação nacional não puder realizar satisfatoriamente os fins buscados. A relevância da regra é evidente, diante da impossibilidade de afirmar a absoluta ausência de competência da UE. Sempre será possível, nos mais diferentes campos, reconhecer alguma manifestação de interesse comunitário. Essa era a razão do desconforto dos Estados-membros com a simples previsão de que a UE somente poderia atuar nos campos de competência própria: afinal, a experiência evidenciara a crescente e contínua ampliação da intervenção comunitária (JUSTEN FILHO, 1999, p. 65).

Sobre o princípio da subsidiariedade em relação ao Tratado de *Maastricht*, segundo Renata Marcheti Silveira destaca que:

Pelo Artigo 3b é adicionada uma nova condição à atuação da Comunidade: qualquer ação desta não deve ir além do que seja necessário para alcançar os objetivos do Tratado.

O sentido da subsidiariedade impresso no Artigo 3b abrange três ideias separadas, porém, conexas:

- 1) a Comunidade deve agir somente se os objetivos daquela ação não puderem ser atingidos pelos Estados-Membros;
- 2) a ação deve ser melhor efetivada pela Comunidade devido ao alcance ou aos efeitos da medida proposta;
- 3) se a Comunidade deve agir, esta ação não deve ir além do que seja necessário para atingir os objetivos do Tratado.

Deste modo, para se alcançar tais objetivos, mister se faz a criação de uma nova mentalidade nas relações entre os Estados-membros e seus cidadãos, por um lado, e da União, por outro que deverá residir na ideia de que uma progressivamente maior limitação da soberania dos Estados tem de corresponder a uma cada vez maior democratização do processo de decisão da União, onde caberia um papel fundamental à subsidiariedade.

[...]

A afirmação pelo Tratado de Maastricht do princípio da subsidiariedade como princípio geral e constitucional da integração europeia representa uma resposta às ideias de Democracia, Estado de Direito, Participação e Descentralização que sempre foram os objetivos dos precursores da ideia da integração europeia e dos redatores dos Tratados que instruíram as três Comunidades (SILVEIRA, 2000, p. 46).

Essa conclusão, também, foi adotada pelo professor Rosemiro Pereira Leal:

[...] no âmbito da Comunidade Europeia, os teóricos do unionismo compreenderam que não seria possível manter a Europa sem os Estados ou contra eles. Dessa constatação foi consolidada a convicção de que o projeto comunitário não poderia sacrificar a individualidade e a identidade dos povos europeus reunidos em Estados (LEAL, 2001, p.122).

Verifica-se que o princípio da subsidiariedade apresenta sua maior exemplificação na União Europeia, em razão do ideário unionista dos Estados-membros. Acrescente-se, ainda, que em razão dos objetivos comunitários, alguns países precisaram alterar sua constituição para compatibilizar ao projeto de integração.

7. Princípio da Subsidiariedade no Direito Brasileiro

Quanto à aplicação do princípio da subsidiariedade no Direito brasileiro, sempre lembrando o sistema federativo, o professor Raul Machado Horta sustenta que:

No caso específico do federalismo brasileiro, dada a preexistência da competência supletiva ou complementar, prevista nas Constituições Federais de 1934, 1946 e 1967, e da competência da legislação concorrente

ou mista, adotada na Constituição Federal de 1988, com explicitação enumerada de suas matérias, localizadas, as formas pretéritas da competência supletiva ou complementar, e a forma contemporânea da legislação da Federação, por equivalência da legislação supletiva ou complementar, anteriormente, e da legislação concorrente, atualmente, com os objetivos e finalidades do princípio da subsidiariedade, concluo pela desnecessidade, em tese, da atividade do poder constituinte de revisão para introduzir no texto constitucional brasileiro o princípio da subsidiariedade, considerando a equivalência entre o princípio e a legislação concorrente, dotada de natureza subsidiária, complementar ou supletiva. O princípio da subsidiariedade projetou-se na autonomia da subsidiariedade constitucional, dispensando o Tratado ou a Revisão.

A Constituição Federal Brasileira, que dispensa emenda ou revisão para integrar no seu texto o princípio equivalente da subsidiariedade por considerar suficiente a legislação concorrente ou mista, no âmbito da repartição de competências, reclama, todavia, considerando a evolução do Direito Comunitário no Continente Americano, de modo geral, e na América Latina, de forma especial, a inserção na Constituição da cláusula propiciadora da integração de regras do Direito Comunitário, especificamente, ou do Direito Internacional, de modo geral, no ordenamento jurídico brasileiro. O constituinte de 1988 não foi indiferente ao aparecimento da Comunidade supra-estatal, especialmente pela influência do funcionamento positivo da Comunidade Econômica Europeia. O texto constitucional de 1988 preconiza a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina e a formação de uma Comunidade Latino-Americana de Nações (art. 4º - parágrafo único). Em razão dessa perspectiva plausível da integração no plano da Comunidade Latino-Americana de Nações, e da formação do Direito Comunitário a ela inerente, torna-se necessário suprir lacuna existente, para incluir na Constituição Federal a regra de integração no Direito federal das normas e princípios do direito ordinário, mediante cláusula adequada (HORTA, 2003,2p. 8).

Verifica-se que a Constituição de 1988, de forma implícita, comporta a aplicação do princípio da subsidiariedade, em decorrência da previsão da busca da “[...] integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.” (Artigo 4º, parágrafo único).

8. Ausência de Critério Válido de Aferição de Legitimidade do Princípio da Subsidiariedade

Como metodologia de estudo sobre o princípio da subsidiariedade em seu estudo, Fausto de Quadros aponta que:

O plano deste estudo vai ser o seguinte: vamos começar por estudar como é que a ideia da subsidiariedade surgiu e como é que ela foi evoluindo ao longo da História; depois, tentaremos caracterizar o seu conceito no moderno Direito Público; a seguir, estabeleceremos a relação entre ela e o Estado Federal; depois, investigaremos se e em que é que aquele princípio já era aplicado na Ordem Jurídica das Comunidades Europeias mesmo antes do TUE; de seguida, entraremos no cerne da nossa investigação, isto é, estudaremos o sentido, o conteúdo, o alcance, o modo de aplicação e a forma de fiscalização do princípio após a entrada em vigor do TUE; depois, veremos que problemas jurídicos e políticos é que o princípio da subsidiariedade coloca a Portugal; terminaremos com algumas conclusões (QUADROS, 1995, p. 12).

Quanto ao modo de aplicação do princípio da subsidiariedade, segundo Fausto de Quadros, “[...] a comunidade maior só poderá realizar uma dada atividade das atribuições da comunidade menor se esta, havendo necessidade de a realizar, não for capaz de a realizar melhor” (1995/18). Assim, “a subsidiariedade recusa [...] o monopólio da Administração na prossecução do interesse público e leva à concretização do princípio da participação, que consiste numa manifestação de ideia da Democracia.” (QUADROS, 1995, p.18)

Como critério de legitimidade do princípio da subsidiariedade, Fausto de Quadros destaca que:

Para a interpretação do preceito se contenha dentro dos limites da objetividade imposto por uma sua interpretação jurídica e não política, e para que a aplicação do preceito, por via disso, não se transforme numa fonte de permanentes conflitos entre os Estados e a Comunidade, é necessário que, por uma Declaração anexa ao Tratado, se definam, com rigor e profundidade possíveis, os critérios jurídicos que deverão presidir à determinação da “suficiência” e do “melhor”. (...) Essa justificação será muito importante para a fiscalização jurídica da aplicação do princípio da subsidiariedade.

Resumindo, a Comunidade, para agir, dever provar que a atuação é necessária, que a ação dos Estados não reúne os requisitos da suficiência para alcançar os objetivos em causa, e que a Comunidade é capaz de os prosseguir melhor do que os Estados (QUADROS, 1995, p. 45).

Apesar de apontar a necessidade de comprovação da melhor atuação da Comunidade em relação aos Estados, o autor não explica como se efetiva tal comprovação. O professor português se limita a afirmar que “[...] o princípio da subsidiariedade impõe que só se opte pelo grau superior quando o grau inferior não for suficiente para as necessidades, a cada momento, da integração.” (QUADROS, 1995, p. 53).

Nesse contexto, entendemos ser esclarecedora a posição de Rosemiro Pereira Leal ao discorrer que:

No domínio das competências concorrentes, presume-se que os Estados têm a iniciativa de agir primeiro e esgotar seu exercício. Apenas se não conseguirem (elemento negativo) e a União, por conseguinte, puder fazer melhor (elemento positivo), abre-se o campo para a atuação comunitária.

Surge, contudo, a indagação sobre onde estará demonstrado, em cada caso, que os Estados-membros não têm capacidade para o exercício da atribuição concorrente e que a União pode exercê-la melhor. A resposta para tal questionamento é encontrada nos arts. 189º e 190º do TCE, que enumeram os atos comunitários e estabelecem a obrigação de que sejam fundamentados (LEAL, 2001, 1p. 27).

O professor Fausto de Quadros destaca a importância do controle jurídico “da aplicação do princípio da subsidiariedade”, contudo, deixa de enfatizar o controle através do processo⁴. Segundo o jurista, “[...] a aplicação daquele princípio vai ficar sujeita ao controlo dos dois Tribunais Comunitários”, através do “recurso de anulação, regulado no artigo 173º CE.” (QUADROS, 1995, p. 57).

Verifica-se que o autor português apresenta a existência de um controle *a posteriori*, ou seja, a Comunidade pratica o ato considerando ser mais “eficiente”, restando aos Estados aquiescerem ou impugnarem o ato na via judicial.

Entendemos que o controle deveria ser preventivo, para se apurar porque a Comunidade pode atuar de maneira mais adequada que os Estados e vice-versa. Essa conclusão, evidentemente, só pode ser aplicada diante de cada caso concreto. É fundamental acrescentar que somente mediante um processo democrático, na perspectiva neo-institucionalista, conferindo-se aos cidadãos o direito de participar do ato procedimental com as devidas garantias fundamentais, será possível a aferição de legitimidade do princípio da subsidiariedade.

Conforme o professor Rosemiro Pereira Leal, propositos da teoria neo-institucionalista do processo:

Infere-se que uma teoria neo-institucionalista do processo só é compreensível por uma teoria constitucional de direito democrático de bases legitimantes na cidadania (soberania popular). [...] a instituição do processo constitucionalizado é referente lógico-jurídico de estruturação dos procedimentos (judiciais, legiferantes e administrativos) de tal modo que os provimentos (decisões, sentenças decorrentes), resultem de

4 Como se extrai do livro Curso de Direito Econômico-Comunitário: “O vocábulo “processo” é aqui utilizado na acepção que lhe dá o coordenador e coautor desta obra, Rosemiro Pereira Leal, que, aprimorando o conceito de Fazzalari, para quem o processo é o procedimento em contraditório, ensina que processo é um bloco de condicionamentos da validade da tutela jurisdicional e para o exercício da jurisdição; é constitucionalizado e definido por fundamentos de contraditório e também de ampla defesa, de direito ao advogado e isonomia.”

compartilhamento dialógico na Sociedade Política, ao longo da criação, alteração, reconhecimento e aplicação de direitos, e não estruturas de poderes do autoritarismo sistêmico dos órgãos dirigentes, legiferantes e judicantes de um Estado ou Comunidade.

O que distingue a teoria neo-institucionalista do processo que estamos a desenvolver da teoria constitucionalista que entende o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas (numa Assembleia ou Congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da constituição egressa de uma consciência participativa em que o povo total da Sociedade Política é, por autoproclamação constitucional, a causalidade deliberativa ou justificativa das regras de criação, alteração e aplicação de direitos (LEAL, 2001, p. 95)⁵.

Portanto, entendemos que somente com a efetiva participação popular na construção da decisão, será avaliado o grau de legitimidade de aplicação do princípio da subsidiariedade.

9. Participação Popular como Critério de Validade do Princípio da Subsidiariedade

Como destacamos no item anterior, para apuração de legitimidade do princípio da subsidiariedade é fundamental a efetiva participação dos destinatários da aplicação do princípio.

A inclusão do princípio da subsidiariedade nos tratados deve permitir que as decisões comunitárias sejam adotadas com a efetiva participação dos cidadãos.

O jurista Marcel Queiroz Linhares destaca a importância de participação popular, diretamente ou por incentivos do Estado, nas questões de ordem econômica. Segundo o jurista:

5 Em trabalho mais recente, o professor Rosemiro Pereira Leal destaca que:

No Estado democrático de direito, a normatividade há de acolher para adquirir eficiência jurídica a teoria discursiva do direito e as decisões decorrentes não podem buscar fundamentos numa lógica avessa à concretização efetiva (manutenção do espaço discursivo) do Estado democrático, porque o sistema jurídico só é configurativo de direito democrático se suscetível de recriação e fiscalização permanente pelo DEVIDO PROCESSO aberto a todos os integrantes da comunidade jurídica (controles abstratos e difuso, amplos e irrestritos de constitucionalidade).

Assim, a preservação de um sistema jurídico em bases de uma conceitual infalibilidade pela coerência recursiva de seus conteúdos normativos e amparado por uma prodigiosa judicância supletiva de suas eventuais lacunas significa negar sua condição jurídico-espacial democrática (Estado), uma vez que a ninguém, a não ser a um juiz-Hércules, seria dado corrigi-lo durante sua vigência para realizar os ajustes de progressiva e continuada concreção dos direitos fundamentais numa realidade que lhes fosse hostil (2002, p. 120/21).

[...] o respeito aos direitos individuais, pelo reconhecimento de que a iniciativa privada tem primazia sobre a iniciativa estatal; em consonância com essa ideia, o Estado deve abster-se de desempenhar atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; em consequência, sob esse aspecto, o princípio implica uma limitação à intervenção direta estatal na atividade econômica em sentido amplo. De outro lado, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de tal modo a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução de seus empreendimentos. E uma terceira ideia ligada ao princípio da subsidiariedade seria a de parceria entre público e privado, também dentro do objetivo de subsidiar a iniciativa privada, quando ela seja eficiente (LINHARES, 2000p. 209).

Quanto à participação popular como critério de legitimidade da atividade estatal no Estado Democrático de Direito, segundo Bruno Burgarelli Albergaria Kneipp:

Democracia pressupõe a plenitude do exercício dos direitos políticos, a formação de uma consciência crítica e a real participação na esfera pública (um exemplo desta é a experiência do Orçamento Participativo implementado pelo governo de Patrus Ananias e continuado por Célio de Castro na Prefeitura de Belo Horizonte, no qual a população tem chance de opinar sobre o destino de parte do orçamento municipal). O último destes elementos não aparece de forma concreta no Paradigma Social, o que causa um abismo insuperável e uma contradição que só poderá ser corrigida com o surgimento de um novo modelo, o Estado Democrático de Direito (KNEIPP, 2003, p. 12)

Em arremate, o jurista mineiro conclui que “[...] o Princípio da Subsidiariedade pode vir a ser o equilíbrio que se busca na aplicação do pluralismo de forma racional, inclusive se utilizando dele para a construção da cidadania dentro do Estado Democrático de Direito.” (KNEIPP, 2002, p. 27).

Como os cidadãos são os destinatários dos efeitos do princípio da subsidiariedade, revela-se fundamental a efetiva participação dos mesmos na verificação dos elementos informadores da aplicação do princípio.

10. Subsidiariedade Frente ao Processo Democrático

Como destacamos acima, os efeitos dos atos governamentais, judiciais e legislativos serão dotados de legitimidade somente com a devida participação popular na construção do provimento, ou seja, com a implementação de um espaço processual na perspectiva neo-institucionalista.

Ressalta-se que “esse” espaço processual se legitimará pelo devido processo constitucional.

Nesse aspecto, como lecionado pelo professor Rosemiro Pereira Leal:

Nenhuma decisão seria constitucionalmente válida e eficaz se não preparada em status de devido processo legal, porquanto, uma vez produzida em âmbito de exclusivo juízo judicial, não poderia se garantir em validade e eficácia pela discursiva condição estatal do direito democrático. A legitimidade da decisão só ocorre em fundamentos procedimentais processualizados, porque o PROCESSO como direito de primeira geração (instituição jurídica constituinte e constituída de produção de direitos subsequentes) é direito fundamental de eficiência autodeterminativa da comunidade jurídica que se fiscaliza, renova-se e se confirma, pelos princípios processuais discursivos da isonomia, ampla defesa e contraditório, ainda que nas estruturas procedimentais encaminhadoras das vontades jurídicas não sejam pretendidas resoluções de conflitos.

É o PROCESSO, na democracia, instituição constitucionalizada da presentificação (possibilidade de atualização corretiva e preventiva do esquecimento) da produtividade, compreensão e refazimento normativos instituintes do ordenamento jurídico. Em sendo o Estado condição jurídico-espacial da Jurisdição, e não do processo que a ambos rege, é claro que, no Estado democrático de direito, a jurisdição só pode atuar a serviço do discurso teórico-processual da procedimentalidade como único meio de se legitimar (LEAL, 2002, p. 124).

Em relação ao processo comunitário, o professor Rosemiro Pereira Leal conclui que:

Ao lado da jurisdição constitucional, que rege o nivelamento entre Estado e cidadão no plano do direito doméstico, o processo comunitário é possuidor de substrato para a legitimação de uma nova conformação das relações humanas mundiais. A cidadania é encaminhada, também, pelo processo comunitário, em paradigma de alteridade, distinto daquele concebido na órbita do vetusto Estado-nação clássico.

O processo comunitário legitima, também, a ampliação da soberania popular e dos Estados-membros, ao multiplicar as possibilidades de integração das manifestações jurídicas dos agrupamentos humanos, que compartilham complexas relações estabelecidas no nível da supranacionalidade (Pereira Leal, 1999b:98). Ao contrário do que poderia ser imaginado, a experiência comunitária não enseja a limitação da soberania, mas a sua dilatação (da soberania popular), em bases de fundamentação e legitimidade inéditas (LEAL, 2001, p. 115).

11. Conclusões

Como abordado no presente estudo, a aplicação do princípio da subsidiariedade é um procedimento dinâmico que deve funcionar em duplo sentido, de um lado, possibilitando

a outorga de competências dos Estados-membros para a União sempre que necessário e, por outro, uma vez esgotada a intervenção da União, transferi-las de volta para os Estados-membros.

Consoante a nossa exposição, concluímos que não basta apenas a pertinência e a necessidade para a legitimação do princípio da subsidiariedade. A efetiva participação popular na apuração dos critérios de aplicação do princípio da subsidiariedade é fundamental para a legitimidade desse instituto.

Nesse aspecto, o processo é um instrumento de aferição da legitimidade do princípio da subsidiariedade, devendo ser conferidos aos destinatários da aplicação desse instituto o direito incondicionado de manifestação na implementação de atos por parte da União Europeia.

Ainda que o princípio da subsidiariedade possua previsão em tratado, a atuação da União em âmbito das competências compartilhadas com os Estados-Membros só será legitimada de modo democrático e desde que proporcione resultados mais eficientes. A justificação da aplicação do princípio da subsidiariedade pela União, também, deve ser processada por meio de mecanismos mais adequados e menos onerosos.

12. Referências

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário*. v.1, 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- CONVENÇÃO EUROPEIA. [Conselho Europeu de Laeken, instituída em Dezembro de 2001, congrega representantes dos governos, dos parlamentos nacionais, do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia]. Disponível em: <<http://european-convention.eu.int-glossary.asp?lang=PT>> Acesso em: 22 maio 2015.
- COELHO, Carlos. *A convenção sobre o futuro da Europa*. Disponível em <http://www.carloscoelho.org/dossiers/convencao/?conv=5>. Acesso em: 10 maio 2015.
- ESTELLA, Antonio. *The EU principle of subsidiarity and its critique*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2002.
- FILHO, Marçal Justen. União Europeia: a esperança de um mundo novo. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v. 31. p. 65-125, 1999.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*. 3 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

- GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento. *Estado, sociedade civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HORTA, Raul Machado Horta. Federalismo e o princípio da subsidiariedade. *Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 13-26, 2003.
- KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. O direito do consumidor e a cidadania. *Lições de cidadania*. Brasília: OAB Editora, 2003, p. 123-135.
- _____. *A pluralidade de partidos políticos*. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *et. al. Curso de Direito Econômico-Comunitário*. Porto Alegre: Síntese, 2001.
- _____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy. 2002.
- LINHARES, Marcel Queiroz. O Estado Social e o princípio da subsidiariedade: reflexos sobre o conceito de serviço público. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. v 33. p. 209-223, 2000.
- MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- PARECER COM (2011)634. Proposta de alteração do Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera os Regulamentos (CE) n. 1290/2005 e (CE) n. 1234/2007 do Conselho, referente à distribuição de gêneros alimentícios às pessoas mais necessitadas da união. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB4Q-FjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ipex.eu%2FPIPEXL-WEB%2Fdossier%2Ffiles%2Fdownload%2F082dbcc533b5feef0134191b6a6a46d4.do&ei=9ZFmVeCE-OcPlsATPhIAAw&usq=AFQjCNFUBaiAW2EBjF72zP7E5d62wGHZgA&bv=93990622,d.cWc>. Acesso em: 28 maio 2015.
- QUADROS, Fausto de. *O princípio da subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*. Coimbra: Livraria Almedina. 1995.
- SILVEIRA, Renata Marcheti. O princípio da subsidiariedade como corolário do Direito Comunitário Europeu. *Revista Síntese de Direito Processual Civil*, São Paulo, v.2, n. 8., p. 43-47, nov./dez, 2000.
- TORRES, Sílvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VILHENA, Maria do Rosário, *O princípio da subsidiariedade no direito comunitário*. Coimbra, Almedina, 2002.

