



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO NORTE - UFRN**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD**  
**CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

**ANA PAULA MORAIS GALVÃO PIGNATARO**

**SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO  
NACIONAL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS: análise de casos.**

NATAL

2014

ANA PAULA MORAIS GALVÃO PIGNATARO

SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO  
NACIONAL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS: análise de casos.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito (Área de Concentração: Constituição e Garantia de Direitos).

Orientadora: Profª. Doutora Yara Maria Pereira Gurgel

NATAL

2014

Catálogo da Publicação na Fonte.

UFRN / Biblioteca Setorial do CCSA

Pignataro, Ana Paula Morais Galvão.

Saída compulsória do estrangeiro do território nacional à luz dos direitos humanos: análise de casos / Ana Paula Morais Galvão Pignataro. - Natal, RN, 2014.

174 f.

Orientadora: Profa. Dra. Yara Maria Pereira Gurgel.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação em Direito.

1. Direito – Dissertação. 2. Direitos humanos - Dissertação. 3. Direito internacional - Dissertação. 4. Proteção ao estrangeiro – Dissertação. I. Gurgel, Yara Maria Pereira. III. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. III. Título.

RN/BS/CCSA

CDU 341.231.14

ANA PAULA MORAIS GALVÃO PIGNATARO

**SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO DO TERRITÓRIO NACIONAL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS: análise de casos.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em: 17/02/2014

Presidente:

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Yara Maria Pereira Gurgel  
(Orientadora – UFRN)

Membro:

\_\_\_\_\_  
Professor Doutor Jahyr-Philippe Bichara  
(Examinador – UFRN)

Membro:

\_\_\_\_\_  
Professora Doutora Flávia Sousa Dantas Pinto  
(Examinador Externo à Instituição – PUC - SP)

*Dedico este trabalho a minha minha amada família,  
pelo carinho e pelo apoio que sempre me dedicaram.*

“Bem-aventurados os que são perseguidos por causa da justiça, porque  
deles é o reino dos céus” (Mt 5, 10)

## AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, a Deus, que tudo criou, por sua enorme misericórdia e por me amar incondicional. “Tudo é do Pai, toda honra e toda glória, é Dele a vitória alcançada em minha vida”.

Agradeço ainda imensamente aos meus familiares, por todo apoio e compreensão, minha primeira escola e minha fortaleza.

Ao meu marido, Diogo, que sempre esteve ao meu lado, me dando todo o suporte necessário, sendo meu maior incentivador. Te amo mais do que posso descrever em palavras.

À minha orientadora, Professora Dra. Yara Maria Pereira Gurgel, por tudo o que me ensinou, sempre muito atenciosa e disponível, tentando fazer um trabalho de qualidade que refletisse o nosso amor pela defesa dos direitos humanos.

Ao meus colegas de trabalho que sempre me incentivaram a lutar pela Justiça e pela defesa dos direitos humanos. Não sei como descrever a gratidão pelo apoio, especialmente nessa reta final do projeto.

Aos meus amigos, pela compreensão nos momentos em que precisei ficar ausente, pelo apoio nas horas difíceis e por sempre me lembrarem que tudo é possível.

Aos meus colegas de turma, pelos debates que tanto me ensinaram e por sempre estarem trocando materiais para facilitar a pesquisa.

## RESUMO

O presente trabalho se propõe a rever conceitos tradicionais inerentes à teoria geral do Estado e dos direitos humanos, atinentes à situação jurídica do estrangeiro, entendido este como sujeito de direitos, especialmente quando da imposição legal de sua saída compulsória do território nacional. Após as graves violações ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial e a importância adquirida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, valores como dignidade, justiça e igualdade são consagrados nos ordenamentos jurídicos e seu respeito exigidos além dos limites territoriais de qualquer país. A formação de uma comunidade internacional, a qual é regida por regras que seus membros estão subordinados, indistintamente, que, além de baseada no voluntarismo estatal, passam a ser inspiradas por uma natureza principiológica desses novos conceitos exigidos da Sociedade Global, como também a adoção do modelo, influenciado pelo neoconstitucionalismo, de Estado Constitucional de Direito, se contrapõem à ideia de soberania estatal ligada a uma superioridade, a um poder absoluto e ilimitado, que não reconhece nenhum outro acima de si, nem mesmo os princípios ou axiomas básicos que devem nortear as relações internamente. Por isso se busca, para os objetivos perquiridos, um conceito de Estado que comporte todas as necessidades de uma sociedade democrática, que tenha o povo como detentor do poder, entendendo que esse elemento estatal sofreu uma relativização diante da necessidade de sua adaptação aos valores contemporâneos aplicáveis ao indivíduo, inserindo, em seu conceito, a indispensável obrigação de proteção dos direitos inalienáveis dos cidadãos, independentemente de com quem ele possui vínculo jurídico-político de nacionalidade. Ocorre que, para consagrar essas prerrogativas aos indivíduos, as quais, por conterem referência a valores com características supranacionais, são muito abstratas e estão em constante rota de colisão com disposições internas, dificultando sua conciliação, socorrer-se-á da hermenêutica dos direitos humanos, fruto, principalmente, das Cortes internacionais, correlacionada com a exegese constitucional, em especial, da principiológica jurídica, utilizando, dentre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a interpretação sistemática da Carta Maior e das normas legais e internacionais. Com isso, busca-se consagrar o fundamento comum de todo ordenamento jurídico, o elo de ligação entre os sistemas, qual seja, a dignidade dos seres humanos. Por fim, verifica-se se a jurisprudência brasileira, através do estudo de casos, está sintonizada e consentânea com esses novos paradigmas, estando em consonância com a Carta Internacional de Direitos Humanos, a Constituição Federal, os valores e princípios por ela efetivados.

Palavras-chaves: Saída. Compulsória. Estrangeiro. Direitos. Humanos.



## ABSTRACT

This paper aims to review traditional concepts inherent to the general theory of the state and human rights, relating to the legal situation of foreign, understood as the subject of rights, especially when the is case of compulsory legal imposition of exit from national territory. After the serious violations during the Second World War and the importance acquired by the International Law of Human Rights, values as dignity, justice and equality are enshrined in the legal system and its respect required beyond the boundaries of any country. The creation of an international community, which is governed by rules that its members are subordinated, without distinction, as well as state - based on volunteerism, become inspired by one principled nature of these new concepts required of Global Society, as well as the adoption, influenced by neoconstitutionalism, to the model of State Constitutional rule of law, are opposed to the idea of state sovereignty connected to a superiority, absolute and unlimited power which recognizes no other above it, not even the basic principles or axioms that must govern the relationships internally. So looks for a concept of state that includes all the requirements of a democratic society, that have the people as the power holder, understanding that state element has undergone a relativization, because had to adapt to the contemporary values applicable to the individual, inserting in its concept, the indispensable obligation to protect the inalienable rights of citizens, regardless of with whom he have legal and political bond of nationality. It happens that, to consecrate these privileges to individuals, which, because they contain reference to values with supranational characteristics, are very abstract and are in constant collision course with internal rules, making it difficult to reconcile, it will use hermeneutics of human rights, due mainly to international courts, correlated with constitutional exegesis, in particular, legal principiologia, using, among others, the principles of reasonableness and proportionality, the systematic interpretation of the Constitution and international legal standards. Thus, it seek to enshrine the common foundation of all law , the link between the systems, namely, the dignity of human beings. Finally, it will see if Brazilian jurisdiction, through case studies, is tuned in line with these new paradigms, and in line with the International Bill of Human Rights, the Federal Constitution, the values and principles she hired.

Keywords: Output. Compulsory. Foreigner. Humans. Rights.

## SUMÁRIO

1. <b>INTRODUÇÃO</b>	10
2. <b>TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA CONSAGRAÇÃO NO ÂMBITO INTERNO NO CASO DO ESTRANGEIRO</b>	17
2.1 CONCEITO E ESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS	20
2.2 HISTÓRICO	29
2.3 DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS	37
2.4 PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO DE ESTRANGEIROS	42
2.5 TRATAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO AOS DIREITOS HUMANOS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM CASOS DE NECESSIDADE DA SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO	53
2.6 RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL	63
3. <b>O ESTRANGEIRO E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO BRASILEIRO</b>	67
3.1 ESTADO: ELEMENTOS E EVOLUÇÃO DO CONCEITO	67
3.2 A RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE SOBERANIA PELA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	78
3.3 O ESTRANGEIRO: CONCEITO ASSOCIADO À NACIONALIDADE	83
3.4 A SITUAÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO EM FACE DO ESTADO BRASILEIRO	98
3.5 A SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO DO ESTADO NACIONAL: MODALIDADES, DIREITOS E DEVERES DO ESTADO	102
3.6 TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE A SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO	113
3.7 COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL EM CASO DE SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO	118
3.8 COMPETÊNCIA JURISDICIONAL EM CASO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS	124
4. <b>A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS EM CASOS DE SAÍDA COMPULSÓRIA: UMA ANÁLISE DE CASOS</b>	133
4.1 O CASO “CESARE BATTIST”	133
4.2 O CASO “EDD ABADALLAH MOHAMED”	139
4.3 O CASO “RONALD ARTHUR BIGGS”	146
4.4 O CASO “ANDRIMANA BUYOYA HABIZIMANA”	148
4.5 O CASO “ROGER PINTO MOLINA”	151
5. <b>CONCLUSÃO</b>	155

## REFERÊNCIAS

## 1- INTRODUÇÃO

Após as graves violações de direitos humanos ocorridas na Segunda Guerra Mundial, fruto do mau uso do poder soberano estatal nos regimes totalitaristas, percebeu-se uma mudança de paradigma nas relações entre os Estados e destes com seus cidadãos, uma vez que não mais se admite que uma pessoa seja tratada de forma degradante, descartável, como se coisa fosse.

Para permitir essa mudança, a comunidade internacional estabeleceu direitos inalienáveis dos seres humanos, com forte carga valorativa, obrigando os diversos Estados a se comprometerem, através de declarações e tratados, em assegurar em seus ordenamentos internos as prerrogativas instituídas na ordem externa. Esses direitos, por consagrarem a igual dignidade de todos os indivíduos, se tornaram uma preocupação comum dos Estados, devendo ser efetivados e respeitados além dos limites territoriais deles, bem como não exclusivamente aos seus nacionais. Por isso, os princípios basilares do Direito Internacional Público da não intervenção e da solução pacífica dos conflitos passam a serem observados em comunhão com o respeito indispensável aos direitos humanos e à dignidade dos indivíduos.

Ocorre que, por conterem referência a valores, sendo estatuídos de forma abstrata, percebe-se uma dificuldade de promover esses direitos tanto interna quanto internacionalmente, sendo um desafio conhecer seus conteúdos inerentes e as variações interpretativas frente aos mesmos, conferidas pelas cortes internacionais e pelos tribunais nacionais, com o intuito de se adequar às novas necessidades de uma sociedade plural. A presente pesquisa, portanto, visa retomar conceitos clássicos inerentes à teoria geral do Estado e dos direitos humanos, analisando a situação jurídica do estrangeiro como sujeito de direitos pela ótica da principiologia dessas garantias, especialmente quando da imposição de sua saída compulsória do território nacional.

Verificar-se-á se a legislação e jurisprudência interna atendem aos anseios da sociedade globalizada, bem como se há consonância da mesma com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, os pactos e tratados internacionais, a Constituição Federal, os valores e princípios por ela consagrados, sob a ótica da inserção da moral e da ética no Direito. Ademais, se tentará superar essas dificuldades trazidas para a efetivação dos bens jurídicos tutelados no novo molde do Estado Constitucional de Direito, influenciado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, aplicando os diversos princípios interpretativos consagrados interna e internacionalmente, para efetivar o fundamento e elo de todo ordenamento jurídico, qual seja a dignidade da pessoa humana.

Dentre outros, o trabalho gravita em torno dos seguintes questionamentos:

- Os estrangeiros, apesar de não possuírem vínculo jurídico-político de nacionalidade com o Estado em que se encontram, gozam dos mesmos direitos dos nacionais?
- Quais os direitos humanos que os Estados são obrigados a observar no trato com os estrangeiros?
- Considerando as características dos direitos humanos, é possível ao não nacional ter uma vida digna e se desenvolver plenamente sem que lhe sejam efetivados todos os seus direitos consagrados internacionalmente?
- Considerando a estrutura dos direitos humanos, quais os princípios interpretativos que melhor solucionam conflitos aparentes de normas quando se trata de proteção ao estrangeiro, como soberania em contraposição ao direito à convivência familiar, ao asilo ou ao refúgio?
- Qual o tratamento conferido, pelo ordenamento jurídico brasileiro, aos tratados internacionais de direitos humanos e, uma vez recepcionados, como os Estados cumprem os direitos fundamentais dos indivíduos sob a sua jurisdição?

- Qual o conceito de Estado que melhor observa a importância adquirida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela inserção de valores no ordenamento jurídico? Esse significado permite exigir o cumprimento de obrigações assumidas internacionalmente, especialmente, no que se refere à proteção dos estrangeiros?
- Qual é o conceito de estrangeiro e a sua situação jurídica em face do Estado brasileiro? Qual é o disciplinamento constitucional, legal e internacional que protege a dignidade desses indivíduos?
- Quais as saídas compulsórias do estrangeiro? A quem compete investigar, atuar, julgar e decretar esses atos jurídicos, podendo ser questionados em casos de inobservância do tratamento constitucional e internacional conferido?
- Analisando os casos concretos, quais os conflitos aparentes de direitos podem surgir, quais foram as posições dos tribunais pátrios, e como a aplicação dos princípios estudados pode assegurar uma maior proteção aos indivíduos mais vulneráveis?

Serão apresentadas situações que ensejaram a expulsão ou a extradição de estrangeiros e a solução dada pelo Estado brasileiro ao caso, motivando a observar se os direitos humanos previstos nos tratados e convenções internacionais, na Constituição e demais leis, foram observados, consagrando-se os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Essa questão tem reflexos não apenas nacionalmente, mas também no âmbito internacional, podendo ser um motivo ensejador de uma crise diplomática entre os países envolvidos, eventualmente culminando no acesso de algum Estado a cortes internacionais na busca da proteção de seus direitos ou de seus nacionais.

O interesse no desenvolvimento da pesquisa justifica-se pela necessidade de proteção ao ser humano, especialmente os mais vulneráveis, como os estrangeiros, considerando o tratamento internacional e constitucional dado a esses indivíduos.

Assim, o trabalho foi construído em três partes: a primeira analisa os direitos humanos, considerando o momento histórico de valorização do indivíduo e constata como o Direito Internacional dos Direitos Humanos, sob esse novo paradigma, ganha destaque e deixa de atuar em um cenário meramente estatal, para tentar buscar proteger valores comuns.

Por isso, entende-se conveniente rever o conceito desses direitos, seu histórico, estrutura e dimensões, para compreender a imprescindível interpretação que deve ser feita para assegurar uma vida mais digna a cada indivíduo, independentemente de sua nacionalidade, considerando que os direitos são indivisíveis e dotados do caráter da universalidade.

Necessário ainda observar o tratamento dado pelo Estado aos tratados celebrados internacionalmente, e como o ordenamento jurídico pátrio consagra esses direitos e os efetiva internamente, a fim de, com isto, promover o respeito de forma mais peremptória à normativa internacional de proteção aos direitos humanos no âmbito das relações internas entre indivíduo e Estado, especialmente considerando que o estrangeiro também é sujeito de direitos.

Desta feita, busca-se uma interpretação que consagre maximamente os valores da dignidade e igualdade dos indivíduos, previstos em quase todos os documentos internacionais e na Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, 4º, inciso II e 5º. Propõe-se uma análise sistemática dos tratados internacionais de direitos humanos, como a Declaração Universal e os Pactos internacionais, dos dispositivos constitucionais que protegem os estrangeiros que se encontram no território brasileiro, como, por exemplo, o que estatui o direito ao asilo (art. 4º, inciso X), o Estatuto do Estrangeiro, principal norma

reguladora da situação desses indivíduos vulneráveis no país, e demais instrumentos de proteção à pessoa, os quais são fornecidos pela ordem jurídica internacional e interna.

No segundo momento, o estudo do Estado ganha importante relevo, especialmente quando se constata uma mudança expressiva ocorrida no tradicional significado de um de seus elementos, qual seja, a soberania, o qual deve se nortear pela inserção da necessidade de proteção dos direitos humanos reconhecidos internacional como algo que lhe é inerente, considerando que o povo é o real detentor desse poder.

Torna-se imperioso, a partir deste ponto, constatar se as normas internas observam a exigência de uma proteção maior que deve ser conferida, pelos países, a todos que se encontrem em seu território, inclusive os estrangeiros. Esses estrangeiros, indivíduos que possuem vínculos de nacionalidade com um Estado, mas que se encontram provisória ou definitivamente no território de outro, mesmo não integrando o conjunto de nacionais, merecem ser recebedores de respeito por sua igual dignidade.

Destaca-se também o tratamento dispensado pela Constituição brasileira e pelo Estatuto do estrangeiro, os quais regulam a situação jurídica desse indivíduo no país, sua entrada e as modalidades de saída compulsória, com a definição de competências administrativas e judiciais, procedimentos a serem seguidos, direitos e deveres do Estado. Incursionar-se-á nessas normas para verificar se estão em sintonia com os principais tratados internacionais que abordam a temática de proteção dos direitos humanos aos estrangeiros.

Considerando ainda que, geralmente, quando se trata de direitos e deveres impostos aos não nacionais, há sempre um interesse de múltiplos atores, podendo haver um conflito internacional, impõe-se compreender melhor o sistema jurisdicional fornecido, tentando constatar suas falhas e benefícios e a viabilidade de se recorrer a um desses órgãos para solucionar a lide que ultrapassa os limites internos dos países.

Alerte-se que essa análise é essencial para consagrar a paz social e mundial, permitindo uma cooperação internacional baseada na justiça e na proteção ao ser que é a razão da existência dos Estados, e que legitima toda a atuação dele. Com isso, evitam-se conflitos entre os países envolvidos, assegurando uma melhor aplicação das regras internas e externas, proporcionando uma máxima efetividade dos direitos constitucionais e internacionais. Assim, defende-se uma nova forma de concretizar valores e princípios abstratos, dando novas roupagens a conceitos clássicos como soberania, dignidade da pessoa humana, entre outros.

Percebe-se, então, a necessidade de contribuir com algumas considerações teóricas para o aperfeiçoamento dos métodos interpretativos quando se trata de direitos humanos, especialmente no tocante à saída compulsória do estrangeiro, garantindo uma integração dos sistemas jurídicos, com a máxima observância desses direitos. A parca produção acadêmica sobre o tema, ademais, incentiva a investigação científica, visando criar esse referencial teórico, baseado nos princípios constitucionais e internacionais.

Por fim, na terceira fase, aprofunda-se o estudo com a averiguação da posição dos Tribunais pátrios em casos de conflito, analisando criticamente algumas das decisões paradigmáticas sobre o tema, através da hermenêutica dos direitos humanos, fruto, principalmente, das Cortes internacionais, correlacionada com a exegese constitucional, em especial, da principiologia jurídica, utilizando, dentre outros, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a interpretação sistemática da Carta Maior e das normas legais e internacionais. Com isso, se consagra o fundamento de todo ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade dos seres humanos.

Os métodos utilizados no presente estudo serão, principalmente, o dedutivo e dialético, uma vez que, proceder-se-á a partir de premissas já referendadas pela doutrina nacional e internacional acerca dos conceitos e divergências a serem discutidos. Ademais, baseando-se na construção doutrinária e jurisprudencial, será analisada a repercussão



contemporânea da saída compulsória do estrangeiro, com base na Constituição Federal, Estatuto do estrangeiro, e outros diplomas internos e internacionais.

A metodologia específica para o desenvolvimento dessa pesquisa contará com pesquisa bibliográfica, através de livros e endereços eletrônicos, notícias publicadas em jornais e periódicos, bem como consulta ao repositório da jurisprudência, pertinentes ao assunto. Tudo isso para que se possa proporcionar uma maior riqueza de informações e diferentes pontos de vista para fomento a debates futuros.

## 2 – TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA CONSAGRAÇÃO NO ÂMBITO INTERNO NO CASO DO ESTRANGEIRO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos se destacou após a Segunda Guerra Mundial e o compromisso dos diversos Estados em assegurar, em seus ordenamentos, os direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos Pactos Internacionais, documentos que juntos formam a Carta Internacional protetiva dos indivíduos, sendo responsável por uma mudança de paradigma nas relações entre Estados (interferindo ainda em seu conceito), e destes com seus cidadãos e com todos aqueles que, mesmo não sendo considerados seus nacionais, se encontram sob a sua jurisdição.

Após essa Guerra e o julgamento de Nuremberg, a comunidade internacional passou a acreditar que os direitos humanos, por consagrarem a igual dignidade de todos os indivíduos, deveriam ser assegurados e respeitados além dos limites territoriais do Estado<sup>1</sup>.

Para efetivar os mencionados direitos, os diversos novos tratados e convenções de direitos humanos, além da proteção consagrada e cada vez mais aprimorada, permitem o ingresso da pessoa diretamente nas instâncias jurisdicionais internacionais, possibilitando que o Estado responda por qualquer violação ocorrida dentro do seu território, bem como permitindo que qualquer sujeito seja demandado perante Cortes de direitos humanos, como o Tribunal Penal Internacional, já que infrações são cometidas por indivíduo(s)<sup>2</sup>.

Pode-se citar, como exemplo do exposto, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1950, que, em seu artigo 34, estabeleceu que “o Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se

---

<sup>1</sup>LAMARÃO NETO, Homero. Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In **Direitos Humanos e Democracia Inclusiva**. Antonio José de Mattos Neto, Homero Lamarão Neto e Raimundo Rodrigues Santana (org.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 137-138.

<sup>2</sup>No julgamento de Nuremberg, restou assentado que “Crimes contra o Direito Internacional são cometidos por indivíduos, não por entidades abstratas, e os preceitos de Direito Internacional fazem-se efetivos apenas com a condenação dos indivíduos que cometeram esses crimes” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 422).

considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos<sup>3</sup>”.

Essa preocupação com todos os indivíduos se deve ao fato do ser humano ter passado a ocupar a posição central de todo o ordenamento jurídico e que ensejou o desejo de emancipá-lo do Estado perante a comunidade externa e de considerá-lo como “sujeito de direito tanto interno como internacional<sup>4</sup>”, dotado de capacidade processual para questionar os atos contrários aos seus direitos já consagrados. Hildebrando Accioly<sup>5</sup>, inclusive, esclarece que, mesmo os apátridas<sup>6</sup>, aqueles que não estão vinculados política e juridicamente a nenhum Estado específico, não sendo considerados como nacionais em qualquer país, possuem certa proteção internacional, pelo simples fato de integrarem o gênero humano.

O reconhecimento do indivíduo, inclusive do estrangeiro, como sujeito de direitos prediz “o fim da era em que a forma como o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania<sup>7</sup>”.

É certo, contudo, como adverte Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>8</sup>, que ainda há muito o que aprimorar, já que a capacidade dos indivíduos, na órbita internacional, é limitada (em termos de participação na produção das normas), mas isso não desmerece o avanço alcançado no reconhecimento da sua personalidade jurídica (detentor de direitos e deveres, podendo recorrer às instâncias internacionais jurisdicionais para exigir o cumprimento deles).

---

<sup>3</sup>CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>, em 06/01/14.

<sup>4</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Recta Ratio* nos fundamentos do *Jus Gentium* como Direito Internacional da Humanidade. In **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 17.

<sup>5</sup>ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. V. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956.

<sup>6</sup>Essa questão será retomada quando da análise do conceito de estrangeiro e a sua relação com a nacionalidade.

<sup>7</sup>PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano 1, n° 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico – INCE/ Síntese, jan./fev./mar., 2003. p. 88.

<sup>8</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 421.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, nesse contexto, deixa de atuar em um cenário meramente estatal, para buscar proteger valores comuns, recuperando o interesse por questões antes relegadas à ética, tentando, com isso proteger maxime as pessoas<sup>9</sup>, independentemente de sua nacionalidade. Para tanto, os direitos humanos<sup>10</sup>, conforme alerta Willis Santiago Guerra Filho<sup>11</sup>, adquiriram uma dupla dimensionalidade, sendo a primeira a subjetiva (direito subjetivo, individual), e a outra objetiva, expressando os valores adotados pela comunidade e estabelecendo um dever de proteção desses direitos ao Estado.

Por isso, passa-se agora a analisar mais a fundo a questão, sem ter, contudo, a pretensão de esgotar o tema, facilitando compreender algumas das soluções que serão propostas quando da análise dos casos apresentados. Vale frisar que, como alerta Comparato<sup>12</sup>, esse estudo contará a parte mais bela e importante da História humana, pois revelará que os seres humanos, independentemente das diferenças biológicas e culturais que os distinguem, merecem o mesmo respeito, pois se reconhece uma radical igualdade, na forma como interagem entre si e com a comunidade que o cerca, que permite assegurar que ninguém pode se afirmar superior aos demais, seja pelo gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou mesmo nação a que pertença.

## 2.1 – CONCEITO E ESTRUTURA DOS DIREITOS HUMANOS

---

<sup>9</sup>JUBILUT, Liliana Lyra. A proteção internacional do ser humano e as transformações no direito internacional. In **Direito Internacional em contexto**. Fabia Fernandes Carvalho Veçoso (coord). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 179.

<sup>10</sup>Nesse primeiro momento, se emprega indistintamente os termos direitos humanos e direitos fundamentais, sendo que sua diferenciação será feita em momento oportuno.

<sup>11</sup>GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 66.

<sup>12</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 13. Nas suas palavras: “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”.

Não é uma tarefa fácil conceituar os direitos humanos. Peres Luño<sup>13</sup> adverte que seria possível resumir em três os tipos de definições diferentes que há para o mesmo assunto. A primeira, a tautológica (que não traz qualquer elemento que permita caracterizar ditos direitos), estabelece conceitos vagos, podendo-se citar, como exemplo dessa, a que os caracteriza como os direitos dos seres humanos, pelo simples fato de integrarem essa espécie.

A formal, por outro lado, apresenta apenas seu regime jurídico especial, advertindo que os indivíduos não podem ser deles privados, por serem indisponíveis e por terem um tratamento *sui genesis*. A terceira, finalística ou teleológica, utiliza-se do objetivo desses direitos, podendo-se citar, ilustrativamente, aquela que os identificam como os essenciais para que a pessoa tenha uma vida digna.

Apesar de temer cair em um desses grupos, finda conceituando os direitos humanos como as faculdades e instituições que, em determinado momento, efetivam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade de todos os indivíduos, que devem estar formalmente reconhecidos pelos ordenamentos jurídicos, tanto em âmbito nacional, quanto internacionalmente.

Dalmo de Abreu Dallari<sup>14</sup> afirma que os direitos humanos são “uma forma abreviada de mencionar os direitos fundamentais da pessoa humana. Esses direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e participar plenamente da vida”.

Peces-Barba<sup>15</sup> os define como faculdades que o Direito assegura a pessoas e a grupos sociais, e que expressariam suas necessidades primordiais, ou seja, aquelas que afetam seu desenvolvimento completo como pessoa e como indivíduos inseridos em uma

---

<sup>13</sup>PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 22-48.

<sup>14</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p. 7.

<sup>15</sup>PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório et al. **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madri: Debate, 1987. p. 14-15.

comunidade, sendo comum as relacionar com a vida, liberdade, igualdade, participação social ou política, entre outras. Por isso mesmo, elas exigiriam o respeito pelos demais integrantes da sociedade e pelo Estado, com previsão de garantias em casos de violação.

Pode-se afirmar que os direitos humanos são frutos da dignidade da pessoa humana, sendo faculdades atribuídas pelo Direito para que suas necessidades básicas sejam atendidas, permitindo uma vida digna e o pleno desenvolvimento de cada um, sendo, por isso mesmo, um valor intrínseco da ordem jurídica, e configuram um “mínimo ético irreduzível<sup>16</sup>”. São, considerando sua essencialidade, dotados de certas características, como a universalidade<sup>17</sup>, indivisibilidade, interdependência, indisponibilidade, devendo ser assegurados e protegidos contra eventuais violações.

Vale verificar, então, a forma como esses direitos se estruturam no ordenamento jurídico. Esse, seguindo o modelo construtivista da moral exigido após a Segunda Grande Guerra, requer a criação de um sistema aberto de regras e princípios<sup>18</sup>, padrão esse que, aliás, está sendo seguido para a elaboração dos textos constitucionais.

Vale destacar que, conforme ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho<sup>19</sup>, é necessário seguir esse molde, pois um modelo composto só por regras traz uma limitada racionalidade prática, que demanda uma disciplina legislativa exaustiva (com premissas e resultados das regras jurídicas). Dessa forma, se alcançaria um sistema com segurança jurídica, sem espaço livre para complementação ou desenvolvimento. Esse legalismo estrito, contudo, impossibilitaria a introdução de conflitos, das concordâncias e balanceamentos de uma sociedade pluralista e democrática.

<sup>16</sup>PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. In: Flávia Cristina Piovesan. (Org.). **Direitos Humanos**. 1 ed. v. 1. Curitiba: Juruá. p. 15-37.

<sup>17</sup>Segundo Guimarães, as “normas universais protetoras de direitos humanos são uma exigência do mundo contemporâneo” (GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo? In: **Direitos Humanos**. Flávia Cristina Piovesan (Org.). 1ª ed. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006. p. 63)

<sup>18</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra, 2000. Alexy também defende que o ordenamento jurídico é dividido em regras e princípios (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad). 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011).

<sup>19</sup>Id Ibid. p. 1126.

O modelo baseado unicamente em princípios, por outro lado, também não é viável, como alerta o referido doutrinador, considerando a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a convivência de princípios conflitantes, que conduz a um sistema sem segurança jurídica e tendente a não conseguir diminuir a complexidade do sistema.

Seguindo essa concepção, portanto, qualquer sistema jurídico necessita de regras claras e princípios que expressem os valores da sociedade. Ademais,

(...) Em virtude de sua referência a valores ou de sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade), os princípios tem uma função normogênica e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm idoneidade irradiante que lhe permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional<sup>20</sup>. (...)

Luiz Guilherme Marinoni<sup>21</sup> defende que as normas de direitos humanos, independentemente da possibilidade de subjetivação, sempre possuem um valor inserido, o qual é revelado de forma objetiva, e que, por isso, tem eficácia irradiante sobre o ordenamento jurídico, na compreensão e atuação dos intérpretes da norma.

Para poder tutelar esses valores, em especial a dignidade, os quais devem ser sopesados nas decisões de poder e integrar o sistema constitucional, os direitos humanos são consagrados, geralmente, na forma de princípios, os quais têm um grau maior de generalidade e abstração. “De fato, as normas com textura aberta de direitos humanos são comuns, sendo raras as formulações estritas<sup>22</sup>”. Isso não significa que não existem, dentre esses direitos, regras. Apenas permite que se diga que as regras são as exceções dentro desse grupo.

Humberto Ávila<sup>23</sup> faz a distinção dessas duas espécies de normas que formam o sistema proposto. As regras são descritivas de fatos, situações ou estados; retrospectivas; que, por terem em vista uma situação concreta, possuem uma abrangência reduzida, facilmente

<sup>20</sup>Id Ibid. p. 1127.

<sup>21</sup>MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 132.

<sup>22</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 38.

<sup>23</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. Malheiros: São Paulo. 2006. p. 167.

identificada pela relação de correspondência (subsunção); e, por isto, tem uma “pretensão de decidibilidade”.

Os princípios, segundo Ronald Dworkin<sup>24</sup>, são padrões exigidos pela justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade, justamente por se aproximarem mais dos valores que estão impregnados no ordenamento jurídico. Eles são finalísticos, prospectivos, tendo uma “pretensão de complementariedade e de parcialidade”, exigindo que se verifique a relação entre o estado das coisas que se deseja promover e os efeitos que decorrerão da conduta aplicada para esta promoção (necessita de uma ponderação).

Por essa razão, pode-se afirmar que os princípios têm um grau maior de generalidade e abstração (se aplicando a um maior número de pessoas e fatos) do que qualquer regra. Ademais, nas palavras de Robert Alexy<sup>25</sup>, eles são “mandados de otimização”, devendo se cumprir da melhor forma e na exata medida do que é oferecido, no caso a ser analisado, pelas possibilidades fáticas e jurídicas.

De forma bastante completa e seguindo esse mesmo raciocínio é a definição dos constitucionalistas Barroso e Barcellos<sup>26</sup>, que entendem que as regras “são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto

<sup>24</sup>DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. 1978.

<sup>25</sup>ALEXY, Robert. **Legal Principles: On the structure of Legal Principles**. In: Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, September 2000. p. 294/295.

<sup>26</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. Para eles, “Regras são, normalmente, relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas e aplicáveis a um conjunto determinado de situações. Ocorrendo a hipótese prevista no seu relato, a regra deve incidir, pelo mecanismo tradicional da *subsunção*: enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. A aplicação de uma regra se opera na modalidade *tudo-ou-nada*: ou ela regula a matéria em sua inteireza, ou é descumprida. Na hipótese do conflito entre duas regras, só uma será válida e irá prevalecer. *Princípios*, por sua vez, contêm relatos com maior grau de abstração, não especificam a conduta a ser seguida e se aplicam a um conjunto amplo, por vezes indeterminado, de situações. Em uma ordem democrática os princípios freqüentemente entram em tensão dialética, apontando direções diversas. Por essa razão, sua aplicação deverá se dar mediante *ponderação*: à vista do caso concreto, o intérprete irá aferir o peso que cada princípio deverá desempenhar na hipótese, mediante concessões recíprocas, e preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Sua aplicação, portanto, não será no esquema *tudo-ou-nada*, mas graduada à vista da circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato”. Posteriormente, Barroso, em livro próprio, alterou a nomenclatura para “normas-princípio” e “normas-disposição”, mas com o mesmo significado atribuído no texto. Se não, confira-se em: BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 151.



determinado de situações”, as quais, quando aplicadas, ou usa-se toda a sua regulamentação ou é completamente descumprida. Em um conflito entre regras, uma ou outra prevalecerá, pois, para compreender o seu alcance, basta usar o tradicional método da subsunção.

Os princípios, por outro lado, não ditam condutas e formas de atuação, se aplicando a um número maior de situações, entrando em uma “tensão dialética”, que apontam, pela sua abstração, direções diversas a serem seguidas. Por isso, exige que o intérprete use da ponderação, fazendo concessões que mantenham maximamente as normas em conflito. Sua aplicação, então, seguiria uma graduação dos valores que devem prevalecer no caso concreto.

Pelo exposto, é que, de uma forma geral, como as regras são antagônicas, ocorrendo um conflito, a solução encontra-se no plano da eficácia, uma delas a perderá completamente, deixando de ser aplicada no caso; enquanto que os princípios possuem uma convivência conflitual, em que, havendo uma colisão, apenas privilegiar-se-á um em detrimento do outro, mas sem desprezar totalmente o enunciado dele (deve-se manter seu núcleo essencial), sendo averiguada a validade e peso.

Ocorrendo, entretanto, um confronto entre regra e princípio, pode-se dizer que este deverá prevalecer. Necessário, entretanto, trazer o alerta feito pelos referidos estudiosos<sup>27</sup>, que, atualmente, essa não é mais uma verdade absoluta, devendo ser amenizada, pois há relatos de conflitos entre princípios em que se pode aplicar o esquema do “tudo-ou-nada” e regras em que é necessário fazer a ponderação.

Importante esclarecer que não há hierarquia entre as regras e os princípios. Eles apenas desempenham funções diferentes, servindo as primeiras para garantir a segurança jurídica (por trazer uma previsibilidade e objetividade para as condutas), enquanto aqueles permitem a “realização da justiça do caso concreto<sup>28</sup>”, por conterem a flexibilidade exigida para a convivência de valores antagônicos e plurais. Ademais, como o sistema é formado por

---

<sup>27</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 114.

<sup>28</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. Id Ibid. p.110.

regras e princípios de graus diferentes de concretização, eles exercem o papel de densificação e esclarecimento dos enunciados dos direitos e deveres impostos, permitindo uma melhor compreensão do ordenamento<sup>29</sup>.

Esse esquema, contudo, também não é absoluto<sup>30</sup>, pois não se desenvolve apenas em uma direção, mas em um processo de esclarecimento recíproco, os quais ainda podem ganhar concretização e densidade por meio da jurisprudência e das inovações legislativas.

Devido ao grau de abstração que cerca as normas de direitos humanos, o qual impossibilita saber o conteúdo exato dessas prerrogativas, que só serão melhor compreendidos diante do caso concreto, há um “evidente risco de incerteza jurídica, quer para os Estados, quer para os indivíduos<sup>31</sup>”. Por isso, se diz que o estudo da teoria geral dos direitos humanos possui um desafio duplo: conhecer todo o arcabouço jurídico produzido, bem como as decisões das cortes que dão o exato sentido e alcance das normas. “Esses desafios devem ser vencidos de uma maneira sistematizada e ordenada, para que não sejamos tragados em um turbilhão de pequenos detalhes de casos concretos de difícil repetição<sup>32</sup>”.

---

<sup>29</sup>J. J. Gomes Canotilho (2000) defende ainda que, sendo o ordenamento jurídico, em especial, a Constituição, um sistema interno formado por regras e princípios de diferentes graus de concretização, haveria uma função de densificação e esclarecimento, obtido pela observância de uma sequência. Assim, deveria se partir dos princípios estruturantes, passando pelos princípios constitucionais gerais, seguido pelos princípios constitucionais especiais, até chegar às regras constitucionais. Essa diferenciação é baseada no raio de abrangência (mais abertos ou mais densos, mais concretos ou abstratos). Divide os princípios, como mencionado, em estruturante, gerais e especiais, de forma a criar uma pirâmide principiológica (que lembra a pirâmide estabelecida por Kelsen), que organizaria todo o ordenamento jurídico. Os primeiros tipos estariam no topo, enquanto as regras constitucionais ocupariam o patamar mais baixo, tendo os demais princípios uma posição intermediária. Os estruturantes seriam mais abertos, estabelecendo as linhas mestras da sociedade, especificamente, da Constituição (podendo citar como exemplo, o princípio do Estado de Direito), os quais só ganharia clareza, densidade, com a concretização pelos princípios gerais (dentre os quais merece destaque, até pela correlação com o anterior, o princípio da legalidade), pelos especiais (exemplificativamente, o princípio da prevalência da lei) e pelas normas constitucionais (direito de recurso contra ato administrativo, ilustrativamente).

<sup>30</sup>CANOTILHO. Op. Cit. p. 1139. Em suas palavras: “Este esquema não se desenvolve apenas numa direção, de cima para baixo, ou seja dos princípios mais abertos para os princípios e normas mais densas, ou de baixo para cima, do concreto para o abstracto. A formação do sistema interno consegue-se mediante um processo bi-unívoco de «esclarecimento recíproco» (Larenz). Os princípios estruturantes ganham densidade e transparência através das suas concretizações (em princípios gerais, princípios especiais ou regras), e estas formam com os primeiros uma unidade material (unidade da Constituição). Todos estes princípios e regras poderão ainda obter maior grau de concretização e densidade através da concretização legislativa e jurisprudencial”.

<sup>31</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 28.

<sup>32</sup>Id Ibid. p. 28.

Partindo-se dessas premissas, deve-se advertir que os direitos humanos constituem ainda normas cogentes ou *jus cogens*, ou seja, “contém valores considerados essenciais para a comunidade internacional como um todo, e que, por isso, possui superioridade normativa no choque com outras normas de Direito Internacional<sup>33</sup>”.

Segundo a Convenção Internacional de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual foi homologada pelo Brasil pelo Decreto nº 7.030/09<sup>34</sup>, é nulo um tratado que conflite com norma geral imperativa, sendo essa aquela que é aceita e reconhecida pela comunidade internacional como regra que não comporta derrogação e que só pode ser modificada por outra norma da mesma natureza e amplitude, tornando nula qualquer norma anterior que com ela conflita. Ademais, demanda o cumprimento pelos Estados, da melhor forma possível, impondo a eliminação de atos que conflitem com essas normas, e adaptando-se, em suas relações, aos seus ditames cogentes<sup>35</sup>.

<sup>33</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124.

<sup>34</sup>Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. (...)

Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se. (...)

Art. 71.

1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

a) eliminar, na medida do possível, as conseqüências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e

b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral.

2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado:

a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado;

b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral. Acesso no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm), em 20.01.14.

<sup>35</sup> André de Carvalho Ramos, inclusive, questiona a compatibilidade do art. 27 dessa convenção, que prevê uma superioridade normativa desses direitos, com o pilar dos ordenamentos jurídicos estatais, qual seja, o princípio da supremacia da Constituição. Para ele, é necessário compatibilizar o sistema interno e internacional, pois “evitar a ruptura e estimular a convergência em prol da humanidade é uma tarefa que se impõe aos estudiosos da pluralidade das ordens jurídicas” (RAMOS, André de Carvalho. **A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas**. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006).

Infelizmente, dita Convenção não especificou os direitos humanos que entendia imperativos, sendo a matéria especificada pelo costume internacional e pela jurisprudência das Cortes internacionais, em especial a Corte Internacional de Justiça (conforme art. 66 do referido documento). André de Carvalho Ramos<sup>36</sup> lista como conjuntos normativos que deteriam essa relevância reconhecida pelos demais Estados: “1) proibição de uso ilegítimo da força, agressão e da guerra de conquista; 2) autodeterminação dos povos; 3) determinadas normas de direitos humanos, incluindo as que tratam de crimes internacionais, como o genocídio e a tortura”.

A Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas considerou, em diversas ocasiões, que as normas de primeira dimensão seriam impositivas, pois ofenderiam valores essenciais<sup>37</sup>, o que está se reproduzindo em outras Cortes Internacionais, como a Interamericana de Direitos Humanos<sup>38</sup>, reconhecendo o seu caráter de

---

<sup>36</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 133. No Manual para Assuntos Judiciais Oficiais em Operações de Paz das Nações Unidas, consignou-se que “Customary law plays a particularly important role in ensuring the universal applicability of certain international human rights norms which have been recognized as having attained the status of customary law. Such norms include: the prohibition of genocide; the prohibition of enforced disappearance; the prohibition of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment; the prohibition of prolonged arbitrary detention; the prohibition of discrimination; and the prohibition of war crimes, crimes against humanity and gross violations of human rights. States are bound by these norms even in the absence of treaties or even if they are not parties to treaties which incorporate such norms. Furthermore, some customary norms have reached the status of a peremptory norm (*jus cogens*) from which no derogation is ever permitted. It is generally accepted that *jus cogens* crimes include genocide, crimes against humanity, war crimes, piracy, slavery and torture. Derogation is covered in further detail below under International Human Rights Law”. Inteiro teor do manual pode ser obtido no site [http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/cljas/handbook\\_jao.pdf](http://www.un.org/en/peacekeeping/publications/cljas/handbook_jao.pdf). Acesso em 10.02.14.

<sup>37</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138.

<sup>38</sup> Como exemplo do exposto, pode-se observar o Parecer Consultivo nº 18 da Corte Interamericana de Direitos Humanos que consignou que: “La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por “los principios de la moral universal”, a que alude el artículo 17 de la Carta de la OEA, aun en ausencia de disposiciones de derecho positivo inmediatamente vinculantes para quien tiene a su cargo el deber de garantizar el respeto de tales derechos” (p. 19), e continua “En concordancia con ello, este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”. (p. 120). (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. Acesso no sítio <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>, em 21.01.14)

*jus cogens*<sup>39</sup>, classificação que está sendo ampliada diariamente, considerando a indivisibilidade desses direitos.

Internamente, tem-se que, dentre os direitos fundamentais, os que deteriam maior relevância seriam os direitos e garantias individuais, já que, conforme preceitua o art. 60, §4º, inciso IV, é vetado ao Poder Constituinte derivado deliberar sobre proposta de emenda tendente a aboli-los, sendo elevados a classificação de cláusula pétrea.

Apesar do restrito reconhecimento dessa impositividade dos direitos humanos e considerando a interdependência deles e a necessidade de ampliar a proteção aos indivíduos, que independentemente de sua nacionalidade, são sujeitos de direito, como se mencionou, espera-se que, no futuro, todos os direitos protetivos sejam reconhecidos e concretizados, indistintamente, considerando ainda que eles não foram consagrados todos de uma vez, sendo fruto de um processo histórico que se fortalece.

## 2.2 – HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS

De acordo com as lições de Flávia Piovesan<sup>40</sup>, os direitos humanos, por serem fruto de reivindicações morais, só surgem e são consagrados quando devem e podem.

<sup>39</sup>RAMOS. Op. cit. p. 138 e JUBILUT, Liliana Lyra. **Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo:** da coexistência aos valores compartilhados. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant. v. 1. n. 1, 2006. Belo Horizonte: CEDIN, 2006. Nesse artigo, ele menciona que “já na jurisprudência internacional a existência (e relevância) do *jus cogens* é encontrada em vários julgados como parte da argumentação, como por exemplo nos casos: (i) *North Sea Continental Shelf* julgado pela Corte Internacional de Justiça em que se afirma – nos votos dissidentes e em separado - que reservas opostas contra normas imperativas são inadmissíveis, (ii) *Tadić* e *Furundžija* do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, em que se determinou que as normas de *jus cogens* são oponíveis também ao Conselho de Segurança e que possuem efeitos impeditivos (*deterrent effect*) além de representarem os “most fundamentals standards of the international community”, respectivamente (iii) *Michael Dominguez* em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (que embora não seja um tribunal integra o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e é parte do sistema de solução de controvérsias deste; sendo essencial sobretudo nos casos contra Estados que não tenham aceito a competência e jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, por exemplo, os Estados Unidos que são a parte contrária no caso mencionado) reconhece e aplica a noção de *jus cogens*, e (iv) *Al Barakat* na Corte de Primeira Instância e na Corte Européia de Justiça, em que se debate a extensão e o conteúdo do *jus cogens* e se reafirma a submissão do Conselho de Segurança da ONU a estas normas” (p. 212).

<sup>40</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3ª Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37-38.

Seguindo as lições de Hannah Arendt, entende que eles são um construído axiológico, estando ainda em processo de consagração. Norberto Bobbio compartilha dessa teoria, aduzindo que os direitos humanos são direitos históricos, “(...) ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas<sup>41</sup>”.

O histórico dos direitos humanos remonta à história do próprio homem, pois sempre ocorreram lutas por melhores condições de vida, para acabar com a miséria, a exploração, a coisificação dos indivíduos. Comparato<sup>42</sup> aduz que o período axial (compreendido entre os séculos VIII e II A.C.), seria o marco inicial em que os primeiros princípios foram enunciados e estabeleceram as diretrizes fundamentais de como tratar a vida humana. Para ele, nesse período, as explicações mitológicas são abandonadas e substituídas pelos ensinamentos de teóricos, como Buda, Confúcio, Pitágoras, entre outros. Nas palavras do referido autor:

Em suma, é a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes<sup>43</sup>.

Há quem entenda<sup>44</sup> que a evolução histórica dos direitos fundamentais pode ser classificada em três etapas: uma pré-histórica (que dura até o século XVI, e equivale ao mencionado período antigo); uma fase intermediária (que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista, com a afirmação dos direitos naturais); e, por fim, a fase

---

<sup>41</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

<sup>42</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 20-24.

<sup>43</sup>Id Ibid. p. 23-24.

<sup>44</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2008.

da constitucionalização (iniciada em 1776, com as declarações de direitos dos Estados americanos).

Taiar<sup>45</sup>, por outro lado, divide por períodos históricos, entendendo que haveria a consagração dos direitos humanos na Antiguidade, Idade Média, Idade Moderna e na Contemporânea. Como apenas nesses últimos períodos houve o reconhecimento formal desses direitos, focar-se-á nos principais documentos que influenciaram a constitucionalização desses direitos.

O primeiro documento escrito de impacto é a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra, bispos e barões ingleses, em 1215, em plena Idade Média. Este documento, inclusive, é tido como uma dos maiores marcos do constitucionalismo medieval, sendo uma verdadeira declaração de direitos. A Magna Carta serviu de referência para alguns clássicos direitos e liberdades, dentre eles, o *habeas corpus*, o direito de propriedade, o devido processo legal, se tornando uma limitação do poder, uma vez que criou garantias específicas para o caso da violação destes direitos.

Apesar desta grande inovação, deve-se salientar que esta Carta não se preocupava com os direitos humanos no geral, mas apenas com os dos ingleses, mas especificamente, os nobres ingleses com privilégios feudais, visto que decorrente do *law of the land*, deixando, a princípio, os demais membros da população sem acesso aos direitos consagrados neste pacto. Nesse sentido, afirma Dalmo de Abreu Dallari<sup>46</sup> que a maioria da doutrina o entende como antecedente mais remoto das declarações de direitos, mesmo que não se possa afirmar o caráter universal, sendo marcante pela restrição ao poder absoluto da monarquia.

---

<sup>45</sup>TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010.

<sup>46</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 174. Para ele, “o documento que a maioria dos autores considera o antecedente direto mais remoto, das declarações de direitos, é a Constituição da Inglaterra de 1215. Na realidade não se pode dizer que as normas da Constituição constituam uma afirmação de caráter universal de direitos inerentes à pessoa e oponíveis a qualquer governo. O que se consagrou, de fato, foram os direitos dos barões e prelados ingleses, restringindo o poder absoluto do monarca”.

Este documento, entretanto, como dito, inovou especialmente na defesa da liberdade, exigindo o exame de um juiz (no caso, um governo provisório) quando da prisão do homem livre (protegendo contra a prisão arbitrária), assegurando a liberdade de ir e vir, liberdade de culto e religião, entre outros.

A Reforma Protestante, a seguir, juntamente com as guerras religiosas, foi responsável pelo maior reconhecimento da liberdade de opção de religião e culto, bem como pela consolidação dos modernos Estados nacionais. Por ter ainda auxiliado o absolutismo monárquico, fíndou por ser condição para as revoluções burguesas que se seguiram (século XVIII), conduzindo a uma efetiva laicização da doutrina do direito natural e elaboração do individualismo liberal burguês. Ressalte-se, contudo, que apesar desta gama de direitos recém-criados, eles não tinham as características da universalidade e irrenunciabilidade, pois, além de não se aplicarem a todos os cidadãos, ainda poderiam ser revogados a qualquer tempo pelo monarca.

No século XVII, por sua vez, surgiram as declarações de direitos inglesas, como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689. Todos estes foram reivindicados pelo Parlamento e confirmados pelos monarcas. O primeiro, particularmente, reclamava o respeito ao princípio do consentimento na tributação, bem como pelo julgamento justo para a privação da liberdade ou da propriedade, pelo fim das prisões arbitrárias, entre outros.

O *Habeas Corpus Act*, apesar de não inovar, já que esse remédio já existia na Inglaterra, tendo sido previsto antes mesmo da Magna Carta, surgiu para corrigir a deficiência no regramento processual da matéria, e confirmar que “são as garantias processuais que criam os direitos e não o contrário<sup>47</sup>”. O último documento, por fim, se preocupava predominantemente com a independência do Parlamento, sendo parte decisiva para a criação da teoria da separação dos poderes e o fim da monarquia absoluta.

---

<sup>47</sup>COMPARATO. Op. cit. p. 100.



Todas essas declarações, ressalte-se, reconheciam os direitos e liberdades aos cidadãos ingleses como frutos do direito costumeiro, e ainda poderiam servir para a limitação do poder estatal e afirmação do poder legislativo. Ilustrativamente, dentre as contribuições instituídas por estes documentos, têm-se a criação do princípio da legalidade penal, a proibição das detenções arbitrárias, o direito de petição, uma certa liberdade de expressão, e o regramento para a impetração do *habeas corpus* como garantia processual. Vale frisar que a maior contribuição, contudo, dessas declarações é que, pela primeira vez, se tem o surgimento de determinados direitos com caráter universal, valendo para a totalidade dos cidadãos ingleses.

Apesar do avanço ao estabelecer direitos escritos que limitavam o poder monárquico, eles não chegavam a vincular o Poder Parlamentar. Assim, de fundamental importância a previsão deles em uma Constituição. Sarlet<sup>48</sup>, inclusive, entrelaça a história dos direitos humanos com o surgimento do Estado constitucional moderno, pois a sua essência e natureza encontra-se justamente na proteção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Para ele, a problemática dos direitos humanos só ganha relevo após o reconhecimento e a consagração desses pelas primeiras Constituições.

A Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, nesse sentido, é tida como a responsável pela transição dos direitos e liberdades ingleses para os direitos constitucionais fundamentais. Referida Declaração reconheceu todos os direitos e garantias dos documentos que lhe antecederam, mas conferiu-lhes universalidade e supremacia contra todos os poderes estatais. “Na verdade, a ideia de uma declaração à humanidade está intimamente ligada ao princípio da nova legitimidade política: a soberania popular<sup>49</sup>”.

Referidos direitos ganharam até mesmo a justiciabilidade pela Suprema Corte, mas os direitos só obtiveram supremacia normativa em 1791, quando foram incorporados à

---

<sup>48</sup>SARLET. Op. Cit.

<sup>49</sup>COMPARATO. Op. cit. p. 118.

Constituição e afirmados na prática por essa Corte<sup>50</sup>. Neste contexto histórico, surgiram, nos Estados Unidos da América, as noções de princípio democrático e da separação dos poderes, ideais implantadas na França por Rousseau e Montesquieu, marcante na Declaração francesa de 1789.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 destaca-se pela limitação ao poder estatal, já que proclama alguns dos direitos já consagrados por sua antecessora, mas agrega outros, em especial a possibilidade de se insurgir contra eventuais abusos de poder<sup>51</sup>. Essa restrição foi ainda consagrada na Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, a qual instituiu a separação dos poderes e impôs diversos direitos, em sua maioria direitos de liberdade, como a religiosa, inviolabilidade de domicílio, entre outros.

A Revolução Francesa de 1789, por outro lado, tinha interesse de romper com o antigo regime. Para tanto, ela “aboluiu a servidão e os direitos feudais e proclamou os princípios universais de liberdade, igualdade e fraternidade”<sup>52</sup>. Essa Revolução foi responsável por criar um dos documentos mais elementares do direito internacional dos direitos humanos, qual seja, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Referida declaração foi fruto da revolução que colocou a burguesia no poder. Devido a este cenário político, já era generalizada a reivindicação de que os direitos humanos deveriam ser reconhecidos. O objetivo imediato deste documento era informar os cidadãos de seus direitos mais fundamentais, de forma que eles pudessem exercitá-los (especialmente, nesta fase, contra os atos do Governo, tanto que se diz que essas declarações deram origem à primeira dimensão/geração de direitos). Com a inspiração da doutrina jusnaturalista e iluminista francesa, a influência dos documentos americanos citados, foi estabelecida esta

---

<sup>50</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 43.

<sup>51</sup>TAIAR. Op. Cit. p. 175.

<sup>52</sup>TAIAR. Op. Cit. p. 177.

declaração, a qual serviu de preâmbulo para as Constituições posteriores, e contendo um grande conteúdo democrático e social.

A grande diferença desta para a americana é que ela tinha uma aspiração abstrata e universal, contrastando com o pragmatismo da declaração anterior (“enquanto os americanos tinham apenas direitos fundamentais, a França legou ao mundo os direitos humanos<sup>53</sup>”), preocupando-se a última fundamentalmente com o social e com a igualdade. A maior contribuição, entretanto, deste documento foi o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX, provocando o processo de constitucionalização que hoje se conhece.

Bobbio<sup>54</sup> esclarece que essas declarações de direitos, de modo amplo, foram responsáveis por, pouco a pouco, acabar com a imagem que as constituições eram concessões do monarca, detentor do poder. Para ele, atualmente “o próprio conceito de democracia é inseparável do conceito de direitos do homem”.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ademais, é tida como o marco inicial do processo de reconhecimento formal dos direitos humanos pelas Constituições, e a sua universalização em sequência. Todas as declarações que se seguiram tinham os mesmos princípios fundamentais, o que só foi efetivamente revisto após a Segunda Guerra Mundial, quando se constatou a necessidade de rever os valores e declarar novos direitos.

Nesse contexto, em 1945, foi aprovada a Carta das Nações Unidas, cujo principal objetivo era a defesa da paz. “Como a experiência já havia deixado claro que não pode existir paz onde não houver justiça social, nasce a ideia de uma declaração de direitos que fixasse as diretrizes para a reorganização dos Estados<sup>55</sup>”.

---

<sup>53</sup>KRIELE *apud* SARLET. Op. cit. p. 52.

<sup>54</sup>BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 114.

<sup>55</sup>TAIAR. Op. Cit. p. 186.

Assim, surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual é tida como o documento mais importante na história dos direitos humanos e que reconheceu a democracia como o regime adequado para a defesa desses direitos, além de propagar a dignidade humana como algo inerente aos indivíduos, o que impõe direitos iguais e inalienáveis para que se concretize os ideais de liberdade, justiça e paz. Por isso, se observa que

O exame dos artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos revela que ela consagrou três objetivos fundamentais: a “certeza” dos direitos, exigindo que haja uma fixação “prévia” e “clara” dos direitos e deveres, para que os indivíduos possam gozar dos direitos ou sofrer imposições; a “segurança” dos direitos, impondo uma série de normas tendentes a garantir que, “em qualquer circunstância”, os direitos fundamentais sejam respeitados; a “possibilidade” dos direitos, exigindo que se procure assegurar a todos os indivíduos os meios necessários à fruição dos direitos, não se permanecendo no formalismo cínico e mentiroso da afirmação da igualdade de direitos onde grande parte do povo vive em condições sub-humanas. O grande problema, ainda não resolvido, é a consecução de eficácia das normas de declaração de direitos<sup>56</sup>.

Diversos outros documentos foram complementando os preceitos da Declaração Universal, merecendo destaque os dois Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), os quais, formam com aquela a Carta Internacional dos Direitos Humanos<sup>57</sup>. Esses pactos são responsáveis por consolidar os direitos positivados, aumentando a proteção conferida ao criarem medidas que permitem a implementação das mencionadas garantias.

Há quem acrescente ainda, nessa retrospectiva, a importância da Convenção de Viena e do Estatuto de Roma<sup>58</sup>, mas o que é essencial é a verificação de que a dignidade humana foi elevada, pelos diversos documentos, a valor universal, merecendo o devido respeito, devendo servir como base para qualquer interpretação que envolva os direitos humanos.

---

<sup>56</sup>DALLARI. Op. Cit. p. 179

<sup>57</sup>TAIAR. Op. Cit. p. 196.

<sup>58</sup>Id Ibid. p. 199-202.

### 2.3 – AS DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Pelo exposto, percebe-se que os direitos humanos não surgiram de uma única vez. Na verdade, com as mudanças sociais, foram aparecendo novas necessidades e, com isto, necessitou-se criar formas de garantir que essas fossem protegidas. Primeiramente, foram positivados na órbita internacional através das Declarações, como as retratadas acima, e, na medida em que iam sendo ratificados, ou mesmo incorporados pelas Constituições, foram sendo determinadas as suas dimensões (nomenclatura mais aceita pela doutrina atual<sup>59</sup>). Hodiernamente, fala-se em até cinco dimensões ou gerações<sup>60</sup>, o que, de forma alguma é unânime.

Os direitos de primeira dimensão são frutos do pensamento liberal do século XVIII, com um traço nitidamente individualista. Tiveram como documentos que os deram base, especialmente, a Magna Carta, já referida, a Paz de Westfália, de 1648, o *Habeas Corpus Act*, o *Bill of Rights*, a Declaração Americana (1776) e a Francesa (1789), todos já comentados.

Eles surgiram como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa ou de resistência, e, por isto, costuma-se afirmar que ele detém um caráter negativo, por implicarem em uma obrigação de abstenção estatal, limites ao seu poder de atuação. Eles representam, principalmente, o rol de direitos, que procura assegurar a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade (até este ponto, uma igualdade unicamente formal), como visto na retrospectiva.

Estão incluídos nesta categoria os chamados direitos individuais e políticos (ex. proteção contra a privação arbitrária da liberdade, inviolabilidade do domicílio, liberdade de

---

<sup>59</sup>Para melhor compreender a opção pela nomenclatura, sugere-se a leitura de SARLET, Op. cit. p. 52-54.

<sup>60</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

associação e de reunião, etc), os quais são os primeiros a constarem no documento constitucional.

Modernamente, dentro dessa categoria, foram incluídos novos direitos, como a garantia contra a manipulação genética, o direito à mudança de sexo, o direito de morrer com dignidade, entre outros, que parte da doutrina não sabe ao certo onde os incluir (os identificando, segundo alguns estudiosos, com os de terceira ou quarta geração). Sarlet<sup>61</sup>, entretanto, entende que estes são desmembramentos, novas facetas provenientes do princípio da dignidade humana, e que, portanto, fazem parte da primeira dimensão de direitos, o que demonstra que essas normas estão em constante atualização para se adequar às novas necessidades dos indivíduos.

Os de segunda geração, por outro lado, são provenientes do segundo momento do capitalismo (aprofundamento das relações entre capital e trabalho), e foram inspirados principalmente pela Revolução Industrial europeia, no século XIX, uma vez que essa acarretou diversos movimentos que visavam melhorar as condições sociais e econômicas da população, procurando dar um fim às péssimas condições trabalhistas. Dentre os movimentos sociais, pode-se citar o cartista e a Comuna de Paris (1848).

Já no século XX, com a Primeira Guerra, aumentou-se o clamor pela fixação destes direitos, facilmente visualizável na Constituição de Weimar (1919) e no Tratado de Versalhes (OIT), no mesmo ano; mas, é certo que apenas nas Constituições do segundo pós-guerra que estes novos direitos foram consagrados por um número mais significativo de países em suas Constituições (além de terem sido objeto de inúmeros pactos internacionais).

Essas reivindicações tinham como finalidade atribuir ao Estado um comportamento ativo, diferentemente dos direitos da dimensão anterior, tentando melhorar a

---

<sup>61</sup>SARLET. Op. cit. p. 58. Em suas palavras, “na sua essência e pela sua estrutura jurídica de direitos de cunho excludente e negativo, atuando como direitos de caráter preponderantemente defensivo, poderiam enquadrar-se, na verdade, na categoria dos direitos de primeira dimensão, evidenciando assim a permanente atualidade dos direitos de liberdade, ainda que com nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”.

participação social e as condições de vida da população. Eles podem ser considerados como uma complementação do princípio da justiça social, pois vieram em resposta às reivindicações das classes mais exploradas, tentando minimizar as desigualdades existentes, especialmente entre empregados e empregadores<sup>62</sup>.

Esta dimensão, portanto, corresponde aos direitos sociais, os quais têm caráter também econômico e cultural. Eles “visam oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais<sup>63</sup>”, bem como pretendem propiciar a melhoria das condições de vida e de trabalho da população. Abrangem, portanto, pretensões positivas, não mais proteções contra o Estado, mas direitos exigíveis do próprio, uma obrigação de fazer do Estado em benefício dos “menos favorecidos”. Esses direitos representam o princípio da igualdade material.

Os de terceira dimensão, conhecidos como coletivos ou difusos, surgiram com a sociedade de massas pelos processos de urbanização e industrialização (com o apoio ainda do desenvolvimento tecnológico e científico). São frutos, portanto, das profundas alterações da sociedade e da comunidade internacional e correspondem ao valor “fraternidade”.

Foram tutelados apenas recentemente, mas ainda demandam uma proteção jurídica mais efetiva, visto que seu traço distintivo é a titularidade coletiva (se desliga da noção meramente individualista de homem titular do direito, para garantir os direitos da comunidade como tal), e, por vezes, esta titularidade é indeterminada e até indefinível, mas que, por esta mesma razão, exigem uma participação intensa e ativa do cidadão, bem como a criação de novas técnicas para protegê-los e garanti-los. São exemplos desses, o direito ao desenvolvimento, os direitos do consumidor, o ambiental, etc.

---

<sup>62</sup>SARLET. Id Ibid. p. 56. Ele afirma que “(...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicação das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico”.

<sup>63</sup>TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 370.

Paulo Bonavides<sup>64</sup> e Norberto Bobbio<sup>65</sup> defendem a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais, criada, segundo o primeiro, pelo processo de globalização econômica e política, mas, que, para o segundo, seria fruto dos avanços da engenharia genética. A doutrina mais especializada e atual<sup>66</sup> parece dar a razão ao professor cearense, pois, a manipulação genética, como visto, seria uma nova roupagem de antigos direitos.

Os direitos desta geração, por motivos óbvios, ainda não foram formalmente reconhecidos pelo direito interno e externo, ressaltando-se poucas e isoladas iniciativas. Nesta categoria estariam incluídos os direitos à democracia, ao pluralismo e à informação.

Paulo Bonavides<sup>67</sup> conclui ainda que existiria uma quinta dimensão de direitos, formada basicamente pelo direito à paz. Para ele, esse direito não pode ser confinado nos direitos de terceira dimensão aonde tente a ser esquecido. Aduz ainda que:

A lição conclusiva destas reflexões resume-se, desse modo, em fazer da paz axioma da democracia, designadamente a democracia participativa, com seus instrumentos, com sua teoria, com seus valores de igualdade e justiça social, já inscritos por direito positivo pelos legisladores constituintes que promulgaram no Brasil, em 1988, a Carta republicana em vigor.

Fundamentando, enfim, a nova figura introduzida no rol dos direitos humanos, inspirada de dois filósofos da liberdade, dantes referidos, podemos asseverar que a guerra é crime e a paz é um direito.

Sem a memória e a percepção dessa verdade gravadas na consciência dos povos e na razão dos governantes nunca se concretizará a mais solene, a mais importante, a mais inderrogável cláusula do contrato social: o *direito à paz como supremo direito da Humanidade*<sup>68</sup>.

Tendo sido feitas todas estas considerações, é necessário salientar que esta divisão em dimensões, quando leva em conta o momento da aplicação (imediate ou progressiva) e quanto à obrigação estatal (positiva ou negativa), de acordo com o professor Cançado Trindade<sup>69</sup>, precisa ser superada, devido à interdependência e indivisibilidade desses direitos (existindo uma unidade fundamental de concepção), devendo haver, entre os direitos

<sup>64</sup>BONAVIDES. Op. cit. p. 570-572.

<sup>65</sup>BOBBIO. Op. cit. p. 6.

<sup>66</sup>SARLET. Op. cit. p. 58

<sup>67</sup>BONAVIDES. Op. cit. p. 579-593.

<sup>68</sup>Id Ibid. p. 593.

<sup>69</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 38- 41.



fundamentais, apenas complementaridade e não qualquer espécie de antinomia ou hierarquia. Para ele<sup>70</sup>, sem os direitos econômicos, sociais e culturais, pouco sentido teria poder exercitar os direitos civis e políticos e entre eles, muitas vezes, ainda há afinidades, inclusive quanto aos meios de proteção.

O Manual de Direitos Humanos para a Administração da Justiça<sup>71</sup>, ao analisar os dois Pactos Internacionais, tanto o dos direitos civis e políticos quanto o dos direitos econômicos, sociais e culturais, também concluiu que os redatores dos Pactos entendem que os direitos não podem ser interpretados isoladamente, mas, sempre considerando a sua dependência recíproca, pois, caso contrário, não se protegerá a totalidade de seus enunciados. Mesmo não constando os termos indivisibilidade e interdependência na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o certo é que uma interpretação sistemática e teleológica leva à conclusão de esses direitos teriam igual peso.

Deve-se salientar, contudo, que alguns destes direitos valem para todos os seres humanos, sem precisar de qualquer distinção (segundo Norberto Bobbio<sup>72</sup>, não sendo limitados nem mesmo em situações excepcionais, como é caso do direito de não ser escravizado e o de não sofrer tortura), constituindo, segundo Cançado Trindade, o “núcleo comum de direitos fundamentais inderrogáveis”<sup>73</sup>.

Há, porém, aqueles direitos (e, nesta categoria, estão praticamente todos os direitos retro mencionados) que, em determinadas situações findam por concorrer com outros,

---

<sup>70</sup>Id Ibid. p. 40. Ele aduz que “Sem os direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis teriam pouco sentido para a maioria das pessoas, e determinados direitos de caráter econômico e social revelam afinidades com as liberdades civis, e, exigíveis, *per se*, adaptavam-se aos mesmos mecanismos de proteção dos direitos civis e políticos (a exemplo, e. g., do direito de associação e liberdade sindical, e do direito à educação)”.

<sup>71</sup>Acesso no sítio <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/manual-de-direitos-humanos>, em 25.01.14. Referido manual assim estatui: “Os redatores de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, afirmam que os direitos econômicos, sociais e culturais, de um lado, e os direitos civis e políticos, de outro, não devem ser interpretados isoladamente, mas sim como interdependentes, garantindo assim que todos os direitos sejam respeitados em sua totalidade. (...) Embora os termos “interdependência e indivisibilidade” dos direitos humanos não constem expressamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a redação, a estrutura e o espírito da Declaração como um todo confirmam que os redatores desejavam dar igual peso a essas duas categorias de direitos”.

<sup>72</sup>BOBBIO. Op. cit. p. 20.

<sup>73</sup>TRINDADE. Op. cit. p. 42.

devendo, pela interdependência e unidade deles, ser feita uma interpretação que mantenha, ao menos minimamente, os valores em conflito, mas complementando o sentido do que irá prevalecer. Portanto, passa-se agora a verificar os princípios interpretativos dos direitos humanos.

#### 2.4 – PRINCÍPIOS INTERPRETATIVOS DOS DIREITOS HUMANOS NO CASO DE ESTRANGEIROS

O sistema formado por regras e princípios permite a ocorrência de tensões entre seus fundamentos. Assim, conclui-se que essa estrutura das normas de direitos humanos demanda o estudo da concretização judicial, o qual é feito, em regra, por instrumentos fornecidos pela hermenêutica (princípio da ponderação e da proporcionalidade, por exemplo), auxiliando o intérprete em casos de concorrência desses direitos. Passa-se, então, a analisar essa questão.

O primeiro e mais importante dentre esses princípios, já que é o grande fundamento de qualquer ordem jurídica democrática, o centro e o fim do próprio direito, é o da dignidade da pessoa humana. Ela é o ápice do sistema jurídico, o princípio matriz de qualquer Constituição, pois lhe dá unidade de sentido, condiciona a interpretação das demais normas, e juntamente com os demais direitos e garantias, que nada mais são do que desmembramentos dela, incorpora, na ordem jurídica, as exigências da justiça e dos valores éticos, dando o necessário suporte axiológico a todo o sistema<sup>74</sup>.

Considerando essa importância, Daniel Sarmento sustenta que “o Estado tem não apenas o dever de se abster de praticar atos que atentem contra a dignidade humana, como

---

<sup>74</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 54/55.

também o de promover esta dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território<sup>75</sup>”.

A ideia de uma concepção idêntica acerca da dignidade que seria atribuída a todo ser humano, pelo simples fato de pertencer a essa espécie, foi concebida inicialmente pelo cristianismo, se desenvolvendo pela filosofia, especialmente entre os teóricos modernos, como Hobbes, Locke e Kant<sup>76</sup>.

Esse último, ressaltou-se, entendia que, no mundo social, existiria duas categorias de valores, quais sejam, o preço, valor exterior e que se manifesta nos interesses particulares, comum nas coisas; e a dignidade, valor interior, fruto da moral, e que seria de interesse geral, sendo encontrado nas pessoas. O valor moral, diferentemente da mercadoria, não pode ser substituído por outro equivalente, de modo que se defende a exigência de nunca transformar o homem em um meio para se atingir um determinado fim.

Nesse mesmo sentido, Ingo Sarlet<sup>77</sup> identifica a dignidade humana como a qualidade intrínseca e distintiva da pessoa, que a faz merecedora do mesmo respeito e proteção do Estado e de toda a comunidade, o que impõe a existência de direitos e deveres fundamentais que impossibilitem o tratamento degradante e desumano, mas assegurem a existência de condições mínimas para uma vida saudável, promovendo e propiciando condições de participação ativa nos destinos da sua vida pessoal e social.

Pelo exposto, percebe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, com conteúdo impreciso<sup>78</sup>, merecendo destaque a lição produzida por Jorge Novais<sup>79</sup>, para quem ela é “circunstancial e temporalmente determinada”, pois é o indivíduo,

---

<sup>75</sup>SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 71/72.

<sup>76</sup>KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad.: Leonardo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

<sup>77</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60.

integrado em sociedade, que irá verificar suas necessidades básicas, as quais são dever do Estado e de seus concidadãos atender.

Para melhor compreender esse conceito, sugere Maria Celina Bodin de Moraes<sup>80</sup> que essa dignidade, como substrato material, teria quatro postulados, quais sejam, o sujeito deve reconhecer a existência dos demais sujeitos como iguais a si; portanto, merecedores do mesmo respeito e proteção de sua integridade psicofísica; com a verificação de que todos são dotados de vontade livre, podendo se autodeterminar; e, por fim, por ser parte de um grupo social, possuem a garantia de não serem marginalizados.

Para Jorge Miranda<sup>81</sup>, a dignidade da pessoa humana, mesmo se reportando a todas as pessoas, é sempre de uma pessoa individual e concreta; surge desde a concepção; é da pessoa enquanto ser da espécie humana, se referindo a homens e mulheres; que mesmo vivendo em relação comunitária, deve ser reconhecida a dignidade de cada pessoa pelos demais membros do grupo; ela é da pessoa e não do grupo comunitário ou da situação em que vive; o primado é do ser, prevalecendo a liberdade sobre a propriedade; ela justifica a busca pela qualidade de vida; a proteção deve se dar não apenas internamente, mas universalmente; pressupõe, por fim, a autonomia vital da pessoa.

Buscando o exato conteúdo normativo desse princípio, Samir José Caetano Martins<sup>82</sup>, com base nas lições de Ingo Sarlet, expõe que “a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que ‘atrai o conteúdo de todos os

---

<sup>78</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 61. Segundo justifica, “a dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos”.

<sup>79</sup>Id Ibid. p. 53.

<sup>80</sup>MORAES. Op. cit. P. 119.

<sup>81</sup>MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 183-184.

<sup>82</sup>MARTINS, Samir José Caetano. **Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas**: em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. In Revista Forense. Vol. 393. Set-out. de 2007. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007. p. 182.

direitos fundamentais’, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais, de todas as dimensões”, exigindo o reconhecimento da personalidade jurídica de todos os indivíduos e promovendo uma gama de direitos, como vida, liberdade pessoal, igualdade, integridade, entre outros, tomados tanto em sua dimensão defensiva, quanto na prestacional.

Heinrich Scholler<sup>83</sup>, de forma semelhante, sugere que a dignidade da pessoa só estará resguardada “quando for possível uma existência que permita a plena fruição dos direitos fundamentais, de modo especial, quando seja possível o pleno desenvolvimento da personalidade”.

Deve-se resguardar o valor da pessoa humana e o incondicional respeito a sua dignidade, através dos direitos fundamentais já consagrados e reconhecidos pelo Estado, que impossibilitam que o homem seja tratado como coisa e permitem, caso efetivados, a busca por condições materiais que permitam sua subsistência, buscando sempre adequar ditas prerrogativas às necessidades básicas dos seres humanos, as quais são renovadas constantemente, permitindo-os usufruir de uma vida agradável, integrada e em que a todos recebem igual tratamento do Estado e dos demais cidadãos.