PROSAVANA: INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL (NORTE)-SUL-SUL

ANDRÉ DE PAIVA TOLEDO

Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Doutor em Direito pela Université Panthéon-Assas Paris II (Sorbonne), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Resumo

Diante da crise energético-alimentar de 2008, a África passa a ser vista pelas instituições internacionais como território de expansão da fronteira agrícola, isto é, local de inserção do agronegócio. Apesar das contestações quanto ao caráter improdutivo do modelo tradicional de produção local, diversos Estados africanos têm estabelecido acordos internacionais de investimento com vistas à modernização de sua agricultura. Nesse contexto, surge o acordo trilateral entre Japão, Brasil e Moçambique, que possibilitará a implementação neste país do Prosavana, o programa de desenvolvimento agrícola da Savana moçambicana. Justificado como resultado da cooperação internacional Sul-Sul em contraposição ao tradicional mecanismo Norte-Sul, verificar-se-á que, na realidade, o Prosavana é um instrumento de cooperação (Norte)-Sul-Sul, pelo qual são garantidos determinados interesses incompatíveis com a horizontalidade da cooperação Sul-Sul.

Palavras-chave

Prosavana; Cooperação trilateral; Cooperação (Norte)-Sul-Sul.

Resumé

Compte tenu de la crise énergétique et alimentaire de 2008, l'Afrique est considérée par les institutions internationales le territoire pour l'expansion de la frontière agricole à travers l'insertion de l'agro-industrie. Malgré les contestations concernant le caractère improductif du modèle traditionnel de production locale, plusieurs États africains ont établi des accords internationaux d'investissement pour moderniser son agriculture. Dans ce contexte, il est l'accord trilatéral entre le Japon, le Brésil et le Mozambique, qui permettra la mise en œuvre dans ce pays du Prosavana, le programme de développement agricole de la Savane mozambicaine. Justifié en raison de la coopération internationale Sud-Sud en

contraposition du mécanisme traditionnel Nord-Sud, le Prosavana est effectivement un instrument de coopération (Nord)-Sud-Sud, par lequel certains intérêts contradictoires avec l'horizontalité de la coopération Sud-Sud sont garantis.

Mots-clé

Prosavana; Coopération trilatérale; Coopération (Nord)-Sud-Sud.

1. Introdução

O setor agrícola sempre foi um setor econômico estratégico. Com a revolução das biotecnologias, também conhecida por *Revolução Verde*, a agropecuária foi absorvida definitivamente pela lógica totalizante do capitalismo, segundo a qual todas as fases do processo produtivo até a comercialização do produto final devem ser controladas pelo homem em conformidade com critérios objetivos de maximização dos lucros. Isso significa que a produção agrícola torna-se cada vez mais um pilar fundamental para a organização interna e externa do Estado, na medida em que ela repercute em questões vitais para a subsistência humana: a segurança alimentar e a autonomia energética.

Em momentos de crise econômica, como a que se iniciou em 2008, quando coloca-se em risco a manutenção sistêmica, a questão agrícola tende a assumir uma posição de destaque nas preocupações dos Estados, visto ser ela a condição de manutenção da estrutura em movimento. É neste contexto que se destaca o incentivo internacional para que o agronegócio seja incorporado definitivamente nos processos produtivos dos Estados africanos.

Dentre as estratégias de adoção do agronegócio no continente africano, dar-se-á atenção àquela que se refere ao Programa de Cooperação Tripartida para o Desenvolvimento Agrícola da Savana Tropical em Moçambique (Prosavana), criado no âmbito do acordo trilateral de cooperação internacional existente desde 2009 entre Japão, Brasil e Moçambique.

O objetivo é demonstrar que, apesar da retórica oficial e de uma parcela importante da doutrina, que veem o Prosavana como exemplo eficiente da cooperação Sul-Sul, este programa é de fato um exemplo de um outra espécie de cooperação, que será identificada como de tipo (Norte)-Sul-Sul, pela qual os interesses de Estados desenvolvidos são representados e garantidos através de um instrumento destinado à parceria solidária e horizontal dos Estados em desenvolvimento.

Para tanto, serão examinados sucessivamente as características do agronegócio como modelo de produção agrícola capitalista, a identificação da África como local ideal para o crescimento do setor agroindustrial contemporâneo, o protagonismo de Brasil, China

e Índia em acordos de cooperação internacional na África, a criação e implementação do Prosavana em Moçambique e os respectivos objetivos de Brasil e Japão em Moçambique. Por fim, serão comparados os requisitos formais da cooperação Sul-Sul com o que existe materialmente no Prosavana para que seja concluído que tal programa deve ser considerado de outra espécie: (Norte)-Sul-Sul.

2. A Internacionalização do Agronegócio

Os sujeitos envolvidos no sistema cada vez mais globalizado de produção agrícola têm adotado e propagado política e ideologicamente, de maneira universal, uma lógica produtiva própria daquilo que se costuma chamar de *agronegócio*. Pode-se definir o conceito de agronegócio como o modelo agrícola fundado no controle total do funcionamento da cadeia produtiva de tipo industrial, que parte do fornecimento de sementes, passa pela aplicação de insumos químicos, pela produção propriamente dita, pelo processamento da matéria-prima, culminando no transporte e no comércio em mercados finais urbanos. Este modelo leva continuamente em conta, em cada fase do processo, dados objetivos de custo-benefício a fim de minimizar os custos e maximizar os lucros. O sistema do agronegócio tem permitido assim a completa mercantilização das relações do homem com o alimento, consideradas os vínculos mais fundamentais que o homem pode estabelecer com o seu meio, pois surgem em concomitância com a própria vida. “A alimentação está vinculada não apenas à nutrição, mas também à troca ao contato com o outro e a toda relação de amor e carinho estabelecida entre mãe e filho.” (MATURANA, 2010, p. 182)

A globalização do setor produtivo e comercial, cujo ápice pode ser identificado com o surgimento em meados da década de 1990 da Organização Mundial do Comércio (OMC), é a condição histórica material que propiciou a internacionalização das empresas, sediadas em sua grande maioria nos Estados do Norte. Muitas dessas empresas internacionalizadas já vinham, mesmo antes da criação da OMC, apostando na industrialização da agropecuária. Com a adoção paulatina do modelo do agronegócio e o fortalecimento dessas empresas, houve conseqüentemente o aparecimento de um grupo restrito de agentes do agronegócio com aptidão para a inserção planetária daquele processo de produção agrícola. De fato, os acordos internacionais sobre o comércio possibilitaram o contexto jurídico necessário à liberalização formal do *dumping* por parte de poucas companhias agroindustriais, que passaram a dominar toda a cadeia produtiva agrícola. (OKADA, 2014, p. 19)

De forma sistemática, a ascensão global do agronegócio representou o alcance de um estágio tecnológico capaz de interferir diretamente nas ciências da vida. No momento em que uma determinada tecnologia implica na possibilidade do domínio artificial do processo vital, seja ele animal ou vegetal, está-se diante da possibilidade de inserção daquele

objeto natural em uma lógica artificial de produção capitalista de tipo industrial. Instrumentaliza-se a própria vida e o homem vê-se como o motor da existência dos elementos da natureza. O aparente controle absoluto por parte do homem da dinâmica da natureza acarreta necessariamente a possibilidade de escolha dos rumos do regime alimentar global. A produção, distribuição e consumo de alimentos passam a ser resultado de escolhas estrategicamente feitas por quem detém o monopólio da respectiva tecnologia.

Diante de tal realidade, não pode causar espanto o fato de que o sistema alimentar contemporâneo está cada vez mais submetido ao investimento estrangeiro direto em associação com o pequeno grupo de companhias agroindustriais. Em especial, com o advento da atual crise econômica mundial, iniciada em 2008, em que as desigualdades econômicas se exacerbam, a presença global desses investimento tornou-se ainda mais perceptível, tendo em vista a grande volatilidade dos preços das *commodities*, o aumento da produção dos biocombustíveis diante da alta do petróleo, a especulação imobiliária, o aumento do consumo internacional de carne, os constantes desequilíbrios climáticos e o número cada vez maior de habitantes no Planeta. (OKADA, 2014, p. 1) Nem todos perdem com as crises econômicas. Ao contrário, o que se vê é um processo de concentração de renda em períodos de desequilíbrio financeiro. Como retrato deste fenômeno, cita-se que “[...] a crise financeira detonada em setembro de 2008 veio a calhar para os mais ricos. O 1% do topo da pirâmide, anota a pesquisa, detém hoje metade da riqueza gerada no planeta.” (CINTRA, 2014)

3. África como *Locus* de Enfrentamento da Crise de 2008

Diante desse quadro de desequilíbrios econômicos, demográficos e climáticos, a Organização das Nações Unidas para a Agricultura e Alimentação (FAO) e o Banco Mundial publicaram, em 2009, uma pesquisa intitulada *Awakening Africa's Sleeping Giant: Prospects for Commercial Agriculture in the Guinea Savannah Zone and Beyond*, segundo a qual, a região da Savana da Guiné, onde se localizam 25 Estados nacionais, teria um potencial agrícola representado por 400 milhões de hectares agricultáveis, sendo que só 10% estariam sendo de fato explorados. Ademais, o mesmo estudo indicou que o modelo de exploração agrícola adotado no Cerrado brasileiro nas últimas décadas deveria ser utilizado como o exemplo a ser seguido na África. A publicação das instituições internacionais chega a mencionar expressamente a possibilidade de exploração na Savana de produtos que se adaptaram muito bem ao ecossistema brasileiro, como é o caso da mandioca, do algodão, do milho, do arroz, da soja e da cana-de-açúcar. (SCHLESINGER, 2013, p. 16)

Em 2011, o mesmo Banco Mundial insistia em demonstrar a crescente demanda global por terras agricultáveis e a respectiva disponibilidade fundiária na África subsaariana. Nesse contexto de excesso de procura e a constatação da existência de subutilização

agrícola na África, Moçambique passa a ser visto como o Estado onde deveriam preferencialmente desembarcar os investimentos estrangeiros diretos. Ele passar paulatinamente a ser visto como território suscetível de ser apropriado, em vista do aumento da produtividade agrícola por meio do uso intensivo de biotecnologia. Outro fator importante que tem despertado o interesse dos representantes do agronegócio é o baixíssimo preço da terra na África subsaariana em comparação com aqueles cobrados em outras fronteiras agrícolas, como é o caso do Brasil. Além disso, as vantagens oferecidas pelo governo local, quando da negociação dos contratos de acesso à terra, têm sido outro atrativo para os investimentos estrangeiros. No caso específico de Moçambique, por exemplo, o governo não tem medido esforços para fornecer a investidores estrangeiros terras e condições jurídicas (ambientais, trabalhistas, tributárias) para a implementação em seu território do sistema do agronegócio. Essa política de incentivos tem dado resultados significativos. De fato, entre 2004 e 2009, Moçambique concedeu a investidores estrangeiros o direito de explorar mais de um milhão de hectares. (CLEMENTS, 2014, p. 1)

Ao tratar de maneira mais detalhada o caso de Moçambique, verifica-se que o país, antes da abertura ao investimento estrangeiro, detinha por volta de 36 milhões de hectares de terras cultiváveis, sendo que 16% disso encontrava-se em cultivo por pequenos agricultores e camponeses. Ademais, dessas terras cultivadas, só 3% correspondiam propriamente ao setor do agronegócio. Pode-se assim afirmar que o agronegócio era responsável pela exploração de menos de 200 mil hectares em Moçambique. Logo, o agronegócio, apesar de sua projeção globalizante, não estava presente naquele Estado africano. Justamente por conta da ausência do modelo do agronegócio em Moçambique, não surpreende o fato de que 80% da população moçambicana esteja vinculada diretamente ao setor agrícola, sendo a maior parte da produção destinada ao consumo interno. Isso se deve ao fato do modelo da agricultura familiar ser ainda o principal modelo agrícola em Moçambique. Desta forma, a exploração é feita em pequenas propriedade, em contraposição àquilo em que se baseia o agronegócio: o latifúndio. Sem agronegócio, não há êxodo rural. Sem êxodo rural, não há latifúndio. De fato, dados oficiais retratam que os camponeses de Moçambique estão em sítios cuja área, em média, é de 1,3 hectares. (CLEMENTS, 2014, p. 10)

Em face dos dados mencionados acima, imperativa se torna a confrontação da realidade moçambicana com o discurso das organizações internacionais. Um país que possui entre 15 e 20 milhões de camponeses não pode ser considerado um território de terra abundante, aberto ao uso intensivo, a não ser que se desqualifique a agricultura praticada por esses camponeses. Eis a consequência ideológica da globalização do agronegócio, que foi mencionada no primeiro parágrafo deste artigo. Qualquer modelo de produção agrícola que não coincida com o método agroindustrial é desconsiderado como alternativa viável. Modelos alternativos de produção agrícola tornam-se invisíveis aos olhos do sistema dominante.

O discurso, cuja origem encontra-se nos Estados desenvolvidos do Norte, segundo o qual a África é um continente vazio, subutilizado, desperdiçado, é causa de uma corrida por parte das companhias agroindustriais, representadas por seus Estados de origem, que desejam impor o sistema do agronegócio aos Estados africanos em detrimento do sistema tradicional vigente e real. As avaliações, que concluem ser a Savana uma imensa área a ser explorada, não levam em consideração o fato de que a terra ali é muitas vezes utilizada por camponeses conforme outros modelos agrícolas, o que não significa que aquele espaço esteja livre, disponível ou obsoleto. Vê-se, desta forma, na doutrina sobre o processo de implementação do agronegócio na África, a menção frequente a um processo de grilagem de terras naquele continente, causada pela sujeição da agricultura local à agricultura global com o apoio formal e expresso dos governos locais. (SCOONES; CABRAL; TUGENDHAT, 2013, pp. 4-5)

4. O Agronegócio Compromete-se Exclusivamente com o Lucro

A crise global de alimentos, iniciada em concomitância com a crise econômica internacional de 2008, cuja origem pode ser encontrada nas deficiências das colheitas em áreas tradicionalmente de alta produtividade agrícola, no pico do preço do petróleo elevando os custos de produção, no aumento da demanda internacional de alimentos em virtude do crescimento da demanda dos países pobres, nos investimentos de caráter especulativo em culturas de *commodities* e nas mudanças climáticas, representou um impulso para inserir a segurança alimentar como objetivo primordial das políticas externas de diversos Estados, que dependem da importação de alimentos, como ocorre, por exemplo, com o Japão. (OKADA, 2014, p. 20)

Mas até os Estados autossuficientes na produção de alimentos têm adotado medidas para enfrentar a crise global. Neste grupo encontra-se o Brasil, que passou a se envolver diretamente com projetos de desenvolvimento agrícola em outros territórios. A ideia de levar o agronegócio a Moçambique surge primeiramente em um contexto de crise global alimentar. Porém, outros aspectos surgem de modo a colocar em questão a existência exclusiva deste objetivo primordial. Destaca-se aqui o lançamento pelo governo moçambicano de sua Política e Estratégia Nacional de Biocombustíveis (PEB), com a publicação da Resolução 22, de 21 de maio de 2009, em sintonia com a assinatura por Brasil, Japão e Moçambique do Acordo Triangular para o Desenvolvimento da Agricultura nas Savanas Tropicais de Moçambique, ocorrida menos de quatro meses depois, em 17 de setembro de 2009. (CLEMENTS, 2014, pp. 11-12; CLEMENTS; FERNANDES, 2012, p. 15; CLASSEN, 2013, p. 2)

Percebe-se desde já que o agronegócio não se encontra necessariamente ligado à questão da segurança alimentar. Ao contrário, boa parcela do setor dedica-se à produção

de matéria-prima a ser utilizada pelo setor energético, como é o caso dos biocombustíveis. A formalização da PEB e assinatura do Acordo Triangular, ambos atos praticados por Moçambique, demonstra que, desde a origem, a inserção do agronegócio naquele país foi orientada para o setor energético.

Já na introdução da referida Resolução 22/2009 do Conselho de Ministros de Moçambique, está expresso que duas considerações motivaram o governo a instituir a PEB, quais sejam, a promoção e o aproveitamento dos recursos agroenergéticos para a segurança energética e a necessidade de fazer face à instabilidade dos preços internacionais dos combustíveis. Em especial, para a produção de etanol, foram identificados quatro culturas capazes de se transformarem em matéria-prima para os biocombustíveis: cana-de-açúcar, mapira doce, mandioca, milho. Para o biodiesel, outras cinco culturas, quais sejam, *Jatropha curcas*¹, coco, girassol, soja e amendoim.

5. Desenvolvimento Agroindustrial da Savana de Moçambique

Diante da formalização do PEB e face à conjuntura internacional de crise energético-alimentar, a África passa a ser vista como o *locus* de redenção global. Nesta conjuntura de crise, Brasil, Japão e Moçambique firmam em 2009 o acordo internacional de cooperação triangular, fundado na execução de projetos técnicos capazes de contribuir para o desenvolvimento agrícola do país africano. Representaram o Brasil neste acordo a Agência Brasileira de Cooperação (ABC) e a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa). O conjunto desses projetos técnicos recebeu o nome de Programa de Cooperação Tripartida para o Desenvolvimento Agrícola da Savana Tropical em Moçambique (Prosavana). Trata-se da grande iniciativa de cooperação desde o lançamento do Programa de Parceria Japão-Brasil (PPJB), em 2000. (SCHLESINGER, 2013, p. 17)

No que diz respeito ao Prosavana, deve-se ter sempre em mente o fato de que, apesar do acordo ser trilateral, ele decorre de um envolvimento por parte de Moçambique em uma estrutura de cooperação previamente estabelecida entre Japão e Brasil, cuja origem encontra-se no início dos anos de 1970, quando, simultaneamente, fundou-se a Embrapa e instituiu-se o Programa de Cooperação Nipo-Brasileiro para o Desenvolvimento Agrícola dos Cerrados (Prodecer). Tanto a Embrapa quanto o Prodecer tornaram-se, nos anos seguintes, exemplos de sucesso do desenvolvimento agrícola compatível com o modelo do agronegócio, em “terra desabitada e estéril” (CLASSEN, 2013, p. 6), apesar das divergências que só puderam ser ouvidas com o fim da Ditadura brasileira.

Na segunda metade dos anos de 1980, de volta ao regime democrático, o Brasil estabeleceu com o Japão o Programa de Treinamento para Terceiros Países (TCTP, na sigla

1 *Jatropha curcas* é uma planta, cujas sementes contêm cerca de 35% de óleos vegetais, e muito utilizada para a produção de biodiesel mercadologicamente valorizado.

inglesa), cujo objetivo era o trabalho em conjunto para a realização de cursos técnicos em países da América Latina e África. Segundo este sistema, Brasil e Japão ofereceriam a outros Estados modelos de cooperação previamente definidos com o intuito de contribuir para o desenvolvimento local por meio da utilização de conhecimentos e tecnologias nipo-brasileiros. (PINO, 2013, pp. 36-37) Pode-se dizer então que a fórmula dos mecanismos trilaterais de cooperação internacional significa a adoção por um Estado terceiro à oferta apresentada bilateralmente por Brasil e Japão, embora não se possa afirmar que se trata de estratégia exclusiva desses países.