Por todo o exposto, mesmo sendo difícil compreender o seu conteúdo inerente, Ricardo Maurício Freire Soares<sup>84</sup> afirma que a delimitação linguística aponta para a necessidade de observância de alguns elementos, tais como, a preservação da igualdade, impossibilidade de degradação ou coisificação da pessoa e “garantia de um patamar material para a subsistência do ser humano”.

---

<sup>83</sup> *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org: Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 22.

<sup>84</sup> SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008. p. 83.

Assevera ainda que a dignidade tem uma função exegética orientando “a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a ideia de existência digna no caso concreto<sup>85</sup>”.

O primeiro elemento de observância obrigatória por todos os membros da sociedade política, fruto da dignidade, é o princípio da igualdade. Segundo Yara Gurgel<sup>86</sup>, esse tratamento igualitário é fruto de uma batalha história, o grito dos excluídos por sua inserção social, tendo o Mundo Antigo legado as seguintes proposições atemporais para que a igualdade seja consagrada: todos devem ser tidos como naturalmente iguais; essa igualdade tem que ser vista como essencial à justiça e a base da democracia; pressupõe uma comparação, em que se obriga a tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais; ela não é necessariamente aritmética, podendo ser geométrica; contém um componente de adequação às situações e aos fins; e implica a participação das oportunidades.

Essa concepção se fortaleceu ao longo dos anos e hoje se diz que esse tratamento igualitário “continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos<sup>87</sup>”. Representa, então, a obrigação imposta aos poderes públicos estatais de observar, tanto na elaboração das suas normas, quanto na execução delas, essa qualidade inerente aos seres humanos, reconhecendo as prerrogativas atribuídas pelo ordenamento jurídico a todos indistintamente, ou seja, tanto aos nacionais, como também aos estrangeiros.

Essa igualdade, em nome da justiça distributiva, permite que sejam compensadas situações de desigualdade fática, gerando uma igualdade material. Isso significa

---

<sup>85</sup> Id Ibid. p. 87.

<sup>86</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. 1ª. ed. São Paulo: LTR, 2010.

<sup>87</sup> NOVAIS. Op. cit. p. 103.

“tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade<sup>88</sup>”, ou, nas palavras de Jorge Reis Novais:

Uma concepção constitucional de igualdade material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da sua observância em que o julgador é invariavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de desigualdade de tratamento, a distinção ou discriminação levada a cabo pelo legislador e, em caso de igualdade, a equiparação ou indiferenciação produzida<sup>89</sup>.

Apesar de possuir essa vertente positiva de corrigir eventuais desigualdades existentes, há uma dimensão normativa negativa no princípio da igualdade, qual seja, a proibição de discriminações. Para Wilson Steinmetz, “discriminação denota sempre distinção, exclusão, restrição ou preferência apoiada em um preconceito sobre características ou traços definidores – e por isso essenciais – de pessoas ou de categorias de pessoas<sup>90</sup>”.

Isso se deve, segundo Flávia Piovesan, ao interesse em “prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural ou civil ou em qualquer outro campo<sup>91</sup>”. Assim, esse princípio visa impedir a marginalização de pessoas ou grupos, especialmente os mais vulneráveis, como os estrangeiros.

Para a real aplicação do princípio da igualdade, deve-se evitar a discriminação dos grupos vulneráveis, para, em seguida, procurar proporcioná-los igualdade de condições materiais para seu desenvolvimento. Vale frisar que, ao longo da história, a não observância desse princípio gerou as mais diversas violações de direitos humanos, as quais se baseavam em uma dificuldade em aceitar a diversidade, entendendo a outra pessoa como ser inferior, descartável, o que motivou a se falar em direito à diferença.

---

<sup>88</sup> MORAES. Op. cit. p. 120.

<sup>89</sup> NOVAIS. Op. cit. p. 111.

<sup>90</sup> STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004. p. 244-245.

<sup>91</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 207.

São três, portanto, as vertentes de uma concepção de igualdade: a igualdade formal, a igualdade material relacionada à noção de justiça social e distributiva e a igualdade material associada ao reconhecimento da identidade de cada um<sup>92</sup>. “A garantia da igualdade, da diferença e do reconhecimento de identidades é condição e pressuposto para o direito à autodeterminação, bem como para o direito ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas<sup>93</sup>”, concretizando o conceito de dignidade.

A dignidade, ademais, além da igualdade, tem como elemento central a liberdade, especialmente quanto a assegurar uma certa autonomia ao indivíduo. Dentre essas liberdades asseguradas, a de locomoção ou direito de ir e vir, é uma figura central, atuando como cláusula geral, especialmente quando demanda interpretações em casos de imposição estatal da saída compulsória do estrangeiro. Ela também possui uma dimensão negativa (direito de defesa, permitindo a livre circulação de pessoas no território nacional) e uma positiva (direito de prestação, qual seja garantir condições materiais para que a pessoa possa permanecer no território, fixar residência, sair, retornar ou ingressar no território nacional – englobando as regras para a emigração e imigração).

Após a Segunda Guerra Mundial, essa liberdade passou a ser consagrada no plano internacional, e paulatinamente absorvida pelos ordenamentos pátrios. Ela pode ser encontrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>94</sup>, na Convenção Interamericana sobre a condição dos estrangeiros de 1928<sup>95</sup>, Convenção Relativa ao Estatuto

---

<sup>92</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 62.

<sup>93</sup> Id Ibid. p. 63.

<sup>94</sup> Artigo XIII - 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

<sup>95</sup> Art. 1º - Os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros aos seus territórios.



dos refugiados de 1951<sup>96</sup>, Pacto dos Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>97</sup>, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969<sup>98</sup>, entre outros.

No Brasil, a Constituição Federal consagrou essa liberdade em seu artigo 5<sup>o</sup><sup>99</sup>. Contudo, deve-se ressaltar que não é um direito absoluto, podendo sofrer limitações, como ocorre no estado de sítio. A titularidade dessa liberdade é de todos os brasileiros, sejam natos ou naturalizados, e também dos estrangeiros.

Além desses três princípios nucleares (dignidade, igualdade e liberdade), a jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos<sup>100</sup> foi responsável por elaborar outras normas exegéticas, dentre as quais, a mais importante é o da interpretação *pro homine*. Esse impõe que toda interpretação seja realizada em favor da maior proteção ao ser humano. Assim, se diz que “toda obrigação internacional de respeito aos direitos humanos não pode ser

---

<sup>96</sup> Os Estados Contratantes concederão aos refugiados que se encontrem regularmente nos seus territórios o direito de neles escolherem o lugar de residência e circularem livremente, com as reservas instituídas pela regulamentação aplicável aos estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias.

<sup>97</sup> Toda a pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá direito de nele circular e aí residir livremente; Toda a pessoa terá direito de sair livremente de qualquer país, inclusivamente do próprio; Os direitos anteriormente mencionados não poderão ser objecto de restrições, salvo quando estas estejam previstas na lei e sejam necessárias para proteger a segurança nacional, a ordem pública, a saúde ou a moral públicas, bem como os direitos e liberdades de terceiros, que sejam compatíveis com os restantes direitos reconhecidos no presente Pacto. Ninguém pode ser arbitrariamente privado do direito de entrar no seu próprio país

<sup>98</sup> Artigo 22 - Direito de circulação e de residência: 1. Toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado tem o direito de nele livremente circular e de nele residir, em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país. 3. O exercício dos direitos supracitados não pode ser restringido, senão em virtude de lei, na medida indispensável, em uma sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas. 4. O exercício dos direitos reconhecidos no inciso 1 pode também ser restringido pela lei, em zonas determinadas, por motivo de interesse público. 5. Ninguém pode ser expulso do território do Estado do qual for nacional e nem ser privado do direito de nele entrar. 6. O estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei. 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos, de acordo com a legislação de cada Estado e com as Convenções internacionais. 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas. 9. É proibida a expulsão coletiva de estrangeiros.

<sup>99</sup> 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: XV - é livre a locomoção no território nacional **em tempo de paz**, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

<sup>100</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

interpretada restritivamente em prol dos Estados, mas sim em prol do destinatário da proteção internacional de direitos humanos, ou seja, o indivíduo<sup>101</sup>”.

Desse princípio, ainda se presume, segundo as Cortes regionais de Direitos Humanos, as diretrizes que determinam que se faça uma interpretação sistemática do arcabouço jurídico que trata desses direitos, já que, através dela, pode-se observar direitos inerentes ainda não positivados em convenção ou tratado; que qualquer limitação de direitos prevista em documentos internacionais deve ser interpretada restritivamente; e que em caso de lacunas ou omissões, deve-se, analogicamente, procurar a interpretação que privilegie o ser humano<sup>102</sup>.

Outra norma consignada é a do princípio da máxima efetividade, a qual impõe que as normas de direitos humanos não podem ser vistas como meramente programáticas, de forma que a interpretação deve sempre tentar aumentar a proteção, através da garantia da aplicabilidade plena desses direitos.

O princípio da interpretação autônoma determina que a interpretação de um tratado de direitos humanos e do emprego de determinados termos, por exemplo, podem ter sentidos diferentes dos utilizados internamente, já que a exegese é desvinculada. Para evitar conflitos interpretativos, o país, ao ratificar um tratado e reconhecer a jurisdição de um órgão internacional a quem cumpre interpretá-los, deve sempre se remeter à jurisprudência desse<sup>103</sup>. Considerando o desrespeito a essa orientação, a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou que “o significado do vocábulo lei deve ser buscado como terminologia incluía em

---

<sup>101</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 82.

<sup>102</sup> Como se observa no caso Golder, a Corte Europeia de Direitos Humanos assim se manifestou “Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1). This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 (art. 6-1) read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8), and to general principles of law”.

<sup>103</sup> RAMOS, André de Carvalho. **A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas**. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006.

um tratado internacional. Não se trata, em consequência, de determinar o sentido do substantivo leis empregado pelo direito interno de um Estado Parte<sup>104</sup>”.

A jurisprudência<sup>105</sup> ainda estatuiu que se deve observar a evolução do sistema de proteção quando se buscar o significado de certos termos empregado em textos jurídicos internacionais. Assim, se impõe que “o instrumento internacional de direitos humanos deve ser interpretado de acordo com o sistema jurídico do momento de sua aplicação”<sup>106</sup>.

Ademais, considerando a grande produção normativa no tema, a qual aumenta a possibilidade de conflitos aparentes de normas, deve-se aplicar o princípio da primazia da mais favorável. Cançado Trindade<sup>107</sup> informa que, como as regras visam a proteção do ser humano, em caso de conflito entre o direito internacional e o direito interno, deve prevalecer a que melhor cumpra o seu papel, pois “a primazia é da pessoa humana<sup>108</sup>”.

Deve-se ressaltar, contudo, que em caso de dificuldade em interpretar um único documento jurídico internacional, a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969<sup>109</sup> deve ser tida como o principal norte exegético. Em seus artigos 31 e 32, referida convenção traz as regras gerais para tanto, determinado, principalmente que as normas devem ser interpretadas de boa-fé, observando o sentido dos termos, o contexto do tratado (que engloba preâmbulos, anexos e quaisquer acordos ou instrumentos a que remetam), e o seu objetivo e finalidade<sup>110</sup>.

<sup>104</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Parecer Consultivo nº 06 de 1986. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/opiniones-consultivas>, em 26.01.14. Tradução livre.

<sup>105</sup>CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, por exemplo, já consignou que “enquanto instrumento vivo, a Convenção deve ser interpretada à luz das condições de vida atuais, valendo esta jurisprudência constante também para as disposições processuais tais como o artigo 34º (*Loizidou c. Turquia* (exceções preliminares), § 71)”. Acesso no sítio [http://echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_POR.pdf](http://echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_POR.pdf), em 26.01.14.

<sup>106</sup>RAMOS. Op. cit. p. 88.

<sup>107</sup>CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil. In **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992. p. 34.

<sup>108</sup>Id Ibid. p. 34.

<sup>109</sup>Homologada pelo Brasil através do Decreto nº 7.030/09. Acesso no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm), em 25/01/14.

<sup>110</sup>Art. 31.

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

Esses são alguns dos instrumentos utilizados pelas Cortes internacionais, sendo que se complementar-se-á esse estudo com os meios empregados pelos Estados, como, no caso do Brasil, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade.

## 2.5 - TRATAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO AOS DIREITOS HUMANOS – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM CASOS DE NECESSIDADE DA SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO

De modo geral, é empregado indistintamente os termos direitos humanos, direitos fundamentais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, entre outros. Apesar de algumas dessas expressões sofrerem severas críticas, o certo é que apontam para a essencialidade desses direitos para uma vida digna.

Ingo Sarlet<sup>111</sup>, contudo, diferencia os direitos humanos dos fundamentais, a depender do âmbito de sua consagração. Para ele, enquanto estes seriam os positivados na Constituição dos Estados, aqueles teriam uma matriz internacional. Fábio Konder Comparato<sup>112</sup>, de modo semelhante, sustenta que os direitos fundamentais seriam os humanos

---

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

Art. 32.

Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou

b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

<sup>111</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2008. p. 33-41.

<sup>112</sup>COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71.

já positivados no ordenamento jurídico nacional. André de Carvalho Ramos<sup>113</sup> emprega indiscriminadamente os termos mencionados anteriormente, pois entende que “os direitos são de *todos* e que não há distinção de origem (norma internacional ou interna)”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 emprega quase todas as expressões mencionadas. Em seu art. 4º, ela estatui, como um dos princípios que rege o Brasil nas relações internacionais, a “prevalência dos direitos humanos”; o Título II menciona que abordará os direitos e garantias fundamentais. O art. 5º, inciso LXI, proíbe a discriminação que atente contra “direitos e liberdades fundamentais”; nesse mesmo artigo, em seu inciso LXXI, prevê que será concedido mandado de injunção quando a falta de lei impedir o exercício de “direitos e liberdades constitucionais”. O artigo 17, por outro lado, usa o termo “direitos fundamentais da pessoa humana” e assim por diante. Assim, percebe-se uma consagração desses direitos pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Insta destacar que referidas prerrogativas têm papel fundamental na consagração do Estado, tal qual hoje ele é concebido. Esses direitos fundamentais, utilizando a terminologia mais aceita, constituem limitação ao poder estatal, além de atuar como fatores de legitimação do poder e da ordem jurídica estatuída, pois “o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a ideia de justiça é hoje indissociável de tais direitos<sup>114</sup>”.

Ao serem positivados na ordem jurídica nacional, os princípios e os direitos estatuídos, por serem os valores e representarem as necessidades básicas da sociedade, transformam-se em “reserva de justiça”, se ligando com a concepção de democracia<sup>115</sup>. A Constituição, então, deve, além de estabelecer formas e procedimentos necessários à

<sup>113</sup>RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 37.

<sup>114</sup>PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Ed., 1994. P. 142.

<sup>115</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed. rev. atual. e ampl.; 2ª tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 59/61.

organização do poder e das competências dos órgãos estatais, reconhecer e impor metas, parâmetros e limites da atividade estatal, valores, direitos e liberdades fundamentais<sup>116</sup>.

Necessário, então, averiguar como o mais recente movimento constitucionalista interage com a temática dos direitos humanos. Ressalte-se que esse movimento refere-se ao processo histórico de consagração da Constituição, a qual é o corpo normativo máximo, restringindo o poder político e garantindo os direitos fundamentais.

Atualmente, se fala que o neoconstitucionalismo representa o modelo jurídico que permite a consagração do Estado Constitucional de Direito<sup>117</sup>. Aquele, segundo Comanducci<sup>118</sup> e Carbonell<sup>119</sup>, é uma evolução do movimento constitucionalista (baseado em uma ideologia pós-positivista), e propõe uma “constituição invasora”, regulando diversos aspectos da vida social.

Assim, nesse modelo, da mesma forma como ocorreu em âmbito internacional após a 2ª Guerra Mundial, há uma reaproximação entre Direito e Moral, pois, para abarcar os valores da sociedade, a Constituição se torna o resultado do compromisso de uma pluralidade de interesses, ficando mais ampla e aberta. Ganha destaque os direitos fundamentais, as diretrizes e programas a serem realizados.

Vale destacar que a Constituição busca resolver problemas complexos, abarcando a tentativa de convivência harmônica entre diversos grupos, mas não permitindo que esse pluralismo distorça a identidade do projeto constitucional. Para Sanchez<sup>120</sup>, a tolerância democrática é uma virtude, que deve ser querida e ponderada pelo

---

<sup>116</sup> Id Ibid. p. 59.

<sup>117</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008. p. 78.

<sup>118</sup>COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: um análisis metateórico. In: Miguel Carbonell (org.) **Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso**. Série Derecho, 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

<sup>119</sup>CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso**. Série Derecho, 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

<sup>120</sup>SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza-CE: Edições Demócrito Rocha, 2010.

constitucionalismo genuíno, tendo em vista, especialmente, os direitos fundamentais da pessoa, que devem funcionar como o horizonte ou tela de fundo para a germinação dessa virtude.

No contexto do constitucionalismo contemporâneo, então, valores como liberdade, justiça e solidariedade passam a ser considerados elementos primeiros do Direito<sup>121</sup>, orientando a elaboração e interpretação do sistema jurídico, construindo a ética da sociedade, fundamentando deveres, e garantindo-lhe autonomia axiológica.

Canotilho<sup>122</sup> alerta que “o consenso fundamental quanto a princípios e normas positivo-constitucionalmente plasmados não pode apagar, como é óbvio, o pluralismo e antagonismo de ideias subjacentes ao pacto fundador”. Assim, em muitas ocasiões, as normas constitucionais podem vir a conflitar, mas, considerando esse contexto mais humanista<sup>123</sup>, a dignidade da pessoa humana deve ser o princípio capaz de garantir uma unidade entre esses valores no ordenamento, permitindo criar uma lógica sistemática entre os institutos jurídicos.

Para Soares<sup>124</sup>, as repercussões do neoconstitucionalismo são normatização da Constituição, deixando de ser tida como um diploma com caráter programático ou como meras recomendações, para ver assegurada sua normatividade, com eficácia direta e imediata;

<sup>121</sup>CUNHA, Paulo. **Da justiça na Constituição da República Portuguesa**. In: Scienti Ivridica. Braga (Portugal): Livraria Cruz, 2004.

<sup>122</sup>CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra, 2000. p. 1146.

<sup>123</sup>Fruto principalmente da superação do positivismo exarcebado e da consagração das Declarações de Direitos Humanos, após a Segunda Guerra Mundial, em que se verificou os abusos cometidos e passou a ganhar destaque o princípio da dignidade humana, com uma clara inspiração kantiana. Para facilitar o entendimento deste “novo” período constitucional, aconselha-se a leitura de BARROSO; BARCELLOS, 2003. p. 107. Referidos doutrinadores afirmam que o pós-positivismo, denominação que entendem ser provisória e que parece com o neoconstitucionalismo mencionado, designa um ideal difuso (resultado da superação do Jusnaturalismo e fracasso do Positivismo – especialmente depois que os movimentos políticos e militares, como o Nazismo, afirmaram que tudo o que fizeram, mesmo as maiores barbáries e atrocidade, foram em nome da lei, em consonância com a legalidade). Neste ideal se incluem a relação entre valores, princípios e regras, juntamente com a teoria dos direitos fundamentais, cujo fundamento primordial é o princípio da dignidade humana. No mesmo sentido: MORAES, 2006.

<sup>124</sup>SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais**. Salvador: Edições JusPodivm, 2008. p. 78. Ele aduz que “Em primeiro lugar, alude-se ao processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata. Em segundo lugar, afirma-se que as Constituições incorporam conteúdos imateriais que adotam a forma de direitos, princípios, diretrizes e valores, dotados de um amplo grau de indeterminação e de uma forte carga valorativa, como se verifica no rol de conceitos controvertidos (dignidade, justiça, liberdade e autonomia)”.

bem como incorporação de conteúdos imateriais, dotados de ampla indeterminação e carga valorativa alta.

Ana Paula de Barcellos<sup>125</sup>, tratando do tema, afirma que:

(...) um dos traços fundamentais do constitucionalismo atual é a normatividade das disposições constitucionais, sua superioridade hierárquica e centralidade no sistema e, do ponto de vista material, a incorporação de valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais. Os conflitos próprios do constitucionalismo contemporâneo ocorrem frequentemente entre direitos fundamentais justamente porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade. Ainda sob a ótica dos conflitos, substancialistas e procedimentalistas concordam, por razões diversas, que os direitos fundamentais formam um consenso mínimo oponível a qualquer grupo político, seja porque constituem elementos valorativos essenciais, seja porque descrevem exigências indispensáveis para o funcionamento adequado de um procedimento de deliberação democrática.

Pelo exposto, percebe-se que o exercício hermenêutico se torna primordial, exigindo um maior esforço de compreensão do texto constitucional e de sua atualização. A interpretação do texto constitucional é um processo dinâmico e acompanha a evolução social. Ela exige uma constante aprovação para a correta adequação do sentido do texto a ser oferecido pelo contexto social, pois isso permitiria conciliar com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e atualizam-se.

Os constitucionalistas brasileiros, de modo geral, defendem que, inicialmente, assim como na órbita internacional, seja realizada uma análise sistêmica da Constituição, em que as distintas normas constitucionais ganham seu sentido não apenas da adequação ao postulado por valores e princípios fundamentais, mas também pela possibilidade de unir-se a outras normas específicas constitucionais, ajudando a compreender o sentido lógico e objetivo do texto fundamental em seu conjunto.

Se, ainda assim, isso for insuficiente para solucionar a tensão entre as normas, invoca-se os instrumentos exegéticos como o uso dos princípios da razoabilidade, da ponderação e da proporcionalidade.

---

<sup>125</sup>BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. In **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2007. p. 49.



O princípio da proporcionalidade, segundo Humberto Ávila<sup>126</sup>, se aplica nas situações em que há uma relação de causalidade entre meio e fim, de forma a possibilitar três exames fundamentais, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da proporção em sentido estrito.

O primeiro verifica se o meio promove, ao menos minimamente, o fim. Esta análise pode ter múltiplas facetas, pois há critérios diferentes (quantitativo, qualitativo ou, até mesmo, probabilístico), mas que, de uma forma ou de outra, garantem o fim. Neste sentido, para julgar a decisão pela opção de um ou outro critério pelo operador do direito, referido autor propõe, para os atos jurídicos gerais, que se leve em conta os planos abstratos (se a medida é abstratamente adequada para promover o fim), gerais (geralmente, na maioria dos casos, realiza o fim) e prévios (adequada no momento em que é adotada e não se efetivamente o alcançou). Já quando se referir a atos individuais, a análise da adequação, no caso concreto, deve ocorrer no plano concreto (a medida deve ser concretamente adequada, garanta o fim efetivamente), individual (todos os casos individuais devem demonstrar a realização do objetivo) e prévio (já explicitado).

O segundo exame leva em consideração se o meio utilizado é o menos restritivo dos direitos fundamentais em conflito. Deve-se, então, neste momento, verificar a existência de meios alternativos, com os quais se possa promover igualmente o fim, mas sem restringir, na mesma intensidade, os direitos afetados. São, conseqüentemente, duas análises: o da igualdade da adequação dos meios e a verificação do meio menos restritivo. Em termos de controle das escolhas dos intérpretes (especialmente os do poder estatal), considerando esta exigência, devido ao princípio da separação dos poderes, esta opção só pode levar à anulação do ato quando há um meio alternativo que, nos seus aspectos fundamentais, promove o objetivo de forma igual, porém causando bem menos restrições.

---

<sup>126</sup>ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. Malheiros: São Paulo. 2006.

O meio é tido como proporcional em sentido estrito, por fim, quando o valor da promoção do fim não se equiparar ao desvalor da restrição dos direitos fundamentais (quando as vantagens superam as desvantagens). Para tanto, seria necessário comparar o grau de intensidade da promoção e o grau da restrição, sendo desproporcional aquele meio cuja importância do fim não chegar a justificar a restrição que ele impõe aos direitos.

Humberto Ávila<sup>127</sup>, definindo o postulado da razoabilidade, aduz que ele se mostra, primeiramente, como diretriz que demanda relação entre as normas gerais e as particularidades do caso concreto. Depois, é diretriz que implica vinculação entre as normas jurídicas e o mundo ao qual elas fazem referência. Por fim, impõe uma relação de equivalência entre as grandezas.

A primeira diretriz, ele associou à equidade; a segunda nomeou de congruência, e a terceira entendeu que remete à equivalência. Este postulado, como se percebe, tem aplicação diversa da proporcionalidade.

Por fim, referido doutrinador<sup>128</sup>, diferenciando a ponderação da proporcionalidade, afirma que o primeiro exige uma atribuição de importâncias a valores que se imbricariam, mas sem determinar como essa se deve dar, enquanto o último exige a análise dos critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Barroso e Barcelos<sup>129</sup> optam pela ponderação como forma de solução de conflitos entre direitos fundamentais, explicando que essa é um processo de três etapas. A primeira seria a parte de identificação das normas relevantes ao caso e seus possíveis

---

<sup>127</sup>ÁVILA. Op. cit. p. 169. Ele explica que “O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas”.

<sup>128</sup>Id Ibid. p. 152.

<sup>129</sup>BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 116 – 121.

conflitos, bem como agrupamento dos diversos fundamentos normativos com base na solução que sugerem. Na segunda etapa, caberia o exame dos fatos e circunstâncias concretas do caso, permitindo uma interação com os elementos normativos já estabelecidos (lembrando que os fatos e as consequências da aplicação da norma, como já foi ressaltado, ganharam bastante relevo). Por fim, na terceira etapa, realmente dedicada à decisão, juntar-se-á ao grupo de normas reunidas na primeira fase, as repercussões dos fatos estabelecidos na segunda etapa, de modo a apurar quais pesos devem ser atribuídos a cada um dos diversos elementos em disputa, decidindo, assim, qual o conjunto de normas que deverá prevalecer no caso em análise. Ainda segundo as lições daqueles juristas, esse processo tem como “fio condutor” os princípios instrumentais da proporcionalidade e da razoabilidade já mencionados.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins<sup>130</sup> discordam da utilização indiscriminada desses instrumentos. Eles defendem, baseados na doutrina alemã, que o estudo dos direitos fundamentais se refere à verificação da tentativa de solução dos conflitos entre esses direitos e outros bens jurídicos direta (de índole jurídico-constitucional) ou indiretamente (referente à reserva legal simples) protegidos pela Constituição ou conflitos de direitos fundamentais entre si (colisão de direitos fundamentais), tentando dar mais pragmatismo à interpretação.

Para facilitar a compreensão, defendem a necessidade de se conhecer alguns conceitos básicos, sendo o primeiro deles o de área de regulamentação, pois a norma de dever ser, que tem como destinatário o Estado, compreende dois elementos, quais sejam: descrição da situação ou relação fática (de cunho físico ou social) e indicação de uma decisão, mesmo que genérica, do constituinte sobre essa situação real que indica o que deve acontecer em relação a ela.

---

<sup>130</sup>DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

A área de proteção, em contrapartida, é mais restrita que a área de regulamentação, pois parte de um recorte da realidade social sobre a qual incide a norma, para um comportamento ou situação não contemplado nela.

Já as formas de exercício, que podem ser efetivas ou potenciais, do direito tido por violado, impõem que, para exercer um direito fundamental, é preciso ter a faculdade do titular de se comportar ou não de acordo com os elementos típico-normativos que estão na área de proteção do direito.

Assim, sugerem que as normas que protegem direitos fundamentais são reflexivas, havendo identidade entre criador e destinatário da norma, já que reduzem a possibilidade do Estado regulamentar um conflito de interesses (seja ele constitucional ou não). Para eles, a tarefa da dogmática dos direitos fundamentais, então, seria resolver diretamente os conflitos já mencionados, analisando as intervenções ou omissões (abstenções) normativas do Estado em relação aos ditames constitucionais.

As intervenções, considerando o efeito recíproco da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, podem ser permitidas ou negativas. Entretanto, se for possível limitar a área de proteção dos direitos fundamentais, deve-se preservar, ao máximo, o direito intervindo. A análise da constitucionalidade formal e material é, assim, a justificação, pela Constituição, de uma intervenção do Estado na área de proteção do direito fundamental.

Segundo Dimoulis e Martins<sup>131</sup>, a intervenção só é autorizada em quatro casos, fora dos quais elas são proibidas, ocorrendo violação do direito fundamental. São elas: quando o comportamento não estiver na área de proteção do respectivo direito; quando a intervenção concretizar um limite constitucional derivado do chamado direito constitucional de colisão; quando existir a permissão constitucional da “reserva legal”; e se dois direitos fundamentais ou um direito fundamental e um princípio de interesse geral colidirem, havendo a necessidade de aplicar normas do direito infraconstitucional.

---

<sup>131</sup>Id Ibid. p. 142/143.

De forma semelhante, Virgílio Afonso da Silva<sup>132</sup> aduz:

a diminuição da proteção não está na abertura das possibilidades de restrição, já que elas impõem um ônus argumentativo ao legislador e ao juiz; uma diminuição na proteção aos direitos fundamentais ocorre, na verdade, naquelas teorias que recorrem a figuras pouco claras como *limites imanes*, *conteúdos absolutos*, *especificidade*, ou a outras formas de restrição ao suporte fático dos direitos humanos. Nessas teorias a restrição ocorre de forma *disfarçada*, com base em uma exclusão *a priori* de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. Como ficou claro ao longo do trabalho, essas teorias, ao excluir de antemão a proteção, *liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo*. A partir delas, por exemplo, proibir o proselitismo nas emissoras comunitárias ou criar qualquer exceção ao sigilo bancário são atos que podem ser realizados, *sem necessidade de fundamentação constitucional*, pelo legislador ordinário, visto que se nega, *de antemão*, a inclusão de um (proselitismo) e de outro (sigilo bancário) na proteção dos direitos fundamentais. *O ônus argumentativos, como se vê, desaparece.*

Demonstrado esse contrapondo, merece destaque, por fim, a interpretação conforme a constituição que impõe que, em caso de norma ambígua, plurissignificativa, opte-se pela exegese que melhor se coadune com os ditames constitucionais. Paulo Bonavides<sup>133</sup> alerta que referido método permite que se engendre artificios ou subterfúgios para manter incólumes no ordenamento constitucional normas inconstitucionais, diminuindo as cautelas e a vigilância do legislador contra a emissão de semelhantes normas. No entanto, possui a vantagem de preservar o princípio de separação dos poderes, sendo, por isso mesmo, de uso limitado, evitando se desfigurar o exercício do controle judicial (não pode ser utilizado para alterar conteúdos normativos).

Basicamente, esses são os instrumentos apontados pela doutrina constitucionalista, os quais, se utilizados em comunhão com os princípios interpretativos impostos pela ordem internacional, se assegurará invariavelmente a máxima proteção à dignidade da pessoa humana, fundamento da República brasileira.

<sup>132</sup>SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 253.

<sup>133</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Até porque, como alerta Álvaro Ricardo de Souza Cruz, “onde o exercício e a efetividade dos direitos fundamentais não se consolidam, de fato, não há Constituição. Será um substrato sem alma, sem qualquer sopro de vida”<sup>134</sup>

## 2.6 - RECEPÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO ESTATAL

Considerando que, uma vez homologados e publicados, os tratados internacionais ingressam no ordenamento jurídico, passando a produzir efeitos diretos na ordem interna e, considerando que a Administração pública e seus agentes se submetem ao princípio da legalidade (art. 37 da Constituição Federal), cabe fazer uma breve consideração sobre a recepção dos documentos jurídicos internacionais que versam sobre direitos humanos.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/04, que fez incluir, no art. 5º, o parágrafo 3º<sup>135</sup>, gerou um amplo debate quanto a hierarquia dos tratados de direitos humanos, especialmente os anteriormente ratificados. Atualmente, há quatro correntes sobre a hierarquia desses instrumentos normativos: hierarquia supraconstitucional, constitucional, infraconstitucional e supralegal, e legal (tese já superada)<sup>136</sup>.

Sucintamente, para os que defendem o caráter supraconstitucional, a norma internacional deve prevalecer sobre a norma constitucional, mesmo quando uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada, na medida em que é possível se falar num Direito Internacional Constitucional. Um dos argumentos utilizados para defender essa tese é o fato de que os Estados não podem revogar obrigações interna-

<sup>134</sup>CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais**. In: José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 196.

<sup>135</sup>Referido artigo estabelece que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

<sup>136</sup>FIGUEIREDO, Patrícia Cobiañchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In **Direitos Humanos**. Vol. II. Flávia Piovesan, Daniela Ikawa (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006. p. 191.

cionais unilateralmente<sup>137</sup>. Jorge Luiz Ieski Calmon de Passos<sup>138</sup> entende que, como o ser humano é o portador inato e incondicional dos direitos, os quais lhe são imanentes e essenciais para uma vida digna, deve poder exercê-los em qualquer lugar, independente de fronteiras.

A segunda tese se baseia no disposto no parágrafo 2º do art. 5º da Constituição da República, que determina que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Diogo Pignataro de Oliveira<sup>139</sup>, nesse contexto, defende que uma interpretação sistemática e teleológica da Carta Magna, a qual tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e se rege, em suas relações internacionais, pela prevalência dos direitos humanos, demandando a máxima efetividade das normas constitucionais, especialmente as que tratam de direitos e garantias fundamentais, impõe uma interação entre direito interno e internacional maior quando se tratar de matérias ligadas a direitos inerentes à proteção humana. Para ele<sup>140</sup>, a interpretação que deve ser dada ao parágrafo segundo da Constituição é a que não sofre qualquer interferência pela criação do novo parágrafo, que demanda quórum especial para que

<sup>137</sup>PETERS, Adriana Salgado. A Eficácia do § 3º do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988. In **Direitos Humanos**. Vol. II. Flávia Piovesan, Daniela Ikawa (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006. p. 191. Ademais, tese semelhante é encontrada em BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Ed. Método, 2008 e em MELLO, Celso D. de Albuquerque. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Ricardo Lobo Torres (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>138</sup>PASSOS, Jorge Luiz Ieski Calmon de. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/04**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>139</sup>OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. **Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do art. 5º da CF/88**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 16, nº 64, Jul-set./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>140</sup>Id Ibid. p. 321. Em suas palavras: “Desse modo, seguindo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, com substrato nos valores da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos como princípio da República brasileira, assim como pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, chega-se a uma indispensável interação e integração existente entre direito interno e direito internacional que precisa ter uma conotação diferenciada quando tal integração diz respeito à matéria ligada a direitos humanos em razão do conteúdo, da proteção que visa garantir. É imprescindível, pois que a Constituição trate de modo diferenciado a incorporação desses tratados internacionais, já que eles detêm um caráter especial, não se assemelhando com os tratados comuns. (...) Sendo assim, a interpretação que deve ser dada ao §2º deve continuar a mesma, não sofrendo interferência alguma devido ao novel parágrafo, ou seja, os tratados de direitos humanos continuam a ser incorporados pelo nosso ordenamento como normas constitucionais, ainda que materialmente”.

os tratados ingressem como emendas, continuando os atos internacionais com essa matéria particular sendo concebidos como normas constitucionais, ainda que apenas materialmente.

A tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal<sup>141</sup>, contudo, é a de atribuir aos tratados internacionais, quando não submetidos ao quórum especial de emenda, um caráter superior às normas legais, mas inferior à Constituição. Com isso, um tratado com natureza supralegal não poderia ser derogado por norma infraconstitucional. Os tratados internacionais sobre direitos humanos, então, a despeito de serem ou não constitucionalizados, possuem uma eficácia paralisante da legislação infraconstitucional que lhes for contrária.

Considerando a proteção internacional dos direitos humanos demonstrada e que o Estado, como associação humana, deve incentivar o desenvolvimento de aptidões dos seus cidadãos, sendo que, sem essas garantias, o indivíduo não é capaz de existir ou de se desenvolver, participando ativa e efetivamente da vida social, sua consagração é uma imposição inerente aos governantes.

---

<sup>141</sup>PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-Lei nº 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão "depositário infiel" insculpida no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (RE 349703, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675)



Sendo os direitos humanos os indispensáveis, necessários para garantir uma vida digna, igual e livre, os valores máximos da ordem jurídica, “não basta ao Estado reconhecê-los formalmente; deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes<sup>142</sup>”. Não são concessões do Estado, da sociedade política, mas estes têm o dever de garantir, consagrar e efetivar. Mantendo, então, a coerência com a necessidade de máxima proteção ao ser humano, se defende a supraconstitucionalidade das referidas normas.

Assim, passa-se a analisar a teoria geral do Estado e a sua relação com o estrangeiro, considerando a necessidade de proteção aos direitos humanos consagrados, independentemente do vínculo de nacionalidade.

---

<sup>142</sup>PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 67.

### 3- O ESTRANGEIRO E A SUA RELAÇÃO COM O ESTADO

Necessário traçar alguns conceitos que facilitarão compreender algumas das propostas traçadas, especialmente quando da análise dos casos concretos. Assim, começa-se com a definição de Estado, tentando demonstrar a relação jurídica existente entre esse e os seus nacionais, bem como com aqueles que não fazem parte desse grupo, e a obrigação de proteção dos direitos humanos de todos os indivíduos que se encontrem sob o seu território.

#### 3.1 – ESTADO: ELEMENTOS E EVOLUÇÃO DO CONCEITO

O ser humano sempre buscou viver em grupo. Tanto que, durante a sua existência, participa de diversas sociedades ou instituições, seja a família, a igreja, o trabalho. O fim dessa associação, como ensina Darcy Azambuja<sup>143</sup>, é o desenvolvimento de aptidões, mas que exige a imposições de regras que assegurem uma melhor convivência social, as quais podem ser estabelecidas pelos costumes, pela moral ou por lei.