O Prosavana é assim o resultado do envolvimento direto de Moçambique em programas de parceria desenvolvidos bilateralmente por Japão e Brasil desde os anos de 1970 e exportados com o fim da Ditadura no Brasil. De fato, em 1985, Brasil e Japão formalizaram um programa de cooperação trilateral na área de desenvolvimento humano com países asiáticos e africanos. (OKADA, 2014, p. 21)

Nos termos do memorando de entendimento firmado em 2009 por Brasil, Japão e Moçambique, o Prosavana foi constituído com o objetivo de melhorar a competitividade do setor agrícola moçambicano para garantir, ao menos em tese, a segurança alimentar, o aumento da produtividade dos pequenos produtores e, especialmente, a realização do excedente em vista da exportação para o mercado japonês. (EKMAN; MACAMO, 2014, p. 7)

O Prosavana, desde sua formulação e instituição, caracterizou-se por ser um programa de investimento estrangeiro no setor agrícola moçambicano com o intuito de adaptá-lo às diretrizes do agronegócio. Por existir uma pretensa identidade natural entre os ecossistemas da Savana e do Cerrado, o tão propalado sucesso do Prodecer no Brasil é apresentado como o fundamento discursivo da necessidade e das vantagens da implementação do Prosavana em Moçambique. De fato, ainda em maio de 2009, antes da assinatura do acordo trilateral, o Brasil recebeu uma missão do MINAG para mostrar *in locu* o que a parceria nipo-brasileira pôde fazer, em termos do agronegócio, em seu Cerrado. A proposta ao governo moçambicano era simplesmente repetir a mesma experiência em território africano, o que passou a ser bem-visto imediatamente por Moçambique. Dois meses depois, em julho, durante a Cúpula do G8² em Áquila (Itália), o presidente brasileiro, Luiz Inácio Lula da Silva, e o primeiro-ministro japonês, Taro Aso, formalizaram uma parceria bilateral para o desenvolvimento agrícola da Savana, tendo por modelo o conhecimento adquirido durante a implementação do Prodecer. (FINGERMANN, 2014, p. 134).

O sucesso do desenvolvimento do agronegócio no Cerrado é a história da adoção de um modelo em uma terra *desabitada e estéril*, sem qualquer discussão acerca das repercussões

2 G8 é o nome que se dá ao grupo formado pelos sete países mais economicamente desenvolvidos do mundo (Alemanha, Canadá, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Itália e Japão) mais a Rússia.

sociais e ambientais. A repressão à liberdade de expressão durante a Ditadura propiciou o conjuntura ideal para a consolidação da terra para a agricultura em larga escala, em detrimento dos elementos e interesses locais. (OKADA, 2014, p. 17) Percebe-se naquele momento, no Brasil, a ocorrência do fenômeno de imposição do sistema agroindustrial sem a mínima ponderação, por parte do governo brasileiro ou japonês, acerca dos impactos socioambientais naquele espaço físico. A invisibilização dos camponeses e, conseqüentemente, de seu modo de vida, seu modelo de produção e de seus interesses, fez com que o Prodecer fosse implementado segundo diretrizes exclusivamente governamentais, sem qualquer consulta à população local ou a outros sujeitos interessados, característica que tem sido percebida atualmente em Moçambique, conforme reiteradas denúncias da União Nacional de Camponeses de Moçambique (UNAC). (CLASSEN, 2013, p. 28)

Os governos africanos, não apenas em Moçambique, tornaram a promoção do crescimento do agronegócio em seu próprio território um objetivo primordial da política nacional, recebendo para tanto o importante apoio da elite local. A fim de facilitar a adaptação dos interesses estrangeiros na África, os governos dos diversos Estados, com o apoio fundamental de setores privilegiados da sociedade local, têm aderido paulatinamente à política neoliberal, fundada na liberalização da economia com pouca ou nenhuma intervenção estatal, a fim de se garantir a concorrência perfeita aos agentes globalizados. O intuito é implementar nacionalmente a conjuntura político-jurídica ideal para os interesses dos investidores estrangeiros. Esta implementação pode ser identificada com a liberalização da economia local, em especial de seu setor agrícola.

6. Envolvimento Dos Membros do BRICS em Cooperação na África

Esta liberalização fincou portanto a base necessária para o investimento dos membros do BRICS³, em especial da China e do Brasil, em países africanos, com destaque para Gana e Moçambique, por intermédio dos respectivos programas de cooperação internacional. A doutrina é majoritária ao constatar que a implementação de projetos do agronegócio em território africano, através dos instrumentos internacionais de cooperação agrícola, implicou em vantagens recíprocas. De um lado, as elites locais beneficiaram-se do aporte financeiro enquanto as empresas agroindustriais encontravam a conjuntura político-jurídica favorável à realização de suas atividades; de outro lado, os Estados do BRICS consolidavam-se como importantes *players* internacionais. (SCOONES; CABRAL; TUGENDHAT, 2013, p. 13)

Além do desenvolvimento agrícola nacional, Moçambique tem dado ênfase à modernização tecnológica como condição imprescindível para seu desenvolvimento econômico

3 BRICS é o nome que se dá ao grupo formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

sustentável. Daí advém a importância de existir, dentro dos programas de cooperação internacional como o Prosavana, um mecanismo de transferência de tecnologia específica ao objeto do acordo. Mas isso não basta, uma vez que há ali carência de investimentos em setores não propriamente agrícolas, mas que de alguma forma lhe são conexos. É este o caso dos investimentos em infraestrutura viária e de comunicação capazes de permitir a simplificação da cadeia produtiva. Os grandes desafios históricos dos países africanos fazem deles locais de baixa capacidade de pesquisa científica e de fragilidade estrutural. Em virtude disso, as ofertas de apoio de países como o Brasil e a China são sempre aceitas sem muitos questionamentos. Há uma desproporção entre as potencialidades de negociação, o que acaba por inviabilizar qualquer modificação do projeto por parte dos Estados africanos. A necessidade de recursos anula qualquer especulação que ultrapasse os limites do debate econômico. O financiamento de projetos de desenvolvimento é, desta forma, bem mais importante do que qualquer cogitação acerca de questões socioambientais.

Em Moçambique, a criação do Plano Estratégico para o Desenvolvimento do Setor Agrário (PEDSA) representou definitivamente a adoção de um modelo agrícola nacional fundado no agronegócio e nas parcerias público-privadas, cuja justificativa, em consonância com o ideário neoliberal, relacionava-se com a redução de custos de produção e melhoria da eficiência da cadeia produtiva. Há inclusive uma coincidência metodológica entre o PEDSA e o Prosavana, que tem sido vista como indicativo da aceitação soberana do modelo de desenvolvimento agrícola por Moçambique, qual seja, o fomento de um setor agrícola orientado para o mercado externo, capaz de transformar a economia fundada no trabalho camponês em uma economia considerada ideologicamente *moderna*. Para tanto, o acesso ao capital externo e à tecnologia agrícola são condições fundamentais. (CHICHAVA *et al.*, 2013, pp. 6-7)

A implementação do Prosavana em Moçambique deve ser examinada enquanto um instrumento de realização de objetivos de política internacional do Brasil e do Japão. No que concerne aos objetivos de política externa do Brasil, o Prosavana pode ser visto como um instrumento agrícola, oferecido a Moçambique, que representa a principal iniciativa de inserção de empresas públicas e privadas brasileiras no continente africano. Para o governo brasileiro, o estabelecimento de programas de cooperação na África significaria portanto um engajamento maior do Brasil em questões internacionais, o que poderia tornar-se um trunfo importante quando das negociações relativas à reforma das Nações Unidas, à criação do BRICS e à influência junto ao G20⁴. (CLASSEN, 2013, p. 3)

4 G20 é o nome que se dá ao grupo formado pelos ministros das finanças e chefes dos bancos centrais das 19 grandes economias mundiais (África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Rússia, Turquia) e da União Europeia.

Dentre os vários âmbitos de discussão internacional, o BRICS tem se destacado por sua cada vez mais incisiva articulação com países africanos, especialmente no que se refere à política agrícola, energética e de mineração. De fato, os membros do BRICS, especialmente Brasil, China e Índia, têm sido vistos, na África, não apenas como investidores de recursos financeiros e tecnologia, mas como exemplos de Estados em desenvolvimento que mais têm se aproximado do mundo desenvolvido. Eles são modelos de sucesso para os demais Estados do Sul. Por isso, o discurso desses países, fundado na valorização do modelo do agronegócio e os consequentes projetos de cooperação, tem sido normalmente aceito e adotado sem ressalvas pelos Estados africanos. (SCOONES; CABRAL; TUGENDHAT, 2013, p. 2)

Tal adesão tem sua razão de ser inclusive quando se examinam os benefícios econômicos que os Estados africanos têm percebido após a implementação das parcerias com os membros do BRICS. Toma-se o caso de Moçambique como exemplo. Desde que se iniciaram os programas de cooperação agrícola com o Brasil e a China, houve um aumento significativo dos níveis de investimento privado e um relativo melhoramento tecnológico naquele país. (CHICHAVA *et al.*, 2013, p. 7) Para um Estado habituado à carência financeira, à inexistência de alternativas tecnológicas e às assimetrias dos acordos Norte-Sul, a entrada em cena de China e Brasil, com seu vigor econômico e tecnológico, devolveu a Moçambique a perspectiva de um desenvolvimento consistente. Isso não é pouca coisa. Se se analisarem os índices da atividade comercial existente entre Brasil e os países africanos, houve um aumento de 600% entre 2002 e 2011. (SCHLESINGER, 2014, p. 4)

7. Benefícios Econômicos Não se Traduzem em Benefício Sociais

Uma questão que se põe de forma incisiva na doutrina é em que medida a população desses países africanos tem se beneficiado desse aumento da atividade comercial internacional. Sabe-se das dificuldades de transformar as conquistas macroeconômicas em melhorias na qualidade de vida dos integrantes de uma determinada sociedade. O Brasil mesmo passou e, em certa medida, ainda passa pelo paradoxo de ser uma das economias mais vigorosas do mundo e, simultaneamente, possuir uma massa populacional alijada do exercício de direitos socioeconômicos fundamentais. É neste âmbito que se encontram as críticas mais ácidas aos processos de cooperação internacional na África.

Isso tem se refletido nos relatórios do Fundo Monetário Internacional (FMI) e do Banco Mundial sobre a situação de Moçambique. Essas instituições internacionais declaram-se otimistas quanto ao futuro do país, apesar das evidentes fragilidades de sua política institucional, aliadas ao caráter antidemocrático do sistema político nacional. Independente das dificuldades e fragilidades políticas, a economia Moçambique tem sido retratada na doutrina como exemplo de sucesso regional, ao ter completado duas décadas de crescimento contínuo. (FINGERMAN, 2014, p. 91)

Contudo, os avanços econômicos não impedem que se constate a ocorrência de um fenômeno típico dos países em desenvolvimento, qual seja, o enriquecimento acelerado da elite local e o empobrecimento das demais classes sociais, o que explica a concentração da renda nacional. Não é difícil deduzir a existência de tal fenômeno em Moçambique, levando-se em conta a persistência de dois fatores: a fragilidade democrática e o crescimento econômico. Durante a Ditadura brasileira (1964-1988), quando ocorreu o conhecido *Milagre Econômico*, esse fenômeno foi percebido no Brasil. Um regime autoritário e anti-democrático, em uma conjuntura econômica de crescimento vigoroso, deu origem ao discurso oficial de que o bolo – as riquezas nacionais – deveria crescer antes de ser partilhado. O povo deveria ter paciência e aguardar o momento ideal para a repartição das riquezas nacionais. O bolo cresceu e sua divisão continua a ser um objetivo. A perversa concentração de renda no Brasil é resultado disso. Por que em Moçambique seria diferente?

Reforça esta percepção a posição da UNAC de alerta sobre o perigo do Prosavana criar uma explosão de camponeses sem-terra no país, incentivando o êxodo rural, aumentando a crise urbana, causando o empobrecimento das comunidades rurais, tornando os pequenos agricultores dependentes de investimentos estrangeiros em larga escala, prejudicando o meio ambiente e comprometendo a sustentabilidade socioambiental. Essas críticas chegam inclusive a identificar o Prosavana como uma espécie de Cavalo de Troia brasileiro. (CHICHAVA *et al.*, 2013, p. 15)

Em termos estritamente econômicos, entretanto, o resultado das iniciativas internacionais em Moçambique tem entusiasmado seu governo. Por isso mesmo, o Brasil tem sido consultado acerca da possibilidade de ampliação da cooperação bilateral em outros domínios, não exclusivamente econômicos. (LIMA, J. D. F., 2012, p. 28)

8. Brasil na África: Protagonismo Internacional e Fortalecimento da Indústria Nacional

Diferentemente do Japão, que depende da importação de alimentos para atender a 60% da demanda interna (OKADA, 2014, p. 1), o Brasil não necessita de comprar a produção agrícola de Moçambique, seja para fins alimentares, seja com objetivos energéticos. Neste último aspecto, o caso brasileiro se distingue também da situação existente na China e na Índia. Logo, diante desses três países membros do BRICS diretamente interessados em firmar parcerias internacionais na África, o Brasil é o que menos depende dos resultados concretos desses acordos. O interesse do Brasil configura-se essencialmente no alargamento das margens de influência geopolítica e sua consolidação como importante ator na cena internacional. (SCHLESINGER, 2014, p. 4)

Mas não apenas os interesses brasileiros enquanto sujeito de Direito Internacional impulsionam o Estado a estabelecer acordos de cooperação econômica com países africanos,

em especial com Moçambique. É óbvio que o Brasil procurar aumentar seu espaço e peso nos debates multilaterais. Porém, além disso, há nesses mecanismos internacionais a demonstração do caráter estratégico dado à expansão das empresas brasileiras⁵ – públicas e privadas – rumo a outros territórios nacionais. Além dos projetos agrícolas, há outros de natureza diversa, destacando-se aqueles relativos à exploração de petróleo e minérios, assim como iniciativas de intervenção em infraestrutura. (SCHLESINGER, 2013, p. 9) Por esta razão, diz-se que o engajamento do Brasil na África deve ser compreendido sob duas perspectivas. A primeira caracteriza-se por ser uma alternativa exclusivamente governamental. Ao ter em vista uma projeção internacional, o Brasil une-se a tradicionais potências econômicas do Norte⁶, no caso o Japão, para atender a necessidades exclusivas de seu parceiro do mundo desenvolvido. A segunda perspectiva traduz-se na abertura de fronteiras de exploração para os diversos setores econômicos nacionais, garantindo-lhes matéria-prima, mercado e demanda de negócios rentáveis. (CABRAL; SHANKLAND, 2013, p. 17)

O fato do Brasil possuir um passado colonial de mais de três séculos e ser ainda um Estado em desenvolvimento do Sul facilita a disposição dos Estados africanos em abrir seu território às iniciativas de um país sem qualquer passivo colonial. Ademais, os laços culturais e raciais⁷ também facilitam a aproximação do Brasil com o continente africano. (AVELHAN, 2013, p. 41) A entrada de investidores brasileiros na África não tem sido nada traumática. Pode-se fazer tal afirmação, pelo menos, no que concerne à fase de negociações internacionais. A implantação dos projetos, por sua vez, tem se mostrado muito mais conflituoso. O Brasil é visto como um parceiro da África e sua liderança internacional é até mesmo desejada pelos africanos.

Por não ser estruturalmente dependente da produção agrícola africana, o Brasil encontra-se ainda atrás da China e da Índia quando se analisam os montantes financeiros aportados nos Estados africanos. Além disso, o modelo de ajuda brasileiro caracteriza-se por se orientador pelo princípio da não interferência, (EKMAN; MACAMO, 2014, p. 1) isto é, tem-se como condição fundamental para as relações internacionais na África o respeito à soberania alheia, o que torna mais gradual a realização dos processos de cooperação internacional. Só se formalizam instrumentos jurídicos na medida em que todas as partes possam livremente expressar seu consentimento prévio, o que demanda normalmente mais tempo do que em situações de diplomacia incisiva.

5 Estão presentes na África diversas empresas e instituições públicas e privadas do Brasil. Dentre elas, destacam-se BNDES, Embrapa, Petrobrás, Senai, Senac, Fiocruz, diversas universidades, JBS, Marfrig, Brasil Foods, Oderbrecht, Camargo Correa, Gerdau, CSN, Coteminas, Vale, Fibria, Ambev, Artecóla, Tigre, Embraer e Marcopolo. (AVELHAN, 2013, p. 31)

6 Na África, o Brasil também possui projetos de cooperação trilateral com outros Estados desenvolvidos como, por exemplo, os Estados Unidos. (ABREU, 2013, p. 14)

7 O Brasil é o país com a maior população negra existente fora do continente africano.

Percebe-se assim que, apesar das diferenças estratégicas fundadas em distintos objetivos imediatos – o que pode ser percebido pela análise dos discursos oficiais de ambos os governos –, Brasil e China, no que concerne aos programas de cooperação agrícola na África, aproveitam-se de uma narrativa de fundo histórico para facilitar a aproximação junto aos Estados africanos. Enquanto o Brasil apresenta-se como um parceiro preocupado em saldar a dívida da escravidão negra, a China roga a si o tradicional papel de opositora às corridas colonialistas de outrora.

9. Rivalidades Japonesas na Agricultura: China e Estados Unidos

Por ser o Prosavana a principal iniciativa do Brasil na África e visto ser este programa o resultado da longa parceria existente entre Brasil e Japão, há quem afirme ser a corrida contemporânea por terras na África, que envolve diretamente Brasil e China, na verdade, um dos traços mais contemporâneos da tradicional rivalidade entre Japão e China. O Brasil seria, neste caso, tão somente um representante dos interesses japoneses naquele continente. Nesse contexto de competição internacional, o programa nipo-brasileiro de investimento no setor agrícola de Moçambique tornar-se-ia importante instrumento no equilíbrio de forças no extremo-oriental. Com efeito, a China é um dos atores mais ativos na cena internacional econômica, especialmente na África, com quem tem estabelecido parcerias desde os anos de 1980, o que tem preocupado substancialmente o governo japonês. (CLASSEN, 2013, p. 18)

A presença da China em Moçambique é, junto com a necessidade de importação de alimentos para o mercado interno, um dos principais fatores que incentivam o Japão a se envolver no Prosavana, em associação com o Brasil. A China é vista pelo governo japonês como o principal rival para os investimentos agrícolas *offshore*, ao ponto de sua atividade na África ser considerada um obstáculo concreto à expansão dos interesses empresariais japoneses naquela região. (OKADA, 2014, p. 23)

As preocupações japonesas se justificam na medida em que a China é a detentora do mais amplo e sedimentado sistema de cooperação para o desenvolvimento de Estados do Sul. Dentro da organização estatal chinesa, cabe ao Departamento de Ajuda a Países Estrangeiros, submetido ao Ministério do Comércio, a atribuição de implementar tais programas de cooperação econômica internacional, dedicados especialmente à infraestrutura, agricultura, mineração e energia. Ademais, esses programas chineses têm se destacado globalmente, pois são realizados em consonância com os princípios da cooperação, da igualdade e do ganho recíproco. Isso faz com que a China seja vista com bons olhos pelos Estados em desenvolvimento e torne-se um parceiro preferencial. Contudo, a admiração geral pelo sistema de cooperação internacional chinesa não impede a existência de muitas críticas, notadamente no que concerne à transferência de mão de obra chinesa para os países onde os programas são implementados. (AVELHAN, 2013, p. 25)

No contexto da concorrência internacional, não apenas a China é motivo de preocupação por parte do Japão. Também os Estados Unidos são considerados outro rival na questão agrícola, notadamente no que concerne à produção de soja. Como já foi mencionado acima, o Japão é grande dependente da importação de produtos agrícolas, dentre os quais destaca-se a soja. Até meados dos anos de 1970, os Estados Unidos eram o único grande produtor mundial de soja.

A importância estadunidense na produção de soja é decorrência de uma mudança na forma de enxergar as potencialidades naturais dessa leguminosa. Em 1904, cientistas do Instituto Tuskegee, localizado no Alabama, identificaram grandes quantidades de óleo e proteína na soja, vislumbrando conseqüentemente a possibilidade de utilizá-la na produção de ração animal e óleo vegetal. Alguns anos depois, em 1920, surgia a American Soybean Association (ASA), que inseriu definitivamente a soja na agenda governamental daquele país. Nos anos de 1930, a soja era encontrada em mais de um milhão de hectares do território dos Estados Unidos. (FERNÁNDEZ, 2007, pp. 16-17) Mais recentemente, em meados dos anos 2000, a produção anual de soja daquele país alcançava o patamar de 80 milhões de toneladas, (FERNÁNDEZ, 2007, p. 102) enquanto a safra 2014/2015 de sua produção ultrapassou a casa das 108 milhões de toneladas. (TORRES, 2015)

A hegemonia dos Estados Unidos neste setor agrícola motivou o Japão, que é um Estado com sérias limitações territoriais, a fomentar a produção da soja em outras regiões, com o propósito de induzir o surgimento de alternativas ao monopólio estadunidense. É neste contexto que são firmados os primeiros acordos de cooperação com o Brasil, que darão origem, na década de 1970, ao Prodecer. Como resultado de longo prazo, a parceria nipo-brasileira no setor agrícola será um dos motivos pelos quais o Brasil se tornará, em 2006, o primeiro lugar dentre os países exportadores de soja, atingindo a marca de 39,62 milhões de toneladas enviadas ao exterior. (FERNÁNDEZ, 2007, p. 103)

Apesar de não ser o maior produtor de soja, posição esta ocupada pelos Estados Unidos, o Brasil é seu maior exportador. Não há qualquer contradição neste fato. Isso mostra simplesmente que, enquanto nos Estados Unidos a produção é destinada ao mercado interno, o Brasil se caracteriza por ser um país que tem em vista utilizar os resultados de sua agroindústria como bens de exportação. A proposta do Prosavana é fazer de Moçambique um novo Brasil, isto é, aproveitar a conjuntura política não-democrática para inserir o agronegócio como modelo industrial em larga escala de viés exportador.