Dentre essas sociedades a que o ser humano se agrega, o Estado, como sociedade política, tem especial relevo. Contudo, apesar de ser uma realidade social, muitos doutrinadores encontram severas dificuldades em conceituá-lo, face sua complexidade. Nesse sentido, Kelsen<sup>144</sup> leciona que devido à variedade de objetos usados para definir esse fato social, torna-se difícil atribuir um sentido único ao termo Estado.

Tanto que não existe um consenso entre os doutrinadores sequer sobre o momento em que o Estado surge. Segundo Rafael Luchini Alves Costa<sup>145</sup>, pode-se dividir em três principais correntes. A primeira acredita que ele sempre existiu, assegurando-lhe uma aceção ampla, em que o que realmente interessa é a base organizadora e unificadora da

<sup>143</sup>AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 38ª ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 1.

<sup>144</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 261.

<sup>145</sup>COSTA, Rafael Luchini Alves. **O conceito de soberania no mundo contemporâneo**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19 – Vol. 76. Coord: Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 390-391.

sociedade, e, sendo o ser humano um ser social, que vive integrado em grupos, o Estado sempre esteve presente.

Para o segundo grupo, ele não surgiu de uma única vez, concomitantemente, mas apenas quando o homem percebeu que era necessário formar uma organização social e política que atendesse suas necessidades.

Por fim, a terceira corrente sustenta que só pode ser considerado Estado as sociedades políticas dotadas de certas características, sendo necessário, para o seu surgimento, que a soberania tenha se tornado uma prática (é o caso de Karl Schmitt, por exemplo). Para esses estudiosos, a Paz de Westfália foi essencial, sendo um marco do surgimento dos Estados, pois definiu limites territoriais e reconheceu um poder soberano às nações envolvidas<sup>146</sup>.

É certo, contudo, que o Estado sofreu várias alterações, não se podendo comparar as tribos, sociedade minimamente organizada, o Estado Grego, que não ultrapassava os limites da cidade (pólis), e em que eram considerados cidadãos, detentores de direito, uma pequena parcela da população, e o atual Estado Constitucional de Direito<sup>147</sup>.

Por isso, se afirma que a palavra “Estado”, nos moldes como é empregada atualmente, é relativamente nova, surgindo com o Estado Moderno, por volta do século XVI, para dar legitimidade ao absolutismo monárquico<sup>148</sup>. Apesar desse fato, há quem diga que se

---

<sup>146</sup>Id Ibid. p. 390-391.

<sup>147</sup>Alguns autores defendem uma superação do Estado Democrático de Direito para um Estado Constitucional de Direito, em que o Estado, cuja estrutura básica encontra-se em um documento superior, adota um sistema jurídico formado, principalmente, por direitos fundamentais, inerentes a todos os seres humanos, e assegura liberdades e garantias para o seu exercício, o que permite diferenciá-lo das regras morais. Essas normas, frutos de um ideal democrático, não só limitam o poder estatal, mas, principalmente, o legitimam. Nesse sentido, sugere-se a leitura de ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009; e SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>148</sup>NUNES JUNIOR, Venílto Paulo. **O conceito de soberania no século XXI**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 42. Maria Garcia (coord.). Ano 11. Janeiro-Março de 2003. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

tornou a mais complexa das organizações feitas pelo homem<sup>149</sup>. Isso porque, com o advento das Constituições escritas, referida organização social teve que se reestruturar, passando a se submeter a um documento fundamental.

Para Darcy Azambuja<sup>150</sup>, com o advento das Constituições escritas, o estudo do Estado e de sua organização ganha destaque, necessitando verificar os elementos comuns e permanentes entre as ordens políticas e jurídicas, bem como sua evolução e funcionamento, para poder verificar o cumprimento da realização do bem de todos a que se destina.

Assim, o termo passou a ser empregado para determinadas sociedades com características bem definidas e organizadas, contendo, ao menos, três elementos básicos, quais sejam, povo, território (elementos materiais) e soberania ou algum tipo de poder (elemento formal)<sup>151</sup>.

Aprofundando-se, então, essa análise, pode-se definir o Estado como sendo a “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território<sup>152</sup>”. Essa soberania, como se verá, é relativizada, pois deve observar os limites traçados. Ademais, essa finalidade especial seria, segundo Dallari, a busca pelo “o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral

<sup>149</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

<sup>150</sup>AZAMBUJA. Op. cit. p. 9. Referido autor assim destaca: “Com o advento das Constituições escritas, a ciência do Estado toma novo impulso. O estudo da organização de cada Estado, facilitado pela codificação de suas normas fundamentais, vai acentuando a evidência de que em todos eles há notas e elementos comuns e permanentes, bem como nas instituições em que eles existem, de modo a ser possível conceituá-los e classificá-los. Daí naturalmente decorria o interesse e a necessidade de se indagar como surgiram e evoluíram os Estados e as instituições, a estrutura e o funcionamento, a estática e a dinâmica das sociedades políticas”.

<sup>151</sup>Alguns autores ainda acrescentam elementos outros, como: governo ou pessoa estatal ou poder de império, finalidade ou mesmo vínculo jurídico. Há quem sugira que o Estado teria algumas causas de constituição, sendo razões materiais o povo e o território, como causa formal, a ordem jurídica e poder soberano e, como um elemento final, o bem comum (SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 84). Há também quem exclua alguns deles. Outros afirmam que a noção de soberania sequer é inerente à concepção do Estado, sendo, na verdade, uma conquista dos Estados nacionais após anos de lutas contra a Igreja e os senhores feudais (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº 52. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2005. p. 331).

<sup>152</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 64.

da personalidade humana<sup>153</sup>”, ou seja, requer a efetivação dos direitos humanos e a plena consagração deles nos ordenamentos jurídicos estatais.

Celso de Bastos<sup>154</sup> define o Estado como “organização política sob a qual vive o homem moderno resultante de um povo vivendo sobre um território delimitado e governado por leis que se fundam num poder não sobrepujado por nenhum outro externamente e supremo internamente”. Cláudio de Cicco<sup>155</sup>, de forma mais detalhada, sugere que o Estado poderia ser conceituado como uma instituição organizada (tanto política, quanto social e juridicamente), com um território definido e com um ordenamento, que, na maioria das vezes, possui como documento supremo uma Constituição escrita. Para ele, essa sociedade política é dirigida por um governo soberano, responsável por sua organização e controle social, o qual possui o monopólio do uso legítimo da força e da coerção, sendo assim reconhecido interna e internacionalmente.

Vale acrescentar que Estado e nação são realidades diferentes, pois esse é anterior àquele. Enquanto o primeiro é uma realidade jurídica, o segundo é uma realidade sociológica, sendo conceituado como “conjunto de pessoas ligadas entre si por vínculos permanentes de raça, religião, língua, cultura, ideais etc”<sup>156</sup>. A nação juridicamente organizada gera o aparecimento do Estado.

Feitas essas ponderações, necessário analisar os elementos primordiais que compõem o Estado, suas causas constitutivas, aceitos pela maioria da doutrina.

O primeiro dos elementos do Estado é o humano, o qual é formado pelos seres que residem em seu território e que se submetem à mesma ordem jurídica. Segundo Kelsen<sup>157</sup>,

<sup>153</sup>Id. Ibid. p. 91-92.

<sup>154</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 8.

<sup>155</sup>DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

<sup>156</sup>SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e cidadania**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 83/84.

<sup>157</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 334.

esse elemento “é constituído pela unidade da ordem jurídica válida para os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica nacional, ou seja, é a esfera pessoal de validade dessa ordem”. Seria, portanto, o conjunto de indivíduos que estão sujeitos ao mesmo ordenamento jurídico.

Uma distinção, nesse quesito, se faz necessária: a diferença entre povo e população. Esse representa a totalidade de pessoas que se encontram dentro do território do Estado, independente se com ele mantêm vínculos. O povo, por outro lado, é formado pelos habitantes que possuem um vínculo político com o Ente estatal, qualificado pela nacionalidade e atrelando-se à noção de cidadania, o que, obviamente, exclui os estrangeiros.

O território é a base física, a unidade geográfica em que a jurisdição é exercida, espaço em que a ordem jurídica estabelecida pode ser aplicada. Necessário acrescentar que esse elemento “é o espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado e, isso significa, os seus órgãos estão autorizados pelo Direito internacional a executar a ordem jurídica nacional<sup>158</sup>”.

A soberania, por fim, como a característica fundamental do Estado<sup>159</sup>, merece uma análise mais detalhada.

Até muito recentemente, sua ideia estava ligada a superioridade, ao topo, a um poder absoluto e ilimitado, o qual não reconhece nenhum outro acima de si.

Bodin é tido como precursor no desenvolvimento desse conceito, afirmando-o como sendo um poder absoluto e perpétuo, relacionado com a República. Para ele, o poder deveria ser incondicionado, se submetendo apenas às leis divinas e naturais, estando o príncipe (no caso, o soberano) isento da autoridade da lei (tanto das suas, quanto as dos seus

---

<sup>158</sup>Id Ibid. p. 301.

<sup>159</sup>DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 74.

antecessores), podendo criar livremente o ordenamento jurídico para ser seguido por seus súditos ou anular qualquer ato normativo que entender inútil<sup>160</sup>.

Hobbes<sup>161</sup>, por outro lado, entende que, como os homens decidiram ingressar em um Estado Político, precisam entregar ao Leviatã, poder soberano e absoluto, suas liberdades irrestritas, obtendo, em troca, segurança e paz. O fundamento do poder absoluto estaria no fato de ter sido obtido por um ato de liberdade, dado por todos, pelo receio que cada um tem dos demais seres humanos, e, portanto, não poderia ser revertido.

Já Rousseau<sup>162</sup> propõe uma mudança na titularidade da soberania, deixando de ser da pessoa do governante e residindo-se no povo. O contrato social serviria, nesse caso, para permitir a troca do direito ilimitado a tudo e da situação de liberdade natural, absoluta, em prol de um convívio social mais harmonioso, da liberdade civil e da propriedade do que é seu.

Segundo seus ensinamentos, a soberania seria, então, a vontade geral, sendo um poder inalienável, irresponsável e indivisível, limitado, contudo, pelas convenções gerais, ou seja, pela vontade do corpo político. Percebe-se, com essa análise, uma inovação na ideia desse poder, chegando-se a afirmar que “Rousseau inaugurou, por assim dizer, uma visão ‘radical’ da democracia, por que a fez repousar na absoluta igualdade política dos cidadãos, que exprimem sua vontade de forma direta, sem qualquer intermediação<sup>163</sup>”.

Necessário frisar que, discordando de Rousseau, Sieyès sustenta que a soberania estatal não se fundaria no povo, mas encontraria sua unidade na nação. Enrique Lewandowski, analisando as duas obras, afirma que, para Rousseau, “todos os indivíduos têm

<sup>160</sup>BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Madri: Editorial Tecnos, 1997. p. 52-57.

<sup>161</sup>HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

<sup>162</sup>ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para e-Book, março de 2002. Disponível em <http://ebooksbrasil.org/>. Acesso em 23.10.12.

<sup>163</sup>LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 228.

o direito de participar do processo político, ao passo que para Sieyès a nação pode atribuir a quem quiser o poder de falar por ela<sup>164</sup>”. O eleitor, então, exerceria uma função, e não um direito, podendo esse sufrágio ser limitado.

Georg Jellinek<sup>165</sup> defende que a noção de soberania surge com o Estado moderno, sendo uma característica essencial a ele, baseando-se na afirmação do poder supremo e exclusivo do monarca sobre o povo e seu território. Ela seria o poder jurídico de autodeterminar-se e se auto obrigar, ou seja, seria o poder do Estado de se impor limites pela Constituição ou pelas leis, não podendo ser acionado, salvo por si próprio.

Não poderia faltar, nessa análise dos muitos conceitos de soberania, a importante contribuição de Hans Kelsen<sup>166</sup>. Para ele, como a soberania é expressão de uma unidade jurídica, seu conceito precisa ser abolido, pois os ordenamentos jurídicos nacionais são apenas parciais em relação ao Direito Internacional, retirando dele seu fundamento de validade.

Como o sistema jurídico é formado pelo conjunto de normas, a regra, para ser soberana, precisa ser fonte de valor do sistema. Não seria possível, portanto, admitir vários ordenamentos de Estados igualmente soberanos vigorando, pois não haveria como solucionar uma possível colisão de sistemas jurídicos, bem como não há, em sua concepção, como a soberania pertencer a vários sujeitos<sup>167</sup>.

Para facilitar a compreensão, interessante o resumo trazido por José Jardim Rocha Júnior<sup>168</sup>, que demonstra que Hans Kelsen radicaliza suas posições, após as duas grandes guerras, sustentando uma integração mundial, com a criação de um governo (com executivo, legislativo e judiciário) de âmbito supranacional, do qual os Estados seriam apenas

---

<sup>164</sup>Id Ibid. p. 229/230.

<sup>165</sup>Apud COSTA, Rafael Luchini Alves. **O conceito de soberania no mundo contemporâneo**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19 – Vol. 76. Coord: Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 402.

<sup>166</sup>KELSEN, Hans. **La paz por medio del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

<sup>167</sup>Id Ibid.



membros. Isso implicaria em: assegurar plena juridicidade à ordem jurídica internacional, podendo disciplinar o uso da força; superação do modelo westfaliano, impondo que a guerra só pode ser admitida como sanção jurídica por violação do direito das gentes; absorção dos Estados pela “comunidade universal de Direito mundial”; reconhecimento que Estados e cidadãos são destinatários das normas internacionais.

Reale, por sua vez, afirma que a soberania é “a expressão jurídica da integração nacional<sup>169</sup>”, sendo um poder exercido por um político com a finalidade de proporcionar o bem comum e a justiça social. Define referido elemento do Estado como “o poder que tem uma Nação de organizar-se livremente e de fazer valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões para a realização do bem comum<sup>170</sup>”.

Necessário, nesse momento, diferenciar a soberania interna da externa para poder compreender melhor a noção que se seguirá. Segundo Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>171</sup>, a soberania interna é aquela que, dentro do território do Estado, não encontra outro poder superior, é o poder de criar o Direito Positivo, ou, segundo Goffredo Telles Júnior<sup>172</sup>, é o

---

<sup>168</sup>ROCHA JÚNIOR, José Jardim. **A tutela dos Direitos Humanos num mundo de soberanias ainda “soberanas”**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília: FESMPDFT. Ano I, nº 1, 1993. p. 126/127. Em suas palavras: “Finalmente, em *A Paz por Meio do Direito*, Kelsen, impactado pelos horrores das duas guerras mundiais, radicaliza as suas posições, passando a defender abertamente integração dos Estados em uma federação que exerceria um governo mundial submetido a leis editadas por um Legislativo igualmente mundial, e em cujo âmbito os Estados nacionais seriam apenas estados-membros. Isso conduziria às seguintes implicações: a) a plena juridicidade de uma ordem normativa internacional depende de que ela possa disciplinar o uso da força e, a partir daí, qualificar o seu uso entre Estados ou como uma sanção permitida pelo direito ou como um ilícito internacional; ii) a superação da concepção westfaliana do *ius ad bellum*, uma vez que a guerra é um fenômeno intrinsecamente ético, que só pode ser admitido como sanção jurídica (*iusta causa belli*) contra uma conduta violadora do *ius gentium*; iii) os Estados são formalmente iguais no âmbito do ordenamento internacional até o momento da sua absorção na ‘comunidade universal de Direito mundial’; e iv) recusada, de um lado, a ideia moderna de soberania e, de outro lado, afirmada a unidade moral da espécie humana, resulta inevitável a rejeição da tese de Grocio de que apenas os Estados são sujeitos do *ius gentium*, devendo, ao contrário, ser aí também incluídos os cidadãos dos Estados nacionais, que são também destinatários das disposições de Direito Internacional”.

<sup>169</sup>REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109.

<sup>170</sup>Id Ibid. p. 140.

<sup>171</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº 52. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2005.

<sup>172</sup>TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 118.

“poder incontestável de decidir, em última instância, sobre a validade jurídica das normas e dos atos, dentro do território nacional”.

Para Luigi Ferrajoli<sup>173</sup>, é aquela capaz de por fim ao estado de natureza do homem, transformando a sociedade e lhe garantindo paz e civilidade, pois cria os direitos e deveres dos seus indivíduos. Venildo Paulo Nunes Júnior<sup>174</sup>, por outro lado, estatui que a soberania interna caracterizar-se-ia pelo exercício do poder constituinte originário, pois permite readequar a Constituição aos novos anseios de uma realidade fática, jurídica e social que se transforma constantemente.

A soberania externa, por outro lado, significa não exatamente um poder, mas a igualdade perante outros Estados, uma situação de coordenação entre eles. Em outras palavras: “soberania interna’ é o império que o Estado exerce, coercitivamente, sobre o seu território e a sua população; e ‘soberania externa’ é a sua independência e igualdade perante outros Estados, o seu poder de autodeterminação<sup>175</sup>”.

Para Ferrajoli<sup>176</sup>, os Estados, por gozarem na ordem internacional de uma liberdade absoluta, representariam os homens no estado de natureza, ou seja, seria uma sociedade selvagem que estaria em constante estado de guerra, justamente por não existir uma lei superior para lhe regulamentar. Defende que “quanto mais o estado da natureza é superado internamente, tanto mais é reproduzido e desenvolvido externamente<sup>177</sup>”.

O autor argumenta ainda que a construção teórica do conceito desse elemento estatal que impõe, no plano interno, um poder incontestável, de imposição do direito positivo, permitiu que, externamente, se formasse uma sociedade de Estados independentes,

---

<sup>173</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>174</sup>NUNES JUNIOR, Venildo Paulo. **O conceito de soberania no século XXI**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 42. Maria Garcia (coord.). Ano 11. Janeiro-Março de 2003. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 152.

<sup>175</sup>GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1999. p. 503.

<sup>176</sup>FERRAJOLI. Op. cit. p. 39.

<sup>177</sup>Id Ibid. p. 35.

com capacidade de fazer tudo o que sua força (política, bélica, econômica, entre outras) e poder o autorizassem. Por consequência, é que, mesmo se autolimitando internamente, em suas relações internacionais, por não haver um regramento próprio, os Estados concorreriam para o exercício da soberania.

Contudo, percebeu-se uma necessidade de repensar o conceito de Estado para comportar todas as necessidades de uma sociedade democrática, que tem o povo como detentor do poder soberano e, portanto, que merece respeito e proteção em todos os âmbitos. Nesse sentido, o modelo garantista do Estado constitucional de direito é uma grande conquista, pois traz como limites, para a atuação do poder, a observância do ordenamento jurídico, em especial da Constituição, dos direitos fundamentais, as convenções e tratados internacionais, do princípio da legalidade e da necessidade de divisão dos poderes, seja interna, quanto externamente.

Tanto que Ferrajoli<sup>178</sup> sustenta que essa mudança de perspectiva é responsável por esvaziar completamente o sentido de soberania, e gerar uma crise do Estado nacional. Nas suas palavras:

(...) Com a *Declaração dos direitos do homem e do cidadão*, de 1789, e depois com as sucessivas cartas constitucionais, muda a forma de Estado e, com ela muda, até se esvaziar, o próprio princípio da soberania interna. De fato, divisão dos poderes, princípio da legalidade e direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negação da soberania interna. Graças a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada.

Destaca ainda que:

A soberania, que já se havia esvaziado até o ponto de dissolver-se na sua dimensão interna com o desenvolvimento do Estado constitucional de direito, se esvanece também em sua dimensão externa na presença de um sistema de normas internacionais caracterizáveis como *jus cogens*, ou seja, como direito imediatamente vinculador para os Estados-membros. No novo ordenamento, são de fato sujeitos de Direito internacional não somente o Estado, mas também os indivíduos e os povos: os primeiros como titulares, nos confrontos de seus próprios Estados, dos direitos humanos a eles conferidos pela Declaração de 1948 e pelos Pactos de 1966; os

---

<sup>178</sup>Id. Ibid. p. 28.

segundos enquanto titulares do direito de autodeterminação, reconhecido pelo artigo 1 dos mesmos Pactos<sup>179</sup>.

Fica agora mais clara a compreensão de Ferrajoli sobre a mudança na noção de soberania, demonstrando ainda a desconfiança desse pesquisador, que não visualiza uma relativização da soberania (por vê-la como a ausência total de regras ou limites), e, por isso, lhe impõe um completo esvaziamento. Como já mencionado, esse autor entende que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi responsável por dissolver completamente a soberania, em seu âmbito interno, bem como a criação das Organizações das Nações Unidas impôs a falência da soberania externa, pois retirou os Estados desse estado de natureza, passando-os para o civil, em que devem obedecer ao plano normativo internacional, em especial às suas duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos fundamentais. Segundo seus ensinamentos<sup>180</sup>:

A Carta da ONU assinala, em suma, o nascimento de um novo direito internacional e o fim do velho paradigma – o modelo Vestfália –, que se firmara três séculos antes com o término de outra guerra européia dos trinta anos. Tal carta equivale a um verdadeiro contrato social internacional – histórico e não metafórico, efetivo ato constituinte e não simples hipótese teórica ou filosófica –, com a qual o direito internacional muda estruturalmente, transformando-se de sistema *pacticio*, baseado em tratados bilaterais *inter pares* (entre partes homogêneas), num verdadeiro *ordenamento jurídico* supra-estatal: não mais um simples *pactum associationis* (pacto associativo), mas também *pactum subiectionis* (pacto de sujeição). Mesmo porque a comunidade internacional, que até a Primeira Guerra Mundial ainda era identificada com a comunidade das ‘nações cristãs’ ou civilizadas – Europa e América –, é estendida pela primeira vez a todo mundo como ordem jurídica mundial.

Percebe-se, então, uma superação da clássica noção de poder ilimitado ou, se quiser, seu completo esvaziamento, assumindo o direito internacional um papel de destaque, o que se passa a analisar.

### 3.2 - RELATIVIZAÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE SOBERANIA PELA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

---

<sup>179</sup>Id Ibid. p. 41.

<sup>180</sup>Id Ibid. p. 40-41.

Após as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, ganha destaque o Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>181</sup>.

Como visto, após esse período, os diversos Estados se comprometeram, através de declarações e tratados, a assegurar, em seus ordenamentos, os direitos humanos criados na ordem internacional, garantindo ainda uma igualdade material a todos os indivíduos, em contraponto à lógica da “destruição e descartabilidade<sup>182</sup>” da pessoa humana do nazismo, em que só eram titulares de direitos as pessoas integrantes de determinado grupo.

Nesse contexto, ocorre a reconstrução dos direitos humanos, sendo os paradigmas e referenciais éticos que guiam a ordem internacional contemporânea. “Se a 2ª Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução<sup>183</sup>”. Com isso, consagrar referidos direitos se torna o principal objetivo da comunidade internacional e uma preocupação comum dos Estados.

Esse processo de internacionalização provocou grandes mudanças na comunidade internacional. Primeiro, porque colocou o indivíduo na posição de sujeito de direitos e o dotou de mecanismos de defesa deles; segundo, pelo fato de ter, como visto, afastado o velho conceito de soberania estatal absoluta, tendo agora a obrigação de efetivar os direitos pactuados<sup>184</sup>.

Dessa mesma forma, Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu voto no caso “Castillo Petruzzi et alii”, na Corte Interamericana, consignou que “três séculos de um ordenamento internacional marcado por soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foi

---

<sup>181</sup>Flávia Piovesan entende que o Direito Internacional dos Direitos Humanos “é o Direito do pós-guerra” (PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 30).

<sup>182</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. In Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, Ano 8, V. 15. jan./jun. 2000. p. 94.

<sup>183</sup>Id Ibid. p. 94.

<sup>184</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos Direitos Humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº 52. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2005. p. 328.

incapaz de evitar a violação massiva dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades do nosso século<sup>185</sup>”.

Para ele, isso foi responsável por despertar a consciência jurídica universal, incentivando-os a rever as bases desse ordenamento jurídico, restituindo o ser humano a sua posição central, considerando diversos fundamentos como: a realização dos valores comuns e superiores; o ser humano como sujeito de direitos, com garantias para exigí-los; e o caráter objetivo das obrigações de proteção. Assim, conclui que “a ordem internacional das soberanias cedia terreno para a da solidariedade<sup>186</sup>”.

Ao lado dessa consagração internacional, o “novo” constitucionalismo (ou neoconstitucionalismo, já mencionado) vive a necessidade de assegurar de forma mais ampla os direitos humanos, propondo, inclusive, uma “constituição invasora”, regulando diversos aspectos da vida social.

Nesse modelo, há uma reaproximação entre Direito e Moral, pois, para abarcar os valores da sociedade, a Constituição se torna o resultado do compromisso de uma pluralidade de interesses, ficando mais ampla e aberta. Ganha destaque, assim, os direitos fundamentais, as diretrizes e programas a serem realizados. É, por essa razão, que Ferrajoli alega que a consagração desse Estado Constitucional de direito, com a Carta Maior atuando nos moldes propostos, restringe, demasiadamente, a soberania interna.

Contudo, como conciliar a soberania e os direitos humanos sem esvaziar o conteúdo dela? Segundo Artur Cortez Bonifácio<sup>187</sup>, a soberania necessita do compromisso constitucional de preservação da unidade material da Constituição. Assim, em sua

---

<sup>185</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La humanización del derecho internacional y los límites de la razón de Estado. In **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 122. Tradução livre.

<sup>186</sup>Id Ibid. p. 122. Tradução livre.

<sup>187</sup>BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Ed. Método, 2008.

concepção<sup>188</sup>, se acaba com o discurso da rigidez da soberania, em que não haveria vinculação constitucional e internacional de proteção a valores e direitos fundamentais. Necessário reformular a clássica teoria de estado soberano para ajustá-la a abertura da sociedade global.

Portanto, se propõe uma superação do conceito clássico de Estado-Nação, considerando que a Teoria Geral do Estado e o Direito Constitucional foram afetados pela nova sociedade global, pelos processos de integração e pela formação de uma comunidade internacional e/ou regional, considerando ainda que, conforme ensinamento do professor Bonifácio, o fundamento de uma Constituição Internacional encontra-se em laços econômicos, étnicos, sociais, históricos, políticos, entre outros.

Os princípios que regem as relações internacionais e a política universal de proteção dos direitos do homem acabam por ser as reais bases jurídicas do texto político. Isso implica ainda no reconhecimento do caráter universal do Homem, principal elo de ligação das diversas Constituições estatais à nova ordem jurídica, e que harmoniza os sistemas. Os princípios da soberania, reciprocidade e a ideia de não intervenção, pela solução pacífica dos conflitos, ainda são as bases no estudo do direito internacional, mas deve-se conciliá-los com o dever do Estado de proteger os direitos humanos, acima de qualquer questão internacional<sup>189</sup>.

No mesmo sentido é o ensinamento de Rogério Tair<sup>190</sup>. Para ele, a soberania, prevista no artigo 2º, item 1, da Carta das Nações Unidas, que se funda na igualdade soberana de todos os membros, continua sendo o “poder supremo que qualifica determinado Estado

---

<sup>188</sup>Id Ibid. p. 295-296. Em suas palavras, “Cai por terra o discurso de defesa da rigidez da soberania, em desfavor da política constitucional e internacional de defesa dos valores e direitos fundamentais. A formulação teórica do Estado soberano, construído com fundamento nos ensinamentos de Bodin, Hobbes, Maquiavel, Schmitt e Kelsen, entre outros, comporta ajustes decorrentes da abertura da sociedade universal, proveniente, entre outros, da globalização”.

<sup>189</sup>Id Ibid. p. 300. Ele afirma que “No primeiro bordo, os princípios da soberania, da reciprocidade, da não-intervenção e da resolução pacífica dos conflitos e da igualdade entre os Estados de há muito fundamentam as relações entre os Estados e representam pilares no estudo do direito internacional público. De outro lado, havemos que nos quedar a um truismo contemporâneo, no caso o dever incumbido aos Estados de tutelar os direitos humanos, como algo que se situa acima das concepções clássicas de enfrentamento das questões internacionais”.

<sup>190</sup>TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010.

diante dos demais<sup>191</sup>”. Contudo, entende que, dentro desse conceito, houve a inserção da proteção dos Direitos Humanos, em especial da dignidade da pessoa humana. Segundo entende, duas premissas devem ser observadas, quais sejam, deve-se relativizar o conceito de soberania, considerando a imposição de proteger os direitos humanos, uma vez que esse poder traz, em seu conceito, a noção de dignidade humana, cuja proteção é inerente; e a autorização de intervenção internacional quando o Estado não fornecer a devida proteção desses direitos, seja por uma má-gestão ou não-exercício, pois abdicaria de sua soberania nesse particular<sup>192</sup>.

O respeito aos direitos humanos não é assunto de interesse exclusivo do âmbito interno dos Estados, sendo uma preocupação mundial. Por isso, a dignidade é proclamada como valor supremo que alicerça a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional.

Assim, é possível falar-se em um abrandamento ou relativização da soberania, para se proteger a dignidade do ser humano, sem que isso imponha a falta de defesa dos valores básicos da Constituição Federal, mas sim de uma complementação dos enunciados, permitindo uma proteção mais ampla. Como a soberania é popular, ou seja, o poder advém do povo, nada mais justo que se exija do Estado a proteção dos direitos inalienáveis de seus cidadãos, propiciando condições mínimas para uma vida digna.

Este abrandamento é um meio de permitir a efetivação dos valores e direitos fundamentais, pois “a proteção da dignidade humana é função do Estado soberano traduzida

---

<sup>191</sup>Id Ibid. p. 11.

<sup>192</sup>Id Ibid. p. 273-274. Assevera que, “desse modo, a necessidade da intervenção humanitária relativizaria os predicados internacionais da soberania e autodeterminação atribuídos ao Estado, mas seria um procedimento legítimo diante da outra face da situação, constituída pela necessária garantia internacional dos direitos humanos (...)

A primeira premissa tem como base a relativização da soberania em face da necessária proteção dos direitos humanos. A segunda autoriza a intervenção internacional para garantir a tutela dos direitos humanos quando do não-exercício ou má-gestão da devida proteção pelo Estado, pois, embora a soberania permaneça como poder estatal em um primeiro momento, a partir do instante em que o Estado deixa de atender aos direitos humanos, abdica da sua soberania nesse particular.

O objetivo é apresentar um entendimento no sentido de uma relativização da soberania dos Estados em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos, em razão da soberania trazer em seu conceito o elemento ‘dignidade humana’, sendo que sua proteção é inerente”.



no bem-estar dos seus cidadãos<sup>193</sup>”. Ademais, os princípios que regem as relações internacionais e a política universal de proteção dos direitos do homem são as reais bases jurídicas do texto político, conforme concluiu Cortez.

### 3.3 – O ESTRANGEIRO: CONCEITO ASSOCIADO À NACIONALIDADE

Como se constatou pela análise do elemento estatal “povo”, a definição de estrangeiro é obtida por exclusão, sendo todos aqueles que não possuem vínculo jurídico-político com o Estado.

Celso D. de Albuquerque Mello<sup>194</sup> justifica que a nacionalidade tem esse viés jurídico, pois é por deter essa qualidade que o indivíduo adquire certos direitos e deveres previstos no ordenamento jurídico nacional, como a obrigação de prestar serviço militar; bem como político, por decorrer dela os direitos e deveres políticos, sendo a votação obrigatória um exemplo disso.

Segundo Yussef Said Cahali<sup>195</sup>, a palavra nacionalidade, em uma acepção ampla, possui tanto um sentido sociológico, quanto político e jurídico. Para ele, “sociologicamente, nacionalidade representa o vínculo que une os indivíduos da mesma nação; este vínculo repousa *fundamentalmente* sobre um elemento psicológico (consciência nacional) e, *subsidiariamente*, sobre um elemento étnico, religioso, cultural e idiomático”.

Contudo, em sentido mais estrito, seria “o estado de dependência, fonte de deveres mas também de direitos, no qual se encontram os indivíduos em face de uma comunidade politicamente organizada<sup>196</sup>” ou, em outras palavras, “o liame que vincula o

<sup>193</sup>TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 12.

<sup>194</sup>MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**: uma introdução. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 209.

<sup>195</sup>CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 19-25.

<sup>196</sup>Id Ibid. p. 19.

indivíduo ao Estado, que o integra como membro de determinada comunidade política, assegurando-lhe certos privilégios e sujeitando-o a certas obrigações<sup>197</sup>”.

A Corte Internacional de Justiça<sup>198</sup> já aplicou essa aceção mais ampla, no caso Nottebohm (Liechtenstein e Guatemala), vinculando a nacionalidade a certos laços de interesses, familiares e de sentimento de reciprocidade de direitos e deveres, sustentando que:

A nacionalidade pertence à jurisdição de cada Estado, que estabelece, por sua própria legislação, as regras relacionadas à aquisição da sua nacionalidade. (...)

De acordo com a prática dos Estados, nacionalidade constitui uma expressão jurídica do fato de que um indivíduo estar mais proximamente conectado com a população de um Estado particular. Conferida pelo Estado, só dá o direito do Estado exercer sua proteção se constituir uma tradução, em termos jurídicos, da conexão do indivíduo com aquele Estado. Esse é o caso referente ao Sr. Nottebohm? No momento da sua naturalização, Nottebohm parece ter sido mais estreitamente ligado por sua tradição, seu estabelecimento, seus interesses, suas atividades, seus laços familiares, as suas intenções para o futuro próximo, à Liechtenstein do que a qualquer outro Estado? (...)

Foi concedido sem observar o conceito de nacionalidade adotado nas relações internacionais. A naturalização foi solicitada, não tanto com a finalidade de obtenção de um reconhecimento legal da associação de Nottebohm com a população de Liechtenstein, mas o foi para capacitá-lo a substituir o seu estatuto como um nacional de um Estado beligerante por um de um Estado neutro, com o único objetivo de ficar, assim, dentro da proteção de Liechtenstein, sem se apegar às suas tradições, os seus interesses, o seu modo de vida ou de assumir as obrigações - que não sejam as obrigações fiscais - para o exercício dos direitos relativos ao estado que assim adquiria.

Hans Kelsen<sup>199</sup> afirma que nacionalidade ou cidadania<sup>200</sup> é um status pessoal, regulado pelo Direito nacional e internacional, de modo que o estrangeiro é aquele que está

<sup>197</sup>Id Ibid. p. 21.

<sup>198</sup>Tradução livre. A íntegra da decisão pode ser obtida em INTERNACIONAL COURT OF JUSTICE, acesso no sítio <http://www.icj-cij.org/docket/files/18/12321.pdf>, em 05/01/14.

<sup>199</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 336.

<sup>200</sup>Há quem distinga nacionalidade e cidadania, sustentando que essa é apenas uma parcela daquela, pois se referiria apenas aos direitos e deveres políticos. Nesse sentido: MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**: uma introdução. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 209. Palhares Moreira Reis define cidadão como aquele que participa do processo político, podendo ser ator ou apenas “espectador” da “mecânica política” (REIS, Palhares Moreira. **A participação política formal, inclusive do estrangeiro, no Brasil**. In Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito. Ano 9, nº 9. João Maurício Adeodato (coord. ). Recife: Editora Universitária da Universidade Federal de Pernambuco, 1999. p.180). Já Daniella S. Dias destaca que referidos conceitos que, antes serviram para impor ao Estado uma atuação em conformidade com o bem comum, hoje, servem para produzir desigualdade e discriminação, pois a cidadania, que está relacionada ao ideal de Nação, vem sendo negada a uma parcela de indivíduos, ferindo o princípio da igualdade e demonstrando o fracasso do Estado em construir um sistema de garantias e proteção efetiva aos direitos humanos (In DIAS, Daniella S. Dias. O Futuro do Estado: a soberania estatal em tempos de globalização. In **Direitos Humanos e Democracia Inclusiva**. Antonio José de Mattos Neto, Homero Lamarão Neto e Raimundo Rodrigues Santana (org.). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 81)

vivendo em um território, mas é nacional de outro ou de nenhum outro país. No mesmo sentido, Mazzuoli<sup>201</sup> sustenta que é considerado estrangeiro aquele que, de acordo com as normas jurídicas do Estado em que se encontra, não compõe o conjunto de nacionais, bastando, para adquirir tal condição, que o indivíduo saia da jurisdição dele (se tiver uma nacionalidade, ou de qualquer Estado, se for apátrida) e ingresse na jurisdição de outro.

A regulamentação da nacionalidade faz parte da jurisdição doméstica de cada Estado, enquanto o Direito Internacional fornece apenas alguns princípios básicos. É o que determina a Convenção sobre Nacionalidade, firmada em 1930, em Haia, a qual foi ratificada pelo Brasil, se tornando o Decreto nº 21.798/32<sup>202</sup>.

São três os principais princípios fornecidos pela ordem internacional: a necessidade de que todo indivíduo possua uma nacionalidade desde o seu nascimento; a norma de que, em regra, a pessoa deve ter apenas uma nacionalidade ao mesmo tempo; e a possibilidade de, voluntariamente, mudar sua nacionalidade com o assentimento do Estado interessado<sup>203</sup>.

Esses princípios são observados, por exemplo, no artigo XV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que estatui que “todo homem tem direito a uma nacionalidade” e que “ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade<sup>204</sup>”. O Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 24, item 3, também estabelece que “toda e qualquer criança tem o direito de adquirir uma nacionalidade<sup>205</sup>”.

---

<sup>201</sup>MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 709.

<sup>202</sup> O art. 1º determina que “Cabe a cada estado determinar por sua legislação quais são os seus nacionais. Essa legislação será aceita por todos os outros estados desde que esteja de acordo com as convenções, os costumes internacionais e os princípios de direito geralmente reconhecidos em matéria de nacionalidade”. Para uma leitura completa do Decreto que promulgou essa Convenção e três protocolos sobre nacionalidade, sugere-se o acesso ao sítio: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=34326>.