A decisão japonesa de participar da cooperação trilateral em Moçambique pode ser compreendida, desta forma, como uma tentativa de minimizar ainda mais a tradicional hegemonia dos Estados Unidos na produção de soja, apesar dos avanços significativos da produção de soja brasileira. De maneira mais específica, o Japão pretende diversificar as regiões de abastecimento global de soja. Percebe-se, portanto, que não mais interessa ao governo japonês manter o mercado internacional concentrado nas mãos de apenas dois

países: Brasil e Estados Unidos. Aquele foi importante nas últimas décadas para quebrar o monopólio deste, mas isso não significa que a bipolarização da produção de soja seja mantida por muito tempo. É também neste contexto de pulverização do fornecimento de soja que se encontra a importância atual de Moçambique para o Japão. Conclui-se assim que o Prosavana pretende, no mínimo, instituir uma tripolarização do fornecimento global de soja. (OKADA, 2014, p. 30)

Para maximizar suas chances de penetração em território africano, o Japão tem se aproveitado dos novos esquemas de parceria de tipo Sul-Sul implementados pelo Brasil com outros Estados em desenvolvimento, em especial com aqueles de língua portuguesa. A expectativa do Japão quanto ao sucesso do Prosavana é suficiente para que a JICA considere a possibilidade de expandir o modelo trilateral de cooperação agrícola, fundado em sua participação conjunta com o Brasil e outro Estado africano. Fala-se inclusive em repetir brevemente a experiência de Moçambique em Angola. (OKADA, 2014, p. 23)

10. Cooperação Internacional Sul-Sul: Características Comuns

A cooperação Sul-Sul é como se designa uma espécie de acordo internacional, que tem em vista o desenvolvimento comum, adotada pelos Estados em desenvolvimento ou Estados do Sul. Existem portanto dois aspectos formais essenciais para a identificação da cooperação Sul-Sul: um subjetivo, relativo às partes envolvidas no acordo internacional, e outro objetivo, concernente à matéria do acordo.

Em princípio, qualquer vínculo jurídico, estabelecido entre Estados considerados subdesenvolvidos, que tenha por objeto a implementação de mecanismos de desenvolvimento socioeconômico, pode ser designado como um caso de cooperação internacional Sul-Sul. Basta apenas que estejam envolvidos Estados do Sul e que o objeto seja a cooperação internacional para o respectivo desenvolvimento nacional. Diante disso, forçosa é a constatação de que, a princípio, os acordos de cooperação firmados pelo Brasil com os países africanos, em especial Moçambique, assumem este formato.

O princípio que sustenta os mecanismo de cooperação Sul-Sul é o de que os Estados em desenvolvimento não dependem mais – ou melhor, nunca dependeram – dos congêneres desenvolvidos para conseguir deixar para trás o subdesenvolvimento. Ao contrário, é plenamente possível – e bem mais eficiente – conquistar benefícios individuais através de sistemas de cooperação que prevejam de forma estrita a reciprocidade. Quando todas as partes envolvidas têm, a grosso modo, os mesmos objetivos, a conjugação de interesses individuais facilita a realização dos propósitos coletivos. Trata-se da conjugação de forças daqueles que se encontram no mesmo patamar de desenvolvimento. Além disso, o fato de não haver grandes desigualdades entre as partes do acordo de cooperação Sul-Sul faz com que suas demandas sejam relativamente uniformes, o que minimizaria substancialmente as possibilidades da ocorrência de situações de tipo neocolonial.

A cooperação internacional Sul-Sul busca, portanto, introduzir uma nova ótica do que seja o desenvolvimento socioeconômico dos Estados do Sul, de modo a valorizar o acordo entre países que estão em busca do pleno desenvolvimento ou, pelo menos, do grau de desenvolvimento já alcançado pelos Estados do Norte. Por ser uma alternativa a esquemas de interação internacional que se confundem com o neocolonialismo, essa espécie de cooperação internacional, realizada entre si pelos Estados em desenvolvimento, funda-se evidentemente nos princípios da soberania permanente sobre os recursos naturais, da cooperação, da não-intervenção e da horizontalidade de interação. Tal arcabouço jurídico internacional teria, desta forma, a possibilidade de realizar uma inserção diferenciada dos Estados do Sul na comunidade internacional, repercutindo favoravelmente em suas relações com os próprios Estados do Norte. (AVELHAN, 2013, pp. 18-19)

A cooperação Sul-Sul passa a ser a expressão jurídica da mudança na correlação de forças no sistema internacional, que tem sido a característica das primeiras décadas do séc. XXI. Os Estados em desenvolvimento, fazendo valer sua soberania conquistada a partir dos diversos movimentos nacionais de descolonização dos séculos XIX e XX, pretendem garantir finalmente a realização de sua independência econômica em relação às antigas potências coloniais e imperialistas. Para tanto, os mecanismos de cooperação Sul-Sul têm se apresentado como uma importante alternativa.

Neste contexto, Brasil, China e Índia, que são ainda considerados países em desenvolvimento, não têm perdido a oportunidade de procurar outros Estados do Sul, em vista da celebração de acordos de cooperação econômica, configurando-se na espécie Sul-Sul. O sucesso deste tipo de interação internacional tem feito com que surja objetivamente um novo equilíbrio geopolítico, em que aqueles Estados assumem uma posição de destaque nas discussões internacionais. (SCHLESINGER, 2013, p. 7)

11. Cooperação Sul-Sul: A Experiência do Brasil

Os acordos de cooperação estabelecidos pelo Brasil na África, como ocorre com o Prosavana em Moçambique, têm a pretensão de se constituir em instrumentos internacionais de tipo Sul-Sul, capazes de garantir a repartição justa e equitativa de benefícios mútuos, fundada no princípio da solidariedade.

Da parte dos Estados africanos, tendo como exemplo Moçambique, os acordos de cooperação Sul-Sul são vistos como uma oportunidade de aprendizado, pois, não apenas o Brasil, mas também outros importantes países em desenvolvimento, como a China e a Índia, são considerados exemplos do sucesso de modelos alternativos de desenvolvimento dentro do bloco dos Estados do Sul. No caso específico do Prosavana, Moçambique pretende copiar em seu território o modelo agrícola adotado pelo Brasil a partir dos anos de 1970, considerado, em termos propagandísticos, um formato de grande sucesso. Visto

ser tal modelo agrícola brasileiro, fundado no agronegócio, a demonstração de que há alternativas realizáveis de desenvolvimento autônomo para os Estados ex-colonizados, o governo moçambicano pretende repeti-lo em seu território por intermédio do Prosavana.

Ao se analisar a posição do Brasil no esquema de cooperação Sul-Sul, verifica-se que seu discurso oficial pauta-se inequivocamente pelo princípio da diplomacia conjunta, baseada na solidariedade. O Brasil apresenta-se como um Estado do Sul capaz de transferir a outros Estados em desenvolvimento seu saber-fazer em termos de desenvolvimento econômico, levando-se em conta a experiência local. A princípio, ao menos formalmente, a ideia em que se funda a proposta de cooperação brasileira para a África refere-se à adaptação do formato brasileiro à conjuntura sociocultural das populações locais, o que implica evidentemente na não-imposição de condições, na não-associação para interesses comerciais, no respeito à soberania alheia e na não-interferência nos assuntos internos de Estados terceiros. Diante disso, a cooperação proposta pelo Brasil aos Estados africanos é considerada distinta das tradicionais formas de cooperação levadas a cabo tradicionalmente pelos Estados do Norte. (CABRAL; SHANKLAND, 2013, p. 5) O caráter horizontal da parceria brasileira é apresentado como contraponto ao sistema vertical existente nas cooperações Norte-Sul. (CHICHAVA *et al.*, 2013, p. 7) É por este mesmo motivo que o Brasil recusa-se, nos esquemas de cooperação na África, a ser chamado de *doador*, termo que se refere normalmente às cooperações verticalizadas de tipo Norte-Sul. (CABRAL *et al.*, 2013, p. 2)

O Brasil, rechaçando qualquer vinculação com os mecanismos de cooperação vertical, descreve seus programas de parceria na África como exemplos de relações internacionais mutuamente benéficas. Esses benefícios recíprocos não seriam apenas de natureza econômica e diplomática, mas, especialmente, de natureza solidária, em que a aprendizagem e convivências são mútuas. (CABRAL *et al.*, 2013, p. 2)

Simboliza bem o papel dado a este tipo de cooperação pelo Brasil o discurso proferido pelo presidente Lula, em Maputo, em que se confirmou compromisso moral do Brasil com a realização da soberania alimentar de Moçambique.

“A maior demonstração de soberania de um país não é ele ter bomba atômica, não é ele produzir chip, é ele ter capacidade de produzir todo o alimento necessário para o seu povo, e nisso o Brasil tem acúmulo de experiência, assistência técnica e resultado para partilhar com Moçambique”. (MONTEIRO, 2010)

A cooperação praticada pelo Brasil na África segue, portanto, as diretrizes fundamentais da política externa brasileira, que consistem na defesa da paz, no incentivo da adoção universal de mecanismos de solução pacífica de controvérsias, na valorização da igualdade internacional, na garantia da autodeterminação dos povos e na busca permanente

pelo desenvolvimento. Todos esses fundamentos em consonância com o objetivo de reduzir de forma eficiente e definitiva as desigualdades socioeconômicas existentes entre os Estados do Norte e do Sul.

Mas isso não é tudo. Como pode ser percebido da postura solidária do Brasil em face do desafio da realização da segurança alimentar em Moçambique, os projetos de cooperação internacional Sul-Sul demonstram a vontade do Estado brasileiro em estreitar relações com outros países em desenvolvimento em vista da realização de uma integração política, econômica, social e cultural independente dos interesses dos Estados desenvolvidos.

12. Cooperação Internacional Sul-Sul: Ação sob Demanda

Além dos princípios da soberania, cooperação, solidariedade, não-intervenção, não-imposição de condições, reconhecimento da experiência local, a cooperação de tipo Sul-Sul proposta pelo Brasil funda-se na *ação sob demanda*, isto é, o Brasil só age internacionalmente quando provocado de forma livre e soberana pelo governo de outro Estado.

A noção de ação sob demanda inscreve-se de maneira ampla dentro do espectro da normatividade própria e decorrente do princípio da soberania dos Estados. Porém, é possível examiná-la de uma forma mais estrita, de acordo com a política de cooperação técnica entre países em desenvolvimento. No caso brasileiro, após a instituição da ABC, as iniciativas de cooperação Sul-Sul passaram a se pautar por uma diferenciação substancial daquilo que sempre existiu enquanto cooperação tradicional, confundida com a cooperação internacional Norte-Sul ou vertical. Com o modelo de cooperação Sul-Sul, rejeitou-se sumariamente qualquer traço de assimetria e desigualdade entre as partes envolvidas, independentemente de suas atribuições individuais, isto é, não mais se distinguem as partes de um acordo nas figuras de *prestadoras* ou *receptoras*. Esta distinção ou hierarquia entre os sujeitos de um acordo internacional de cooperação seria a prova cabal de que as propostas de cooperação tradicional sempre detiveram em seu cerne a vocação para a desigualdade. Logo, concluiu-se que a cooperação Norte-Sul não era efetivamente um exemplo de parceria, no sentido estrito do termo. (AVELHAN, 2013, p. 22) Fundado no princípio da igualdade entre as partes em cooperação, o sistema Sul-Sul exige como condição principal a prévia manifestação soberana por parte do Estado em desenvolvimento que deseja se aliar com outro Estado em desenvolvimento. O Brasil, de acordo com seu discurso oficial, segue este princípio. Eis o que se chama de ação sob demanda em cooperação Sul-Sul: o Estado, no caso o Brasil, deve permanecer inerte até que haja a provocação por parte de um sujeito de Direito Internacional, que faça parte do grupo de países em desenvolvimento, em vista da construção de um mecanismo conjunto de desenvolvimento socioeconômico.

Nada pode ser mais atraente para os Estados africanos do que esta proposta de cooperação Sul-Sul, diante da lembrança recente de ser passado colonial. Para quem foi

obrigado a conviver com a submissão por séculos, para quem teve que lutar pela própria independência, torna-se cativante a constatação prática *ab initio* da disposição do Estado potencialmente parceiro em respeitar integralmente sua soberania. Isso fica ainda mais patente quando é acompanhada de discursos de valorização da solidariedade e não-interferência. (FINGERMANN, 2014, p. 103)

Em favor do protagonismo brasileiro no sistema internacional de cooperação Sul-Sul, destaca-se o fato de que o Brasil não possui um passado colonialista, nem impõe condições políticas ou econômicas para seu envolvimento em projetos ou programas de desenvolvimento local. Pelo contrário, por ser um parceiro do Sul com seus próprios dilemas nacionais, o Brasil evita de todas as formas interferir nos assuntos domésticos alheios, o que lhe tem garantido a confiança necessária por parte dos governos africanos. (NOGUEIRA; OLLINAHO, 2013, p. 3)

A implementação dos acordos de cooperação Sul-Sul que envolvem o Brasil e os Estados africanos ocorre sob diversas formas, tendo em vista as aspirações recíprocas. Todavia, percebe-se como característica homogênea a participação não apenas do setor público brasileiro, como também das empresas privadas. O envolvimento do Brasil em projetos decorrentes de acordos de cooperação internacional Sul-Sul se dá sob a forma de assistência técnica, investimento direto ou empréstimos do governo. (SCHLESINGER, 2013, p. 7)

13. Prosavana: Cooperação (Norte)-Sul-Sul

Moçambique é o Estado da África subsaariana que mais tem se beneficiado dos programas de cooperação técnica do Brasil. Em 2010, Moçambique recebeu 81% dos recursos brasileiros destinados àquela região. (FINGERMANN, 2014, p. 83) Ocorre, entretanto, que os projetos brasileiros de cooperação agrícola, dos quais se destaca o Prosavana, não são estabelecidos bilateralmente entre o Brasil e o Estado africano. Ao contrário, como já foi visto anteriormente, esses projetos têm sempre a participação de um Estado do Norte.

No que concerne ao Prosavana, o Japão é o país desenvolvido que se coloca como parte do acordo, junto com Brasil e Moçambique. Pode-se então, desde já, começar a questionar se o Prosavana é realmente um instrumento de cooperação Sul-Sul.

Corroborando com o questionamento do caráter Sul-Sul do Prosavana a posição doutrinária de Natalia Fingermann (2013, p. 1), que afirma ser o programa resultado de um acordo trilateral em Moçambique, que inclui princípios da cooperação Sul-Sul. Percebe-se, desde já, que o modelo de cooperação trilateral do Prosavana não cumpre plenamente os requisitos do formato de cooperação Sul-Sul, mas apenas adota algumas diretrizes próprias a tal formato. É neste sentido que se interpreta a conclusão da autora de que o

acordo trilateral, apesar de ser de um determinado formato, inclui alguns princípios da cooperação Sul-Sul.

A Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE), organização não-governamental brasileira sem fins lucrativos, dedicada à Justiça Ambiental e à segurança alimentar, tem frequentemente criticado o caráter Sul-Sul do acordo de cooperação que deu origem ao Prosavana. Para a FASE o programa implementado em Moçambique é, na verdade, um projeto bilateral nipo-brasileiro, fundado em um movimento de expansão dos investimentos privados brasileiros, que deveria ser considerado como uma espécie de cooperação internacional Norte-Sul. (CLASSEN, 2013, p. 31)

O primeiro desvio em relação ao formato da cooperação Sul-Sul refere-se ao aspecto subjetivo. Segundo a concepção formal dos acordos horizontais de cooperação, devem as partes do acordo internacional ser apenas Estados em desenvolvimento. Tal determinação subjetiva teria o propósito de blindar as partes economicamente mais frágeis de pretensões e imposições dos Estados do Norte, dissonantes dos desafios comuns aos Estados do Sul.

Entretanto, não se pode negar que haja a realização de projetos e programas que envolvem diretamente os Estados do Sul, apesar do fato de Estados do Norte serem partes do acordo internacional. Veja-se o caso do Prosavana. Apesar de o Japão ser parte do acordo internacional de cooperação, não se questiona o fato de que Moçambique e Brasil são os grandes protagonistas de sua realização. A atuação do Japão neste projeto restringe-se à consecução de seus objetivos de segurança alimentar própria e geopolíticos.

Não há que se negar, tampouco, o fato de que a participação do Japão no Prosavana, mesmo que marginal, compromete substancialmente a realização da cooperação internacional Sul-Sul. Por isso, diante da participação de Estados do Norte em acordos de cooperação instituídos em tese para se constituírem no modelo de tipo Sul-Sul, verifica-se, na verdade, a ocorrência de uma cooperação internacional de tipo (Norte)-Sul-Sul, em que a atuação e os interesses de países desenvolvidos são inseridos no contexto Sul-Sul de forma sutil e dissimulada. Adota-se o discurso da cooperação solidária entre países em desenvolvimento para tentar legitimar a participação de Estados do Norte, mesmo que de maneira camuflada. Para tanto, necessita-se da conivência de um dos Estados do Sul, que passa a agir como mandatário dos interesses do Estado do Norte. No caso do Prosavana, é o Brasil que figura nesta posição, pois foi quem intermediou a inserção dos interesses japoneses em Moçambique sob o formato da cooperação Sul-Sul.

O descompasso entre o discurso e a prática tem sido identificado como uma postura hipócrita por parte, especialmente, dos Estados provedores, como o Brasil, que se utilizam de um ideário anticolonial para se beneficiar e permitir concomitantemente a entrada em países receptores, como Moçambique, de interesses associados às grandes potências imperialistas, o que é o contrário do que se propõe com a cooperação Sul-Sul.

Como decorrência dessa incoerência fundamental e como já salientado anteriormente, tem-se utilizado na doutrina o termo *Cavalo de Troia* para definir os acordos internacionais trilaterais de cooperação Sul-Sul, em que uma das três partes não está em desenvolvimento. Há diversos autores, conforme se depreende do trabalho de Livia Liria Avelhan (2013, p. 28), que chegam mesmo a identificar o fenômeno como uma espécie de *subimperialismo*, isto é, o Estado do Sul, mandatário dos interesses do Estado do Norte, agiria em nome próprio para impor em outro Estado do Sul um sistema de exploração de natureza imperialista. Para esses autores, a expansão da presença internacional de potências médias, como Brasil, China e Índia, tende a impor de cima para baixo modelos de exploração econômica a países frágeis, como o são aqueles que se encontram na África, por meio de acordos internacionais de cooperação trilateral e por meio da atuação direta de importantes companhias daquelas potências médias. A presença do Japão no Prosavana é, por exemplo, indicador da existência de um elemento de cooperação antagônica, que tem sido associado ao subimperialismo brasileiro. (AVELHAN, 2013, p. 63) Isso significa que, no caso do Prosavana, o Brasil agiria para simular a existência de um novo modelo de cooperação, fundado no princípio da horizontalidade, mas que, na verdade, seria o tradicional modelo vertical da cooperação Norte-Sul. Entretanto, como há a intermediação dos interesses do Norte e do Sul por uma potência média, adota-se aqui o conceito de cooperação (Norte)-Sul-Sul.

Os desvios desse modelo de cooperação (Norte)-Sul-Sul não traz prejuízos apenas aos Estados do Sul que se encontram em uma das extremidade da operação, como ocorre com Moçambique no Prosavana. Aquele país em desenvolvimento que age enquanto mandatário dos interesses do Norte em território do Sul também não escapa de ser inserido em um vínculo jurídico verticalizado próprio dos mecanismos de cooperação tradicional Norte-Sul.

De fato, no Prosavana, pesquisadores da Embrapa desconfiam do acordo trilateral de cooperação, pois percebem que a aproximação japonesa tem o propósito de permitir a apropriação indireta por parte daquele país do conhecimento brasileiro sobre culturas tropicais. Em sua tese de doutorado sobre o tema, Fingermann (2014, p. 134) reproduz depoimento do Entrevistado 8, agente da ABC, segundo o qual: “a cooperação Norte-Sul quer se apoiar na nossa expertise, no nosso conhecimento, na facilidade da língua e na tecnologia que nós dominamos”.

14. Prosavana e Ausência de Democracia Efetiva

Visto que Brasil e Japão são os idealizadores do Prosavana, que posteriormente foi oferecido a Moçambique, que o aceitou como se se tratasse de uma espécie de contrato de adesão, são eles, por conseguinte, os grandes responsáveis por sua implementação

em território moçambicano. Por conta disso, não só a elaboração, mas a forma de sua realização caracterizam-no como um projeto *top-down* (OKADA, 2014, p. 32), isto é, um instrumento concretizado de cima para baixo. Suas decisões mais importantes são tomadas em reuniões entre os Estados partes sem que haja a menor possibilidade de questionamento de seus pressupostos formais e materiais, que acabam por dar preferência aos interesses individuais de Brasil e Japão e direcionar o capital privado a setores estratégicos da economia de Moçambique.