<sup>203</sup>CAHALI. Op. cit. p. 20-21.

<sup>204</sup>DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Acesso no sítio: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), em 05/01/14.

<sup>205</sup>PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Acesso no sítio: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>, em 06/01/14.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, mais minuciosamente, prescreve, em seu artigo 20, que “toda pessoa tem direito a uma nacionalidade”, “toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra” e “a ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade, nem do direito de mudá-la<sup>206</sup>”.

O Estado brasileiro, por exemplo, regula a temática em seu artigo 12, estabelecendo os requisitos para adquirir a sua nacionalidade. Mencionado dispositivo, em seu inciso I, prevê que essa pode ser fruto do nascimento, originária, sendo utilizado, nesse caso, tanto o critério do *jus solis* (usa, como parâmetro, o local do nascimento), quanto o do *jus sanguinis* (verifica a ascendência, o sangue). Contudo, mesmo não tendo vínculo original com o Estado brasileiro, é possível se naturalizar, chamada aquisição secundária ou derivada da nacionalidade<sup>207</sup>, a qual é regulada pelo inciso II do mencionado dispositivo constitucional.

Apesar da regra de que todos devem ter um vínculo jurídico-político com o Estado, há aqueles indivíduos que, por alguma razão, não estão protegidos pelo ordenamento jurídico de nenhum deles. Os apátridas ou heimatlos são os indivíduos que não possuem qualquer nacionalidade<sup>208</sup>, segundo a legislação do(s) país(es) com o qual a pessoa tem um vínculo relevante, seja de nascimento em seu território, de casamento, ou por ter constituído nele sua residência habitual<sup>209</sup>.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), a apatridia, problema que afeta cerca de 12 (doze) milhões de pessoas, pode ocorrer por vários fatores, como “discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em incluir todos os

---

<sup>206</sup>CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS DE DIREITOS HUMANOS. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>, em 06/01/14.

<sup>207</sup>SIQUEIRA JR; OLIVEIRA. Op. Cit. p. 86.

<sup>208</sup>PINTAL, Alexandre Rocha. **Direito imigratório**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 396-397.

<sup>209</sup>ACNUR. **DIRECTRICES SOBRE LA APATRIDIA NO. 1**: La definición de “Apátrida” en el artículo 1(1) de la Convención sobre El Estatuto de los Apátridas de 1954. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8471>, em 20.01.14.

residentes do país no corpo de cidadãos quando o Estado se torna independente (sucessão de Estados) e conflitos de leis entre Estados<sup>210</sup>”.

Vale frisar que “possuir uma nacionalidade é essencial para a completa participação na sociedade e é um pré-requisito para usufruir todos os aspectos dos direitos humanos<sup>211</sup>”. Isso porque muitos direitos dos apátridas acabam sendo violados, por viverem em um “limbo legal”, disfrutando, muitas vezes, de um acesso mínimo aos seus direitos humanos, como saúde e educação, quando esses direitos não lhe são completamente negados, o que ocorre, ilustrativamente, pela impossibilidade de comprovar sua identidade.

Por essa razão, o Estatuto dos Apátridas<sup>212</sup>, impõe o direito desses indivíduos não sofrerem qualquer tipo de discriminação, seja por motivo de raça, religião ou país de origem. Ele recebe, conforme artigo 7º, o mesmo tratamento dispensado aos estrangeiros em geral, sem a possibilidade, contudo, de aplicação do princípio da reciprocidade. Nos termos do artigo 17, os Estado devem conceder, aos qualificados como apátridas e que residem em seu território, “um tratamento tão favorável quanto possível e, em todo caso, um tratamento não menos favorável que aquele proporcionado, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral no que se refere ao exercício de uma atividade profissional assalariada”.

Dentre outros, lhes são assegurados as seguintes garantias: exercer livremente seu direito à religião, o direito ao exercício de um trabalho digno, possibilidade de aquisição de bens móveis ou imóveis, proteção à atividade intelectual, acesso aos tribunais. Além dessas, o Estatuto ainda impõe o respeito aos direitos fundamentais, em seus artigos 21 a 24, como à instrução e assistência públicas e previdência social. Deve o Estado facilitar a assimilação desse estrangeiro pela naturalização, o que, obviamente, eliminaria sua vulnerabilidade.

---

<sup>210</sup> ACNUR. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>, em 20.01.14.

<sup>211</sup> Id Ibid.

<sup>212</sup> Homologado pelo Brasil, pelo Decreto nº 4.246/02. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4246.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm). Acesso em 30.01.14.

Além dos apátridas, se incluem ainda no conceito de estrangeiros, dentre outros, os trabalhadores migrantes, os refugiados, os asilados. Entre os grupos mais vulneráveis, estão os migrantes em situação irregular, pelo grande medo de reportar os abusos sofridos e serem obrigados a saírem do país; as mulheres, que sofrem pelo tráfico de pessoas e exploração sexual; trabalhadores domésticos, que, segundo dados da Human Rights Watch<sup>213</sup>, estão passíveis a confinamento forçado, excessivas horas de trabalho, entre outros; crianças, trabalhadores temporários, etc.

A Organização Internacional para Migrantes (OIM) alerta que “apesar dos esforços realizados para garantir a proteção dos trabalhadores migrantes, muitos continuam vulneráveis e assumem riscos significativos durante o processo de migração<sup>214</sup>”.

Nesse sentido, afirma Rosita Milesi<sup>215</sup> que diariamente pessoas se arriscaram para ingressar em um país, por motivos econômicos, sociais ou políticos, sendo que as estatísticas comprovam que a maioria morre de fome, afogados, por exposição ao sol. Yara Gurgel<sup>216</sup> sustenta que dois grupos de minorias chamam a atenção da Organização das Nações Unidas (ONU): pessoas portadoras de deficiência física e trabalhadores migrantes, justamente por causa da sua maior vulnerabilidade, e pelo tratamento discriminatório que, infelizmente, ainda sofrem.

Necessário, então, definir o que se entende por trabalhadores migrantes. Segundo a “Política Nacional de Imigração e Proteção ao(a) Trabalhador(a) Migrante”<sup>217</sup>, esses são os que realizarão, realizam ou já realizaram uma atividade remunerada em um Estado diferente daquele do qual são nacionais. Eles podem estar em situação regular ou

<sup>213</sup> Acesso no site <http://www.hrw.org/node/90054>.

<sup>214</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. Acesso no sítio: <http://www.iom.int>, em 01.12.12

<sup>215</sup> MILESI, Rosita. **Migrantes e Refugiados: Proteção de seus direitos e resgate da dignidade humana**. Acesso no sítio [www.migrante.org.br/artigo1outubro.doc](http://www.migrante.org.br/artigo1outubro.doc).

<sup>216</sup> GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho**. 1ª. ed. São Paulo: LTR, 2010.

<sup>217</sup> Publicado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por seu Conselho Nacional de Imigração, acesso no sítio [http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao\\_proposta.pdf](http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf) em 30.11.12.

irregular, a depender se obtiveram autorização ou não para ingressar no país e lá exercer o trabalho a que se propuseram. Para a Convenção 97 da Organização Internacional do Trabalho, “o termo trabalhador migrante designa qualquer pessoa que emigra de um país para outro com vista a ocupar um emprego que não seja por conta própria<sup>218</sup>”.

Apesar de beneficiarem amplamente o desenvolvimento econômico dos países emissores e receptores<sup>219</sup>, segundo recente relatório da OIT, esses trabalhadores não gozam de um trabalho decente, recebem baixos salários, quando os recebem, muitas vezes se submetendo a trabalhos análogos ao de escravo, não recebem proteção social, tem seus direitos à liberdade de associação, além de outros direitos trabalhistas, negados, sofrendo discriminação e xenofobia<sup>220</sup>.

De acordo com Ibrahim Awad, Diretor do Programa de Migração Internacional da Organização Internacional do Trabalho, então, “a migração internacional é essencialmente um problema que diz respeito ao mercado de trabalho, ao emprego e à questão do trabalho decente e menos um problema de segurança, uma questão do asilo ou de refugiados”. O grande desafio, segundo essa autoridade, é regular a migração de modo que ela sirva como uma força para o crescimento e a prosperidade nos países de origem e destino, além de proteger e beneficiar os trabalhadores migrantes<sup>221</sup>.

<sup>218</sup>ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.oitbrasil.org.br/node/523>

<sup>219</sup>Atualmente, estima-se que existam mais de um bilhão de emigrantes no mundo todo, duzentos e catorze milhões deles internacionais, segundo a Organização Internacional para Migrantes (OIM), representando três por cento da população mundial. Desses, mais de cento e cinco milhões são pessoas que trabalham em países que não são os seus de origem. Considerando que a mobilidade do trabalho se tornou uma característica fundamental da economia global, é importante frisar que os países dependem do trabalho, das aptidões e do conhecimento dos imigrantes, já que, em 2011, geraram uma renda de quatrocentos e quarenta milhões dólares, e, desse total, o Banco Mundial estima que mais de trezentos e cinquenta bilhões de dólares foram transferidos para os países em desenvolvimento na forma de remessas (Dados obtidos no sitio da Organização Internacional para Migrações, no endereço eletrônico: <http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/labour-migration.html>, acesso em 01.12.2012.)

<sup>220</sup>Nos termos da Resenha “Migrações na Atualidade”, realizado pelo Centro Scalabriniano de Estudos Migratórios, acessível no endereço eletrônico: <http://www.migrante.org.br/IMDH/fckeditor/editor/filemanager/connectors/asp/userfiles/file/Mobilidade%20Humana/reenha%20migra%C3%A7%C3%A3o%20na%20atualidade/79-pdf.pdf>.

<sup>221</sup>Acesso no sitio <http://www.oitbrasil.org.br/content/oit-lan%C3%A7a-estudo-sobre-necessidade-de-dar-%E2%80%9Ctratamento-justo%E2%80%9D-105-milh%C3%B5es-de-trabalhadores-mi>, acesso em 30.11.12.

Infelizmente, apesar de todo o esforço para demonstrar que os estrangeiros fazem jus a uma proteção estatal, merecendo igual respeito em sua dignidade, a realidade fática demonstra que ainda há um longo caminho a percorrer para efetivamente evitar os processos discriminatórios, acabando com a vulnerabilidade desse grupo. Acertadas, então, as palavras do Papa João Paulo II, no dia do migrante, que “a condição de irregularidade legal não autoriza a menosprezar a dignidade do migrante, o qual é dotado de direitos inalienáveis que não podem ser violados nem ignorados<sup>222</sup>”.

Buscando proteger os direitos básicos dos trabalhadores migrantes, a Organização Internacional do Trabalho já aprovou diversos instrumentos normativos, dentre eles: Convenção relativa aos Trabalhadores Migrantes (n.º 97), a Convenção relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes (n.º 143), Recomendação relativa à Migração para o Emprego (n.º 86), a Recomendação relativa aos Trabalhadores Migrantes (n.º 151), a Convenção sobre Trabalho Forçado ou Obrigatório (n.º 29) e a Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado (n.º 105).

De fundamental importância é a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 18/12/1990, que estabelece normas de tratamento igualitário entre trabalhadores nacionais e estrangeiros e atribui direitos humanos fundamentais a todos os trabalhadores migrantes, protegendo sua dignidade e direitos básicos, independentemente se legais ou ilegais. A preocupação basilar desse tratado internacional, segundo Yara Gurgel<sup>223</sup>, é “a aplicação dos direitos humanos de primeira e segunda dimensão aos trabalhadores migrantes, bem como aos membros de sua família, incluindo a proibição contra atos de racismo, discriminação e xenofobia, perpetrados contra estes”.

---

<sup>222</sup> *Apud* MILESI. Op. cit.

<sup>223</sup> GURGEL. Op. cit.



Compõe ainda parte dos instrumentos normativos protetivos dos trabalhadores migrantes o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea. Ratificado pelo Brasil e transformado no Decreto nº. 5.016, de 12 de março de 2004. Segundo o art. 3º, “a”, “a expressão ‘tráfico de migrantes’ significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente”. O artigo 6º do Protocolo impõe que cada Estado Parte adote as medidas legislativas e outras necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente e de forma a obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças também merece destaque, buscando punir o tráfico de pessoas para fins de exploração. A declaração de Viena, apesar de não tratar especificamente sobre os trabalhadores migrantes, preocupa-se com os grupos vulneráveis, como esses estrangeiros, expressando a necessidade de promover e proteger os direitos humanos, visando impedir discriminação<sup>224</sup>.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também protege esse grupo, merecendo destaque o parecer consultivo nº 18, solicitado pelo México<sup>225</sup>, que firmou a importância da igualdade e não discriminação nas relações de trabalho. Vale ressaltar, por fim, o trabalho da Organização Internacional do Trabalho, intitulado “Protegendo os direitos dos trabalhadores migrantes: uma responsabilidade compartilhada”, em que referida

---

<sup>224</sup>Para conferir, acesse o sítio: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/viena.htm>. Acesso em 30.11.12

<sup>225</sup> Acessível no endereço eletrônico: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_18\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf). Acessado em 30.11.12

organização propaga a responsabilidade dos países receptores e emissores durante todo o processo migratório<sup>226</sup>.

Após analisar as condições de proteção dos apátridas e dos trabalhadores migrante, cumpre verificar dois outros grupos de estrangeiros que certamente integram o grupo de intensa vulnerabilidade. São eles os refugiados e os asilados.

O primeiro é aquele indivíduo que sai de seu Estado de origem por sofrer perseguição motivada pela raça, religião, grupo social ou opiniões políticas. Ele se distingue do trabalhador migrante, pois, mesmo que a viagem possa ocorrer de forma semelhante, os motivos são fundamentalmente distintos. Os “migrantes, especialmente migrantes econômicos, decidem deslocar-se para melhorar as perspectivas para si mesmos e para suas famílias”. Os refugiados, por outro lado, precisam se deslocar “para salvar suas vidas ou preservar sua liberdade. Eles não possuem proteção de seu próprio Estado e de fato muitas vezes é seu próprio governo que ameaça persegui-los<sup>227</sup>”.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966 são os principais documentos internacionais de proteção desse grupo. Essa Convenção se destaca por ter sido a primeira a tratar genericamente da condição de refugiado, estatuidando direitos e deveres deles. Dentre os direitos, se destaca o de não discriminação, liberdade religiosa e de circulação, direito à propriedade, ao trabalho, à moradia, entre outros. As prerrogativas por ela estatuidas são o mínimo a que o Estado está obrigado a assegurar (art. 5º)<sup>228</sup>.

A mencionada Convenção determina que o termo refugiado é empregado para caracterizar aquela pessoa que

<sup>226</sup> ILO. **Protecting the rights of migrant workers**: A shared responsibility. Geneva: International Labor Office, 2009.

<sup>227</sup> ACNUR. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>, em 14.02.14.

<sup>228</sup> JUBILUT, Liliana Lyra. A judicialização do refúgio. In **60 anos de ACNUR**: perspectivas de futuro. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 170.

(...) temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele<sup>229</sup>.

Esse temor tem que ser fundado, ou seja, é um critério objetivo de deve ser comprovado por fatos, através da demonstração da possibilidade da perseguição.

Nela, também foi instituída, no artigo 35, a obrigação de cooperação com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, o qual é órgão subsidiário e permanente da Assembleia Geral das Nações Unidas<sup>230</sup>. Apesar de ter como principal missão proteger os refugiados, esse órgão tem visto seu mandato ser ampliado para abarcar a prevenção e redução dos casos de apatridia e a proteção das pessoas apátridas, bem como trabalhar com os governos para identificar os migrantes e os requerentes de asilo dentro dos fluxos migratórios<sup>231</sup>.

O Brasil ratificou dita convenção e, buscando implementar os seus mecanismos protetivos, criou a Lei nº 9.474/97. Essa norma adota uma definição ampla de refugiado, pois, em seu artigo 1º<sup>232</sup>, reconhece como refugiado os indivíduos que temendo perseguição por motivos de características pessoais, como raça, religião, entre outros, encontrem-se fora do seu território nacional, caso tenham um, ou do local em que antes tinham residência, na hipótese de falta de nacionalidade, e não queiram ou não possam ter a proteção desse país.

<sup>229</sup>CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Acesso no sítio [http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bfolder%5D=157](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=157), em 14.02.14

<sup>230</sup>RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 25.

<sup>231</sup>ACNUR. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/>, em 14.02.14.

<sup>232</sup> Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Ademais, e essa é uma inovação importante, permite o reconhecimento dessa qualificação quando a pessoa se vê obrigada a buscar refúgio em outro país por grave e generalizada violação de direitos humanos.

Essa lei ainda foi responsável por criar, em seu artigo 11, o “Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça”, formado por sete membros, quais sejam: um representante do Ministério da Justiça; um do Ministério das Relações Exteriores; um do Ministério do Trabalho; um do Ministério da Saúde; um do Ministério da Educação e do Desporto; um do Departamento de Polícia Federal; e um representante de organização não-governamental, que se dedique à assistência e proteção de refugiados no Brasil. O funcionamento desse órgão será melhor analisado adiante.

Vale frisar ainda que vigora, em casos de requerimento de refúgio, os princípios da igualdade (não discriminação) e o princípio da proibição da devolução ou *non-refoulement*. Nos termos do parágrafo primeiro do artigo sétimo da mencionada lei, em hipótese alguma, se poderá efetuar a deportação do estrangeiro solicitante de refúgio ou já tido como refugiado para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

O asilo, por outro lado, é uma proteção ao ser humano ameaçado, por motivos ideológicos ou políticos, em sua liberdade ou vida, de modo que o Estado recebe o estrangeiro, sem que atenda aos requisitos de ingresso. Luís Wanderley Tôrres define o asilo como “proteção concedida por um Estado aos emigrados de outro, em virtude de perseguição motivada por razões políticas, de opinião, ou crença<sup>233</sup>”.

Ele tem três pressupostos: um subjetivo que impõe que o requerente seja estrangeiro; o objetivo requer que a conduta seja política, não se caracterizando como crime

---

<sup>233</sup>TÔRRES, Luís Wanderley. Direito de Asilo. Revista dos Tribunais. RT 297/15. Jul./1960. In **Direito internacional privado**: teoria geral. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 799.

comum ou ato contrário aos propósitos e princípios das Nações Unidas, e o temporal exige que a perseguição seja atual<sup>234</sup>. Possui as seguintes características que o diferenciam do refúgio:

1) É um instituto voltado à acolhida do estrangeiro alvo de perseguição política atual; 2) é direito do Estado e não do indivíduo, sendo sua concessão *discricionária*, não sujeita à reclamação internacional de qualquer outro Estado ou ainda do próprio indivíduo solicitante; 3) sua natureza jurídica é constitutiva, ou seja, não há direito do estrangeiro: ele será asilado apenas após a concessão, que tem efeito *ex nunc*; 4) pode ser concedido inclusive fora do território, nas modalidades do asilo diplomático e do asilo militar; 5) no Brasil, não há órgão específico ou trâmite próprio (tal qual no refúgio, como veremos abaixo): há livre atuação da diplomacia na análise do caso concreto<sup>235</sup>.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo 14, estabelece que “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” e que “este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas”. Essa é a tradicional forma de asilo, chamada territorial.

A Convenção sobre Asilo Territorial<sup>236</sup>, em seu artigo primeiro, estatui que “todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro, de seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação”, bem como que “nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos” e “a extradição não se aplica quando se trate de pessoas que segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns cometidos com fins políticos, nem quando a extradição for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos” (arts. 3º e 4º).

<sup>234</sup> RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011. p. 19.

<sup>235</sup> Id Ibid. p. 24. Esse autor, contudo, critica a visão tradicional de discricionariedade ampla dos Estados, por ser o asilo uma garantia internacional de direitos humanos.

<sup>236</sup> CONVENÇÃO SOBRE ASILO TERRITORIAL. Promulgada pelo Decreto nº 55.929/65. Acesso no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55929.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55929.htm), em 18.01.14.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, no seu artigo 27, previu que “toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com as convenções internacionais<sup>237</sup>”. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da mesma forma, estabelece que “toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com os políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais<sup>238</sup>”.

O asilo diplomático, por outro lado, é aquele em que se concede proteção ao estrangeiro em local situado dentro do Estado que o persegue, mas referido território é imune a sua jurisdição, como embaixadas, aeronaves militares, entre outros. O principal documento internacional que regulamenta o tema é a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, a qual foi promulgada pelo Brasil pelo Decreto n° 42.628/57<sup>239</sup>. Deve-se observar que esse asilo deve ser uma exceção, em casos de extrema urgência e por tempo curto, só o estritamente necessário para que o asilado “deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança”, nos termos do art. 5° da mencionada Convenção.

---

<sup>237</sup>Tradução livre. Redação original aduz que: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”. DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, em 17.01.14.

<sup>238</sup>Tradução livre. Redação original: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales”. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm), em 16.01.14.

<sup>239</sup>CONVENÇÃO SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO. Acesso no sítio <http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/CONVEN%C3%87%C3%83O%20SOBRE%20ASILO%20DIPLOM%C3%81TICO%20-%201954.pdf>, em 17.01.14.

Esses, portanto, são alguns dos estrangeiros mais vulneráveis e que necessitam de uma maior proteção estatal, especialmente quando se verifica a necessidade de determinar sua saída do território nacional.

#### 3.4 - A SITUAÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO EM FACE DO ESTADO BRASILEIRO

Como visto, o estrangeiro é aquele que não possui vínculo jurídico, político e social com o Estado em que reside ou em que se localiza. Mesmo assim, por ser considerado sujeito de direitos, e considerando que a concepção clássica de soberania foi relativizada, deve ter sua dignidade protegida, mesmo que não se submeta completamente ao ordenamento posto, não gozando dos direitos inerentes aos nacionais, como, ilustrativamente, no caso do Brasil, dos direitos políticos.

Até o final do século XIX e primeiras décadas do século XX, a doutrina, baseada na ideia de soberania absoluta, resistiu a emancipar o ser humano da tutela exclusiva do Estado e a reconhecer o indivíduo como sujeito de direito no âmbito internacional<sup>240</sup>. Contudo, verificando a necessidade de modificação do conceito de Estado, o qual é concebido para a realização do bem comum e proteção do ser humano, passou-se a responsabilizá-lo por todos os seus atos e omissões, seja perante outros Estados, seja perante os indivíduos que se encontrem em seu território.

Assim, constatou-se que o Estado tem obrigação de garantir aos estrangeiros todos os direitos humanos essenciais ao pleno exercício de sua dignidade, não podendo impor-lhes certos deveres, como o serviço militar obrigatório<sup>241</sup>.

---

<sup>240</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Recta Ratio* nos fundamentos do *Jus Gentium* como Direito Internacional da Humanidade. In **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 13.

<sup>241</sup>KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 336.

De modo geral, os Estados entendiam que esse mínimo que deveria ser assegurado se restringia ao gozo dos direitos civis, considerando o imposto na Convenção de Direito Internacional Privado de 1928, conhecido como Código de Bustamante. Essa norma prevê que o standard mínimo de proteção ao estrangeiro seria os ditos direitos<sup>242</sup>, ainda que se permitisse a imposição de certas restrições ao exercício deles, desde que justificadas e amparadas no conceito de ordem pública (como é o caso, no Brasil, do direito ao trabalho remunerado, o qual só é concedido aos estrangeiros residentes e com visto para tanto).

Referido standard mínimo chegou a ser consignado no Código Civil brasileiro de 1916, mas não reproduzido no de 2002, que, em seu art. 3º, previa que “a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis<sup>243</sup>”.

Atualmente, percebe-se uma tendência a equiparar o “estatuto jurídico do estrangeiro ao do nacional<sup>244</sup>”, com base, especialmente, na universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos e na formação de espaços internacionais, como os blocos regionais. O ordenamento jurídico brasileiro, nesse contexto, seguindo referida mudança de paradigma, assegura, em sua Carta Fundamental, no artigo 5º<sup>245</sup>, uma igualdade de tratamento,

<sup>242</sup>Nos termos do art. 1º, “os estrangeiros que pertençam a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concedam aos nacionais. Cada Estado contratante pode, por motivo de ordem pública, recusar ou sujeitar a condições especiais o exercício de determinados direitos civis aos nacionais dos outros, e qualquer desses Estados pode, em casos idênticos, recusar ou sujeitar a condições especiais o mesmo exercício aos nacionais do primeiro”. (In **Legislação internacional**. Ricardo Seitenfus (org.). 2ª Ed. São Paulo: Manole, 2009. p. 1319).

<sup>243</sup>Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/13071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm). Acesso em 04.02.14. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, no Parecer Consultivo nº 18/03, advertiu que “Los principios de igualdad y no discriminación no implican que los derechos de los extranjeros deban ser equiparados en todos sus aspectos a los de los nacionales. Cada Estado ejerce su soberanía al definir el estatus jurídico que tendrán los extranjeros dentro de su territorio. Por ello, “se debe aplicar el principio de razonabilidad para delimitar el campo propio de acción de los foráneos en un país”” (p. 30) e complementa que a distinção poderia ocorrer nos seguintes termos: “Ningún derecho humano es absoluto y, por ende, su goce está supeditado a varias restricciones. El legislador puede establecer excepciones lógicas derivadas de la natural diferencia entre nacionales y extranjeros, pero no se pueden establecer distinciones que impliquen un vacío en el principio de igualdad. “Se debe tener presente que en todos los países existen diferencias de trato -que no riñen con los estándares internacionales de protección- por razones étareas, de género, entre otras”. (p. 31) (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio <http://www.corteidh.or.cr/index.php>, em 21.01.14).

<sup>244</sup>PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional público e privado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 257.

<sup>245</sup>“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” (CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10/01/14.)



estabelecendo os direitos e garantias individuais mínimos dos brasileiros e estrangeiros<sup>246</sup>. O Supremo Tribunal Federal, inclusive, já se manifestou sobre o tema, entendendo que a condição jurídica de estrangeiro, não o desqualifica como sujeito de direitos, titular, conseqüentemente, de todas as garantias constitucionais e legais, com pleno acesso à justiça e aos instrumentos processuais<sup>247</sup>.

Contudo, isso não eliminou completamente as distinções existentes entre os nacionais e os estrangeiros, como se percebe pelo disposto no art. 37, inciso I, da Constituição Federal, que permite, na forma da lei, ou seja, com restrições, o acesso desses “não nacionais” aos cargos, empregos e funções públicas, bem como, o art. 12, § 3º que prevê cargos privativos de brasileiros natos.

<sup>246</sup>Apesar do art. 5º mencionar que os direitos lá previstos são assegurados aos estrangeiros residentes, considerando a nova sistemática de proteção aos direitos humanos já mencionada, a doutrina constitucionalista e internacionalista dá uma interpretação extensiva ao dito dispositivo, entendendo que os direitos e garantias lá previstos se estendem aos estrangeiros não residentes. Nesse sentido: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 714.

<sup>247</sup>EM E N T A: "HABEAS CORPUS" - ESTRANGEIRO NÃO DOMICILIADO NO BRASIL - IRRELEVÂNCIA - CONDIÇÃO JURÍDICA QUE NÃO O DESQUALIFICA COMO SUJEITO DE DIREITOS E TITULAR DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS - PLENITUDE DE ACESSO, EM CONSEQÜÊNCIA, AOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE TUTELA DA LIBERDADE - PRECEDENTES - ACORDO BILATERAL BRASIL/RÚSSIA CELEBRADO PELOS RESPECTIVOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS COM O OBJETIVO DE VIABILIZAR O COMPARTILHAMENTO DE PROVA EM MATÉRIA PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE A EXECUÇÃO DESSE ACORDO DE COOPERAÇÃO RESULTAR EM IMEDIATA APLICAÇÃO, NO BRASIL, EM DETRIMENTO DO PACIENTE, DE QUALQUER MEDIDA PRIVATIVA DE SUA LIBERDADE INDIVIDUAL - SÚDITO ESTRANGEIRO QUE SEQUER SE ENCONTRA NO BRASIL - INOCORRÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO CONFIGURADORA DE IMEDIATA OFENSA À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO FÍSICA DO PACIENTE - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA DOUTRINA BRASILEIRA DO "HABEAS CORPUS" - CESSAÇÃO (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1926) - COMPARTILHAMENTO DE PROVA EFETIVADO COM A INTERMEDIÇÃO DE MISSÃO DIPLOMÁTICA ESTRANGEIRA, CUJOS ATOS NÃO ESTÃO SUJEITOS, EM REGRA, À AUTORIDADE JURISDICIONAL DOS MAGISTRADOS E TRIBUNAIS BRASILEIROS - CONSEQÜENTE INADMISSIBILIDADE DO "WRIT" CONSTITUCIONAL - PEDIDO NÃO CONHECIDO. O SÚDITO ESTRANGEIRO, MESMO AQUELE SEM DOMICÍLIO NO BRASIL, TEM DIREITO A TODAS AS PRERROGATIVAS BÁSICAS QUE LHE ASSEGUREM A PRESERVAÇÃO DO "STATUS LIBERTATIS" E QUE LHE GARANTAM A OBSERVÂNCIA, PELO PODER PÚBLICO, DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO "DUE PROCESS".- O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do "habeas corpus", em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de perseguição penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal.- A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. (...) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102041, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/04/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENTA VOL-02411-03 PP-00669. Acesso no sítio <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000167989&base=baseAcordaos>, em 16.01.14).

Os principais documentos jurídicos que regulam a situação do estrangeiro, no Brasil, são a Constituição Federal e a Lei 6.815/80. Esse último ato normativo é uma compilação da produção legislativa sobre a temática, tendo como fim social coibir a imigração clandestina, mas não desencorajar a imigração regular, tendo em vista a preservação da integridade institucional, resguardo dos interesses nacionais de conteúdo político, socioeconômico e cultural, e a defesa do trabalhador nacional.

O Estatuto do Estrangeiro<sup>248</sup> prevê, dentre outros, que:

Art. 1º Em tempo de paz, qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições desta Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardados os interesses nacionais.

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. 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão sempre condicionadas aos interesses nacionais.

Infelizmente, como se percebe dessa leitura inicial, referida norma ainda possui certas arbitrariedades, fruto, especialmente, do período ditatorial. Por essa razão, há necessidade de adequar dita norma aos ditames constitucionais e ao resgate da dignidade humana, o que impõe um abrandamento paulatino do rigorismo dos princípios estatuídos, ensejando a criação de leis de anistia e pontuais liberações às atividades do estrangeiro no Brasil. É isso, inclusive, que permite a manutenção desse diploma legal no ordenamento jurídico<sup>249</sup>.

Assim, considerando que condição jurídica do estrangeiro se relaciona com as normas que regulam a entrada, a permanência e a saída do indivíduo no território de um Estado do qual não é nacional<sup>250</sup>, passa-se a analisar os dispositivos que regulam a saída compulsória do estrangeiro do território nacional.

<sup>248</sup>ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. Disponível no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm). Acesso em 11/01/14.

<sup>249</sup>CAHALI. Op. Cit. p. 76.

<sup>250</sup>PORTELA. Op. cit. p. 257.

### 3.5 – A SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO DO ESTADO NACIONAL: MODALIDADES, DIREITOS E DEVERES DO ESTADO

Basicamente, são três as hipóteses de saída compulsória do estrangeiro, quais sejam, a deportação, a expulsão e a extradição. A primeira delas está regulada nos artigos 57 e seguintes da Lei 6.815/80, e representa o ato pelo qual o Estado retira de seu território o indivíduo irregular, seja pela forma como entrou no país, seja por não ter atendido aos requisitos para nele permanecer.

Considerando que a deportação se refere basicamente ao descumprimento de um ou mais requisitos de ingresso ou permanência (não se relacionando com o cometimento de qualquer crime), o Estado tem o direito de determinar essa saída compulsória, a qual será custeada, em regra, pela empresa transportadora e, em casos excepcionais, pelo Estado deportante (no Brasil, pelo Tesouro Nacional).

Ademais, considerando o art. 61 do Estatuto, pode o Estado determinar que o estrangeiro fique recolhido à prisão pelo prazo de sessenta dias. Contudo, como alerta Mazzuoli<sup>251</sup>, referido artigo deve ser adequado aos ditames constitucionais, em especial, ao direito de não ser preso sem que haja uma ordem escrita e fundamentada de uma autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI), de modo que, para que ocorra dito recolhimento, deve a Polícia Federal representar ao Juízo Federal, para que esse manifeste o interesse do Estado em impor tal medida.

Por outro lado, tem o dever de permitir a saída voluntária do estrangeiro; notificar, em regra, pessoalmente, por mandado ou por precatória, a decisão de deportação (podendo essa notificação ser dispensada em casos excepcionalíssimos); e sendo vetado ao país impor ao estrangeiro o retorno a “um Estado onde é perseguido por crime político ou crime não tipificado no ordenamento brasileiro ou, ainda, quando o indivíduo puder retornar a

---

<sup>251</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 716.

país onde possa sofrer pena não permitida pelo Direito brasileiro (art. 63)<sup>252</sup>”, bem como realizar deportações coletivas.

A expulsão, por outro lado, refere-se ao ato pelo qual o ente estatal determina a saída do estrangeiro nocivo aos interesses nacionais, estando prevista nos artigos 65 ao 75 do Estatuto do Estrangeiro. Ela, apesar de não se configurar uma pena, no sentido criminal<sup>253</sup>, é uma medida repressiva, inerente ao poder de polícia do Estado. Caracteriza-se por ser uma medida político-administrativa discricionária, que depende de um processo (o qual inicia com um inquérito, regulado pelo art. 70 do Estatuto e art. 103 do Decreto nº 86.715/81), em que sejam respeitados o contraditório e a ampla defesa do estrangeiro, e que está sujeita a controle de legalidade e constitucionalidade pelo Judiciário (conforme reconheceu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 82893/SP<sup>254</sup>).

O Estado, então, tem o direito de expulsar o estrangeiro, quando configurada uma das hipóteses legais que autorizam a decretação de tal saída (art. 65 da Lei 6.815/80). Deve-se alertar, contudo, que algumas das previsões que ensejariam a expulsão são bastante genéricas e subjetivas, de modo que, nos casos em que essa medida for necessária, deve se analisar a situação sob a ótica dos princípios consagrados na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos, não sendo absoluto o direito do Estado de determinar a saída compulsória do estrangeiro.

Além disso, tem a prerrogativa de impossibilitar o regresso dele até que ocorra a revogação de tal ato, e determinar sua prisão pelo prazo de noventa dias, prorrogável por igual período, para concluir o inquérito ou assegurar a execução da medida. Nesse caso,

<sup>252</sup>PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional público e privado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009. p. 264-265.

<sup>253</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 718.

<sup>254</sup>EMENTA: 1. EXPULSÃO. (...). 2. EXPULSÃO. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. **Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade**. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade. (HC 82893, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2004, DJ 08-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02186-01 PP-00171 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 345-353 RTJ VOL-00193-02 PP-00598)

também vale a ressalva feita anteriormente de necessidade de adequação do art. 69 à Constituição Federal, de modo que o Juízo Federal é o competente para determinar dito recolhimento (e não o Ministro da Justiça), após representação da Polícia Federal.

Nos termos do art. 71 da Lei 6.815/80, o inquérito será sumário quando ocorrer “infração contra a segurança nacional, a ordem política ou social e a economia popular”, bem como em casos de “comércio, posse ou facilitação de uso indevido de substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, ou de desrespeito à proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro”, reduzindo o prazo do inquérito para quinze dias, permitido, durante esse período, o direito à ampla defesa.

Em compensação, não pode expulsar seus nacionais (já que isso configuraria a pena de banimento, vetada pelo art. 5º, inciso XLVII, alínea “d”, da Carta Maior); não pode determinar dita saída nas hipóteses que configurariam extradição inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro; e não pode determinar expulsões coletivas.

Essa medida, acrescente-se, não tem efeitos imediatos (dependendo de ato formal do Presidente da República, o qual analisará a conveniência e a oportunidade de decretar a saída), e, portanto, permite que o estrangeiro ingresse com medidas para evitar essa imposição, como a utilização da garantia do *habeas corpus* ou com a solicitação de reconsideração da decisão.

Por fim, considerando a especial proteção à família, a lei proíbe essa forma de saída compulsória do estrangeiro que estiver casado a mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou quando tiver filhos anteriores ao fato que motivou sua retirada do país. Isso, inclusive, motivou a criação da Súmula 1 do Supremo Tribunal Federal, a qual determina que “É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”.

Pelo exposto, percebe-se que a deportação e a expulsão são institutos completamente diferentes, tendo causas, procedimento e efeitos distintos, e as consequências dessa última forma de saída compulsória são mais relevantes para o estudo da observância, pelo Estado, dos direitos dos estrangeiros<sup>255</sup>.

A última forma de saída compulsória é a extradição. Ela pode ser conceituada como a “entrega de um indivíduo, que está no território do Estado solicitado, para responder a processo penal ou cumprir pena no Estado solicitante<sup>256</sup>”. Portanto, não se trata de uma pena, mas uma simples medida de cooperação internacional para a repressão de crimes.

Pode-se distinguir as três medidas compulsórias da seguinte forma:

enquanto a deportação se dirige às hipóteses de entrada ou estada irregular, a expulsão se volta contra o estrangeiro nocivo ou indesejável ao convívio social, sendo a extradição a forma processual admitida, de colaboração internacional, para fazer com que um infrator da lei penal, refugiado em um país, se apresente ao juízo competente de outro país onde o crime foi cometido<sup>257</sup>.