A falta de espaço para questionamentos prévios, quando da negociação dos termos do acordo de cooperação trilateral, e para questionamentos posteriores, quando da implementação de tais termos, agrava ainda mais o caráter não democrático do Prosavana e compromete a materialização do requisito da diplomacia brasileira, fundada na ação sob demanda. Como consequência da falta de participação substancial de Moçambique na formulação e implementação deste programa de cooperação internacional (Norte)-Sul-Sul, seus desdobramentos fáticos não têm levado em consideração os impactos socioambientais, mas tão somente os econômicos.

A lógica capitalista de lucro a qualquer preço, aliada a ausência de participação democrática, isto é, da participação não apenas de Moçambique enquanto sujeito de Direito Internacional, mas especialmente da população moçambicana diretamente afetada, é a razão da ocorrência de grandes danos sociais e ambientais. Tudo isso com a conivência do governo moçambicano apoiado nas elites locais. Seja durante a Ditadura brasileira em que o Prodecer foi implementado, seja agora com o Prosavana, o que se percebe é a repetição da história: obsessão pelo crescimento econômico às custas do equilíbrio ambiental e da paz social.

Não é à toa que o Prosavana é um programa inspirado na experiência de desenvolvimento agrícola do Cerrado brasileiro, fundado na lógica do agronegócio e realizado a partir dos anos de 1970 pelo governo brasileiro antidemocrático, autoritário e ditatorial, apoiado pelas elites locais, em cooperação com o Japão. O Prosavana é o reflexo do Prodecer. Por consequência, o Prosavana tende a repetir os resultados socioambientais do Prodecer. (CHICHAVA *et al.*, 2013, p. 12)

Desde o início de sua implementação, o Prodecer tem significado para o Brasil a exclusão social, o êxodo rural e a concentração de terras, que transformaram em pouco tempo camponeses em trabalhadores sem-terra. O Movimento dos Trabalhadores Sem-Terra (MST) originou-se das contradições do sistema produtivo próprio ao agronegócio, incentivado pelo governo brasileiro a partir dos anos de 1970.

Ao tratar das contradições do agronegócio, pode-se mencionar, por exemplo, que, em 2010, apesar do aumento da produtividade agrícola nacional devido à agroindústria, ainda havia no Brasil cerca de 65 milhões de pessoas em situação de insegurança

alimentar, o que correspondia a um terço de toda a população. Tal contradição entre a alta produtividade agrícola e a insegurança alimentar justifica-se no fato de que o agronegócio atém-se às remunerações do mercado externo, do setor energético e de insumos agrícolas. Diante disso, constata-se que a maior parte dos alimentos consumidos pelos brasileiros é produzida por camponeses e pequenos agricultores, quem mais têm se prejudicado com o adoção do modelo do agronegócio. Os bens do agronegócio servem para equilibrar a balança comercial brasileira, pois são em sua maioria destinados à exportação. (CLEMMENTS; FERNANDES, 2012, p. 22)

A entrada do agronegócio no Brasil, em um momento histórico em que a participação democrática era criminalizada pelo Estado. Isso significou a possibilidade de crescimento econômico, cujos benefícios foram privatizados, e de destruição socioambiental, cujos prejuízos foram socializados. A entrada do agronegócio em Moçambique segue o mesmo roteiro de baixa participação democrática e a adoção de um modelo que atende a uma pequena e privilegiada parcela da população local em detrimento dos interesses da maioria. Os camponeses de Moçambique, como seus congêneres brasileiros, tendem a seguir o mesmo caminho, qual seja, a exclusão de qualquer benefício econômico que o modelo do agronegócio propõe e sua inclusão em todos os prejuízos sociais e ambientais.

Além disso, o que torna ainda mais perverso o sistema do Prosavana para Moçambique é o fato de que não lhe foi dada a oportunidade de participar ativamente de sua construção. A situação de Moçambique hoje pode ser considerada pior do que a do Brasil nos anos de 1970, pois neste caso houve a negociação direta e a celebração de um acordo bilateral de cooperação Norte-Sul, entre Brasil e Japão, em que ambas as partes puderam defender seus interesses nacionais. Já no caso do Prosavana, o acordo internacional trilateral é travestido de cooperação Sul-Sul e desenvolveu-se à margem dos interesses do país africano. A participação do Brasil na materialização da cooperação (Norte)-Sul-Sul em Moçambique tem sido fundamental. Por conta de ser visto como legitimador de uma simulação, o Brasil tem sido alvo de boa parte das críticas referentes ao Prosavana.

Na imprensa de Moçambique são publicados artigos contrários à presença do Brasil no país. Em 23 de agosto de 2011, por exemplo, o jornal *O País* publicou uma reportagem intitulada *O neocolonialismo brasileiro em Moçambique*, na qual o autor elenca todos os impactos negativos da implementação do Prodecer no Brasil, programa que tem sido universalmente propagado como o modelo para o Prosavana. Discorre o autor, na matéria, que o agronegócio corresponde ao esgotamento dos recursos naturais, à utilização massiva de agrotóxicos, à inserção no meio ambiente de organismos geneticamente modificados, à degradação do solo e à concentração fundiária. Conclui ele então dizendo que:

“O neocolonialismo brasileiro em Moçambique certamente não contribuirá com o desenvolvimento socialmente justo deste país. Se, por um lado, o Brasil pode oferecer conhecimento técnico para o cultivo de

sementes na savana africana, por outro o país tem a oferecer um modelo insustentável de agronegócio, baseado na monocultura, na degradação ambiental e na concentração de terras nas mãos de poucos.” (RAFAEL, 2011 *apud* LIMA, J. D. F., 2012, p. 101)

A cooperação Sul-Sul pressupõe a horizontalidade de atuação de Estados em desenvolvimento. Ela só pode existir em um contexto democrático onde as decisões são tomadas em conjunto. A imposição de um modelo desenvolvido sem a participação de um dos pólos do acordo não é exemplo de horizontalidade. Pelo contrário, caracteriza-se por ser o retrato da verticalidade tão criticada nos modelos de cooperação Norte-Sul. A imposição de um modelo construído em consonância com os interesses de Estado do Norte desatende um dos requisitos fundamentais da cooperação Sul-Sul, que é a instituição de mecanismos internacionais sem a influência dos interesses dos países desenvolvidos. Por isso que se defende que o Prosavana não é um programa de cooperação Sul-Sul, mas (Norte)-Sul-Sul.

Por esse motivo, o Prosavana tem sido visto como um exemplo de uma nova espécie de colonialismo, que procura atender a demanda externa por recursos naturais em associação com a expansão de oportunidades econômicas para agentes que não se identificam com a sociedade local. Esta nova espécie de colonialismo enfraquece quem está fraco e fortalece quem é forte, o que contradiz o princípio da igualdade previsto no modelo de cooperação Sul-Sul. Os eventuais e limitados benefícios econômicos percebidos por esses Estados mais frágeis são direcionados às elites locais, que os monopolizam por meio de prática ilegais ou antidemocráticas. (SCOONES; CABRAL; TUGENDHAT, 2013, p. 3)

15. Prosavana Funda-se em Ação Sem Demanda

Outro desvio importante a ser melhor retratado como crítica ao caráter (Norte)-Sul-Sul do Prosavana refere-se a ausência de participação ativa por parte de Moçambique, no exercício de sua capacidade jurídica internacional. Como foi visto anteriormente, a cooperação de tipo Sul-Sul defendida pelo Brasil pressupõe uma ação sob demanda, isto é, o Brasil só poderia agir internacionalmente dentro dos limites da provocação exercida de forma expressa, livre e soberana por outro Estado em desenvolvimento.

Durante o planejamento do Prosavana, Moçambique não participou das negociações internacionais. A fase inicial do programa foi realizada através de um acordo bilateral entre Japão e Brasil. Moçambique foi escolhido posteriormente como base territorial de aplicação do projeto. Moçambique só foi procurado para integrar o acordo de cooperação internacional, depois que o programa estava completamente formatado, isto é, depois que Brasil e Japão já haviam decidido explorar economicamente a Savana. Pode-se, desta forma, associar esta espécie de acordo internacional com os contratos de adesão, cuja principal

característica é a impossibilidade de discussão prévia de suas cláusulas por um dos contratantes, confundido com a parte mais frágil da relação jurídica, como bem demonstra a doutrina do Direito do Consumidor. Como nesses contratos de adesão, o Prosavana foi um acordo internacional imposto à parte mais frágil, sem a possibilidade de discussão prévia de seu conteúdo. De todos os países que possuíam a Savana em seu território, Moçambique foi escolhido com base em estatísticas da FAO. (OKADA, 2014, p. 22)

Em resumo, a Moçambique foi oferecido um programa bilateral de utilização agrícola da Savana, cujo desenvolvimento e elaboração não contou com sua participação direta em qualquer das etapas. Logo, o Prosavana não surgiu a partir de uma demanda de Moçambique. O Brasil, diferentemente do que estabelece o princípio da ação sob demanda, não se manteve em repouso, inerte, aguardando a provocação de Moçambique, um Estado em desenvolvimento, para o estabelecimento futuro de uma cooperação Sul-Sul. Pelo contrário, o Brasil agiu em consonância com o Japão, um Estado do Norte, de forma a moldar um instrumento que seria, em seguida, oferecido a Moçambique, com o intuito de consolidar uma cooperação (Norte)-Sul-Sul.

O que torna ainda mais frágil a defesa do caráter horizontal do Prosavana é o fato de que, segundo a doutrina, ter sido do governo japonês, representado pela JICA, a iniciativa de se criar o Prosavana. A vontade original, que proporcionou todos os desdobramentos jurídicos internacionais posteriores, encontra-se no Japão que, em vista o sucesso econômico do Prodecer, apresentou, em abril de 2009, por intermédio do PPJB, a proposta ao Brasil, consistindo no desenvolvimento a partir de então de um programa agrícola a ser implementado na África com o intuito de equilibrar a tensa relação entre oferta e demanda globais por alimentos. Diante das possibilidades de ganho diplomático e empresarial, o Brasil concordou em iniciar as discussões que deram origem ao programa bilateral de exploração da Savana. De fato, em 3 de abril de 2009, houve a assinatura de um acordo entre JICA e ABC, pelo qual se confirmava o interesse recíproco em utilizar a estrutura do PPJB para a construção de um projeto de desenvolvimento da Savana africana. Ao fim, necessitava-se da base territorial onde a ideia seria materializada. Neste momento, munidos dos dados da FAO, Japão e Brasil decidiram procurar Moçambique, cujo consentimento soberano permitiu a formalização do acordo trilateral. Contudo, isso não impede a constatação de que o Prosavana é o resultado da participação exclusiva de Japão e Brasil. Moçambique apenas aderiu àquilo que foi decidido alhures, tornando lícita sua implementação em território moçambicano. (NOGUEIRA; OLLINAHO, 2013, p. 10)

Na verdade, na foi a demanda de Moçambique que retirou o Brasil do repouso para que houvesse o Prosavana, mas o Japão. Diante disso, houve a construção bilateral do programa. Quando Brasil e Japão demandaram a ação de Moçambique, não havia mais abertura para negociação. Se o propósito do Japão fosse tão somente a formalização de um acordo bilateral com o Brasil, não haveria nada de anormal. A questão relevante aqui

refere-se ao fato de que, a partir do momento em que o Brasil colocou-se em marcha para a realização do Prosavana, sua atitude diante de Moçambique não se caracterizou por ser uma ação sob demanda, conforme os critérios de realização da cooperação Sul-Sul. Ao contrário, foi uma ação a ser materializada em Moçambique, mas sob demanda do Japão.

16. Conclusões

O Prosavana insere-se na lógica globalizante de transformação de toda a agricultura mundial em agronegócio. A África é considerada atualmente por diversas instituições internacionais o foco territorial para onde deve se expandir a fronteira agroindustrial. Desta forma, multiplicam-se as propostas de cooperação internacional naquele continente, sejam elas de natureza agrícola, sejam de natureza energética, mineradora ou de infraestrutura. Justificados em uma lógica anticolonial, os Estados em desenvolvimento, membros do BRICS, têm adotado uma estratégia de aprofundamento das relações bilaterais com Estados africanos. De fato, Índia, China e Brasil têm sido os protagonistas em mecanismos internacionais de cooperação em vista do desenvolvimento local. O Prosavana adéqua-se a este processo global de expansão do agronegócio na África, baseada na participação efetiva de Estados do Sul. Surge, a partir daí, a valorização dos instrumentos de cooperação Sul-Sul como alternativa aos tradicionais sistemas Norte-Sul, em que prevalecem estruturas verticais de cooperação. Em tese, o Prosavana deveria ser mais um exemplo desta cooperação Sul-Sul. Contudo, a participação efetiva e direta do Japão no desenvolvimento do programa junto com o Brasil e sua posterior oferta a Moçambique evidencia as contradições do processo de formação e aplicação do programa. Diferentemente do que se prevê no formato ideal da cooperação Sul-Sul, o Prosavana é um programa bilateral implementado trilateralmente em Moçambique. Japão e Brasil instituíram um projeto que foi oferecido e aceito por Moçambique. Faltam ao Prosavana elementos fundamentais da cooperação Sul-Sul, quais sejam, a horizontalidade, a exclusividade subjetiva, a participação democrática, a ação sob demanda. A ausência desses elementos faz com que o Prosavana seja um instrumento de cooperação (Norte)-Sul-Sul.

17. Referências

- ABREU, Fernando José Marroni de. “A evolução da Cooperação Técnica Internacional no Brasil”. **Mural Internacional**, vol. 4, n. 2, jul-dez 2013, pp. 3-16.
- AVELHAN, Livia Liria. **A presença brasileira na África: um estudo sobre o Programa Embrapa-Moçambique**. Monografia submetida ao curso de Relações Internacionais da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.
- CABRAL, Lídia; SHANKLAND, Alex; FAVARETO, Arilson; VAZ, Alcides Costa. “Brazil-Africa Agricultural Cooperation Encounters: Drivers, Narratives and Imaginaries of Africa and Development”. **IDS Bulletin**, 44.4, 2013.

- CABRAL, Lídia; SHANKLAND, Alex. “Narratives of Brazil-Africa Cooperation for Agricultural Development: New Paradigms?”. **China and Brazil in African Agriculture (CBAA) Project**, Working Paper 51, Future Agricultures Consortium, March 2013, pp. 1-27.
- CHICHAVA, Sérgio; DURAN, Jimena; CABRAL, Lídia; SHANKLAND, Alex; BUCKLEY, Lila; LIXIA, Tang; YUE, Zhang. “Chinese and Brazilian Cooperation with African Agriculture: The case of Mozambique”. **China and Brazil in African Agriculture (CBAA) Project**, Working Paper 49, Future Agricultures Consortium, March 2013, pp. 1-29.
- CINTRA, Luiz Antonio. “O mundo é para poucos”. **Carta Capital**. 06 fev. 2014. <http://www.cartacapital.com.br/revista/784/o-mundo-e-para-poucos-9774.html>
- CLASSEN, Sayaka Funada. **Análise do Discurso e dos Antecedentes do Programa ProSAVANA em Moçambique – enfoque no papel do Japão**. Tóquio: 20 jan. 2013. [http://www.open.ac.uk/technology/mozambique/sites/www.open.ac.uk.technology.mozambique/files/files/Análise%20do%20Discurso%20do%20ProSAVANA%20\(Funada\).pdf](http://www.open.ac.uk/technology/mozambique/sites/www.open.ac.uk.technology.mozambique/files/files/Análise%20do%20Discurso%20do%20ProSAVANA%20(Funada).pdf)
- CLEMENTS, Elizabeth Alice. “A territorialização do agronegócio e da agricultura camponesa/familiar em Moçambique: paradigmas, políticas e estratégias do modelo brasileiro para o desenvolvimento territorial rural”. **Anais do VII Congresso Brasileiro de Geógrafos**. Associação dos Geógrafos Brasileiros. Vitória: 10-16 ago. 2014.
- CLEMENTS, Elizabeth Alice; FERNANDES, Bernardo Mançano. “Estrangeirização da terra, agronegócio e campesinato no Brasil e em Moçambique”. **Observador Rural (OMR)**, Documento de Trabalho, n. 6, mai. 2013.
- CLEMENTS, Elizabeth Alice; FERNANDES, Bernardo Mançano. **Land Grabbing, Agribusiness and the Peasantry in Brazil and Mozambique**. Paper presented at the International Conference on Global Land Grabbing II, October 17-19, 2012, organized by the Land Deals Politics Initiative (LDPI) and hosted by the Department of Development Sociology at Cornell University, Ithaca, NY.
- EKMAN, Sigrid-Marianella Stensrud; MACAMO Carmen Stella. **Brazilian Development Cooperation in Agriculture: A Scoping Study on ProSavana in Mozambique, with Implications for Forests**. Center for International Forestry Research, Working Paper 138. Bogor: CIFOR, 2014.
- FERNÁNDEZ, Antonio João Castrillon. **Do Cerrado à Amazônia: as estruturas sociais da economia da soja em Mato Grosso**. Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

- FINGERMANN, Natalia N. “Os mitos por trás do ProSAVANA”. **IDeIAS: Informação sobre Desenvolvimento, Instituições e Análise Social**, Boletim 49. Maputo: Instituto de Estudos Sociais e Econômicos, 2013, pp. 1-2.
- FINGERMANN, Natalia Noschese. **A cooperação trilateral brasileira em Moçambique: Um estudo de caso comparado: o ProALIMENTOS e o ProSAVANA**. Tese apresentada à Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2014.
- LIMA, José Diniz Ferreira de. **A ABC e a Embrapa na África, parceria na cooperação técnica: o caso de Moçambique**. XIII Curso de Especialização em Relações Internacionais. Instituto de Ciência Política e de Relações Internacionais. Brasília: Universidade de Brasília, 2012.
- LIMA, Melina Moreira Campos. **Horizontalização da política externa brasileira no século XXI: um estudo das atuações da EMBRAPA e da FIOCRUZ na África**. Rio de Janeiro: UFRJ/IE, 2012.
- MATURANA, Vivilaine. “Reflexões acerca da relação entre a alimentação e o homem”. **Revista IGT**, v. 7, n. 12, 2010, pp. 176-219. <http://www.igt.psc.br/ojs> ISSN 1807 - 2526.
- MONTEIRO, Tânia. “Lula aprova anúncio da Vale de doação a Moçambique”. **Agência Estado**. 10 nov. 2010. <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,lula-aprova-anuncio-da-vale-de-doacao-a-mocambique,638008,0.htm>
- NOGUEIRA, Isabela; OLLINAHO, Ossi. **From Rhetoric to Practice in South-South Development Cooperation: A case study of Brazilian interventions in the Nacala corridor development program**. Working Paper, August 2013, Institute of Socioeconomics, University of Geneva.
- OKADA, Kana. **Role of Japan in Offshore Agricultural Investment: Case of ProSAVANA Project in Mozambique**. Research Paper. The Hague: International Institute of Social Studies, 2014.
- PINO, Bruno Ayllón. **A cooperação triangular e as transformações da cooperação internacional para o desenvolvimento**. Texto para discussão. Brasília, Rio de Janeiro: IPEA, 2013.
- RAFAEL, Adelson. “O neocolonialismo brasileiro em Moçambique”. **Instituto Humanistas Unisinos**. 25 ago. 2011. <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/46703-o-neocolonialismo-brasileiro-em-mocambique->
- SCHLESINGER, Sergio. **Cooperação e investimento do Brasil na África: O caso do ProSavana em Moçambique**. Maputo: FASE, 2013.

SCHLESINGER, Sergio. “Brazilian cooperation and investment in Africa: the case of ProSavana in Mozambique”. **TEM TI Series of Economic Perspectives on Global Sustainability**, EP 01-2014, TEM TI – CEESP/UICN, pp. 1-31.

SCOONES, Ian; CABRAL, Lídia; TUGENDHAT, Henry. “New Development Encounters: China and Brazil in African Agriculture”. **IDS Bulletin**, 44.4, 2013, pp. 1-19.

THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK. **Awakening Africa’s Sleeping Giant: Prospects for Commercial Agriculture in the Guinea Savannah Zone and Beyond**. Washington: The World Bank, 2009.

TORRES, Alcides. “Revisão para baixo dos estoques norte-americanos de milho”. **Canal Rural**. 12 fev. 2015. <http://blogs.canalrural.com.br/blogdoscot/2015/02/12/revisao-para-baixo-dos-estoques-norte-americanos-de-milho/>

TRIBUTAÇÃO DAS EXPORTAÇÕES NO PROCESSO DE REGIONALIZAÇÃO E INTEGRAÇÃO ECONÔMICA DO MERCOSUL E DA UNASUL

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO

Doutora em Direito Tributário pela PUC - São Paulo. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNIMAR – Marília – São Paulo – Brasil.

THAIS BERNARDES MAGANHINI

Doutoranda em Direito pela PUC – São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Professora da Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

Resumo

Como o Código Aduaneiro do MERCOSUL – CAM aprovado pela Decisão CMC nº 27/10 não dispõe sobre a incidência de imposto de exportação, é possível aos Estados Partes aplicar os direitos de exportação intrazona? Se o CAM não proíbe expressamente, é possível os Estados recorrerem para a incidência do tributo? O Código Aduaneiro prevê expressamente que não se aplica às operações de exportação (art. 157-4), e, sim somente para a importação, destacando que normas regulamentares, em momento oportuno, tratarão da questão. Há com isso, certa inquietude uma vez que a interpretação dos artigos do CAM pode gerar outros desdobramentos que terão seus reflexos no desenvolvimento dos países do Bloco e conseqüentemente dificultará o seu processo de integração. O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações sobre o Código Aduaneiro do MERCOSUL - CAM, em especial sobre a exportação, levando em consideração a possibilidade da extensão dos estudos alcançarem os demais países que integram a UNASUL. A aprovação do Código Aduaneiro constitui um instrumento de fundamental importância para a concretização da União Aduaneira uma vez que uniformiza as normas e procedimentos aduaneiros dentro do bloco, possibilitando maior segurança jurídica. Dessa forma, poderá ser verificada a importância do CAM para o processo de regionalização e integração econômica com os impactos que poderá provocar para o desenvolvimento do MERCOSUL e possivelmente para a UNASUL. A análise passará pela literatura jurídica brasileira e dos referidos Blocos, utilizando-se o método dedutivo.

Palavras-chave

Exportação; MERCOSUL; UNASUL; Código Aduaneiro.

Resumen

A medida que el Código Aduanero del MERCOSUR - CAM aprobado por la Decisión CMC Nº 27/10 no prevé la incidencia de impuesto a la exportación, es posible que los Estados Partes para poner en práctica los derechos de exportación intrazona? Si la CAM no prohíbe expresamente que es posible los Estados recurrir a la incidencia del impuesto? El Código Aduanero establece expresamente que no se aplica a las operaciones de exportación (art. 157-4), y sí sólo para la importación, y señaló que los reglamentos, en su momento, abordarán el tema. Allí, un poco de ansiedad ya que la interpretación de los artículos CAM puede generar otros acontecimientos que tendrán sus consecuencias en el desarrollo de los países del bloque y en consecuencia dificultar el proceso de integración. Este artículo tiene como objetivo presentar las consideraciones sobre el Código Aduanero del MERCOSUR - CAM, sobre todo en la exportación, teniendo en cuenta la posibilidad de estudios de extensión lleguen a los otros países de la UNASUR. La aprobación del Código Aduanero es un instrumento muy importante para la implementación de la unión aduanera, ya que estandariza las normas y procedimientos aduaneros dentro del bloque, lo que permite una mayor seguridad jurídica. Por lo tanto, se puede verificar la importancia de la CAM con el proceso de regionalización y la integración económica con los impactos que podrían resultar en el desarrollo del MERCOSUR y posiblemente UNASUR. El análisis incluirá la literatura jurídico brasileño y de estos bloques, utilizando el método deductivo.

Palabras clave

Exportaciones; MERCOSUR; UNASUR; Código Aduanero.

1. Introdução

É de fundamental importância destacar, inicialmente, a necessidade do fortalecimento e aprofundamento do processo de integração na América do Sul. Essa integração econômica regional é um dos instrumentos à disposição dos países da região da luta contra a pobreza, para avançar no seu desenvolvimento econômico e social, bem como buscar uma melhor qualidade de vida de seus povos.

Com o ingresso do Brasil na UNASUL - União de Nações Sul-americanas¹, também é preciso considerar que no marco do Tratado constitutivo, a integração sul-americana deve ser alcançada por meio de um processo inovador, que inclua todas as conquistas e

1 Criada em 23 de maio de 2008 em Brasília, com a participação dos seguintes membros: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guiana, Paraguai, Peru, Suriname, Uruguai e Venezuela.

avanços obtidos pelo MERCOSUL – Mercado Comum do Sul, assim como a experiência do Chile, Guiana e Suriname, avançando além da convergência desses processos. O artigo 3º do Tratado da UNASUL elenca objetivos específicos, dentre os quais: alcançar a integração financeira mediante a adoção de mecanismos compatíveis com as políticas econômicas e fiscais dos Estados-membros; a integração industrial e produtiva, com especial atenção às pequenas e médias empresas, cooperativas, redes e outras formas de organização produtiva entre outros.

Por sua vez, as Decisões do Conselho do MERCOSUL – CMC nº 24 e nº 57² de 2012 destacam que os países membros da UNASUL acordaram promover iniciativas de diálogo sobre temas de interesse regional ou internacional e consolidar mecanismos de cooperação com outros grupos regionais, Estados e outras entidades com personalidade jurídica internacional, envolvendo por sua vez, a República Cooperativista da Guiana e a República do Suriname como convidados das reuniões dos órgãos da estrutura organizacional do MERCOSUL, para tratar de interesses comuns.

Tanto o MERCOSUL quanto a UNASUL atuam como atores nesse processo de integração mesmo que tenham objetivos específicos, em parte. No entanto, uma das maiores dificuldades para a integração regional entre os países do MERCOSUL encontra-se na harmonização das legislações dos Estados partes, em especial no Brasil.

O Sistema Tributário Brasileiro é abrangente e com diversas disposições protetivas aos contribuintes em especial ao tratar dos princípios constitucionais aplicados à tributação.

A evolução do processo de integração do MERCOSUL depende da harmonização das legislações aduaneiras dos Estados Partes, conforme consta do art. 1º do Tratado Assunção, bem como da eliminação da incidência cumulativa do imposto sobre a importação e da distribuição da receita aduaneira.

O presente artigo tem como objetivo apresentar considerações sobre o Código Aduaneiro do MERCOSUL - CAM, em especial sobre a exportação, levando em consideração a possibilidade da extensão dos estudos alcançar os demais países que integram a UNASUL. A aprovação do Código Aduaneiro constitui um instrumento de fundamental importância para a concretização da União Aduaneira uma vez que uniformiza as normas e procedimentos aduaneiros dentro do bloco, possibilitando maior segurança jurídica. Dessa forma, poderá ser verificada a importância do CAM para o processo de regionalização

2 Por meio da referida Decisão, o CMC instruiu o GMC – Grupo do Mercado Comum para apresentar proposta para regular o regime de participação de Guiana e Suriname nas reuniões do MERCOSUL, bem como regime de celebração de acordos do bloco com esses países, inclusive a adesão a acordos adotados pelos Estados Partes e Associados do MERCOSUL, considerando ainda o Acordo Quadro de Associação entre o MERCOSUL e a Guiana (Dec. 09/13).

e integração econômica com os impactos que poderá provocar para o desenvolvimento do MERCOSUL e possivelmente para a UNASUL.

A análise passará pela literatura jurídica brasileira, do MERCOSUL e da UNASUL, utilizando-se o método dedutivo.

2. O Código Aduaneiro do MERCOSUL: Antecedentes e Vigência

Com a zona de livre comércio no MERCOSUL o próximo passo para união aduaneira, foi a criação de uma tarifa comum pelos Estados integrantes do Bloco. Daí então a instituição da Tarifa Externa Comum – TEC. Essa tarifa deve ser aplicada pelos Estados partes sobre todas as importações que esses realizarem junto a países externos ao bloco. De igual modo, podem ser consideradas neste contexto as Listas de Exceções à TEC. Referidas listas demonstram um dos maiores obstáculos que devem ser superados pelo MERCOSUL para o avanço da integração econômica. As Listas são compostas de produtos referentes a bens de informática, de capital e de telecomunicações bem como de outras exceções nacionais.

O Código Aduaneiro do MERCOSUL – CAM, denominado como Código Marco,³ foi aprovado pela Decisão nº 27/10 do Conselho do MERCOSUL – CMC. Referido Código tem como antecedente o Tratado de Assunção e o Protocolo de Ouro Preto. A aprovação do CAM já era uma necessidade desde a formação do bloco do Cone Sul. No entanto, para a sua vigência e necessário a aprovação do mesmo, por pelo menos dois Estados do Bloco. A Argentina recepcionou o CAM pela Lei nº 26.795 de 21/11/12. As normas do Código Aduaneiro passarão a ser aplicadas pelos países integrantes do MERCOSUL, tão logo, os parlamentos nacionais ratifiquem o novo ordenamento jurídico aduaneiro, que regulará o comércio internacional dos Estados Partes do Bloco.⁴

Inicialmente, por força da Resolução GMC nº 13/1994 e do SGT nº 02 foi encomendada a elaboração do Projeto do Código Aduaneiro do MERCOSUL, que foi aprovado por meio da Decisão CMC nº 25/1994, tendo por escopo harmonizar e uniformizar os métodos e legislações dos quatro países que integram o MERCOSUL. Por força do

3 Na cidade de Buenos Aires na Argentina, nos dias 26 e 27/08/2010, a Universidade Austral e o Instituto Argentino de Estudos Tributários, organizaram o I Congresso Internacional de Direito Aduaneiro do MERCOSUL, coordenado pelo Dr. Alejandro D. Perotti daquela Universidade, com o objetivo de discutir o Projeto do Código Aduaneiro do MERCOSUL. No entanto, em 02/08/2010, o Código Aduaneiro do MERCOSUL - CAM, foi aprovado pela Decisão nº 27/10 do Conselho do Mercado Comum. Durante o Evento foi analisado o CAM com a participação de diversos representantes dos países que integram o MERCOSUL bem como convidados de outros países. Referido evento teve um papel preponderante na discussão da temática cujas conclusões demonstram a preocupação dos conferencistas sobre a interpretação, a vigência e a eficácia do CAM.

4 Em 29/11/2012 o Conselho do MERCOSUL criou o Grupo *Ad Hoc* de Regulamentação do Código Aduaneiro do MERCOSUL.

artigo 185 do Código, este somente entraria em vigor, trinta dias depois da ratificação por dois países. Considerando que somente o Paraguai ratificou o Código, o mesmo não teve vigência.⁵ Assim, até agosto de 2010, foram realizadas diversas tentativas para aprovação do Código.

O Código Aduaneiro de 2010⁶ possui cento e oitenta e um artigos, dispondo sobre normas aduaneiras fundamentais para o MERCOSUL, como definições básicas, procedimentos de exportação e importação, regimes aduaneiros especiais, áreas com tratamento aduaneiro especial e tributos aduaneiros. Estabelece o âmbito de aplicação e o território aduaneiro que regula o comércio entre os países do bloco mercosulino e entre outros Estados. Os Estados Partes deveriam efetuar as consultas e gestões necessárias para a eficaz implementação do mesmo dentro de seus respectivos sistemas jurídicos, no período de seis meses.

É importante ressaltar que a Decisão nº 27/10 do Conselho Comum do MERCOSUL estabeleceu que os Estados Partes se comprometem a harmonizar aqueles aspectos não contemplados no Código Aduaneiro do MERCOSUL e que tal decisão deverá ser incorporada aos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes.⁷ Referida Decisão detalha que as legislações aduaneiras de cada um dos Estados partes serão aplicáveis supletivamente dentro de suas respectivas jurisdições, nos aspectos que não são regulados pelo Código.

Ressalta Vivian Amaral:

A adoção de um Código Aduaneiro Comum traz consigo uma missão: evitar que as divergências alfandegárias de mútua cooperação econômica para a circulação de bens e serviços no MERCOSUL seja regulamentada, além de reconhecer, por parte dos Estados a união aduaneira plena do bloco, tendo em vista que o bloco, nos dias atuais, encontra-se no estágio de união aduaneira imperfeita; possui características desta e de uma zona de livre comércio.⁸

5 Escreve Labrano que as “objeciones a su contenido, fueron la causa de que los demás Estados no lo ratificaran, esencialmente referidas a cuestiones indefinidas respecto a las condiciones para la eliminación del doble cobro de la renta aduanera, así como la necesaria interconexión que requiere la aplicación de un Código Aduanero común”. LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. Unión Aduanera em el MERCOSUR Nuevos desafíos para las Administraciones Aduaneras y Operadores ADUA. **Revista do Centro de Desp. de Aduana del Paraguay**, in www.cdap.org.py/wp-content/uploads/2012/04/16_pdfsam_revista-julio-20111.pdf, p. 30.

6 O CAM surgiu com base na Decisão CMC nº 54, de 2004, Resolução GMC no 40, de 2006 e Decisão CMC no 54, de 2006, sendo que esta constituiu o Grupo *Ad Hoc* para Redação do Código Aduaneiro do MERCOSUL (GAHCAM).

7 As legislações aduaneiras de cada Estado Parte serão aplicáveis supletivamente dentro de suas respectivas jurisdições, nos aspectos não regulados especificamente por este Código, por suas normas regulamentares e complementares. Manterão sua validade, no que não contrariem as disposições do Código (CAM), as normas editadas no âmbito do MERCOSUL em matéria aduaneira. Manterão sua validade os tratados internacionais que se encontrem vigentes em cada Estado Parte na data de entrada em vigor do Código.

8 AMARAL, Vivian Henriques de Mello Peixoto. O MERCOSUL e o Código Aduaneiro Comum. **Ius Gentium**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 229, jul./dez. 2010.

É corrente sinalizar que as crises econômicas têm abalado o mundo com reflexos para diversos países, entre eles os países do MERCOSUL. E isto pode afetar posicionamentos que exigem compensações diferentes daquelas que estão acordadas a partir do Tratado de Assunção. Deve-se ter em conta que as regras estabelecidas não podem ser alteradas a cada crise.

Os regimes de proibições de importação e de exportação também denominados de restrições diretas ou restrições não tarifárias devem ser considerados junto com os regimes aduaneiros como aspectos de vital importância na legislação aduaneira. É importante ressaltar que a questão relativa às restrições diretas de mercadorias refere-se a um tema relevante que não só tem sido regulado nos Códigos Aduaneiros dos Estados e também nos Tratados Internacionais, como é o caso do GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio).

Também em 02.08.2010 o Conselho do Mercado Comum aprovou a Decisão nº 10/10 que dispõe sobre eliminação da dupla cobrança da TEC – Tarifa Externa Comum e da Distribuição da Renda Aduaneira. De igual modo, tal decisão necessita ser incorporada no ordenamento jurídico dos Estados Partes do Bloco.

O Código Aduaneiro do MERCOSUL é o principal instrumento de regulação das relações do bloco com terceiros países, e a legislação complementar dos tributos sobre o comércio exterior devem atuar no sentido de corrigir as desigualdades regionais sociais e econômicas, promovendo a igualdade com a harmonização ou a uniformização de legislação e os procedimentos aduaneiros. Não consiste apenas em ter uma tarifa para as importações de fora da região e também eliminar as múltiplas incidências diretas e indiretas de tributos sobre as rendas. Os produtos externos aos países do MERCOSUL, quando importados, estão sujeitos ao pagamento do imposto de importação nos termos da legislação do país de entrada.

O MERCOSUL, com o Código Aduaneiro, segue com “mais músculos em busca da consolidação da união aduaneira, que, é bom que se diga, já é uma ambiciosa modalidade de acordo comercial, pois exige de seus membros não só o compromisso de abolir todas as barreiras internas ao comércio, mas a de adotar uma pauta aduaneira comum em relação a Estados terceiros, para além de uma política comercial comum, passos que só se alcançam após muitos anos de árduos esforços e muita vontade política”.⁹

O artigo 5º do Tratado de Assunção previu abertura comercial entre os países do MERCOSUL a partir de 31 de dezembro de 1994. Assim, a alíquota do imposto sobre a importação em todas as operações no Bloco mercosulino seria zero. Esse prazo foi prorrogado,

9 ACCIOLY, Elizabeth. Duas Décadas de MERCOSUL: Valeu a pena? In **Revista Argumentum – UNIMAR**, n. 12, 2011, p. 32.

de forma que o regime de adequação, com alíquotas de importação no Bloco teve vigência para o Brasil até 1998 e para os demais países até 1999.

Mesmo com o término do regime de adequação, ainda há produtos sobre os quais incide imposto sobre a importação nas operações intrabloco. Atualmente são bens do setor automotivo e açúcar. Em relação aos demais, a alíquota é zero nas operações entre os países do MERCOSUL, desde que sejam cumpridas as regras de origem.¹⁰ É importante destacar que é necessária a revogação a incidência do imposto sobre a importação intrabloco de açúcar e de bens do setor automotivo.

Para eliminar a dupla tributação do imposto sobre a importação (TEC) nas operações intrabloco, está a distribuição de receita aduaneira. No entanto, é necessário consignar que a Decisão CMC nº 10/2010, estabeleceu um cronograma para efetuar de modo gradativo os processos pertinentes. Estão previstas três etapas, que devem culminar para a eliminação da dupla cobrança da TEC e a consolidação das regras de distribuição da renda e a livre circulação de mercadorias até o início de 2019. O programa compreende, na primeira etapa (a partir de 1º de janeiro de 2012), exclusivamente os bens sem transformação; na fase seguinte (a partir de 1º de janeiro de 2014), os bens gravados com alíquotas de importação de 2% e 4%; e a na terceira etapa (a ser definida entre 2016 e 2019), os demais bens gravados com alíquotas superiores a 4%.

Para a implementação dessas três etapas será necessário o atendimento das seguintes situações, nos termos da Decisão CMC nº 10/2010: a) a interconexão em linha dos sistemas informáticos de gestão aduaneira e a base de dados que permita o intercâmbio de informações no que diz respeito ao cumprimento da Política Tarifária Comum – PTC; b) a entrada em vigência do Código Aduaneiro do MERCOSUL; c) o estabelecimento de uma compensação para o Paraguai, considerando sua condição especial e específica como país sem litoral marítimo, sua alta dependência das arrecadações aduaneiras e a eventual perda de arrecadação decorrente da eliminação da dupla cobrança da TEC; d) o monitoramento periódico dos impactos econômicos e comerciais resultantes da eliminação da dupla cobrança da TEC sobre os Estados Partes. Em função das informações que resultarem do monitoramento, o GMC poderá introduzir ajustes no mecanismo de distribuição e propor medidas para mitigar possíveis efeitos negativos da implementação da Decisão CMC nº 54/04.

3. A Questão da Exportação no Código Aduaneiro - CAM

A implantação e a manutenção de um Bloco de comércio é uma tarefa das mais árduas a serem enfrentadas por governos de diversos países por todo o mundo. No caso

10 MEIRA, Liziane Angelotti. Integração Regional e Tributos sobre o comércio exterior no MERCOSUL, in *Revista da PGFN*, Ano 1, n. 2, 2011, p. 67.

do Brasil e sua atuação no MERCOSUL dentre os muitos desafios que devem ser enfrentados, talvez o maior deles, seja o de harmonizar as legislações pertinentes.

Desta forma, quando entra em vigor uma resolução política, como é no caso o CAM, relacionado a participação num bloco comercial, normalmente isto significa uma vitória para a diplomacia da reciprocidade. Mas, também pode representar problemas de interpretação, de adaptação, de harmonização e questões que podem comprometer a integração econômica do MERCOSUL. Neste caso os interesses de determinados Estados Partes podem conflitar com objetivos maiores como a integração entre os países que compõem o Bloco mercosulino.¹¹

O processo de integração aduaneira requer a efetiva realização de três bases formadoras: a livre circulação de mercadorias que ocorre com a plena união aduaneira; a legislação aduaneira, essencial e de natureza econômica, normatizando e regulamentando aspectos concernentes para importação e para exportação das mercadorias; a Tarifa Externa Comum – TEC e a lista de mercadorias codificadas segundo a Nomenclatura Comum do MERCOSUL aplicáveis às mercadorias oriundas de terceiros países.

A adoção da TEC estabelece uma base tarifária que rege a incidência tributária. Excluídos da TEC estão os produtos negociados pelos Estados-Partes com os países da ALADI – Associação Latino-americana de Integração e também, Produtos do Regime de Adequação Final aos quais se aplica uma tarifa decrescente.

O caráter reservado da maioria dos documentos relativos à elaboração do CAM, não permite inferir quais foram avanços efetivos promovidos desde meados de 2006, quando o Grupo do MERCOSUL aprovou a Resolução 40/2006. Vale lembrar, que na ocasião, foram definidas importantes diretrizes a ser seguidas na elaboração do CAM. Dentre elas, destacaram-se¹²: Fato Gerador da Obrigação Tributária, Alcance do Código Aduaneiro, Âmbito de Aplicação Espacial do CAM, Território Aduaneiro, Infrações Aduaneiras entre outras, Mar Territorial e Depósitos Aduaneiros.