Deve-se ressaltar, contudo, que não há uma regra de direito internacional que exija do Estado a entrega de um fugitivo da justiça que se encontra em seu território<sup>258</sup>, sendo, por isso, um instrumento de cooperação judiciária que presume um tratado bilateral ou uma promessa de reciprocidade.

---

<sup>255</sup> Yussef Cahali distingue os institutos da seguinte forma: “a) quanto à sua causa – a deportação se basta com a entrada ou estada irregular no País, isto é, o estrangeiro aqui se introduziu sem estar devidamente autorizado para tanto, nem satisfaz a posteriori as condições legais de permanência; para a expulsão, a lei enumera atos raticados pelo estrangeiro, que justificariam a medida e, genericamente, seu comportamento atentatório à segurança nacional, à ordem política ou social, à tranquilidade ou imoralidade pública e aos interesses nacionais; b) quanto ao processo – a deportação, em geral, não depende de processo específico, para ela bastando a verificação pelas autoridades competentes da irregularidade da entrada ou permanência do estrangeiro no território nacional; e só depois de notificado para retirar-se voluntariamente do Brasil, não fazendo, sujeita-se à retirada compulsória; na expulsão, exige-se inquérito policial ou investigação sumária, com observância de regras processuais mais rígidas, sendo da competência exclusiva do Presidente da República sua decretação; c) quanto aos efeitos – a deportação não é propriamente uma medida punitiva, nem deixa sequelas – apenas afasta do território nacional o estrangeiro que nele se encontra em situação irregular, mas não impede o seu regresso de forma regular; a expulsão afasta do território nacional o estrangeiro, sujeitando-o a sanções penais em caso de reingresso sem ter sido revogado o ato expulsório”. (CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 178).

<sup>256</sup> TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*. RT 787/437. Maio/2001. In **Direito internacional privado: teoria geral**. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 716.

<sup>257</sup> GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Manual de extradição**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 18.

<sup>258</sup> BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd Ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2003. p. 179.

Nesse sentido, justifica Cahali<sup>259</sup>, apoiado nas lições de Albuquerque Mello, que, apesar de existir uma solidariedade entre os Estados para combater o crime e um dever moral de assistência mútua entre eles, isso não foi suficiente para criar um direito e o consequente dever de extradição na ordem internacional, só existindo essa obrigação quando houver um tratado internacional que consigne esse compromisso. Caso contrário, poderia se dizer que haveria um dever moral, mas não jurídico.

Por não existir essa imposição, sendo uma discricionariedade do Estado entregar ou não o estrangeiro infrator, há quem diga que o ato extraditório é uma expressão da soberania<sup>260</sup>, sendo essa a posição do Supremo Tribunal Federal<sup>261</sup>.

Essa forma de saída foi regulada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LI e LII, art. 22, inciso XV, e art. 102, inciso I, alínea “g”), pelo Estatuto do Estrangeiro (arts. 76 a 94) e no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 207 a 214<sup>262</sup>).

<sup>259</sup>CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 255.

<sup>260</sup>Por exemplo: PEREIRA, Lafayette Rodrigues apud CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 257; bem como GLAHN, Gerhard Von. **Law among nations**: na introduction to public international Law. 7th Ed. Massachusetts: Macmillan Publishing Company, 1995. p. 220.

<sup>261</sup>Na Ext 272, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJ 20-12-1967 PP-04383 EMENT VOL-00714-01 PP-00020 RTJ VOL-00043-01 PP-00168, o Supremo consignou que: “ 1) EXTRADIÇÃO. A) O DEFERIMENTO OU RECUSA DA EXTRADIÇÃO E DIREITO INERENTE A SOBERANIA. (...)”

<sup>262</sup>Art. 207. Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do *Supremo Tribunal Federal* sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.

Art. 208. Não terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal.

Art. 209. O Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e requisitará a sua apresentação.

Art. 210. No interrogatório, ou logo após, intimar-se-á o defensor do extraditando para apresentar defesa escrita no prazo de dez dias.

§ 1º O Relator dará advogado ao extraditando que não o tiver, e curador, se for o caso.

§ 2º Será substituído o defensor, constituído ou dativo, que não apresentar a defesa no prazo deste artigo.

Art. 211. É facultado ao Relator delegar o interrogatório do extraditando a juiz do local onde estiver preso.

Parágrafo único. Para o fim deste artigo, serão os autos remetidos ao juiz delegado, que os devolverá, uma vez apresentada a defesa ou exaurido o prazo.

Art. 212. Junta a defesa e aberta vista por dez dias ao Procurador-Geral, o Relator pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Estado requerente da extradição poderá ser representado por advogado para acompanhar o processo perante o Tribunal.

Art. 213. O extraditando permanecerá na prisão, à disposição do Tribunal, até o julgamento final.

Art. 214. No processo de extradição, não se suspende no recesso e nas férias o prazo fixado por lei para o cumprimento de diligência determinada pelo Relator ou pelo Tribunal.

Para que possa ocorrer a extradição, é necessário que haja um pedido, solicitação ou reclamação de um Estado, mencionando um processo penal (em andamento ou concluído), descrevendo o fato tido como criminoso, o qual não pode ter tido a punibilidade extinta pelo decurso do tempo, e que ambos os Estados considerem o fato como ilícito penal comum, ou seja, não é passível dessa saída compulsória aquele que comete crime político.

Diferencia-se da expulsão, pois, como visto, esta é um “ato unilateral, espontâneo e voluntário<sup>263</sup>”, em que o Estado atua em seu interesse, em defesa de sua ordem interna, sendo irrelevante o fato do estrangeiro ter antecedentes criminais em outro país ou estar sendo procurado pela não observância do ordenamento jurídico. Já a extradição é ato bilateral, fundado na colaboração internacional, buscando preservar o interesse persecutório do Estado solicitante de reprimir crimes cometidos em seu território, garantindo que esse não restará impune e aplicando a justiça.

O processo de extradição possui algumas fases. Inicia-se com o processo administrativo, o qual é da responsabilidade do Poder Executivo, seguido por uma etapa judiciária, exame de legalidade e procedência do pedido pelo Supremo Tribunal Federal, e finalizado por outra administrativa, entrega do extraditando ou negativa do pedido.

Cabe, então, ao Estado solicitante<sup>264</sup> requerer ao Ministério das Relações Exteriores, ou, caso o pedido parta do Brasil, o Ministro da Justiça solicita ao Ministro das Relações Exteriores que apresente a demanda ao governo estrangeiro, sendo o pleito apreciado quanto a sua viabilidade (existência de tratado bilateral ou promessa de reciprocidade), conforme artigo 80 do Estatuto do Estrangeiro.

O Estado pode requerer a prisão imediata do extraditando, conforme noticia o art. 82 do regramento em análise, o qual foi alterado pela Lei 12.878, de 04 de novembro de

<sup>263</sup>CAHALI. Op. cit. p. 257.

<sup>264</sup>Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, conforme se constata na seguinte ementa: Extradição. Pressuposto. Competência. 1. É pressuposto essencial da extradição que seja ela requerida por Governo de país estrangeiro. 2. Pedido não conhecido, visto que formulado por autoridade judiciária estrangeira. (Ext 314, Relator(a): Min. BILAC PINTO, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/1972, DJ 23-02-1973 PP-00900 EMENT VOL-00900-01 PP-00001 RTJ VOL-00064-01 PP-00022)



2013, estatuinto que, em caso de urgência e antes da formalização do pedido, pode-se requerer a prisão cautelar do estrangeiro, “que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, representará ao Supremo Tribunal Federal”. Caso deferida, o extraditando permanecerá preso até o final do julgamento, “não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue” (parágrafo único do artigo 84), tendo o direito de que o tempo de reclusão seja contabilizado quando do cumprimento da pena imposta pelo Estado estrangeiro.

Após, o processo é encaminhado ao Judiciário (art. 81 da Lei 6.815/80, com a nova redação dada pela Lei 12.878/13), o qual averiguará a legalidade do pedido, sem interferir no mérito deste, ou seja, é vedado ao Supremo analisar “o acerto ou o desacerto da Justiça estrangeira ou emitir juízo de valor sobre eventuais falhas ou vícios que porventura maculem o processo em trâmite no Estado de origem<sup>265</sup>”.

Alguns pressupostos devem ser atendidos, entretanto, como o princípio da especialidade, que determina que ao Estado é vedado punir o extraditando por crime diverso daquele que motivou o requerimento inicial (há a possibilidade, contudo, de se formular pedido de extradição supletiva, caso deseje adicionar novo delito); e o da identidade, que impõe a não extradição quando o fato, tido como criminoso, não tiver a mesma qualificação penal no Brasil.

Assim, cabe ao Supremo Tribunal Federal averiguar se, no pedido, está previsto algumas das causas em que a extradição é vetada (art. 5º, inciso LI e LII, da Constituição Federal<sup>266</sup> e art. 77 do Estatuto). Necessário frisar, como alerta Mazzuoli<sup>267</sup>, que o parágrafo primeiro do artigo 77 da Lei 6.815/80 não foi recepcionado, pois o texto

---

<sup>265</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. RT 906/159. Abril de 2011. In **Direito internacional privado: teoria geral**. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 833.

<sup>266</sup>Deve-se ressaltar que, assim como é vedado extraditar o nacional, considerando o Tratado de amizade celebrado entre Brasil e Portugal (Decreto nº 3.927/01), desde que requerido o reconhecimento da igualdade de direitos, os portugueses também não estarão sujeitos à extradição, salvo quando requerida pelo governo do Estado do qual é nacional. Quanto ao tema, sugere-se a leitura de BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Manual de extradição**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros, 2012. p. 45-46.

constitucional protege o crime político, o qual tem primazia, e não a lei penal comum do Estado estrangeiro. Havendo conexão, a solução é encontrada com a preponderância do primeiro, sob pena de distorção do comando constitucional que impõe a impossibilidade de extradição por crime político.

Outra questão que merece atenção diz respeito ao direito do estrangeiro de não lhe ser aplicada quaisquer das penas previstas no artigo 5º, inciso XLVII. O Tribunal constitucional sedimentou seu entendimento<sup>268</sup> no sentido que, para que seja concedida a saída compulsória do estrangeiro, cabe ao Estado requerente se comprometer, formalmente, em comutar a pena, inadmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, para a pena privativa de liberdade, desde que o prazo da penalidade não supere trinta anos.

Diferentemente da expulsão, o fato do estrangeiro constituir família não impede a extradição. Essa é a posição do Supremo Tribunal Federal, tendo sido objeto de Súmula, a 421, que aduz que “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditado

<sup>267</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 731. Ele aduz que: “(...) o que o texto constitucional brasileiro protege é o crime político enquanto tal e não a lei penal comum estrangeira, que sobre ele não prevalece. É dizer, o delito de caráter político tem *primazia* sobre os crimes comuns e não o contrário. Assim, havendo conexão entre um delito político e um crime comum, o problema se resolve em favor do primeiro, sob pena de violação do comando constitucional que impede a extradição por motivo de crime político”.

<sup>268</sup>Extradição — Pena de morte — Compromisso de comutação. — O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses de imposição do *supplicium extremum*, exige que o Estado requerente assuma, formalmente, o compromisso de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira — fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permite a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Hipótese incorrente no caso. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, a - outorga, à Missão Diplomática, o poder de representar o Estado acreditante (*État d'envoi*) perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. Desse modo, o Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar, a pena de morte, em pena privativa de liberdade. Esse compromisso pode ser validamente prestado antes da entrega do extraditando ao Estado requerente. O compromisso diplomático em questão traduz pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento do pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal. (Ext 744, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-99, Plenário, DJ de 18-2-00). No mesmo sentido: Ext 1.176, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 10-2-2011, Plenário, DJE de 1º-3-2011; Ext 633, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-8-96, Plenário, DJ de 6-4-2001.

O Supremo Tribunal Federal, em recente revisão da jurisprudência, firmou a orientação de que o Estado requerente deve emitir prévio compromisso em comutar a pena de prisão perpétua, prevista pela legislação argentina, para a pena privativa de liberdade com o prazo máximo de trinta anos. Esse entendimento baseia-se na garantia individual fundamental prevista pelo art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal do Brasil. (Ext 985, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 6-4-06, Plenário, DJ de 18-8-06.) **No mesmo sentido:** Ext 1.197, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 25-11-2010, Plenário, DJE de 13-12-2010. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2006. P. 12-13.)

casado com brasileira ou ter filho brasileiro<sup>269</sup>”, a qual, segundo esse Guardião da Constituição, mesmo tendo sido produzida sob a égide da Carta Fundamental passada, ainda seria compatível com a vigente (Ext 839, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-11-03, Plenário, *DJ* de 19-3-04) .

Ademais, os dois institutos ainda se distanciam pelo fato de, após o julgamento ou cumprimento da pena, o estrangeiro poder regressar ao Brasil, sem que haja a necessidade de qualquer revogação de ato anterior.

Por fim, a última fase se refere à entrega do extraditando ou a negativa ao pleito extraditório. A maior problemática, nesse ponto, diz respeito a se o Executivo estaria vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da concessão do pedido. Observe-se que não há dúvidas de que, caso os Ministros do Supremo não autorizarem o requerimento,

---

<sup>269</sup>“A existência de filhos brasileiros e/ou a comprovação de vínculo conjugal ou de convivência *more uxório* do extraditando com pessoa de nacionalidade brasileira constituem fatos destituídos de relevância jurídica para efeitos extradicionais, não impedindo, em consequência, a efetivação da extradição do súdito estrangeiro. A superveniência da nova ordem constitucional não afetou a validade da formulação contida na Súmula 421/STF, que subsiste íntegra sob a égide da vigente Constituição republicana. Precedentes.” (Ext 833, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 18-9-02, Plenário, *DJ* de 6-12-02). **No mesmo sentido:** Ext 1.178, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 10-6-2010, Plenário, *DJE* de 22-10-2010; Ext 1.139, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-9-09, Plenário, *DJE* de 2-10-09; Ext 1.094, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-4-08, Plenário, *DJE* de 25-4-08; Ext 948, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 19-5-05, Plenário, *DJ* de 3-6-05; Ext 947, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 14-4-05, Plenário, *DJ* de 20-5-05; Ext 879, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 28-10-04, Plenário, *DJ* de 3-12-04; Ext 766, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 6-4-00, Plenário, *DJ* de 10-8-00.

A circunstância de o extraditando ser casado com brasileira e possuir filho brasileiro não impede a extradição (Súmula 421), nem, tampouco, o fato de desenvolver atividade lícita no Brasil (Ext 579) (*RTJ* 164/416-417, Rel. Min. Ilmar Galvão). A razão subjacente ao entendimento jurisprudencial e à formulação sumular em causa restou claramente evidenciada em preciso voto proferido pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Ext n. 510 República Portuguesa (*RTJ* 139/470, 472-473), ocasião em que se acentuou, depois de reconhecida a possibilidade de superpor-se, o interesse do filho brasileiro, ao juízo de conveniência peculiar aos institutos da expulsão e da deportação, que: ‘Na extradição, ao contrário, sempre se reputou irrelevante a circunstância, porque se trata de medida de cooperação internacional à repressão de um comportamento criminoso. Aí, no campo da repressão penal, a paternidade do estrangeiro de filho brasileiro não impede a sua extradição, assim, como, no foro interno, ter filho menor e dependente não impede a condenação do brasileiro, embora também importe a sua segregação da família, com evidente prejuízo à assistência devida ao menor. Não se trata de uma criação arbitrária da Súmula 421. Creio mesmo (...) que essa regra de irrelevância das relações familiares no foro, no tocante à extradição, se possa considerar uma regra uniforme no Direito Extraditório Comparado.’ (grifei) Digo eu. Os efeitos decorrentes de eventual desagregação da família refogem ao âmbito do controle limitado da extradição. A matéria relativa à proteção de adolescente é da competência do Juizado da Infância e da Juventude (ECA, art. 148, IV, e art. 208, VI e parágrafo único).” (Ext 820, Rel. Min. Nelson Jobim, decisão monocrática, julgamento em 2-9-02, *DJ* de 9/9/02)

Fonte: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2006. P. 15-16.

o Presidente da República não tem a discricionariedade de contrariar esta decisão, pois cabe exclusivamente ao Pretório Excelso decidir sobre a legalidade do pedido.

Para Rezek<sup>270</sup>, o Poder Judiciário deteria a palavra final quanto à extradição, não se limitando “assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária”.

Celso D. de Albuquerque Mello<sup>271</sup>, por outro lado, afirma que seria o Poder Executivo que decidiria sobre a saída compulsória do estrangeiro, já que a ele compete manter as relações internacionais. Para referido autor, a extradição ou não “é um ato do estado e no interior deste do Poder Executivo que é quem conduz a política externa. Tanto assim é que, no Brasil, ela é ato do Poder Executivo. O Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) apenas analisa as condições formais<sup>272</sup>”.

Mazzuoli<sup>273</sup>, em contrapartida, prevê uma solução mista, em que o Executivo teria poder de decisão, desde que não esteja presente um tratado bilateral de extradição com o Estado Requerente. Em suas palavras<sup>274</sup>:

Mas, atente-se bem: se o pedido estiver fundamentado em tratado, isso significa que o *governo* não pode deixar de atender à norma convencional, devendo enviar para o Supremo Tribunal Federal a solicitação de extradição. Este último órgão, contudo, não está obrigado a deferir o pedido extradicional, caso não entenda presentes os requisitos de legalidade para a sua concessão. Mas, caso o STF o defira, estará então o governo obrigado a entregar o extraditando (uma vez que a existência de tratado vincula o Brasil na arena internacional), a menos que o Estado requerente não atenda aos requisitos do art. 91, incs. I a V, do Estatuto do Estrangeiro, que lhe impõe o compromisso de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua

<sup>270</sup>REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.200.

<sup>271</sup>MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**: uma introdução. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 185.

<sup>272</sup>Id Ibid. p. 184-185.

<sup>273</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 727 e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. RT 906/159. Abril de 2011. In **Direito internacional privado**: teoria geral. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 832-833.

<sup>274</sup>MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 727.

aplicação; de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

O Supremo Tribunal Federal, após muito debate, adotou, em acórdão não unânime, a segunda teoria, aduzindo que “a decisão do deferimento da extradição não vincula o Presidente da República<sup>275</sup>”.

### 3.6 – TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE A SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO

Vários tratados internacionais procuram proteger o estrangeiro das arbitrariedades estatais. Nesse capítulo, buscará se analisar os alguns dos principais documentos que regulam o tema da saída compulsória do estrangeiro.

Quanto à expulsão, primordial o estudo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966<sup>276</sup>, o qual, como visto, faz parte da Carta Internacional dos Direitos Humanos, sendo a base do sistema geral de proteção da Organização das Nações Unidas, e que, em seu artigo 13, prevê que o estrangeiro que ingresse legalmente no território de um Estado Parte só pode ser expulso por decisão baseada em lei, e, salvo raras exceções, após um processo, em que lhe tenha sido assegurada a ampla defesa, assistência técnica e possibilidade de revisão do julgado por outra autoridade competente.

O artigo 22, parágrafo 6º, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>277</sup> também estatui que “o estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado-parte na presente

<sup>275</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação nº 1.085. Requerente: Governo da Itália. Extraditando: Cesare Battisti. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em 28/04/2012.

<sup>276</sup>Recepcionado pelo Brasil, promulgado pelo Decreto nº 592/92. Acesso no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm), em 18.01.14. Seu artigo 13 estabelece que “Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo”.

<sup>277</sup>Recepcionado pelo Brasil, Decreto nº 678/92. Acesso no endereço eletrônico [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm), em 18.01.14.

Convenção só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei”. Esse mesmo dispositivo, em seu parágrafo 8º, determina que “em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas” e, o parágrafo 9º, veda a expulsão coletiva de estrangeiros.

O Estatuto dos Apátridas prevê, em seu artigo 31, que “os Estados Contratantes não expulsarão um apátrida que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública”. Assim, o reconhecimento da apatridia também é um limitador ao direito de impor a saída compulsória do estrangeiro, sendo obrigatória a observância do devido processo legal, quando aberto o processo de expulsão, concedendo-se ainda ao indivíduo um prazo razoável para procurar obter admissão regular em outro país hospedeiro.

Por fim, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, promulgada em 1984, previu que “nenhum Estado-parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado, quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura<sup>278</sup>” (art. 3º, parágrafo 1º).

No que tange à extradição, como visto, não há uma regra internacional a impondo. O Brasil, contudo, possui tratados de extradição com vários países e até com blocos<sup>279</sup>.

O Código de Bustamante, promulgado pelo Decreto nº 18.871/29<sup>280</sup>, traz uma importante contribuição quanto ao tema, regulando a extradição em seu título terceiro. Dentre

---

<sup>278</sup> Acesso no sítio <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>, em 18.01.14

seus dispositivos, merece destaque o art. 345, o qual estabelece que “os Estados contratantes não estão obrigados a entregar os seus nacionais”, mas “a nação que se negue a entregar um de seus cidadãos fica obrigada a julgá-lo”. Ademais, determina que “estão excluídos da extradição os delitos políticos e os com eles relacionados, segundo a definição do Estado requerido” (art. 355).

Na XI Conferência Interamericana, a Comissão Jurídica Interamericana estabeleceu critérios para a configuração dos delitos políticos, facilitando um tratamento igualitário quanto ao tema. Para referida comissão<sup>279</sup>, são considerados políticos as infrações contra a organização e funcionamento do Estado e as conexas com eles, não integrando essa categoria os crimes de barbárie e vandalismo, que excedam os limites de ataque ou de defesa, e o genocídio.

<sup>279</sup>Como, por exemplo: Argentina (tratado assinado em 15.11.61 e promulgado pelo Decreto nº 62.979/68); Austrália (datado de 22.08.94 e promulgado pelo Decreto nº 2.010/96); Bélgica (06.05.53, Decreto nº 41.909/57); Bolívia (assinado em 25.02.38, Decreto nº 9.920/42); Chile (estabelecido em 08.11.35, Decreto nº 1.888/37); Colômbia (assinado em 28.12.38, e promulgado pelo Decreto nº 6.330/40); Coreia do Sul (01.09.95, Decreto nº 4.152/02); Equador (convencionado em 04.03.37, promulgado pelo Decreto nº 2.950/38); Espanha (02.02.88, Decreto nº 99.340/90); Estados Unidos da América (estabelecido em 13.01.61, Decreto nº 55.750/65); França (assinado em 28.05.96 e promulgado pelo Decreto nº 5.258/04); Itália (previsto em 17.10.89, incorporado pelo Decreto nº 863/93); Lituânia (criado em 28.09.37, promulgado pelo Decreto nº 4.528/39); Mercosul (tratado assinado em 10.12.98, incorporado pelo Decreto nº 4.975/04); Mercosul, Bolívia e Chile (10.12.98 e Decreto nº 5.867/06); México (convencionado em 28.12.33, e promulgado pelo Decreto nº 2.535/38); Paraguai (estabelecido em 24.02.22 e regulado pelo Decreto nº 16.925/25); Peru (assinado em 25.08.03, e promulgado pelo Decreto nº 5.853/06); Portugal (07.05.91, Decreto nº 1.325/94); Reino Unido e Irlanda do Norte (convencionado em 18.06.95, incorporado pelo Decreto nº 2.347/97); República Dominicana (criado em 17.11.03, promulgado pelo Decreto nº 6.738/09); Romênia (assinado em 12.08.03, Decreto nº 6.512/08); Rússia (estabelecido em 14.01.02, Decreto nº 6.056/07), Suíça (23.07.32, Decreto nº 23.997/34); Ucrânia (assinado em 21.10.03 e promulgado pelo Decreto nº 5.938/06); Uruguai (criado em 27.12.16 e incorporado pelo Decreto nº 13.414/19); e Venezuela (estabelecido em 07.12.38 e Decreto nº 5.362/40).

Informação obtida no site do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no endereço eletrônico <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoTratadoExtradicaoTextual&pagina=IndiceTratadoExtradicao>, em 18.01.14.

<sup>280</sup>BRASIL. DECRETO Nº 18.871/29 Acesso no sítio [http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=18871&tipo\\_norma=DEC&data=19290813&link=s](http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=18871&tipo_norma=DEC&data=19290813&link=s), em 18.01.14.

<sup>281</sup>*Apud* TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. RT 787/437. Maio/2001. In **Direito internacional privado: teoria geral**. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 724. Segundo citam: “1. São delitos políticos as infrações contra a organização e funcionamento do Estado. 2. São delitos políticos as infrações conexas com os mesmos. Existe conexidade quando a infração se verificar: 1) para executar ou favorecer o atentado configurado no número 1; 2) para obter a impunidade pelos delitos políticos. 3. Não são delitos políticos os crimes de barbárie ou vandalismo e em geral todas as infrações que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa. 4. Não é delito político o genocídio, de acordo com a Convenção das Nações Unidas”.

A Convenção Modelo da ONU sobre Extradicação estatuiu, em seu art. 3º, que “a extradicação não será concedida se o delito que motivou o pedido extradicional for qualificado no Estado requerido como de natureza política<sup>282</sup>”.

A Convenção sobre Asilo Territorial<sup>283</sup>, em seu artigo primeiro, estatui que “todo Estado tem direito, no exercício de sua soberania, de admitir dentro, de seu território as pessoas que julgar conveniente, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação”, bem como que “nenhum Estado é obrigado a entregar a outro Estado ou a expulsar de seu território pessoas perseguidas por motivos ou delitos políticos” e “a extradicação não se aplica quando se trate de pessoas que segundo a classificação do Estado suplicado, sejam perseguidas por delitos políticos ou delitos comuns cometidos com fins políticos, nem quando a extradicação for solicitada obedecendo a motivos predominantemente políticos” (arts. 3º e 4º).

O asilo político, apesar de não impedir a expulsão e a extradicação, restringe-as, já que não pode o estrangeiro ser enviado para o país em que é procurado por crime político. O Supremo Tribunal Federal<sup>284</sup> já se pronunciou nesse sentido, informando que a concessão de asilo, independentemente da modalidade, não impede a imposição da saída do estrangeiro, devendo a matéria ser apreciada pelo Pretório Excelso (não pelo governo), já que referido poder não está vinculado ao juízo formulado pelo Executivo. Contudo, alerta que o estrangeiro asilado não será passível de extradicação quando a razão do pleito do Estado requerente for crime político ou de opinião, por exemplo.

---

<sup>282</sup>Id Ibid. p. 724.

<sup>283</sup>CONVENÇÃO SOBRE ASILO TERRITORIAL. Promulgada pelo Decreto nº 55.929/65. Acesso no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55929.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55929.htm), em 18.01.14.

<sup>284</sup>“A CONCESSÃO DO ASILO DIPLOMATICO OU TERRITORIAL NÃO IMPEDE, SÓ POR SI, A EXTRADIÇÃO, CUJA PROCEDENCIA E APRECIADA PELO SUPREMO TRIBUNAL E NÃO PELO GOVERNO.” (Ext 232 segunda, Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 09/10/1961, DJ 17-12-1962 PP-\*\*\*\*\* EMENT VOL-00526-01 PP-00021 RTJ VOL-00026-01 PP-00001 ADJ DATA 04-04-1963 PP-00070)



Ademais, a condição de refugiado impede a expulsão e a deportação do estrangeiro para o país onde sofreu ou possa vir a sofrer perseguição. O princípio da proibição da devolução ou *non-refoulement*, previsto no parágrafo primeiro do artigo sétimo da lei 9.474/97, impossibilita que a deportação ou expulsão do estrangeiro solicitante de refúgio ou já tido como refugiado para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Os artigos 32 e 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados também consigna essa vedação.

O artigo 22, parágrafo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos assim determina que “em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou devolvido a outro país, seja ou não o de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal está em risco de violação por causa de raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas<sup>285</sup>”. Além disso, referida condição também impede o prosseguimento de qualquer pedido de extradição, suspendendo o processo extraditório, até a decisão definitiva, caso haja a solicitação do refúgio, nos termos dos arts. 33 e 34 da Lei nº 9.474/97.

---

“A INEXTRADITABILIDADE DE ESTRANGEIROS POR DELITOS POLITICOS OU DE OPINIAO REFLETE, EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, UMA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL REPUBLICANA. DELA EMERGE, EM FAVOR DOS SUDITOS ESTRANGEIROS, UM DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO, O PONIVEL AO PRÓPRIO ESTADO E DE COGENCIA INQUESTIONAVEL. HÁ. NO PRECEITO NORMATIVO QUE CONSAGRA ESSE FAVOR CONSTITUTIONIS, UMA INSUPERAVEL LIMITAÇÃO JURÍDICA AO PODER DE EXTRADITAR DO ESTADO BRASILEIRO. . - NÃO HÁ INCOMPATIBILIDADE ABSOLUTA ENTRE O INSTITUTO DO ASILO POLÍTICO E O DA EXTRADIÇÃO PASSIVA, NA EXATA MEDIDA EM QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NÃO ESTA VINCULADO AO JUÍZO FORMULADO PELO PODER EXECUTIVO NA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DAQUELE BENEFICIO REGIDO PELO DIREITO DAS GENTES. DISSO DECORRE QUE A CONDIÇÃO JURÍDICA DE ASILADO POLÍTICO NÃO SUPRIME, SÓ POR SI, A POSSIBILIDADE DE O ESTADO BRASILEIRO CONCEDER, PRESENTES E SATISFEITAS AS CONDIÇÕES CONSTITUCIONAIS E LEGAIS QUE A AUTORIZAM, A EXTRADIÇÃO QUE LHE HAJA SIDO REQUERIDA. O ESTRANGEIRO ASILADO NO BRASIL SÓ NÃO SERÁ PASSIVEL DE EXTRADIÇÃO QUANDO O FATO ENSEJADOR DO PEDIDO ASSUMIR A QUALIFICAÇÃO DE CRIME POLÍTICO OU DE OPINIAO OU AS CIRCUNSTANCIAS SUBJACENTES A AÇÃO DO ESTADO REQUERENTE DEMONSTRAREM A CONFIGURAÇÃO DE INACEITAVEL”(Ext 524, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 31/10/1990, DJ 08-03-1991 PP-02200 EMENT VOL-01610-01 PP-00058 RTJ VOL-00134-01 PP-00056)

<sup>285</sup>Tradução livre. Redação original: “En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”. DECLARAÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm), em 16.01.14.

Concluída, portanto, essa análise dos tratados internacionais que interferem mais diretamente na saída compulsória do estrangeiro.

### 3.7 – COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL EM CASO DE SAÍDA COMPULSÓRIA DO ESTRANGEIRO NO BRASIL

Como visto, a saída compulsória do estrangeiro pode ser decretada por motivos diversos, desde a simples entrada irregular até o cometimento de um crime. Cumpre observar, nesse momento, as autoridades competentes para iniciar o processo, decretar e julgar os casos que envolvam a imposição de partida desses não nacionais, observando se seus direitos humanos estão sendo resguardados.

A imigração irregular, seja pela entrada ou pelos critérios para a permanência, é o maior motivo para a imposição da deportação. Compete ao Departamento de Polícia Federal notificar previamente o estrangeiro sobre o processo de deportação, dando-lhe prazo para que ou saia voluntariamente do território nacional ou apresente as razões que o impedem de partir. Caso ele desatenda essa imposição e não apresente motivo justo para permanecer, pode-se impor diretamente essa medida.

Perceba-se que, nessa hipótese, não há, em regra, envolvimento do governo federal e independe de processo judicial. A exceção ocorre quando houver necessidade de prisão temporária do deportando, já que se exige que a Polícia Federal requeira a medida à Justiça Federal ou quando o Departamento de polícia ignora, por exemplo, o fato de que a deportação implica em extradição inadmitida pela lei, podendo o deportando, através da justiça, impugnar dita decisão de deportação por *habeas corpus*.

A expulsão, por outro lado, por ser medida repressiva motivada pela prática de um crime ou por conduta incompatível com os interesses nacionais brasileiros, precisa da

abertura de um procedimento administrativo para que ocorra. Assim, compete ao Juiz, à Polícia Federal ou ao Ministério Público informar ao Ministério da Justiça a prisão ou a condenação de qualquer pessoa estrangeira que tenha cometido crime, para que este Ministério providencie a autuação de processo administrativo para fins de expulsão<sup>286</sup>.

Recebida a notificação, o Diretor do Departamento de Estrangeiros, por despacho, determina a instauração de inquérito administrativo para fins de expulsão, o qual ficará a cargo da Polícia Federal, e no qual, conforme artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, lhe é assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa. O artigo 103 e parágrafos do Decreto n.º 86.715/81<sup>287</sup> trata desse inquérito.

Finda essa etapa, a Polícia Federal encaminha o processo relatado ao Ministério da Justiça, e esse, verificado que o mesmo se encontra devidamente instruído, faz a análise de mérito, observando se o expulsando não se encontra amparado pela legislação

<sup>286</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Acesso no sítio <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B0428DBCE%2D69A9%2D4197%2DB4FF%2D849D177F9B7E%7D&params=itemID=%7B332D78E0%2D6C88%2D43B2%2D9437%2D5C9012D65C71%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>, em 14.02.14.

<sup>287</sup> Art . 103 - A instauração de inquérito para a expulsão do estrangeiro será iniciada mediante Portaria.

§ 1º - O expulsando será notificado da instauração do inquérito e do dia e hora fixados para o interrogatório, com antecedência mínima de dois dias úteis.

§ 2º - Se o expulsando não for encontrado, será notificado por edital, com o prazo de dez dias, publicado duas vezes, no Diário Oficial da União, valendo a notificação para todos os atos do inquérito.

§ 3º - Se o expulsando estiver cumprindo prisão judicial, seu comparecimento, será requisitado à autoridade competente.

§ 4º - Comparecendo, o expulsando será qualificado, interrogado, identificado e fotografado, podendo nessa oportunidade indicar defensor e especificar as provas que desejar produzir.

§ 5º - Não comparecendo o expulsando, proceder-se-á sua qualificação indireta.

§ 6º - Será nomeado defensor dativo, ressalvada ao expulsando a faculdade de substituí-lo, por outro de sua confiança:

I - se o expulsando não indicar defensor;

II - se o indicado não assumir a defesa da causa;

III - se notificado, pessoalmente ou por edital, o expulsando não comparecer para os fins previstos no § 4º.

§ 7º - Cumprido o disposto nos parágrafos anteriores, ao expulsando e ao seu defensor será dada vista dos autos, em cartório, para a apresentação de defesa no prazo único de seis dias, contados da ciência do despacho respectivo.

§ 8º - Encerrada a instrução do inquérito, deverá ser este remetido ao Departamento Federal de Justiça, no prazo de doze dias, acompanhado de relatório conclusivo.

brasileira pelas “causas excludentes de expulsabilidade<sup>288</sup>”, previstas no artigo 75, I e II, "a" e "b" da Lei nº 6.815/80, alterada pela Lei nº 6.964/81:

Não estando previstas quaisquer dessas causas, o Ministro da Justiça encaminha o processo, com seu parecer conclusivo, ao Presidente da República, que, nos termos do art. 66 do Estatuto do estrangeiro, é quem decide sobre a conveniência e oportunidade da medida compulsória (publicando a saída por meio de decreto). Há casos também em que o Ministro da Justiça assina a Portaria Ministerial de Expulsão, considerando a delegação dada pelo Presidente da República, pelo artigo 1º do Decreto n.º 3.447/00.

Frise-se que a Portaria ou decreto expulsório, geralmente, é condicionado ao cumprimento total da pena ou à liberação do estrangeiro pelo Poder Judiciário. Contra a imposição da medida cabe pedido de reconsideração ou de revogação do ato, o qual deve ser endereçado ao Ministro da Justiça e encaminhados ao Departamento de Estrangeiros, instruídos e embasados em fatos novos que não foram suscitados quando da tramitação do processo administrativo para fins de expulsão<sup>289</sup>, em regra, no prazo de 10 (dez) dias a contar da publicação do ato expulsório. Também pode-se utilizar do remédio heroico do *habeas corpus*, o qual tramitará na Justiça Federal (quando a impugnação for sobre medida imposta pela Polícia Federal, como no caso da imposição de prisão) ou no Superior Tribunal de Justiça (contra ato de Ministro de Estado, nos termos do art. 105, I, alínea “c”).

A extradição, como já analisado, pode ser ativa ou passiva. A primeira ocorre quando o Governo brasileiro, Ministro da Justiça solicita ao Ministro das Relações Exteriores que apresente a demanda ao governo estrangeiro, requer a extradição, de um foragido de sua

---

<sup>288</sup>MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Acesso no sítio <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B0428DBCE%2D69A9%2D4197%2DB4FF%2D849D177F9B7E%7D&params=itemID=%7B332D78E0%2D6C88%2D43B2%2D9437%2D5C9012D65C71%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>, em 14.02.14.

<sup>289</sup> Id Ibid.

justiça a outro país. A segunda, quando um determinado país solicita a extradição de um indivíduo que se encontra no Brasil. Esse último processo é o que será averiguado.

Na extradição passiva, o processo inicia-se com o pedido inicial do país requerente, de aplicação da medida compulsória, o qual é encaminhado à Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça, através do Ministério das Relações Exteriores. Essa divisão, por sua vez, é responsável por fazer a análise de admissibilidade, a qual, caso seja tida como favorável, impõe o encaminhamento do pleito, por meio de Aviso Ministerial, ao Supremo Tribunal Federal. Essa Corte, nos termos do art. 102, I, alínea “g”, da Constituição Federal, é a responsável por julgar a extradição pleiteada por Estado estrangeiro, quanto a sua legalidade, e o pedido de prisão do extraditando.

Sendo deferida a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, o processo retorna ao Executivo, competindo ao Presidente da República (consoante art. 84 da Constituição Federal), efetivar ou não a medida.