Após a aprovação da Resolução nº 40/06 do MERCOSUL, os negociadores nacionais afirmaram com otimismo que mais de 80% do CAM já havia sido acordado. No entanto, dois anos mais tarde, em Tucumán os negociadores também afirmaram que ainda tinham alguns obstáculos que deveriam ser superados, pelo menos em três áreas: a)

11 No processo de integração do MERCOSUL podem ocorrer dificuldades de ajustes ou acordos que envolvam as questões de importação e de exportação, sendo as mais comuns aquelas que envolvem as duas maiores economias do bloco, ou seja, do Brasil e da Argentina. Exemplos destas relações são muitos, como as queixas contra as práticas comerciais provenientes de acordos do Bloco, feitas por produtores de arroz e trigo na região Sul do Brasil ou as barreiras impostas pela Argentina a importação de produtos de “linha branca” brasileiros como fogões geladeiras e máquinas de lavar entre outros.

12 Informe MERCOSUL nº 14 – 2º sem./2008 e 1º sem./2009, CNI, pag. 78/9.

a delimitação precisa do território aduaneiro do MERCOSUL; b) a definição das áreas aduaneiras especiais, inclusive o mar territorial e c) o tema dos direitos de exportação.¹³

Referente ao tema dos direitos de exportação, segundo o representante da Argentina, a redação do CAM contemplava três alternativas: a) não incluir os direitos de exportação no Código; b) determinar que esses direitos fossem definidos em nível comunitário ou c) permitir que cada país estabelecesse seus direitos de exportação. Ele também declarou que seu País defendia a última alternativa. Do outro lado, o Uruguai manifestou sua preferência no sentido de que os direitos de exportação ficassem sujeitos à aprovação do Conselho do Mercado Comum.¹⁴

A Decisão nº 27/10 do Conselho do MERCOSUL que aprovou o CAM, destaca no artigo 1º - 4, que as legislações aduaneiras de cada Estado Parte serão aplicáveis supletivamente dentre de suas respectivas jurisdições nos aspectos não regulados especificamente pelo Código, por suas normas regulamentares e complementares. Notadamente tais regulamentos terão como objetivos facilitar a aplicação no âmbito interno de cada país, considerando suas legislações específicas, após a recepção do CAM. Trabalho este, de representativa importância para a eficácia do Código.¹⁵

De igual modo, o Artigo 3º destaca como definição básica: Exportação – a saída de mercadoria do território aduaneiro do MERCOSUL. Já o Artigo 7º ressalta que a Administração Aduaneira é o órgão nacional competente, conforme as normas vigentes em cada Estado Parte, para aplicar a legislação aduaneira, prescrevendo as seguintes situações: a) aplicar as normas emanadas dos órgãos competentes, em matéria de proibições ou restrições à importação e à exportação de mercadorias; e, d) determinar, arrecadar e fiscalizar os tributos aduaneiros e os que lhe forem demandados.

O CAM dispõe sobre os tributos aduaneiros no Título XI, artigos 157 a 171. Os tributos regulados pelo Código são: o imposto sobre a importação e as taxas em razão de serviços prestados no curso do processo de importação ou exportação. O artigo 157-2

13 Ibidem.

14 Informe MERCOSUL nº 14 – 2º sem./2008 e 1º sem./2009, CNI, pág. 79.

15 Nos últimos anos, a cobrança de tributos aduaneiros na Argentina, especialmente do imposto sobre a exportação, além de revelar importância no orçamento (mais de um quinto das receitas) também foi adotada como política nacional para reduzir a inflação. Por outro lado, o Uruguai está ressentido dos efeitos dessa postura, em razão de sua dependência de produtos importados argentinos. Sendo assim, não foi possível prever no CAM um regime comum para o imposto sobre a exportação e nem regras gerais para que os Estados Partes o regulassem Nesse contexto, diante da falta de perspectiva de solucionar essa questão em curto ou médio prazo, optou-se por, nessa matéria, fazer constar apenas a disposição abaixo no item 4 do art. 157: “O presente Código Aduaneiro não trata sobre imposto de exportação e, por essa razão, a legislação dos Estados Partes será aplicável no seu território aduaneiro preexistente à sanção deste Código, respeitando os direitos dos Estados Partes.” Cf. MEIRA, Liziane Angelotti. Integração Regional e Tributos sobre o Comércio Exterior no MERCOSUL, in *Revista da PGFN*, Ano 1, n. 2, 2011, p. 68.

menciona sobre as multas decorrentes do não pagamento de tributos.¹⁶ E ainda, o artigo 157 estabelece no item 4, que o referido Código Aduaneiro não trata sobre imposto de exportação e, por essa razão, a legislação dos Estados Partes será aplicável no seu território aduaneiro preexistente à sanção do Código, respeitando os direitos dos Estados Partes. Alejandro Perotti, ressalta que o item 4 do artigo mencionado “no trata sobre derechos de exportación y, por lo tanto, la legislación de los Estados Partes será aplicable en su territorio aduanero preexistente a la sanción de este Código, respetando los derechos de los Estados Partes”.¹⁷ Afirma também que, “los únicos derechos de exportación que el código puede regular (aún cuando sea para decir que ‘no (los) trata’) son aquellos que se aplican en relación al territorio aduanero, es decir aquellos que repercuten sobre bienes que se extraen del territorio aduanero”.¹⁸

O que deve ser destacado é o que o Código e suas Normas de Aplicação (art. 1º) constituem a legislação aduaneira aplicável a totalidade do território aduaneiro do MERCOSUL, e aos enclaves¹⁹ concedidos ao seu favor, e regulará o comércio internacional dos Estados Partes do MERCOSUL com terceiros países ou blocos de países. A legislação aduaneira do MERCOSUL não será aplicada aos exclaves²⁰ concedidos em favor de terceiros países ou blocos de países.

Pelo teor do artigo 2º do CAM, o Território Aduaneiro é aquele no qual se aplica a legislação aduaneira comum do MERCOSUL. E o artigo 3º estabelece diversas definições básicas, destacando-se: Exportação: a saída de mercadoria do território aduaneiro do MERCOSUL. Daí, a afirmativa de Perotti:

Así, el territorio aduanero del Mercosur es la sumatoria del territorio aduanero de los Estados, por lo cual los derechos de exportación a los que hace referencia el código son los que inciden sobre los bienes que se exportan hacia afuera del bloque. Por si existiera alguna duda, la exportación es definida en el código como “la salida de mercadería del territorio aduanero del Mercosur” (artículo 3), por lo que los “derechos” deben repercutir sobre lo que “sale” del Mercosur.²¹

16 Esse tema não foi tratado com maior abrangência conforme determinações constantes do Anexo da Resolução GMC 40, de 2006, que designou o Grupo *Ad Hoc* para Redação do Código Aduaneiro do MERCOSUL. Este Grupo não recebeu poderes para incluir no projeto as seguintes matérias: infrações aduaneiras e sanções pecuniárias; disciplinamento da profissão de despachante aduaneiro; decadência e prescrição dos tributos aduaneiros.

17 PEROTTI, Alejandro D. **Mercosur: Código Aduanero y derechos de exportación** publicado em 18.10.2010 in <http://regionnortegrande.com.ar/?articulo=2145>

18 Ibidem.

19 Enclave: a parte do território de um Estado não integrante do MERCOSUL na qual se permite a aplicação da legislação aduaneira do MERCOSUL, termos do acordo internacional que assim o estabeleça (art. 3º).

20 Exclave: a parte do território de um Estado Parte do MERCOSUL na qual se permite a aplicação da legislação aduaneira de um terceiro Estado, nos termos do acordo internacional que assim o estabeleça (art. 3º).

21 PEROTTI, Alejandro D. **Mercosur: Código Aduanero y derechos de exportación** publicado em 18.10.2010 in <http://regionnortegrande.com.ar/?articulo=2145>

Até o dia anterior à aprovação havia no Projeto regras sobre esse imposto. No entanto, esclarece que devido a impasses entre Argentina e Uruguai, decidiu-se excluir essa matéria do Código. Assim, o CAM se tornou incompleto, mas se tornou possível, em termos de aprovação e incorporação. Acrescenta que nos últimos anos, a cobrança de tributos aduaneiros na Argentina, especialmente do imposto sobre a exportação, além de revelar importância no orçamento (mais de um quinto das receitas) também foi adotada como política nacional para reduzir a inflação.²²

Outro ponto que precisa ser observado com atenção refere-se ao disposto no artigo 178-1(a) do Código que estatui que durante o processo de transição até a conformação definitiva da União Aduaneira, o ingresso ou a saída de mercadorias de um Estado Parte, para outro serão considerados como importação ou exportação entre distintos territórios aduaneiros. Assim, até a conformação definitiva (2019) conforme dispõe a Decisão 10/2010, as vendas de um Estado parte para outro Estado Parte do Bloco, serão exportações desde distintos territórios aduaneiros, e neste sentido “recobra vigencia “intrazona” la posibilidad prevista en el artículo 154-7 del código, esto es la aplicación de derechos de exportación”.²³

Daí questionar: Como o Código Aduaneiro do MERCOSUL não dispõe sobre a incidência de imposto de exportação, é possível aos Estados Partes aplicarem os direitos de exportação intrazona? Se o CAM não proíbe expressamente, é possível os Estados recorrerem para a incidência do tributo? O Código Aduaneiro prevê expressamente que não se aplica às operações de exportação (art. 157-4), e, sim somente para a importação, destacando que normas regulamentares, em momento oportuno, tratarão da questão. Há

22 MEIRA, Liziane Angelotti. Integração Regional e Tributos sobre o comércio exterior no MERCOSUL, *in Revista da PGFN*, ano 1, n. 2, 2011, p. 68. Por outro lado, o Uruguai está ressentido dos efeitos dessa postura, em razão de sua dependência de produtos importados argentinos. Sendo assim, não foi possível prever no CAM um regime comum para o imposto sobre a exportação e nem regras gerais para que os Estados Partes o regulassem Nesse contexto, diante da falta de perspectiva de solucionar essa questão em curto ou médio prazo, optou-se por, nessa matéria, fazer constar apenas a disposição abaixo no item 4 do art. 157: “O presente Código Aduaneiro não trata sobre imposto de exportação e, por essa razão, a legislação dos Estados Partes será aplicável no seu território aduaneiro preexistente à sanção deste Código, respeitando os direitos dos Estados Partes”, acrescentou Liziane.

23 PEROTTI, Alejandro D. **Mercosur: Código Aduanero y derechos de exportación** publicado em 18.10.2010 in <http://regionnorte grande.com.ar/?articulo=2145> . Acrescenta Perotti, que “ni aún en este caso esta posibilidad es válida, dado que el CAM es una “Decisión” del CMC, que por su jerarquía inferior no puede modificar el Tratado de Asunción, que específicamente prohíbe los derechos de exportación intrazona. La relación entre una Decisión del CMC y el Tratado de Asunción puede equipararse a la que se da entre una ley del Congreso y la Constitución; así como una ley no puede reformar la Constitución, una Decisión del CMC no puede hacer lo propio con el Tratado de Asunción. Finalmente, a pesar de la trascendencia que ha tenido la aprobación del CAM, éste en nada ha innovado el estado de situación preexistente en torno a la prohibición absoluta de derechos de exportación intrazona, contenida en el Tratado de Asunción, con lo cual toda empresa que exporte al Mercosur tiene la posibilidad de reclamar la devolución de lo que haya abonado”.

com isso, certa inquietude uma vez que a interpretação dos artigos do CAM pode gerar outros desdobramentos que terão seus reflexos no desenvolvimento dos países do Bloco e conseqüentemente dificultará o seu processo de integração. Para esta questão podemos nos valer do artigo 1º do Tratado de Assunção que reza que os Estados Partes assumem, naquele ato, o compromisso de harmonizar suas legislações para o fortalecimento do processo de integração. Implica assim na livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países, entre eles a eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente, entre outros o estabelecimento de uma tarifa externa comum. No Anexo I, artigo 2º, inciso b do Anexo I do Tratado de Assunção, vem demonstrado que se entenderá por restrições, qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambiário ou de qualquer natureza, mediante a qual um Estado Parte, impeça ou dificulte por decisão unilateral o comércio recíproco.

Além das Definições Básicas, mencionadas anteriormente, o CAM dispõe sobre a definição de mercadoria que corresponde a todos os bens suscetíveis de importação ou de exportação, ou seja, todo bem suscetível de um destino aduaneiro. Essa definição é corrente e aceita no direito do comércio internacional. Meira destaca que na legislação brasileira, não há uma definição de mercadoria para efeito de comércio internacional, o que tem gerado sérios problemas de interpretação.²⁴

Devem ser verificados também os destinos aduaneiros de exportação e os regimes aduaneiros de exportação. O destino aduaneiro de exportação é o tratamento previsto para a mercadoria que sair do território aduaneiro, que deve ser sempre sua inclusão em um regime aduaneiro de exportação, nos termos do artigo 78-1, do CAM. Os regimes aduaneiros de exportação, por sua vez, são: exportação definitiva, exportação temporária para reimportação no mesmo estado, exportação temporária para aperfeiçoamento passivo e trânsito aduaneiro.

4. Tributação sobre o Comércio Exterior: Imposto sobre a Exportação no Brasil

Os principais tributos que incidem sobre as operações de comércio exterior previstos na Constituição da República Federativa do Brasil são: Imposto sobre a Exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados, Imposto de Importação de produtos

24 No entanto, o intérprete brasileiro tem transportado, sem o devido cuidado, o conceito de mercadorias para efeitos de cobrança do ICMS sobre as operações internas para interpretar a legislação sobre tributação pelos Estados Federados na importação (art. 79 CAM). MEIRA, Liziane Angelotti. Reflexões sobre o Código Aduaneiro do MERCOSUL. In *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário RDIET*, Brasília, V. 6, nº 2, p. 259-290, Jul-Dez, 2011, p. 266.

estrangeiros, ICMS (Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços), IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) e COFINS/PIS (Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social/Programa de Integração Social). No entanto, algumas situações que envolvem a exportação de produtos estão imunes ou isentas de alguns dos tributos mencionados, conforme prevê a Constituição Federal e a legislação complementar específica. O Decreto 6759/09 regulamenta a administração das atividades aduaneiras, a fiscalização, o controle e a tributação das operações de comércio exterior, incluindo os impostos acima mencionados.

Segundo a Constituição Federal (art. 153, II), o Imposto de Exportação é de competência exclusiva da União e tem como fato gerador a saída de produto nacional ou nacionalizado do território nacional. A exportação significa, portanto, a saída a título definitivo da mercadoria do país.

Este imposto tem função fiscal e regulatória controlando a saída de produtos do país, atendendo assim, também a função extrafiscal do tributo. Não está *sujeito ao princípio da anterioridade, podendo ser alterado no mesmo exercício financeiro, pelo Poder Executivo que pode a qualquer tempo, alterar (reduzir ou aumentar) suas alíquotas. Atendidas as condições e os limites previstos em lei (art. 153 § 1º e art. 150, § 1º da Constituição Federal)*, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior, as alíquotas podem ser alteradas, como já exposto anteriormente. Em caso de aumento, a alíquota do imposto não poderá ser superior a 150%. Essas alterações podem surtir efeitos a partir da data da publicação no Diário Oficial da União (DOU). Atualmente, poucos produtos têm incidência do Imposto de exportação, sendo que a grande maioria é tributada com alíquota zero, devido à política governamental de incentivo às exportações.²⁵

O Imposto sobre Exportação está regulado no Código Tributário Nacional nos artigos de 23 a 28, que fixa as *alíquotas*, a base de cálculo, contribuintes e o fato gerador. Referida regulamentação está também no Decreto-Lei nº 1.578/77 com as devidas atualizações.

O fato gerador se caracteriza com a saída de produto nacional, ou nacionalizado, para outro país, quando da expedição da Guia de Exportação ou documento equivalente, qualquer que seja a finalidade de quem remete. Com exceção dos casos pessoais, como bagagens, estabelecidos no art. 23 do CTN e no art. 1º do Decreto-Lei nº 1.578/77, não importa que se trate de doação ou mercadoria do próprio remetente, o fato da saída para fora do país ocasiona o fato gerador.

25 Os produtos sujeitos ao imposto sobre a exportação estão descritos no Anexo N da Portaria SECEX nº 25/08. Destacam-se entre os produtos sujeitos à incidência do Imposto de Exportação: Peles e couros de animais – 9%; armas e munições – 150%, fumo, cigarro, filtro e papel para cigarros – 150%, couros e peles curtidos de bovinos depilados mas não preparados de outra forma – 9%.

Contribuinte do imposto é o exportador que deve recolher o tributo ou quem a lei a ele equiparar, considerada qualquer pessoa que promova a saída de produtos do território nacional, podendo também a lei equiparar terceiro ao exportador. O exportador deve recolher o tributo antes de efetivada a saída definitiva da mercadoria para o exterior.

O Poder Executivo indica quais são os produtos que estão sujeitos à incidência do imposto sobre a exportação, que tem como base de cálculo do imposto o preço normal que o produto, ou seu similar, alcançaria, ao tempo da exportação, em uma venda em condições de livre concorrência no mercado internacional, não podendo ser inferior ao seu custo de aquisição ou de produção, acrescido dos tributos incidentes e da margem de lucro mínima de 15% sobre a soma dos custos, impostos e contribuições, observadas as normas expedidas pelo Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional. As saídas de produtos que tenham ingressado em regime de admissão temporária ou de produtos que devam retornar ao país não configuram propriamente uma exportação.²⁶

A lei pode adotar como base de cálculo a parcela do valor ou do preço excedente de valor básico, fixado de acordo com os critérios e dentro dos limites por ela estabelecidos. A exportação pode ser realizada de forma direta e indireta dependendo da forma de realização da operação. Em razão da política de incentivo fiscal concedida pelo governo brasileiro, as exportações gozam de diversos benefícios tributários. Na exportação direta, o próprio produtor ou revendedor envia a mercadoria para o destinatário (importador) situado fora do Brasil, sem utilizar intermediários. Já na exportação indireta, que ocorre com a remessa com a finalidade específica de exportação, o produtor remete o produto a uma empresa comercial exportadora, com a finalidade específica de exportação, com benefícios e incentivos fiscais, conforme prevê a legislação aplicável.

Atualmente todas as saídas de mercadorias, produtos ou bens com destino ao exterior gozarão de benefícios fiscais relativos ao ICMS, IPI²⁷ em forma de imunidades previstas na Constituição Federal e as isenções previstas em leis e regulamentos referentes ao PIS/PASEP e COFINS, que diferenciam se é cumulativo ou não cumulativo, bem como diferencia a exportação direta e indireta quanto à incidência dos referidos tributos.

No entanto, não há benefício fiscal aplicável a apuração do IRPJ - Imposto de Renda da Pessoa Jurídica ou da CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido.²⁸ Assim, o lucro, renda ou proventos provenientes das operações de exportação será tributável pelos

26 O preço à vista do produto, FOB ou posto na fronteira, é indicativo do preço normal. Quando o preço do produto for de difícil apuração ou for susceptível de oscilações bruscas no mercado internacional, o Poder Executivo, mediante ato do Conselho Monetário Nacional, fixará critérios específicos ou estabelecerá pauta de valor mínimo, para apuração de base de cálculo.

27 IPI – Imposto sobre produtos industrializados (Constituição Federal art. 153, § 3º, III); ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços (Constituição Federal art. 155, § 2º, X, alínea a);

28 Instituída pela Lei nº 7.689/88.

tributos acima mencionados, quer sejam: IRPJ e CSLL, conforme dispuser a legislação federal quando da ocorrência do fato gerador, ou seja, da saída do produto do território nacional.

Todos os benefícios fiscais mencionados, aplicáveis à exportação direta e à indireta são condicionados à efetiva remessa da mercadoria para o exterior.

Há que ser considerado para fins de análise da exportação o *drawback* interno (verde-amarelo). Trata-se de operação realizada no Brasil, entre fornecedor nacional de insumos para uma indústria exportadora, que industrializará tais insumos e realizará a posterior exportação do produto resultante. Com isso ocorrerá a modalidade suspensão dos tributos federais incidentes na venda entre fornecedor e indústria exportadora (IPI, PIS/PASEP, COFINS). No entanto, ocorrerá a tributação do ICMS, podendo ocorrer alguma isenção do imposto se a legislação estadual possibilitar tal benefício.

5. Do Tratado de Assunção à UNASUL e as Repercussões do CAM

As restrições correspondem quaisquer medidas de caráter administrativo. O Programa de Liberação Comercial do MERCOSUL estabelece que os países do Bloco se comprometem a eliminar todos os gravames e restrições do comércio recíproco. Por gravame se entende os direitos aduaneiros, e, quaisquer outras medidas equivalentes, seja de caráter fiscal, cambial, monetária ou de qualquer natureza que incidam sobre o comércio exterior, conforme estabelece o Tratado de Assunção.