Como o estrangeiro, durante um desses processos de decretação da medida compulsória, pode requerer a proteção do Estado, através de asilo, refúgio ou reconhecimento da apatridia, e, como isso, em regra, poderia interromper o curso do processo administrativo ou judicial, necessário investigar a quem esse direito pode ser pleiteado.

A Lei 9.474/97, que regula a situação dos refugiados, criou, como já mencionado, o Comitê Nacional para os Refugiados, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça, o qual é responsável pela análise das solicitações de refúgio e pela política de proteção e apoio a esse grupo de estrangeiros<sup>290</sup>.

---

<sup>290</sup>RAMOS, André de Carvalho. **O princípio do *non refoulement* no direito dos refugiados:** do ingresso à extradição. In Revista dos Tribunais. Ano 99, vol. 892, fevereiro de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 354.

Nos termos do artigo 12<sup>291</sup>, compete a esse Comitê analisar o pedido de reconhecimento da condição de refugiado, bem como decidir pela cassação ou perda dessa qualidade, devendo informar ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e permitindo que ele se manifeste, oferecendo sugestões que facilitem o andamento do processo (art. 18, parágrafo único). Conforme art. 29 da mencionada lei, em “caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação”.

Conforme art. 48, ainda, os ditames legais deverão ser interpretados em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967, e com os demais dispositivos pertinentes de proteção de direitos humanos com o qual o Brasil se comprometer. Assim, considerando a proximidade entre o asilo e o refúgio, entende-se que o mesmo procedimento deve ser adotado, pois a própria lei já impõe a interpretação sistemática desse ordenamento jurídico de proteção ao ser humano.

Situação mais complexa se apresenta quando o indivíduo requer o status de apátrida, pois nada consta sobre a competência do CONARE para analisar esses casos, apesar do seu papel na questão humanitária de proteção ao indivíduo. Esse Comitê, dentro de sua função normativa, editou a Resolução 13/2007, a qual estatui, em seu artigo primeiro, que o pedido de refúgio que não atenda aos requisitos de elegibilidade, previstos na Lei nº 9.474/97,

---

<sup>291</sup>Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

- I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;
- II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;
- III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;
- IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;
- V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

poderá, “a critério do CONARE”, ser sobrestado. Com isso, entende que a permanência do estrangeiro no País seria apreciada pelo Conselho Nacional de Imigração, com base na Resolução Normativa CNIg nº 27, de 1998, a qual dispõe sobre situações especiais e casos omissos.

O Conselho Nacional de Imigração – CNIg, por outro lado, apesar de ter papel fundamental na análise das questões migratórias, sendo um órgão colegiado, criado pela Lei nº 6.815/80, vinculado ao Ministério do Trabalho, com organização e funcionamento definidos pelos Decretos nº 840/93, e nº 3.574/00, tem propósitos mais econômicos do que humanitários, preocupando-se mais com o fluxo migratório do que com os direitos dos indivíduos. Ele tem por finalidade:

- I - Formular a política de imigração;
- II - Coordenar e orientar as atividades de imigração;
- III - Efetuar o levantamento periódico das necessidades de mão-de-obra estrangeira qualificada, para admissão em caráter permanente ou temporário;
- IV - Definir as regiões de que trata o art. 18 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e elaborar os respectivos planos de imigração;
- V - Promover ou fornecer estudos de problemas relativos à imigração;
- VI - Estabelecer normas de seleção de imigrantes, visando proporcionar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional e captar recursos para setores específicos;
- VII - Dirimir as dúvidas e solucionar os casos omissos, no que diz respeito a imigrantes;
- VIII - Opinar sobre alteração da legislação relativa à imigração, quando proposta por qualquer órgão do Poder Executivo;
- IX - Elaborar seu regimento interno, que deverá ser submetido à aprovação do Ministro de Estado do Trabalho<sup>292</sup>.

Por essa descrição, percebe-se esse é o órgão competente para sanar eventuais dúvidas que se relacionem com o processo normativo de entrada, permanência e saída de estrangeiros. Contudo, considerando a especialidade do CONARE e sua missão institucional, a qual remete à competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que protege, dentre outros, os apátridas e os asilados, resta claro que não há

---

<sup>292</sup> Acesso no sítio <http://portal.mte.gov.br/cni/>, em 14.02.14.

qualquer problemática a ser sanada, sendo este o órgão responsável por analisar os pedidos de reconhecimento da condição de apatridia<sup>293</sup>.

Caso seja negada a condição de refugiado, asilado ou apátrida, conforme art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, pode-se recorrer ao Judiciário, sendo competentes tanto os juízes de direito quanto os juízes federais (art. 109, inciso III, da Carta Magna). Ademais, consoante dicção do art. 105, inciso III, alínea “a”, dessa decisão ainda cabe recurso ao Superior Tribunal de Justiça.

### 3.8 – COMPETÊNCIA JURISDICIONAL EM CASO DE CONFLITOS INTERNACIONAIS

Por todo o estudo desenvolvido, percebe-se que o Estado teve seu conceito alterado, para acabar com a tese da soberania absoluta, e inserir a obrigação de respeitar os direitos humanos, os quais são fundados na igual dignidade dos homens.

Um dos grupos mais vulneráveis é o estrangeiro, uma vez que não possui vínculo jurídico, político e social com o Estado em que reside ou em que se localiza, não gozando de todos os direitos e deveres dos nacionais. Contudo, cada vez mais se percebe uma tentativa de igualar o tratamento dispensado a todos os indivíduos que se encontram sob o território estatal.

Com isso, se verificou que o estrangeiro, assim como qualquer indivíduo, é sujeito de direitos, podendo questionar atos e omissões do Estado que sejam contrários a esse compromisso de respeito à igual dignidade dos seres humanos. A condição jurídica desses indivíduos é regulada pelo direito internacional e interno, e geralmente é associada às normas de entrada, permanência e saída do território nacional.

---

<sup>293</sup> No mesmo sentido BICHARA, Jahyr-Philippe. **A Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954 e a sua aplicação pelo Estado Brasileiro**. In Revista de Direito Constitucional e internacional. Ano 21, vol. 84, jul-set/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



Ocorre que, após ingressarem no país, o estrangeiro pode ter sua saída compulsória decretada, desde que ocorra um dos casos previstos no Estatuto do estrangeiro (Lei 6.815/80) ou em tratados internacionais celebrado entre países. Nessas situações, se está passível de violações aos direitos desses sujeitos, bem como conflitos entre os Estados interessados, restando necessário analisar, considerando o sistema internacional de proteção a que os Estados manifestaram concordância em participar, a qual instância jurisdicional se deve recorrer para ter garantida a observância da Declaração Universal, dos diversos pactos, tratados e convenções de direitos humanos.

A professora Flávia Piovesan<sup>294</sup>, baseada nos ensinamentos de Norberto Bobbio, aduz que as atividades internacionais envolvendo direitos humanos podem ser divididas em três: promoção, controle e garantia. A primeira se refere ao conjunto de ações destinadas ao fomento e aperfeiçoamento dos direitos humanos. Atualmente, se percebe uma ampla produção normativa nessa temática, gerando o pluralismo de ordens jurídicas, o qual “consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social<sup>295</sup>”.

A segunda exige o cumprimento das obrigações contraídas voluntariamente pelos Estados perante a comunidade internacional. Por fim, a atividade de garantia só pode ser criada quando houver uma jurisdição internacional que se imponha concretamente sobre a nacional, podendo operar contra os Estados em defesa dos cidadãos<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 79.

<sup>295</sup>RAMOS, André de Carvalho. **A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas**. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 102.

<sup>296</sup> Em suas palavras, “As atividades de promoção correspondem ao conjunto de ações destinadas ao fomento e ao aperfeiçoamento do regime de direitos humanos pelos Estados. Já as atividades de controle envolvem as que cobram dos Estados a observância das obrigações por ele contraídas internacionalmente. Por fim, a atividade de garantia só será criada quando uma jurisdição internacional se impuser concretamente sobre as jurisdições nacionais, deixando de operar dentro dos Estados, mas contra estes e em defesa dos cidadãos”.

Infelizmente, como alertado, essa última atividade ainda precisa ser aprimorada, já que inexistente um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, com competência jurisdicional reconhecida e cujas decisões sejam obedecidas pelos Estados, vinculando-os. O grande desafio, então, é dar ao Direito Internacional poder sancionatório, pois, nas lições de Ihering, “a justiça sustenta numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada, a impotência do direito<sup>297</sup>”.

Vitor Seidel Sarmiento e Lara Santos Zangerolame Taroco<sup>298</sup> compartilham dessa preocupação, sustentando que a questão da jurisdição em matérias internacionais é a mais complexa, devido à integração dos povos, gerada, dentre outros, pela globalização e pelos meios de comunicação, à criação de organismos de proteção institucionalizados e com a farta produção normativa, devendo-se estabelecer mecanismos fiscalizadores do cumprimento dessas normas e de responsabilização dos Estados.

Para eles, considerando a necessidade de articular os interesses e vozes dos diferentes sujeitos se finda com a necessidade de criar “uma jurisdição internacional ou global que limita a atuação dos países na ordem mundial, objetivando-se preservar a morada integral dos valores e substratos éticos da pessoa humana por todo o planeta<sup>299</sup>”.

---

<sup>297</sup>IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nasseti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002. p. 27.

<sup>298</sup>SARMENTO, Vitor Seidel; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. **Entre a jurisdição constitucional interna e a internacional**: ADPF 153 e caso “Julia Gomes Lund e outros VS. República Federativa do Brasil. In Revista de Direito Brasileira. Vladimir Oliveira da Silveira (coord.). Ano 3. Vol. 4. Jan-abril/2013. p. 84.

<sup>299</sup>Id Ibid. p. 85.

Paulo Bonavides<sup>300</sup> é enfático em afirmar que deve ser reconhecida universalmente a força dos direitos humanos, dotando-os de meios de defesa, sob pena de se consagrar, ao invés da força do direito, o direito da força.

Há, no sistema global de proteção, principalmente, dois órgãos jurisdicionais: a Corte Internacional de Justiça, que é o principal órgão jurisdicional da Organização das Nações Unidas, mas que só pode ser acionada pelos Estados, e o Tribunal Penal Internacional, o qual só julga as violações mais graves à ordem jurídica internacional. Suas atuações geralmente se restringem à esfera penal, responsabilizando por crimes internacionais.

Por outro lado, no âmbito regional, as Cortes de Direitos Humanos, como a Europeia e a Interamericana, por exemplo, ganham relevância, por permitir o acesso amplo dos indivíduos, organizações e Estados aos seus comandos, podendo atuar na responsabilização civil e penal desses por violação aos direitos humanos. Ademais, elas não têm se limitado a aplicar o Direito Internacional, criando-o, através de sua jurisprudência, e formando uma consciência da imperativa necessidade de proteção aos seres humanos<sup>301</sup>.

Vale frisar, contudo, que, como alerta o professor Cançado Trindade<sup>302</sup>, mesmo os sistemas regionais possuem falhas, como o Interamericano que precisa concretizar o direito ao acesso à justiça, devendo “assegurar a maior participação possível dos indivíduos, das supostas vítimas, no procedimento perante a Corte Interamericana, sem a intermediação da

---

<sup>300</sup>BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 592. Ele sugere que “no mundo globalizado de unipolaridade, das economias desnacionalizadas e das soberanias relativizadas e dos poderes constitucionais desrespeitados, ou ficamos com a força do Direito ou com o direito da força. Não há mais alternativa. A primeira nos liberta; o segundo nos escraviza; uma é a liberdade; o outro, o cárcere; aquela é Rui Barbosa em Haia, este é Bush em Washington e Guantánamo; ali se advogam a Constituição e a soberania; aqui se canonizam a força e o arbítrio, a maldade e a capitulação”.

<sup>301</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano em la agenda de los derechos humanos del siglo XXI. *In A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 133-134.

<sup>302</sup>TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional e os limites da razão de Estado. *In A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 115.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos”. Outro problema dos sistemas regionais é sua atuação reduzida, podendo solucionar conflitos unicamente entre seus Estados-parte.

Por isso, Flávia Piovesan adverte que “a afirmação de instâncias jurisdicionais de proteção internacional dos direitos humanos deve ser conjugada com a consolidação do indivíduo como sujeito de direito no campo internacional. Há que fortalecer o acesso à justiça internacional<sup>303</sup>”. Ademais, insiste ser necessário o aprimoramento do sistema de proteção mediante a sua justicialização, com um órgão jurisdicional com competência ampla para julgar violações dos direitos humanos, acessível por todos os atores internacionais, bem como com a criação de mecanismos internos que imponham o cumprimento dessas decisões internacionais no âmbito interno, conferindo aplicabilidade imediata e direta dentro do território estatal.

Nesse sentido, Délber Andrade Lage informa que “se, por um lado, os Estados têm gradativamente optado por se submeter à jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, por outro, sua postura em relação à autoridade de suas decisões ainda é ambígua, na medida que reflete a tensão sobre soberania e comunitarismo (...)”<sup>304</sup>. Ora, a única medida prevista, para casos de descumprimento das decisões da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, é a do artigo 94, parágrafo segundo, da Carta das Nações Unidas, que impõe o acionamento do Conselho de Segurança.

Entretanto, até que essa Corte Internacional de Direitos Humanos seja estabelecida, e considerando, inclusive, a resistência dos Estados em aceitar essa intromissão em sua soberania, deve-se analisar os Tribunais internacionais existentes que impõem, no caso do Brasil, a incumbência de garantia dos direitos humanos. Deve-se ressaltar que os

---

<sup>303</sup>PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 98.

<sup>304</sup>LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicinalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 118.

sistemas globais e regionais se complementam<sup>305</sup>, e devem, sempre que possível, ser acionados quando de violações aos direitos humanos.

Para Ferrajoli<sup>306</sup>, a Corte Internacional de Justiça de Haia, por sua jurisdição mais ampla, seria o principal instrumento para impor o cumprimento dos direitos e deveres consignados. Contudo, sugere uma reforma em seu estatuto, bastando quatro inovações:

- 1) a extensão da sua competência, atualmente limitada apenas às controvérsias entre Estados, de forma que abranja também os julgamentos de responsabilidade em matéria de guerras, ameaças à paz e violações de direitos fundamentais;
- 2) a afirmação do caráter obrigatório da sua jurisdição, hoje subordinada, conforme o esquema dos julgamentos arbitrais, à aceitação preventiva dos Estados;
- 3) o reconhecimento da legitimação de agir ante a Corte, hoje limitada apenas aos Estados, também aos indivíduos (que, afinal, são os titulares dos direitos fundamentais violados), ou pelo menos às centenas de organizações não-governamentais instituídas em tutela dos direitos humanos;
- 4) finalmente, a introdução, a exemplo do tribunal sobre a ex-Iugoslávia, instituído (infelizmente em via excepcional) pela Resolução n° 808 do Conselho de segurança, de 22 de fevereiro de 1993, da responsabilidade pessoal dos governantes no que diz respeito aos crimes de direito internacional – guerras, lesões irreversíveis ao meio ambiente e, em geral, todas aquelas ofensas aos direitos humanos que não podem ser punidas dentro dos Estados por serem cometidas normalmente pelos próprios Estados -, crimes, enfim, que deveriam ser sistematizados num código penal internacional.

Lage<sup>307</sup> aduz que a Corte de Haia é o tribunal que estaria mais próximo da raiz voluntarista clássica do Direito Internacional, e que sua jurisdição *ratione materiae* é ampla, podendo abarcar qualquer tipo de controvérsia em matérias de Direito Internacional entre Estados. Contudo, reconhece a pouca utilização real dessa jurisdição, com caráter obrigatório, pois, além de poucos países terem ratificado a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, essa, para ser invocada, ainda exige que ambos os países em conflito a aceitem.

---

<sup>305</sup>Taiar argumenta que “no sistema global de direitos humanos passa a coexistir dois sistemas de proteção de direitos: um sistema geral, que tem por endereçamento toda e qualquer pessoa, concedida em sua abstração e generalidade (a exemplo dos Pactos da Organização das Nações Unidas, de 1966) e um sistema especial, que realça o processo de especificação do sujeito de direito, no qual o sujeito passa a ser visto em sua especificidade e concreticidade, sendo que ambos funcionam como sistemas de proteção dos direitos humanos. Portanto, esses sistemas não são dicotômicos, mas complementares” (TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010. p. 262).

<sup>306</sup>FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 54-55.

<sup>307</sup>LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicinalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 126.

Por outro lado, defende que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos padeceria do mesmo vício, pois, de acordo com seus ditames, “o consentimento para sua jurisdição deve acontecer duas vezes, quando da ratificação da convenção e por meio de uma declaração opcional<sup>308</sup>”.

Marcelo Neves<sup>309</sup> entende que seria complicado falar em uma jurisdição internacional, baseada em uma ordem jurídica superior, pois os elementos materiais da Constituição, formados pelos direitos humanos e pela divisão dos poderes, há limitações ao desenvolvimento de uma racionalidade entre direito e política internacional.

Assim, assegura que, tanto do ponto de vista de competências orgânicas, quanto no plano da articulação normativa, concretização e realização dos direitos, percebe-se uma dificuldade enorme em assegurar um constitucionalismo mundial. Outra dificuldade apontada seria a inexistência de um povo constitucional ou seu equivalente no nível da sociedade mundial, inexistindo uma instância que assegure o fechamento operativo do sistema político.

Portanto, conclui que segue a opressão da racionalidade jurídica, do princípio da igualdade, no âmbito de uma geopolítica assimétrica e global, o que é incompatível com o que se entende modernamente por Constituição. Por outro lado, entende Marcelo Neves que seria possível um constitucionalismo supranacional desenvolvido em uma região determinada do globo. Mesmo assim, precisaria atender alguns pressupostos, dentre eles: certa simetria no nível de desenvolvimento; os sistemas políticos e jurídicos diferenciados territorialmente em cada um dos Estados-membros devem se vincular construtivamente mediante constituições transversais (as quais exigem ainda uma construção de um povo que seja determinante nos

---

<sup>308</sup>Id Ibid. p. 128.

<sup>309</sup>NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009. p. 93-94. Sustenta que “(...), seja no plano dos elementos materiais nucleares (direitos humanos) ou no nível organizacional (“divisão de poderes”), há limites graves ao desenvolvimento satisfatório de uma racionalidade transversal entre direito e política internacional, o que exige cautela na afirmação de uma Constituição como ordem autovinculante com primazia normativa”.

procedimentos supranacionais e a formação de uma esfera pública forte, ou seja, influente nos procedimentos, servindo à abertura do sistema político e a sua heterolegitimação). Assim, entende que uma possível instância jurisdicional, nos moldes como proposto, seria mais visível, em uma ordem regional.

Artur Cortez Bonifácio<sup>310</sup> concorda que a Corte regional seria a mais adequada para solucionar conflitos internacionais entre Estados ou entre esse e seus cidadãos. Sustenta que a universalização do acesso à Justiça possibilita que o indivíduo seja socorrido em seus direitos subjetivos, o que independeria de sua nacionalidade, e que permitiria recorrer ao sistema de proteção aos direitos humanos contra decisões internas, mas essa jurisdição deve sempre ser invocada inicialmente. Com isso, segundo seus ensinamentos, se colocaria em prática o artigo 28 da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>311</sup>, assegurando que direitos e liberdades possam ser plenamente realizados.

Adverte ainda que isso não significaria uma delegação de jurisdição (o que seria incompatível com o sistema brasileiro), mas apenas a possibilidade de provocar a revisão das decisões que englobam direitos fundamentais. Dessa forma, não estaria se desnaturando a problemática da soberania estatal, pois os casos que poderiam ser revistos pela Corte Regional “devem se situar no estrito rigor de compactuação normativa entre os valores fundamentais do Estado brasileiro e as normas de proteção dos direitos humanos ratificadas por esse mesmo Estado<sup>312</sup>”.

Para o mencionado professor, então, no caso do Brasil, a Corte Interamericana seria a responsável por revisar as decisões do Supremo Tribunal Federal que violassem os direitos humanos, pois esse país manifestou concordância com a Convenção Interamericana

---

<sup>310</sup>BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Ed. Método, 2008

<sup>311</sup>“Art. 28 - Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

<sup>312</sup>BONIFÁCIO. Op. cit. p. 289.

de Direitos Humanos, devendo acolher as decisões das instâncias de monitoramento por ela previstas.



#### 4 - A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS EM CASOS DE SAÍDA COMPULSÓRIA: UMA ANÁLISE DE CASOS

Após a análise da teoria geral do Estado e dos direitos humanos, ambas conciliadas com a questão do estrangeiro, como sujeito de direitos e deveres na órbita internacional, cumpre analisar casos concretos que envolveram algum aspecto da soberania estatal contrastada com alguma prerrogativa do indivíduo ou de sua família, utilizando os princípios já explanados anteriormente para solucionar as antinomias aparentes de normas.

Assim, averiguar-se-á se referido pronunciamento jurisdicional está em consonância com os direitos em debate e com os princípios interpretativos, considerando que as decisões do Judiciário, o qual é um dos poderes do Estado<sup>313</sup>, são manifestações da soberania estatal, e, portanto, passíveis de serem questionadas, em Tribunais internacionais quando violarem os direitos humanos.

##### 4.1 - O CASO “CESARE BATTISTI”

Cesare Battisti é um ex-militante político que, na década de 70, quando a Itália passava por um momento político conturbado, se envolveu com um grupo de extrema esquerda, conhecido como Proletários Armados pelo Comunismo – PAC, o qual teve seu apogeu entre 1977 e 1979. Ao referido grupo, foram impostas algumas ações criminosas, como, e principalmente, o homicídio de quatro pessoas<sup>314</sup>.

Em 1979, referido grupo foi desvendado e Cesare Battisti preso e levado a julgamento. Nesse, foi condenado a treze anos de reclusão e cinco meses de detenção, pelos crimes de participação em grupo armado e ações subversivas, não se cogitando, nesse

---

<sup>313</sup>O art. 2º da Constituição Federal determina que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>314</sup>TAVARES, Felipe Cavaliere. **O caso Cesare Battisti sob a ótica do Direito Internacional Público**. Acesso no sítio <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=303ed4c69846ab36>, em 30.01.14.

período, sua participação nos mencionados crimes contra a vida ou qualquer outro ato violento.

Ocorre que, quando estava na França, após fugir das autoridades italianas, um dos militantes acusados pelos homicídios se disse arrependido de seus atos, e, para usufruir do benefício da delação premiada, denunciou Battisti como um dos responsáveis pelas quatro mortes. Nesse novo processo, ele foi condenado à prisão perpétua<sup>315</sup>.

Em 1991, tendo sido confirmada a sentença condenatória pela Corte de Apelação de Milão, a Itália solicitou a extradição de Battisti à França, pedido negado por decisão da Corte de Apelação de Paris, já que beneficiado pela “Doutrina Mitterrand” (Estado francês concedia asilo político aos extremistas italianos que tivessem abandonado a luta armada<sup>316</sup>) que vigorava naquele período.

Em 1995, contudo, dita doutrina foi cancelada pelo novo governo, o que ensejou, em 2002, novo pedido italiano, o qual é atendido, em 2004, motivando-o a se dirigir ao Brasil em busca de refúgio. Em 2007, Battisti foi preso, tendo o governo italiano renovado o interesse em receber seu nacional para aplicar sua lei e seus ditames jurisdicionais, requerimento dirigido agora às autoridades brasileiras.

Ocorre que, durante o processo judicial de extradição, no Supremo Tribunal Federal, Battisti solicitou a concessão de refúgio ao governo brasileiro, baseado no artigo 1º, inciso I, da Lei 9.474/97, tendo sido suspenso o processo extradicional, e que foi deferida.

Submetido ao controle do judiciário, o Supremo entendeu pela nulidade do ato administrativo<sup>317</sup>, restando consignado que Battisti não aparece como uma vítima de injustiças, já que foi submetido a um processo, em que suas garantias foram observadas, mas

---

<sup>315</sup>Haidar, Rodrigo. **Tradição do Brasil é dar refúgio a perseguidos**. Acesso no sítio <http://www.conjur.com.br/2009-ago-27/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-cesare-battisti>, em 30.01.14

<sup>316</sup>TAVARES, Felipe Cavaliere. **O caso Cesare Battisti sob a ótica do Direito Internacional Público**. Acesso no sítio <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=303ed4c69846ab36>, em 30.01.14.

surgindo como “alguém que foge da punição legal por crimes de natureza comum<sup>318</sup>”, não podendo ser caracterizado como refugiado. Ademais, asseverou ser inequívoca a impossibilidade de atribuir a condição de refugiado a quem comete crimes comuns graves, especialmente aqueles que o Brasil considera como hediondos. Assim, entendeu nula a concessão do refúgio, não sendo causa impeditiva de prosseguimento do pleito italiano.

Retomada a análise do mérito, o Supremo deferiu o pedido de extradição. Contudo, considerando a necessidade de manifestação do Presidente da República, houve novo debate sobre a natureza dessa manifestação, se vinculada ou não. Como visto, preponderou a tese da discricionariedade do Chefe do Executivo, já que a ele cabe a última palavra em casos de cooperação entre Estados.

Assim, coube ao então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, determinar o destino de Battist, tendo optado por negar o pedido italiano, considerando que o tratado de extradição entre Brasil e Itália prevê, no art. 3º, item 1, alínea f, que a extradição não será concedida caso a parte requerida tenha razões ponderáveis para supor que a situação do extraditando será agravada.

---

<sup>317</sup> EMENTA: (...) 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição. 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. (...)4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. (...) 8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando. (Ext 1085, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2009, DJe-067 DIVULG 15-04-2010 PUBLIC 16-04-2010 EMENT VOL-02397-01 PP-00001 RTJ VOL-00215- PP-00177)

<sup>318</sup> Acesso no sítio: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>, em 30.01.14.

Pelo exposto, percebe-se que esse caso possui dois pontos polêmicos, quais sejam, o direito ao refúgio e a vinculação ou não do Presidente da República em caso de deferimento da extradição pelo Supremo Tribunal Federal, quando existe tratado bilateral.

O refúgio, como visto, exige uma perseguição concreta pelo Estado, e não um mero temor. Tanto que Felipe Cavalieri Tavares entende que a opção pelo pedido dessa proteção não foi a mais correta tecnicamente, pois “o fato é que Battisti, ainda que não tenha cometido os homicídios, teria que lidar com as acusações de participação em luta armada, o que é um pouco mais incisivo do que uma simples opinião política<sup>319</sup>”.

Assim, como o temor dele de retornar ao país de origem não se deve a perseguição por motivo de raça, religião ou, sequer por ter expressado sua opinião quanto ao momento histórico que a Itália vivenciava, não há como qualificar o dito estrangeiro como refugiado, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.474/97, que regulamenta o tema. Ademais, também não se encaixa no conceito de asilado, uma vez que não estava sendo ameaçado por motivos ideológicos ou políticos, mas por crimes comuns.

Quanto à problemática de determinar se o Executivo estaria vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal, quando da concessão do pedido, como já se esclareceu, entende-se que, diferentemente da concepção que se consagrou no Pretório Excelso, a solução mista, em que o Executivo teria poder de decisão, desde que não esteja presente um tratado bilateral de extradição com o Estado Requerente, é a mais acertada.

Vale destacar os motivos apontados pelos Ministros dissidentes<sup>320</sup>. Cesar Peluso, relator do processo, defendeu que, dentro da sua liberalidade para celebrar tratados, o Presidente fez um acordo com a Itália, se comprometendo a cumpri-lo tão inteiramente quanto foi previsto (art. 1º do Decreto nº 863/93). Para ele, a vontade do Chefe do Executivo é

---

<sup>319</sup>TAVARES, Felipe Cavaliere. **O caso Cesare Battisti sob a ótica do Direito Internacional Público**. Acesso no sítio <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=303ed4c69846ab36>, em 30.01.14. p. 19.

<sup>320</sup>Inteiro teor dos votos pode ser obtido no sítio <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acesso em 01.02.14.

soberana em dois momentos: na assinatura do termo de compromisso e na ratificação do tratado, após a aprovação do Legislativo. Menciona um acórdão consagrado no Supremo, na ADI 1480<sup>321</sup>, em que se consignou que, após a publicação, o ato internacional passa a ser executável e a vincular no plano interno.

Após a promulgação e publicação de seu texto, o ato internacional é lei, executável, portanto, e, como o Presidente, assim como todos os agentes públicos, é regido pelo princípio da legalidade, está obrigado a obedecê-lo.

A Convenção de Viena, além disso, também impõe o cumprimento de boa-fé dos tratados, pois, sem eles, impossível a defesa da paz, a solução pacífica de conflitos e cooperação dos povos, princípios que regem o Brasil nas relações internacionais. Acrescenta ainda que o Estatuto do estrangeiro não assegura essa discricionariedade ao Chefe do Executivo, já que, conforme seu artigo 89, ele teria a faculdade meramente de adiar a saída do não-nacional.

Assim, entendeu que não existindo norma que autorize a discricionariedade e existindo acordo que impõe essa cooperação, não poderia o Presidente se esquivar de cumprir obrigação legal instituída.

Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator, acrescentando, dentre outros, que, como o Brasil, no exercício de sua soberania, resolveu se sujeitar a um tratado bilateral de extradição com a Itália, não poderia, nesse momento, se escusar da obrigação. A Ministra Ellen Gracie também defendeu a obrigatoriedade do Presidente da República em respeitar a decisão do Supremo.

---

<sup>321</sup>“O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00429 EMENT VOL-02031-02 PP-00213).

Para ela, o Tribunal não pode tomar decisões que não precisam ser cumpridas, podendo ser desacatadas. A missão do Pretório Excelso é importante demais para que seus ministros percam tempo analisando o caso sem que haja consequências. Para ela, tendo o Supremo se manifestado pela legalidade e legitimidade do pedido, estando em consonância com o tratado assinado e homologado, ao Presidente da República cumpre, como representante da nação brasileira, executar os atos de entrega.

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes concordou com a posição de seus antecessores, mencionando que a decisão que compete ao Supremo, no processo extradicional, é de natureza preponderantemente declaratória, demonstrando a configuração dos requisitos que impõem o cumprimento do tratado ou do pacto de reciprocidade pelo Brasil. “Como toda decisão de conteúdo declaratório, estabelece um preceito, uma regra de conduta, consistente no dever de extraditar, pelo Brasil, e no direito de obter a extradição, pelo Estado requerente, em cumprimento do pacto internacional”.

Assim, conjugando os argumentos apresentados com os princípios exegéticos da boa-fé e da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, não havia qualquer liberalidade a permitir a não extradição de Battist, já que existente tratado bilateral homologado pelo Brasil. Quanto à ressalva utilizada pelo requerido de que a pena poderia ser agravada, nada impedia que se exigisse o compromisso da Itália de que fatos posteriores e políticos não pudessem ser usados como motivos para a aplicação de uma pena mais gravosa. Isso seria muito mais razoável do que frustrar um compromisso assumido. A decisão do Presidente, então, poderia ser revista pela Corte de Haia.

#### 4.2 - O CASO “EDD ABADALLAH MOHAMED”

Edd Abadallah Mohamed, tanzaniano, foi condenado criminalmente, em 2003, pelos delitos de uso de documento falso e falsificação de documento público, tendo cumprido

sua pena integralmente e posto em liberdade. Considerando a prática criminosa, ademais, foi instaurado o inquérito policial para determinar sua saída compulsória, o qual culminou com a expedição do decreto expulsório, em abril de 2006.

Ocorre que, após cumprir a penalidade imposta, o dito estrangeiro constituiu família com uma refugiada, gerando uma filha brasileira, e trabalhando na informalidade para fornecer-lhes o sustento. Diante da iminência de sua saída do país, ele ingressou com ação judicial tentando proteger os direitos fundamentais de sua esposa e de sua prole, já que eles seriam os maiores prejudicados com a sua ausência.

Como visto anteriormente, o Estatuto do estrangeiro só veda a expulsão quando o estrangeiro estiver casado a mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou quando tiver filhos anteriores ao fato que motivou sua retirada do país<sup>322</sup>. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a máxima proteção do indivíduo, entendeu que a prole no Brasil, mesmo que posterior ao fato motivador do decreto expulsório, seria fator impeditivo da saída compulsória<sup>323</sup>.

Referida questão, então, foi levada ao Supremo Tribunal Federal (RE 608898), tendo este decretado sua repercussão geral na forma da lei<sup>324</sup>. Apesar desse caso ainda não ter sido julgado, há quem defenda<sup>325</sup> que, considerando a Súmula 1 dessa Corte, que veda a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da

---

<sup>322</sup>O art. 75 da Lei nº 6.815/80 estabelece que: “Não se procederá à expulsão: I - se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou II - quando o estrangeiro tiver: a) Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou b) filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa economicamente. § 1º. não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar. § 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo”.

<sup>323</sup> HABEAS CORPUS. LEI 6.815/80. EXPULSÃO. ESTRANGEIRO COM PROLE NO BRASIL. FATOR IMPEDITIVO. TUTELA DO INTERESSE DAS CRIANÇAS. ARTS. 227 E 229 DA CF/88. DECRETO 99.710/90 - CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 1. Embora o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80), em seu art. 75, § 1º, consigne que a concepção de filho brasileiro posteriormente ao fato motivador do ato de expulsão não constitui circunstância suficiente a impedir o referido ato expulsório, a jurisprudência da Corte, após o julgamento do HC 31.449/DF, de que foi relator o Ministro Teori Albino Zavascki, adotou interpretação sistemática do dispositivo em face da legislação superveniente (Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente), para admitir a permanência do estrangeiro, desde que comprovada a dependência econômica do filho nacional. 2. Ordem concedida. Agravo regimental prejudicado.

(HC 88.882/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2008, DJE 17/03/2008)

economia paterna, o Tribunal adotará o mesmo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Interessante notar, contudo, que, em caso de extradição, o Pretório excelso adota postura completamente diferente, já que entende, conforme a súmula 421, que “não impede a extradição a circunstância de ser o extraditado casado com brasileira ou ter filho brasileiro”. Deve-se ressaltar que essa súmula continua a ser aplicada<sup>326</sup>.

O estrangeiro, conforme já relatado, é aquele indivíduo que possui vínculo de nacionalidade com um Estado, mas que esteja, provisória ou definitivamente, vivendo no território de outro. Compete ao Estado soberano atuar frente a esse indivíduo, podendo limitar sua estadia, permitir ou não sua entrada, mas sempre observando sua condição de sujeito de direitos, devendo ser respeitado como tal.

<sup>324</sup>O art. 102 da Constituição Federal determina que: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...) § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”. Assim, a repercussão geral é um requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal só se ocupe de questões relevantes para a Nação.

<sup>325</sup>PIGNATARO, Ana Paula Morais Galvão; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. In **Direito de Família**. Conpedi/Unicuritiba (org.). Mariana Ribeiro Santiago [et al] (coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 458-474.

<sup>326</sup>EMENTA: EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. PRISÃO DECRETADA PELA JUSTIÇA PORTUGUESA. TRATADO ESPECÍFICO: REQUISITOS ATENDIDOS. CRIMES DE BURLA SIMPLES, BURLA QUALIFICADA E FALSIFICAÇÃO AGRAVADA DE DOCUMENTO. DELITOS DE FALSO ABSORVIDOS PELOS DELITOS DE BURLA: PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. PRESCRIÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE BURLA SIMPLES. EXTRADITANDO QUE RESPONDE A AÇÃO PENAL NO BRASIL. EXTRADIÇÃO PARCIALMENTE DEFERIDA, CONDICIONADA À CONCLUSÃO DA AÇÃO PENAL A QUE RESPONDE O EXTRADITANDO NO BRASIL, SALVO DETERMINAÇÃO EM CONTRÁRIO DA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. 1. O pedido formulado pela República Portuguesa atende aos pressupostos necessários ao seu deferimento parcial, nos termos da Lei n. 6.815/80 e do Tratado de Extradicação específico, inexistindo irregularidades formais. 2. Pela legislação brasileira, os fatos imputados ao Extraditando contém elementos que configuram, em tese, os crimes de estelionato (art. 171 do Código Penal) e falsificação de documentos públicos (art. 297 do Código Penal). Os delitos de falso, contudo, são absorvidos, no caso, pelos de estelionato, impondo-se que, em relação a eles, seja a extradição indeferida. 3. Os delitos de burla simples encontram-se prescritos pela legislação portuguesa. 4. A aplicação, ao caso, do art. V, item II, do Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Portugal é discricionariedade da Presidência da República, incumbindo a este Supremo Tribunal Federal somente a análise da legalidade do pedido extradicionário. 5. A Súmula n. 421 deste Supremo Tribunal Federal dispõe que não impede a extradição a circunstância de ser o Extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro. 6. A existência de processo no Brasil, por crime diverso e que teria ocorrido em data posterior ao fato objeto do pedido de Extradicação, não impede o deferimento da extradição, cuja execução deve aguardar a conclusão do processo ou do cumprimento da pena eventualmente aplicada, salvo determinação em contrário do Presidente da República (arts. 89 e 67 da Lei n. 6.815/1980). 7. Extradicação parcialmente deferida.

(Ext 1247, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 15/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 25-10-2013 PUBLIC 28-10-2013)



A Lei 6.815/80, que regula a situação jurídica desse indivíduo no Brasil, prevê, em seu artigo 65<sup>327</sup>, que o estrangeiro pode ser expulso do país quando, de alguma forma, viole ou ofenda uma norma de conduta ou lei local através da prática de atos contrários à segurança ou à tranquilidade. Assim, será retirado do território nacional aquele que é tido como nocivo ou inconveniente aos interesses do país.

Como já alertado, por conter previsões genéricas e subjetivas, a aplicação de medidas previstas no referido Estatuto, quando necessárias, devem ser analisadas sob a ótica dos princípios consagrados na Constituição Federal e nos tratados internacionais de direitos humanos.