As restrições diretas aplicadas às importações, via de regra, são quantitativas e de mecanismos de preços. Já as restrições indiretas relacionadas às exportações correspondem às proibições e quotas derivadas da participação do governo na fabricação, venda e comércio de determinados produtos; as restrições derivadas de medidas governamentais de incentivo ao desenvolvimento regional e setorial, vantagens fiscais e subvenções; as restrições aos meios de informação e comercialização interna; as restrições creditícias do setor importador bem como os impostos internos discriminatórios.²⁹ Essas restrições muitas vezes não são fáceis de identificação, o que pode impedir a livre circulação de produtos intrazona. A harmonização ou a uniformização regulamentar é o procedimento eficaz para diminuir tais entraves ou barreiras.

Com o Tratado de Assunção, os Estados partes assumiram o compromisso de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para o fortalecimento do processo de integração. Restou claro aos Estados que se tratava de um processo para implantar o Mercado

29 De igual modo destacam-se as restrições fitossanitárias: Qualidades de produtos e questões relacionadas ao meio ambiente; procedimentos arbitrários na classificação aduaneira e programas de investigação e desenvolvimento financiado pelo governo.

Comum. O artigo 1º do referido Tratado destaca que para construção desse mercado comum, implicaria a livre circulação de bens, serviços e fatores de produção entre os países, entre eles a eliminação dos direitos alfandegários e restrições não tarifárias a circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente e estabelecimento de uma Tarifa Externa Comum - TEC. Para a união aduaneira o regulamento deve ser unificado, havendo um conjunto de normas aduaneiras obedecidas por todos os Estados Partes.

Em se tratando do Código Aduaneiro do MERCOSUL, os países poderão apresentar consultas para as regulamentações e para a viabilidade do CAM, mas fundamentalmente, espera-se que o Código seja recepcionado pelos Estados Partes, e, que seja efetivamente aplicado.

O Artigo 135 do Código Aduaneiro estabelece nos itens 1 e 2 que serão consideradas proibições ou restrições as medidas que proíbem ou restringem de forma permanente ou transitória a introdução ou retirada de determinadas mercadorias no/ou do território aduaneiro. As proibições ou restrições serão de caráter econômico ou não econômico, de acordo com sua finalidade preponderante.

Já o artigo 136, por sua vez ressalta que as proibições ou restrições de caráter econômico somente são aplicáveis aos regimes aduaneiros de importação definitiva e exportação definitiva. E ainda completa que as proibições ou restrições de caráter econômico à importação definitiva não afetam a mercadoria que tenha sido previamente exportada temporariamente. As proibições ou restrições de caráter econômico à exportação definitiva não afetam a mercadoria que tenha sido previamente importada temporariamente.

A mercadoria introduzida no território aduaneiro que não possa ser incluída em um regime aduaneiro, em virtude de proibições ou restrições, deverá ser retornada ao exterior, reexportada, destruída ou submetida à aplicação de medidas de outra natureza previstas nas normas regulamentares, complementares e nas emanadas dos órgãos competentes é o que preceitua o art. 137 do CAM.

Merecem destaques as prescrições do artigo 139 do CAM que estabelece que quando a mercadoria submetida a uma proibição ou restrição de caráter não econômico se encontre em depósito temporário de importação, ou for submetida ou se pretender submetê-la a um regime de importação, a Administração Aduaneira, exigirá que o interessado a retorne ao exterior ou a reexporte dentro do prazo estabelecido nas normas regulamentares.

No âmbito do MERCOSUL, os acordos de restrição de exportações surgiram como uma alternativa, diante das dificuldades políticas e jurídicas para a definição de salvaguardas. Por ora, concentra-se na viabilidade jurídica dessa opção, primeiramente à luz das regras do sistema multilateral e, em seguida, do regional.

Na UNASUL, por sua vez, quando se trata industrialização na região com muitos recursos naturais, minerais e energéticos, da América do Sul, serão necessárias muitas

tratativas para efetivar sua realização. Para tanto, devem ser consideradas as questões tributárias aduaneiras (importação e exportação) que porventura possam incidir no setor hidrelétrico e a mineração, por exemplo, no setor de transportes e as logísticas que envolvem estes segmentos.³⁰

O Brasil representa importante papel tanto no MERCOSUL quanto na UNASUL. Embora existam inúmeros problemas, os dois processos integracionistas podem se complementar a fim de contribuir para o desenvolvimento e para a diminuição das desigualdades regionais e a incidência de tributos podem contribuir para a reflexão de sua função social.

José Soares Filho destaca que será efetivada a integração do MERCOSUL, com previsíveis avanços e recuos em sua trajetória. Trata-se de um objetivo condizente com as aspirações de desenvolvimento sócio econômico dos povos da América Latina, cuja realização representará um marco nesse processo. Não obsta ao desenvolvimento deste a UNASUL que está em fase de implantação, que congrega os países da América Latina com o mesmo propósito de integração que o MERCOSUL. Isso porque um processo não exclui o outro, mas ambos se completam, concorrendo para a mais ampla integração latino-americana.³¹

Acredita-se que essa afirmativa seja verdade até certo ponto. Isto porque o MERCOSUL deve ser efetivado como organismo internacional por ainda muito tempo, principalmente para os fins por ele designados. Contudo, *auférida a sua missão (pode demorar muitos anos), há de se pensar em fixar a UNASUL como a entidade a comandar os interesses da região.*³²

É pontual a afirmativa de Felix Peña³³:

30 Um tributo sobre combustíveis automotivos, vinculado ao financiamento dos transportes foi a receita de sucesso para que o Brasil, um país continental, construísse no passado uma razoável infraestrutura de transportes – sintomaticamente degradada a partir dos anos 80, quando o tributo foi incorporado à caixa única do Tesouro. A proposta de tributo vinculado esbarra, na América do Sul, numa estrutura tributária que, fora a Argentina e o Brasil, se destacam pela aberração. Enquanto Argentina e Brasil têm cargas tributárias da ordem de 32% do PIB, nos demais países essa relação oscila em torno dos 16%, variando entre 10% e 22%. Isso reflete a resistência dos ricos e afluentes a pagar tributos na região. Contudo, se essa tendência não for corrigida, a maioria dos países da América do Sul não terá efetivas condições de participar de um projeto comum de desenvolvimento através da integração da infraestrutura, escreveu J. Carlos de Assis, **MERCOSUL ataca pelas duas pontas**, em 14 de maio de 2015, in <http://www.ecofinancas.com/noticias/unasul-ataca-duas-pontas>

31 SOARES FILHO, José. MERCOSUL: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a UNASUL, perspectivas de sua evolução. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 46, p. 36, jul./set. 2009.

32 RABELO, Felipe Cesar José Matos. A Coexistência MERCOSUL-UNASUL, in **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 66, abr. 2011. O autor visualiza que a UNASUL deverá ser, no futuro, o organismo estável e representativo e o MERCOSUL, o projeto com prazo de validade. Uma vez alcançada sua meta de caráter representativamente econômico, as bases para a UNASUL estarão firmadas definitivamente para seguir seus propósitos que são bem mais amplos.

33 PEÑA, Félix. A integração no espaço sul-americano: A UNASUL e o MERCOSUL podem se complementar? In **Revista Nueva Sociedad**. Diciembre de 2008. In <http://www.nuso.org>

Cabe lembrar que a América do Sul se transformou em um espaço geográfico de densidade crescente, diferenças marcantes e grande dinamismo. É, nesse sentido, um verdadeiro mosaico. Tudo indica que continuará sendo assim no futuro. Captar bem as forças profundas desatadas na região é um desafio complexo para quem quer que opere nela, tanto no plano político como, sobretudo, no empresarial.

A interdependência entre os diversos países cresceu substancialmente nas últimas décadas, deixando os sistemas políticos e econômicos nacionais mais próximos e sensíveis ao que ocorre com os países vizinhos. Isso ocorre no plano da produção e do comércio, envolvendo empresas transnacionais e, crescentemente também por um número significativo de pequenas e médias empresas originadas na própria região que cresceram gradualmente, e com mais intensidade nos últimos anos. Isto se reflete no intercâmbio comercial e nos investimentos, com impacto na logística e no transporte. Para tanto requer um estudo cuidadoso e prudente da tributação nessas searas, tanto por parte da UNASUL bem como do MERCOSUL.³⁴ A UNASUL, deve ainda superar o processo de ratificação de seu tratado constitutivo. O MERCOSUL se baseia não apenas na vontade política dos seus países, mas também, principalmente, em um pilar fundamental para a integração produtiva: as preferências comerciais pactuadas. Por isso, a complementação entre a UNASUL e o MERCOSUL “pode contribuir para o predomínio da lógica de integração no espaço sul-americano. Tal complementação é possível. Mas vai precisar de uma liderança coletiva com a participação de todos os países da região, especialmente daqueles que valorizam um entorno regional de paz e estabilidade política”.³⁵

6. Conclusões

Não há dúvidas quanto a importância do Código Aduaneiro do MERCOSUL. Para a consolidação da União Aduaneira é necessário primeiramente que seja recepcionado o referido Código nos Estados Partes, mesmo considerando que não foram tratadas questões relativas à exportação. O imposto de exportação poderá continuar a ser cobrado no âmbito do bloco, conseqüentemente continuará também sendo necessário o controle aduaneiro dessas operações. Não há, portanto, que se afirmar ainda quanto a livre circulação de mercadorias.

³⁴ No entanto, existem duas grandes diferenças. Por um lado, o MERCOSUL é uma realidade assentada em compromissos jurídicos já assumidos por seus países membros. Embora sejam compromissos imperfeitos e incompletos, seria difícil deixá-los de lado, tendo em vista as correntes de comércio e investimento que se desenvolveram entre os parceiros desde a assinatura do Tratado de Assunção. O MERCOSUL tem também uma identidade embrionária, como demonstra a incorporação da sigla nos documentos de identidade dos cidadãos dos quatro membros plenos. PEÑA, Félix. A integração no espaço sul-americano: A UNASUL e o MERCOSUL podem se complementar? *In Revista Nueva Sociedad*. Diciembre de 2008. In <http://www.nuso.org>

³⁵ *Ibidem*.

Um dos objetivos da incidência do imposto sobre a exportação consiste em avaliar as iniciativas para a restrição do comércio no MERCOSUL, a partir de uma perspectiva econômica, política e jurídica.

É importante verificar que a retirada de gravames ou outros obstáculos são importantes para a livre circulação de bens, que é um dos objetivos fundamentais do processo de integração do MERCOSUL. E, mais importante ainda é a possibilidade da existência, no CAM, de um sistema integrado e informatizado, que em tempo real possa ter a interligação de todos os controles aduaneiros dos Estados Partes. Com isso, teriam alfândegas menos burocráticas e mais ágeis, com a diminuição de papéis e demais procedimentos administrativos tradicionais que podem ser diminuídos.

As restrições econômicas e não econômicas (se for o caso) não devem ser minuciosas suas previsões no CAM. A tendência poderia ser, no mesmo sentido, considerando as proibições ou restrições econômicas previstas no GATT. As demais limitações devem ser respeitadas em virtude da supremacia dos tratados internacionais que prevalecem sobre as leis, no Brasil, verificado pelo controle de constitucionalidade.

Deve ser observado o caráter antieconômico do imposto sobre a exportação, que, em geral pode considerar alguns obstáculos para o país na concorrência internacional, onerando os seus produtos e o seu comércio com o estrangeiro.³⁶

Diante desta constatação, a sua utilização há de ser feita com extrema prudência. Isto porque, ao incidir sobre produtos que serão adquiridos no exterior, a tributação pode tornar-se o mais das vezes em obstáculo para a conquista dos mercados estrangeiros. É por isso que o imposto de exportação deve incidir sobre produtos relativamente aos quais, os países exportadores apresentem tais vantagens competitivas.

Devem ser incluídas no Código Aduaneiro do MERCOSUL, se for o caso, tratativas no sentido de regulamentar as restrições diretas sobre a exportação, que sejam informadas as distinções entre restrições diretas e econômicas. De igual modo se regule o âmbito temporal de aplicação das proibições à exportação.

36 No I Congresso Internacional de Direito Aduaneiro do MERCOSUL realizado em Buenos Aires nos dias 26 e 27/08/10, foram apresentadas as seguintes conclusões sobre o tema das exportações no âmbito do CAM: 1 - La consagración a texto expreso en el CAM de los tributos aduaneros a la exportación así como las restricciones a la exportación, sin aclaración que las mismas no son aplicables, en general, a los países miembros, son una traba a la integración del bloque com distorsiones en el mercado regional, haciendo crecer las asimetrías entre los socios. 2 - En Chile las exportaciones no pagan derechos de aduanas. En el CAM se prevé expresamente esta posibilidad. 3 - No Brasil os impostos sobre o comércio exterior podem ter alíquotas alteradas pelo Poder Executivo necessitando de alterar a Constituição da Republica nos termos dos objetivos e fundamentos do MERCOSUL. 4 - El art. 157, apart. 4, del CAM prohíbe la aplicación de derechos de exportación a las exportaciones intra Mercosur. Tais conclusões foram apresentadas pelos palestrantes do Congresso conforme indicados na nota 3.

O CAM deveria ter por finalidade alcançar o equilíbrio dos interesses contrapostos do Estado, como controlador das exportações e importações e do comércio, atendendo suas necessidades. Por isso, deverá ter disposições no Código que recepcionam as necessidades do comércio, sem obstruí-lo e dar garantias para evitar possíveis abusos através discricionariedade aduaneira. Ocorre que a diferença entre os países em matéria de tributos, infrações entre outros aspectos tributários ou não tributários, requer um estudo cauteloso. Isto porque, a finalidade de uma aduana não deveria ser arrecadatória e sim de controle da exportação e importação.

O CAM integra a legislação do MERCOSUL, portanto, deverá estar em sintonia com o Artigo 1º do Tratado de Assunção, que implica na livre circulação de bens e serviços e fatores produtivos entre os países do Bloco bem como a eliminação de quaisquer direitos alfandegários, restrições não tarifárias, evitando com isso barreiras à circulação do mercado. No entanto, o que se observa é justamente o contrário. A cada dia são estabelecidas barreiras que impedem a circulação de bens, dificultando o processo de integração.

No caso do Código Aduaneiro, a definição do território aduaneiro para a aplicação do Código, o tratamento de áreas aduaneiras especiais e o tema dos impostos sobre a exportação têm sido os principais desafios enfrentados pelos governos, para estabelecer os acordos no nível político do Bloco.

É imprescindível a harmonização e cooperação entre as administrações aduaneiras para que o Código Aduaneiro do MERCOSUL se torne uma realidade e não mera ficção. Enquanto o MERCOSUL não tratar dos direitos da exportação, os Estados Partes continuarão aplicando as suas legislações internas e os tratados que não contrariem o CAM.

Considerando também o processo de integração regional da UNASUL, é importante mencionar estudos que possam abranger as questões aduaneiras com o bloco, considerando principalmente a alínea *f* do artigo 3º do Tratado Constitutivo, que destaca a integração financeira mediante a adoção de mecanismos compatíveis com as políticas econômicas e fiscais dos Estados Membros do bloco.

É salutar a necessidade de uma harmonização e cooperação entre as administrações aduaneiras para que o Código Aduaneiro do MERCOSUL seja realmente efetivado. Esse processo deve levar em consideração a necessidades e dificuldades típicas de países em desenvolvimento e não deve se pautar por modelos de outros blocos, ainda que experiências como a da União Europeia possam servir de exemplos para determinadas situações.

Por fim, há que se mencionar que para o sucesso da integração tanto no MERCOSUL quanto na UNASUL, é preciso vontade política dos agentes econômicos participantes do processo para resolver as questões pendentes bem como buscar novas alternativas para a integração dos blocos. Para a eficácia e efetividade do CAM devem ser promovidas políticas convergentes para diminuir as assimetrias existentes no bloco para concretizar a União Aduaneira e alcançar o mercado comum. Os desafios são muitos.

7. Referências

- ACCIOLY, Elizabeth. Duas Décadas de MERCOSUL: Valeu a pena? In **Revista Argumentum** – UNIMAR, n. 12, 2011, p. 32/44.
- AMARAL, Vivian Henriques de Mello Peixoto. O MERCOSUL e o Código Aduaneiro Comum. **Ius Gentium**, Curitiba, ano 4, n. 8, p. 227-240, jul./dez. 2010.
- ASHIKAGA, Carlos Eduardo Garcia. **Análise da Tributação na Importação e na Exportação**. Editora Aduaneiras, São Paulo, 2010.
- ASSIS, J. Carlos de. **MERCOSUL, ataca pelas duas pontas**, em 14 de maio de 2015, in <http://www.ecofinancas.com/noticias/unasul-ataca-duas-pontas>
- BARRAL, Welbert; PIMENTEL, Luiz Otávio e CORREA, Carlos M. (org.) **Direito, Desenvolvimento e Sistema Multilateral de Comércio**, Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008.
- CAMPOS, Rogério Pereira de. OS CONTRAPONTO AO MODELO UNASUL in MONÇÕES - Revista do curso de História da UFMS- campus de Coxim – out.2014/mar.2015
- COSTA, Lígia Maura. **O Código Aduaneiro do MERCOSUL**. In MERCOSUL. Seus efeitos Jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-Membros. 2ª ed. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.
- COSTA, Lígia Maura. **Os Códigos Aduaneiros do MERCOSUL e da União Europeia: Ficção vs. Realidade**. In Contratos Internacionais e Direito Econômico no MERCOSUL. São Paulo. LTR, 1996.
- FERNANDES, Edison Carlos. **Sistema Tributário do MERCOSUL**, 3ª edição. São Paulo. Editora revista dos Tribunais, 2001.
- FREITAS, Maxsoel Bastos de. **O Direito Aduaneiro como ramo autônomo do Direito**. v.3, n.3, Uruguaiana, RS: Revista do Direito- Periódico PUCRS, 2003.
- FREITAS, Vladimir Passos de. **Importação e Exportação no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- GADELHA, Regina Maria A. F. (org.). **MERCOSUL a UNASUL – Avanços do Processo de Integração**. São Paulo, EDUC FAPESP, 2013.
- Informe MERCOSUL nº 14 – 2º sem./2008 e 1º sem./2009, CNI.
- LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. Unión Aduanera em el MERCOSUR. Nuevos desafíos para las Administraciones Aduaneras y Operadores ADUA. **Revista do Centro de Desp. de Aduana del Paraguay**, www.cdap.org.py/wp-content/uploads/2012/04/16_pdfsam_revista-julio-20111.pdf, p. 30/32.

- MARINELLI, Caludia M. M. e Jorge Luis Tosi. **Código Aduanero del Mercosur** (anotado), Editorial Zavala, Argentina. 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Eduardo Biacchi (organizadores). **Direito da Integração Regional. Diálogo entre Jurisdições na América Latina**. Saraiva, São Paulo, 2015.
- MEIRA, Liziane Angelotti. Integração Regional e Tributos sobre o comércio exterior no MERCOSUL, in **Revista da PGFN**, Ano 1, n. 2, 2011, p. 53/71.
- MEIRA, Liziane Angelotti. Reflexões sobre o Código Aduaneiro do MERCOSUL. In **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário RDIET**, Brasília, V. 6, nº 2, p. 259-290, Jul-Dez, 2011.
- PATRICIO, Mariza Giacomini Lozer. **O processo de integração do MERCOSUL: particularidades e atualidades in Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 1, p. 41-47, jan./jun. 2013.
- PEÑA, Félix. A integração no espaço sul-americano: A UNASUL e o MERCOSUL podem se complementar? In **Revista Nueva Sociedad**. Diciembre de 2008. <http://www.nuso.org>
- PEROTTI, Alejandro Daniel. **Mercosur: Código Aduanero y derechos de exportación**. 18 de octubre de 2010, in www.regionnortegrande.com.ar/?articulo=2145
- PIRES, Adilson Rodrigues. **Código Aduaneiro do MERCOSUL - Comentários ao Protocolo**. São Paulo. Editora Aduaneiras, 1999.
- RABELO, Felipe Cesar José Matos. A Coexistência MERCOSUL-UNASUL, in **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 30, p. 55-68, abr. 2011.
- ROCHA, Maria de Conceição Ramos. **MERCOSUL – Alcances da União Aduaneira no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro. Editora L. Juris, 1999.
- SOARES FILHO, José. MERCOSUL: surgimento, estrutura, direitos sociais, relação com a UNASUL, perspectivas de sua evolução. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 46, p. 21-38, jul./set. 2009.
- TOMAZETTE, Marlon. **Comércio Internacional & Medidas Antidumping**. Curitiba: Juruá, 2008.
- TREVISAN. Rosaldo. **Temas Atuais de Direito Aduaneiro**. Lex Editora, São Paulo: 2008.