O processo administrativo que gera essa medida repressiva é constituído por fases, levando certo tempo para sua conclusão. Ele deve ser processado pelo Ministério da Justiça (podendo o Poder Judiciário intervir, nos termos do art. 5º, XXXV, da Carta Maior), sendo decretada pelo Presidente da República, após análise discricionária da necessidade. Assim, nesse período, pode, o estrangeiro constituir família, ter filhos brasileiros sob sua guarda e dependência, como foi o caso do senhor Edd Abadallah Mohamed.

A referida lei prevê, contudo, que só não é admitida a expulsão quando o estrangeiro estiver casado a mais de cinco anos com cônjuge brasileiro ou quando tiver filhos anteriores ao fato que motivou sua retirada do país.

A Constituição Federal, entretanto, protege a família e os filhos, de modo especial, sem prever qualquer condicionante ou limitação para tanto, em especial no que tange a qualquer membro da entidade familiar constituída, conforme se observa dos artigos 226, 227 e 229<sup>328</sup>. Da mesma forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seus artigos 4º,

---

<sup>327</sup>Art. 65. É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que: a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil; b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação; c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

<sup>328</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

19 e 22, especialmente, estabelece os direitos à identidade, à dignidade, bem como o da convivência familiar e comunitária, etc.

Isso está em consonância ainda com a Convenção sobre os Direitos da Criança, principal documento internacional de proteção a essas pessoas em desenvolvimento, a qual foi recepcionada pelo Brasil (Decreto 99.710/90), e que busca evitar prejuízos maiores aos infantes. Esse documento visa “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis”, pois são os fundamento da liberdade, da justiça e da paz, reconhecendo, contudo, que “a infância tem direito a uma ajuda e assistência especiais<sup>329</sup>”, a qual deve ser dada pelo Estado e pela família, que é a primeira sociedade a que o indivíduo agrega e o meio natural para o seu crescimento.

Essa Convenção ainda determina, em seu artigo 2º, 1, que os Estados devem respeitar e garantir os direitos a todas as crianças que se encontrem sujeitas à sua jurisdição, sem qualquer discriminação, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou mesmo da sua origem nacional, étnica ou social, ou qualquer outra situação.

Na mesma linha está a Declaração Universal dos Direitos da Criança<sup>330</sup>, complementado essa especial proteção, e buscando aperfeiçoar a situação das crianças em todo o mundo, para que possam se desenvolver com paz e segurança. Em seu princípio 2º, ela determina que:

---

(...)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

(...)

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>329</sup>Preâmbulo da CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em [http://www.unicef.pt/docs/pdf\\_publicacoes/convencao\\_direitos\\_crianca2004.pdf](http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf), acesso em 02.02.14

<sup>330</sup>DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível no sítio: [http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration\\_child1959.pdf](http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration_child1959.pdf). Acesso em 28.02.2011.

A criança deve gozar de proteção especial, e a ela devem ser dadas oportunidades e facilidades, pela lei e outros meios, para permitir o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social de um modo saudável e normal e em condições de liberdade e dignidade. Na edição de leis para esse propósito, o melhor interesse da criança deve ser a consideração superior. (tradução livre)

O Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), em seu artigo 19, estabelece que “toda criança terá direito às medidas protetivas que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”. Assim, percebe-se um compromisso, tanto interno, quanto internacionalmente, de velar pela dignidade da criança, garantindo sua proteção integral, de modo que se permite inclusive atuar além da lei, como ora se propõe.

Nas palavras de Leal<sup>331</sup>,

Há liberdade de locomoção e de escolha, mas, principalmente, há direito à vida, à dignidade, à proteção integral devida pelos pais, sociedade e Estado. Não existem direitos absolutos. As limitações protetivas se impõem como obediência à própria Constituição, como expressão de respeito à personalidade em formação das crianças e dos adolescentes. A liberdade mal exercida na infância gera efeitos irreversíveis. As deformações da personalidade perpetradas aos que contam poucos anos de vida não se apagam. Deturpam a criança, deturpam o adulto em que se tornará.

Desse modo, o interesse maior da criança e do adolescente deve ser verificado em todas as ações que interfiram na sua criação, no seu lar, com sua família, só cabendo uma separação dos pais quando efetivamente necessária ao menor. Isso porque, conforme mencionado anteriormente, esses indivíduos em desenvolvimento gozam da dignidade inerente a todo ser humano, e, por serem especialmente vulneráveis, precisam de um tratamento diferenciado<sup>332</sup>, de uma proteção maior, tendo precedência seus direitos e prerrogativas.

Nesse sentido, é que se diz que, por razão de justiça material e pelo princípio da igualdade substancial, as particularidades da situação concreta, no caso, os interesses dos

<sup>331</sup>ARAGÃO, Selma Regina; VARGAS, Ângelo Luis de Sousa. **O Estatuto da criança e do adolescente em face do novo código civil**. Cenários da infância e juventude brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28.

<sup>332</sup>Conforme ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes, já mencionada, o fundamento jurídico da dignidade da pessoa humana se manifesta primeiramente no princípio da igualdade, especialmente na chamada igualdade substancial, de modo que haveria um “direito à diferença”, ou seja, deve-se “tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade”. Senão, veja-se em MORAES, 2006, p. 120.

menores que possuem menor capacidade de se protegerem, devem ser observadas, mesmo que isso implique em dar um tratamento diferenciado e individualizado<sup>333</sup>.

A criança, para ter uma vida digna, necessita do sustento, guarda e proteção de seus pais, pois sua dignidade reside em aspectos basilares de suas vidas como “saúde, alimentação, água potável, vestuário, moradia, paz espiritual, educação e renda”<sup>334</sup>. Tudo isso, para ser proporcionado, deve ter a contribuição de seus ascendentes, mesmo que com a ajuda da sociedade e do Estado.

Assim, cumpre verificar se a previsão do Estatuto do Estrangeiro foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e qual a forma de interpretação permite a consagração dos valores da dignidade da pessoa humana, da soberania do Estado brasileiro, com a proteção à família e à criança, garantindo a maior proteção ao ser humano.

Percebe-se, pelo exposto, que, no caso de estrangeiros que tiveram filhos após o ato que motivou sua saída compulsória, há um conflito aparente entre a soberania estatal e o princípio da dignidade humana, especialmente para a proteção dos interesses das crianças envolvidas.

Para garantir a efetivação desses mandamentos constitucionais e internacionais, exige-se uma interpretação que assegure ao máximo o exercício dos direitos em conflito, restringindo-os minimamente, sem atingir seu núcleo essencial<sup>335</sup>, garantindo a máxima proteção ao ser humano.

A interpretação sistêmica da Constituição, em que as distintas normas constitucionais ganham seu sentido não apenas da adequação ao postulado por valores e princípios fundamentais, mas também pela possibilidade de unir-se a outras normas

---

<sup>333</sup>NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 107.

<sup>334</sup>LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do estado**. São Paulo: Minha Editora, 2011. p. 66.

<sup>335</sup>Para melhor compreender este “núcleo essencial”, sugere-se o artigo: BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 112.

específicas constitucionais, ajuda a compreender o sentido lógico e objetivo do texto fundamental em seu conjunto.

Uma interpretação, seguindo os parâmetros propostos, associada ao princípio da interpretação *pro homine*, considerando os valores, permite asseverar que o artigo 75, II, b, do Estatuto do Estrangeiro não se coaduna com o quadro normativo exposto.

Desse modo, necessário compreender a soberania do país, que lhe assegura o direito de expulsar o estrangeiro, nos moldes ora estabelecidos, ou seja, observando o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento.

Assim, pode-se afirmar que foi correta a solução adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no presente caso, consignando que, pela interpretação sistemática do dispositivo da lei em face da legislação superveniente, seria proibida a expulsão pela necessidade de tutela dos interesses da criança. Espera-se que o Supremo Tribunal Federal mantenha essa coerência com a moralidade constitucional<sup>336</sup>.

Por fim, acrescente-se que a lei é anterior à Constituição, de modo que pode, através dessa interpretação, dar uma interpretação conforme o texto maior, com redução parcial do texto, estendendo a proibição para todos os casos em que o estrangeiro constituir família no Brasil.

#### 4.3 - O CASO “RONALD ARTHUR BIGGS”

Caso rumoroso foi o do britânico Ronald Biggs, conhecido como “ladroão do século”, que, na década de 60, roubou o trem pagador do correio que ia de Glasgow a Londres. Em 8 de agosto de 1963, dito estrangeiro, em comunhão de desígnios com outros,

---

<sup>336</sup>Pela teoria da leitura moral de Dworkin (2002), os intérpretes da Constituição devem se considerar como sócios uns dos outros, dando coerência ao sistema.

interceptou, no condado de Buckingham, o referido trem, roubando cerca de 120 (cento e vinte) malas postais de Frank Dewhurst, as quais continham cerca de 2,6 milhões de libras<sup>337</sup>.

Ele, então, foi condenado, em 16 de abril de 1964, a cumprir pena de 25 (vinte e cinco) anos pela conspiração com intenção de roubar o correio e a 30 (trinta) anos pelo roubo qualificado pela presença de armas ofensivas. Contudo, em 08 de julho de 1965 fugiu da prisão em que se encontrava, tendo vivido, como foragido, na Espanha, Austrália, e, na década de 70, veio ao Brasil.

Ao saber que o estrangeiro se encontrava em território brasileiro, e, como inexistia tratado bilateral com o Reino Unido (o qual só foi celebrado em 1995, entrando em vigor em 1997), se cogitou de expulsar o britânico. Contudo, como Biggs tinha um filho com uma brasileira, o cantor Michael Biggs, restou impossibilitada a saída compulsória dele, o que está em consonância com a proteção ao menor já analisada.

Em 1997, com a entrada em vigor do tratado, o Reino Unido requereu a extradição do seu nacional, o que restou impossibilitada pela prescrição da pretensão punitiva<sup>338</sup>. Em 2001, contudo, resolveu se entregar às autoridades britânicas, tendo sido liberado, em 2009, por motivo de doença.

Nesse ponto, interesse questionar se seria viável a extradição, no presente caso, caso a punibilidade não estivesse extinta. Essa saída compulsória pouco se distingue da expulsão, já que só muda a titularidade da soberania que estaria em conflito (do Brasil para

---

<sup>337</sup> Informação colhida no site do Supremo (inteiro teor do processo de Extradicação nº 721-0, acesso no sítio: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=359734>, em 01.02.14) e no site da folha uol (acesso no endereço eletrônico: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2013/12/601495-ronald-biggs-ladrao-do-seculo-morre-aos-84-anos-no-reino-unido.shtml>, em 02.02.14)

<sup>338</sup>“EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRATADO DE EXTRADIÇÃO CELEBRADO ENTRE O GOVERNO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O GOVERNO DO REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE. CRIME DE ROUBO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA DA CONDENAÇÃO. 1. Se o tratado de extradição prevê que o país requerido poderá recusar o pedido, "em decorrência do lapso de tempo decorrido", compatibilizando-se assim com o preconizado no art. 77, VI, da Lei nº 6.815/80, e constatada, perante a lei brasileira, a prescrição da pretensão executória da condenação proferida pela Justiça alienígena, é de negar-se seguimento ao pedido de extradição, ficando prejudicada a possibilidade de decretação da prisão do extraditando. 2. Questão de Ordem acolhida para negar seguimento ao pedido de extradição”. (Ext 721 QO, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/1997, DJ 04-05-2001 PP-00003 EMENT VOL-02029-01 PP-00009)

um país estrangeiro). Não se justifica, portanto, considerando a maior proteção exigida internacionalmente às pessoas em desenvolvimento, que, por existir um tratado de colaboração entre países, o estrangeiro casado ou com filho brasileiro, possa ser extraditado.

Utilizando-se dos princípios dos direitos humanos que impõem que a interpretação deve assegurar a máxima proteção ao indivíduo, deve-se observar a evolução do sistema de proteção e o princípio da primazia da norma mais favorável, conjugada com os princípios da proporcionalidade e da ponderação, preponderando, no presente caso, a maior proteção ao ser em desenvolvimento, já que isso, de forma alguma, significaria a impunidade pelos crimes cometidos, pois, segundo o art. 7º, inciso II, e 9º do Código Penal, pode o Brasil reprimir.

#### 4.4 - O CASO “ANDRIMANA BUYOYA HABIZIMANA”

Andrimana Buyoya Habizimana nasceu em Burundi, país que passa dificuldades financeiras e disputas étnicas. Em 2006, ansiando por melhores condições de vida, embarcou em um navio cargueiro, o qual saiu da África do Sul com destino ao Brasil, para, em sequência, se dirigir a Portugal, de avião. Ocorre que, a imigração portuguesa o prendeu e determinou seu retorno ao território brasileiro, tendo sido condenado pela Justiça deste último país e cumprido pena até 2008.

O caso ganhou repercussão, pois que nem o país de origem, nem o Brasil, queriam reconhecer o africano como cidadão. Assim, o estrangeiro foi tido como apátrida, e determinada pela Justiça Federal, a concessão de documento de identificação provisório que contivesse dita qualificação, podendo gozar dos benefícios do Estatuto internacional que regula o tema, e exercer a atividade profissional. A União, então, recorreu ao Tribunal Federal da 5ª Região, o qual manteve a sentença judicial de lavra do juiz Edilson Pereira Nobre

Júnior<sup>339</sup>. Nessa, restou consignada que a negativa do pedido, mantendo a ausência de qualquer nacionalidade, implicaria, na prática, em reduzir o estrangeiro à condição de coisa, acabando com a possibilidade de desenvolvimento de sua personalidade, o que contraria o princípio da dignidade da pessoa humana, o que foi mantido no acórdão<sup>340</sup>.

Essas decisões foram inéditas no judiciário brasileiro, se destacando ainda pela observância aos direitos humanos consagrados internacionalmente, pois, como visto, há alguns indivíduos que não possuem uma nacionalidade, apesar da garantia de que todos devem ter um vínculo político-jurídico com o Estado. O senhor Andrimana Habizimana estava em um “limbo jurídico”, como mencionado pelo magistrado de primeiro grau, já que nenhum país o reconhecia como cidadão.

Assim, apesar do previsto na Convenção sobre Nacionalidade; no artigo XV da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; no Pacto dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 24, item 3; e na Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu

<sup>339</sup>Inteiro teor da sentença, pode ser obtido no site: <http://200.217.210.153/consultatebas/resconsproc.asp>, em 30.01.14.

<sup>340</sup>CONSTITUCIONAL E HUMANITÁRIO INTERNACIONAL. APATRIDIA IMPRÓPRIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO COMPROVADORA DA NACIONALIDADE ORIGINÁRIA. FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. EVIDENTE UTILIDADE DA DEMANDA MERCÊ DA NEGATIVA DA CONDIÇÃO DE NACIONAL PELO ESTADO DO BURUNDI. RECONHECIMENTO DO STATUS DE APÁTRIDA. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE NOVA YORK de 1954. 1. Trata-se de demanda cujo cerne é o reconhecido, pelo governo brasileiro, o estado de apátrida com a obtenção dos consequentes efeitos jurídicos dessa condição nos termos do Decreto nº 4.246/2002, que internalizou no ordenamento brasileiro a Convenção de Nova York de 1954 (Estatuto do Apátrida). 2. Sedizente nacional do Estado do Burundi, o autor de lá fugiu em razão de genocídio étnico, graves crises econômica e política, além do falecimento de seus familiares. Chegou ao Brasil pelo Porto de Santos vindo como clandestino em navio cargueiro proveniente da África do Sul. No mesmo ano, embarcou no vôo com destino a Lisboa, mas foi devolvido ao Brasil, em razão de ter se utilizado de falsa documentação. Em seguida, foi condenado pela justiça brasileira, já tendo cumprido a pena integralmente por esse crime. 3. Em razão de diligências promovidas pela Polícia Federal, as autoridades diplomáticas do Burundi prestaram informação na qual não lhe reconheceram a alegada nacionalidade; não foi, igualmente, concedido o status de refugiado no Brasil e ainda não foi aceita sua deportação pela África do Sul.

4. Não há que se falar em falta de interesse processual do autor, porquanto restou comprovada a negativa do reconhecimento da nacionalidade burundiana, sendo meridiano concluir a evidente vantagem que lhe resultará a eventual decisão que lhe reconheça a condição de apátrida nos termos do tratado de regência. 5. Mercê do limbo jurídico que vive o autor, faz-se mister o reconhecimento da qualidade de apátrida pelo Estado Brasileiro, já que se encontram presentes os requisitos previstos na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, promulgado pelo Decreto 4.246/2002, e em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal. 6. Apelação da União e remessa oficial improvidas. (PROCESSO: 200984000065700, APELREEX13349/RN, RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL BRUNO LEONARDO CÂMARA CARRÁ (CONVOCADO), Terceira Turma, JULGAMENTO: 29/09/2011, PUBLICAÇÃO: DJE 17/11/2011 - Página 697)



artigo 20; referido estrangeiro não estava sendo protegido por qualquer Estado, necessitando da aplicação do Estatuto dos Apátridas.

Acrescente-se que Burundi vivenciou, até pouco tempo atrás, uma violenta guerra civil, marcada pelo genocídio étnico e graves crises econômicas e políticas, tendo durado cerca de dezesseis anos, levando ao desaparecimento dos familiares do estrangeiro em questão e a sua evasão para o Brasil. Ademais, dito país se negou a conceder a cidadania ao seu nacional, devido à inexistência de documentos para tanto.

O Brasil, por outro lado, se negou a reconhecer a condição de refugiado político, de autorizar o trabalho e de conceder visto permanente, pela ausência de comprovação de sua verdadeira identificação.

A nacionalidade é uma exigência para exercício da dignidade da pessoa, sendo uma dimensão social dela, já que permite sua integração em um grupo. Por isso, o magistrado entendeu que a negativa de reconhecimento da cidadania, impossibilitava ser tido como pessoa perante a lei, não podendo se desenvolver como tal e sendo levado a condição de “coisa”, o que é incompatível com o fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, inciso III. Assim, reconheceu o estrangeiro como apátrida, o que, nada mais é, do que a “outorga da nacionalidade material, de fato, com a permissão a que o autor possa desenvolver sua personalidade”.

Referida decisão, então, está em consonância com o princípio da evolução do sistema de proteção, com o princípio da interpretação *pro homine*, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, não ultrapassando as áreas de proteção e regulamentação do direito a ser reconhecido como apátrida.

Quanto a manifestação ministerial de possibilidade de ampliar o conceito de refugiado no presente caso, considerando as graves violações de direitos humanos que lhe foram impostas, deve se mencionar que ela tem fundamento.

Como mencionado anteriormente, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1966, estatui<sup>341</sup> que se houver temor de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, o estrangeiro não pode ou, devido a referido temor, não quer voltar a ele, ser qualificado como refugiado. A Lei nº 9.474/97, em seu artigo 1º, inciso III, determina que é tido como refugiado aquele que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Pelo que se consignou da situação fática vivenciada por Habizimana, em seu país de origem, fazendo uma interpretação nos moldes propostos, seria possível incluí-lo na classificação de refugiado.

#### 4.5 - O CASO “ROGER PINTO MOLINA”

Outro caso que gerou um enorme incidente diplomático foi o do Sr. Roger Pinto Molina, opositor ao governo de Evo Morales. Ele, sustentando estar sofrendo perseguição política e considerando a iminência de ser preso por crimes que alegava não ter cometido, se refugiou na embaixada brasileira e requereu a concessão de asilo, o que foi concedido pelo governo, em meados de 2012, permanecendo no prédio, enquanto se providenciava o salvo-conduto.

Ocorre que, após 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) dias vivendo na embaixada do Brasil e depois de vários pedidos de salvo-conduto negados pelo governo boliviano, o diplomata Eduardo Saboia, ministro-conselheiro, responsável pelos negócios do

---

<sup>341</sup> Art. 1º do Estatuto.

país de origem do estrangeiro, resolveu transportá-lo da capital boliviana para solo brasileiro, independentemente de autorização da Presidente<sup>342</sup>.

O senador boliviano, então, saiu de La Paz em um automóvel da embaixada e foi levado, sob escolta de fuzileiros navais, até a cidade de Corumbá, onde foi encaminhado, por avião, para Brasília. O ministro Saboia sustenta que atuou em conformidade com as regras de proteção à dignidade humana, já que o estrangeiro estava vivendo em condições precárias, doente e ameaçando suicidar-se. O governo brasileiro, contudo, viu no ato uma quebra de hierarquia que pôs em risco a segurança do exilado, já que algo poderia lhe ocorrer no trajeto<sup>343</sup>. O Ministério das Relações Exteriores, então, abriu inquérito para esclarecer as causas da saída do estrangeiro da Embaixada e assegurou que serão tomadas as medidas administrativas e disciplinares cabíveis<sup>344</sup>.

Como já esclarecido, o asilo é uma proteção ao ser humano ameaçado, por motivos ideológicos ou políticos, em sua liberdade ou vida. No caso do estrangeiro em questão, foi-lhe concedido asilo diplomático, ou seja, ficou protegido em solo boliviano, mas em local imune a sua jurisdição, a embaixada brasileira.

A Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, principal documento que regulamenta o tema, em seu artigo “V”, estatui que esse asilo só pode ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente necessário para que saia do país com a proteção a sua dignidade e integridade<sup>345</sup>.

---

<sup>342</sup>FREITAS, Vladimir Passos de. **Caso do senador boliviano merece análise jurídica**. Coluna publicada em 01.09.13. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-01/segunda-leitura-senador-boliviano-merece-analise-juridica>, em 04.02.14.

<sup>343</sup>Id Ibid.

<sup>344</sup>MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Acesso no sítio <http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/ingresso-do-senador-roger-pinto-molina-em-territorio-brasileiro/?searchterm=roger+pinto>, em 04.02.14.

<sup>345</sup> A redação original dia que “O asilo só poderá ser concedido em casos de urgência e pelo tempo estritamente indispensável para que o asilado deixe o país com as garantias concedidas pelo governo do Estado territorial, a fim de não correrem perigo sua vida, sua liberdade ou sua integridade pessoal, ou para que de outra maneira o asilado seja posto em segurança”.

Referida Convenção ainda estatui, no seu artigo XIII, que o Estado asilante tem o direito de conduzir o asilado para fora do país e, no XII, que “concedido o asilo, o Estado asilante pode pedir a saída do asilado para território estrangeiro, sendo o Estado territorial obrigado a conceder imediatamente, salvo caso de força maior, as garantias necessárias a que se refere o Artigo V e o correspondente salvo-conduto”. Assim, a Bolívia tinha a obrigação de conceder o salvo-conduto de forma célere, não sendo razoável supor que a palavra imediatamente signifique mais de um ano.

O diplomata, então, atuou em conformidade com a convenção internacional e com o ordenamento jurídico pátrio, diante do descumprimento do regramento internacional pelo Estado Boliviano, o que deveria ter sido apoiado pelo governo brasileiro, considerando o teor do art. 4º, inciso II, da Constituição Federal, o qual institui, como princípio que rege o país em suas relações internacionais, a prevalência dos direitos humanos.

Há quem defenda<sup>346</sup>, por isso, que, como, entre a norma de hierarquia que o subordinaria ao Ministério das Relações Exteriores e à Presidência da República e a Constituição Federal do Brasil, prepondera a última, e como atuou em consonância com as normas legais, mesmo se antevendo uma possível punição de demissão, ele conseguiria reverter judicialmente, amparado ainda no artigo 116, inciso III, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União.

Contudo, na verdade, se está diante de um possível conflito aparente de normas constitucionais, já que o artigo 84, inciso VII, da Carta Maior impõe, privativamente, ao Presidente da República, “manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos”. Uma interpretação sistemática da Constituição e do ordenamento jurídico internacional, assegura que, caso questionada a atuação do diplomata

---

<sup>346</sup>FREITAS, Vladimir Passos de. **Caso do senador boliviano merece análise jurídica**. Coluna publicada em 01.09.13. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-01/segunda-leitura-senador-boliviano-merece-analise-juridica>, em 04.02.14.

em uma Corte internacional, como ato inerente da soberania brasileira<sup>347</sup>, seria referendada a atuação em consonância com os direitos humanos.

Quanto ao senador boliviado, como o Brasil lhe concedeu asilo diplomático, reconhecendo a sua condição de perseguido por motivos ou delitos políticos, seria inconsistente, uma violação de direitos humanos, não lhe assegurar o asilo territorial, ou determinar sua extradição para o país de origem, devendo, considerando os princípios protetivos já enumerados, permanecer em território brasileiro<sup>348</sup>.

---

<sup>347</sup>O Estado atua por seus agentes públicos. Por isso, se diz que a ação do ministro foi um ato brasileiro, mesmo não tendo sido amparada pelo Chefe das Relações Exteriores e pelo Chefe de Estado.

<sup>348</sup>Nesse mesmo sentido, Celso Lafer se manifestou em parecer ofertado ao “Estadão”, intitulado **Asilo diplomático – o caso do senador Roger Pinto**. Acesso no sítio <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,asilo-diplomatico-o-caso-do-senador-roger-pinto,1074867,0htm>, em 04.02.14.

## 5 – CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que o Estado é uma associação política, criada para assegurar o bem comum, permitir o desenvolvimento de aptidões e o pleno desenvolvimento humano. Ocorre que, considerando a massiva violação de direitos humanos ocorrida na Segunda Grande Guerra, se percebeu que referida associação não estava cumprindo seu papel. Isso impôs que fossem revistas as bases do ordenamento jurídico elaborado, colocando o ser humano na posição central, já que ele é o real detentor do poder político, legitimando a ordem jurídica, e que fossem criados mecanismos de defesa.

Essa ampla proteção, contudo, contraria a clássica concepção de um dos elementos do Estado, qual seja, a soberania, a qual era vista como poder absoluto e ilimitado, o qual não reconhece qualquer outro acima de si. Por essa razão, se propôs uma restrição nessa liberalidade, relativizando esse conceito clássico, para acrescentar a necessidade de proteger os direitos humanos e, em especial, assegurar o valor da dignidade da pessoa humana.

Nela, encontra-se a finalidade especial que deve ser perseguida, o valor supremo que alicerça a ordem jurídica democrática e permite o intercâmbio entre os ordenamentos jurídicos no plano internacional. Apesar de seu conceito aberto e indeterminado, ela refere-se à necessidade de plena fruição dos direitos fundamentais, para que o ser humano possa se desenvolver plenamente e ter uma vida digna.

Esses limites, gerados inclusive pela consagração do Estado Constitucional Democrático e pelo regramento internacional, não precisam necessariamente ameaçar a soberania nacional, apenas sendo um elemento intrínseco da sua definição. Assim, a comunidade internacional deve atuar apenas subsidiariamente, quando o Estado não puder assegurar os direitos humanos consagrados. O sistema de proteção internacional dos

mencionados direitos vem, então, complementar o sistema interno, lhe garantindo maior legitimidade.

A necessidade de observar os interesses comuns dos variados sujeitos que compõem a sociedade plural e globalizada estatui que se crie uma jurisdição internacional que limite a atuação dos países e que preserve os valores e substratos éticos da pessoa humana. Por isso, se sustenta a necessidade instâncias jurisdicionais de proteção internacional dos direitos humanos, conjugada com a consolidação do indivíduo como sujeito de direito no campo internacional, com pleno acesso à justiça internacional.

Ademais, frisa-se a necessidade de aprimoramento do sistema de proteção mediante a sua justicialização, com um órgão jurisdicional com competência ampla para julgar violações dos direitos humanos, acessível por todos os atores internacionais, bem como com a criação de mecanismos internos que imponham o cumprimento dessas decisões internacionais no âmbito interno, conferindo aplicabilidade imediata e direta dentro do território estatal.

Entretanto, até que essa Corte Internacional de Direitos Humanos seja estabelecida, e considerando, inclusive, a resistência dos Estados em aceitar essa intromissão em sua soberania, deve-se usar os sistemas globais e regionais, os quais se complementam, e devem, sempre que possível, ser acionadas quando de violações aos direitos humanos.

Ocorre que, um dos grupos mais vulneráveis a violações de seus direitos é o estrangeiro, uma vez que não possui vínculo jurídico, político e social com o Estado em que reside ou em que se localiza, não gozando de todos os direitos e deveres dos nacionais. Contudo, cada vez mais se percebe uma tentativa de igualar o tratamento dispensado a todos os indivíduos que se encontram sob o território estatal.

Com isso, se verificou que o estrangeiro, assim como qualquer indivíduo, é sujeito de direitos, podendo questionar atos e omissões do Estado que sejam contrários a esse

compromisso de respeito à igual dignidade dos seres humanos. A condição jurídica desses indivíduos é regulada pelo direito internacional e interno, e geralmente é associada às normas de entrada, permanência e saída do território nacional.

Após ingressarem no país, ressalte-se, o estrangeiro pode ter sua saída compulsória decretada, desde que ocorra um dos casos previstos no Estatuto do estrangeiro (Lei 6.815/80) ou em tratados internacionais celebrado entre países. Nessas situações, se está passível de violações aos direitos desses sujeitos, o que impõe a observância de todo o sistema internacional de proteção a que os Estados manifestaram concordância em participar.

Para averiguar se seus direitos estão sendo resguardos, necessário conhecer a estrutura dessas garantias, seu histórico e dimensões, já que, os direitos humanos são um construído, e frequentemente se apresentam como princípios abertos, por tutelarem valores, em especial a dignidade, e, portanto, constantemente entram em tensões seus fundamentos, mas que, considerando sua indivisibilidade e essencialidade, precisam ser consagrados e aprimorados.

Conclui-se que essa estrutura das normas protetivas demanda o estudo da concretização judicial, o qual é feito, em regra, por instrumentos fornecidos pela hermenêutica (princípio da ponderação e da proporcionalidade, por exemplo), auxiliando o intérprete em casos de concorrência desses direitos. Dentre os princípios internacionais fornecidos, tem-se, dentre outros, a interpretação de boa-fé dos tratados, a interpretação *pro homine*, o princípio da máxima efetividade e o princípio da primazia da norma mais favorável.

Internamente e seguindo o padrão internacional de aproximação do Direito e da Ética, a Constituição se tornou um documento dialético, que busca resolver problemas complexos, abarcando a tentativa de convivência harmônica entre diversos grupos. Portanto, considerando o novo momento do movimento constitucionalista, os valores, como liberdade,



justiça e solidariedade, passam a ser considerados elementos primeiros do Direito e os direitos fundamentais da pessoa, como horizonte ou tela de fundo para a convivência harmônica.

A interpretação do texto constitucional, por ser um processo dinâmico, que acompanha a evolução social, exige uma constante aprovação para a correta adequação do sentido do texto a ser oferecido pelo contexto no qual está inserido, permitindo conciliar com a mobilidade dos valores humanos, que evoluem e atualizam-se. Assim, ganha destaque a hermenêutica constitucional, a qual possui como instrumentos, a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a interpretação conforme a Carta Maior, os princípios da razoabilidade, da ponderação e da proporcionalidade.

Considerando, ainda, a necessidade de compreender o ordenamento jurídico, verificando se a legislação atende aos anseios da sociedade plural e globalizada, se analisou a receptividade dos tratados internacionais. Apesar das teorias em contrário, inclusive a adotada pelo Supremo Tribunal Federal, defende-se a máxima proteção ao ser humano, o que demandaria que os atos internacionais referentes a direitos humanos ingressassem no ordenamento como supraconstitucionais, pois o indivíduo é o portador inato e incondicional dos direitos, e sendo eles essenciais para uma vida digna, deve poder exercê-los independentemente de fronteiras.

Tendo sido realizada a análise da teoria geral do Estado e dos direitos humanos, ambas conciliadas com a questão do estrangeiro, como sujeito de direitos e deveres na órbita internacional, passou-se a verificar casos concretos que envolveram aspectos da soberania estatal contrastada com algum direito fundamental do indivíduo ou de sua família, utilizando dos princípios já explanados anteriormente para solucionar as antinomias aparentes de normas.

No caso Battist, por exemplo, estava em pauta a colisão entre a soberania nacional italiana, o princípio da cooperação, o direito ao refúgio, a competência para impor a

saída compulsória, bem como a aparente dissonância entre os institutos jurídicos que regem o tema.

Assim, mesmo tendo sido concedido o refúgio ao nacional italiano, constatou Judiciário que dita qualificação foi equivocada, já que, dentre outros motivos, não havia conotação política nos crimes dos quais foi condenado, sendo o homicídio um crime hediondo, o que condiz com as normas que regem o tema.

Ocorre que, mesmo após a análise e deferimento do pedido da Itália pelo Pretório Excelso, surpreendeu o fato de ter se consignado que, mesmo com a decisão judicial e com tratado entre os dois países que obriga a extradição, o Presidente da República não estava vinculado a essa decisão jurídica, podendo, como o fez, indeferir a extradição. Isso gerou uma irrisignação da Itália e uma crise entre os dois países, havendo interesse em recorrer da decisão à Corte Internacional de Justiça, o que é totalmente plausível.

Já no processo de expulsão de Edd Abadallah Mohamed e Ronald Arthur Biggs, como os fatos demonstraram, há um conflito entre a soberania nacional brasileira e o direito da criança à identidade, convivência familiar e assistência dos pais, todos garantidos na Carta Magna e em tratados internacionais de proteção aos direitos do infante.

Pela análise dos princípios interpretativos, então, se constatou que seria possível falar em uma proibição de expulsão do estrangeiro com filhos no Brasil, independentemente se a prole é anterior ou não ao ato que motivou o decreto, pois prepondera o direito fundamental da criança a sua dignidade, a uma criação pelos pais e com seu sustento. Ademais, sustentou-se uma revisita à Súmula 421 do Supremo, que não estende essa garantia em caso de extradição, pois a maior proteção exigida internacionalmente é à criança.

O caso Andrimana Buyoya Habizimana surpreendeu positivamente, por ter colocando o ser humano na posição central, preocupando-se em permitir se desenvolvimento e impossibilitando o tratamento como coisa. Para tanto, impôs, ao Estado brasileiro, o

reconhecimento do africano como apátrida e, conseqüentemente, a obrigação de conceder todos os direitos inerentes a essa qualificação, pela recusa do seu país de origem em lhe garantir sua cidadania, por ausência de documentos.

Com isso, e considerando sua integração com a sociedade brasileira, competia ao país, em que ele ora vivia, não deixá-lo desamparado, assegurando que sua dignidade seria preservada, através da concessão da qualidade de apátrida pleiteada, podendo, com isso, exercer a atividade profissional que vinha desenvolvendo. Esse ato estatal está em consonância com o princípio da evolução do sistema de proteção, com o princípio da interpretação *pro homine*, os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e ponderação, não ultrapassando as áreas de proteção e regulamentação do direito a ser reconhecido como apátrida, já que prepondera o princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, o caso Roger Molina, apesar de ainda não ter sido analisado pela Justiça brasileira, destacou-se pela atuação em conformidade com a Convenção de Caracas sobre Asilo Diplomático de 1954, e com o ordenamento jurídico pátrio, diante do descumprimento do regramento internacional pela Bolívia, que impunha a obrigação de concessão de salvo-conduto ao asilado, para que esse estrangeiro pudesse deixar o país de origem e ter uma vida digna sob a proteção de outro Estado.

Conclui-se, então, por essas análises, que o Estado brasileiro, e seus tribunais, estão se adequando aos comandos do Estado Constitucional de Direito e aos ditames do Direito Internacional dos Direitos Humanos, devendo-se aperfeiçoar as garantias concedidas internas e internacionalmente através da observância dos princípios interpretativos.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de direito internacional público**. V. I. 2ª Ed. Rio de Janeiro: MRE, 1956.

ACNUR. **DIRECTRICES SOBRE LA APATRIDIA NO. 1**: La definición de “Apátrida” en el artículo 1(1) de la Convención sobre El Estatuto de los Apátridas de 1954. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8471>, em 20.01.14.

\_\_\_\_\_. Acesso no sítio <http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/apatridas/>, em 20.01.14

ALEXY, Robert. “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático” In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Virgílio Afonso da Silva (trad). 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

\_\_\_\_\_. **Legal Principles**: On the structure of Legal Principles. In: Ratio Juris, Vol. 13, No. 3, September 2000.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 5. ed. Malheiros: São Paulo. 2006.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 38ª ed. São Paulo: Globo, 1998.

BANTEKAS, Ilias; NASH, Susan. **International Criminal Law**. 2nd Ed. London: Cavendish Publishing Limited, 2003. p. 179.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas. In **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Direitos Fundamentais. 2ª ed. Salvador: Edições JusPodivm, 2007.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional dos princípios: Ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão (org.). **Dos princípios constitucionais: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 5ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASSEGIO, Luiz. Migrantes: Discriminados e Necessários. In **Direitos Humanos no Brasil 2004: Relatório da Rede Social de Justiça e Direitos Humanos**. Acessível no sítio <http://www.social.org.br/relatorio2004/relatorio021.htm>, em 30.11.12

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BAYLER, Maria Célia Calmon de Almeida. **Os princípios fundamentais e a conformação do Estado Brasileiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 33. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BICHARA, Jahyr-Philippe. **A Convenção Relativa ao Estatuto dos Apátridas de 1954 e a sua aplicação pelo Estado Brasileiro**. In Revista de Direito Constitucional e internacional. Ano 21, vol. 84, jul-set/2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BODIN, Jean. **Los seis libros de la república**. Madri: Editorial Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BONIFÁCIO, Artur Cortez. **O Direito Constitucional Internacional e a proteção dos Direitos Fundamentais**. Coleção Gilmar Mendes. São Paulo: Ed. Método, 2008.

BRASIL, Secretaria Nacional de Justiça. **Manual de extradição**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros, 2012.

BULYGIN, Eugenio. **Sobre el Status Ontológico de los Derechos Humanos**. Acesso no sítio: [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuadem4/Doxa4\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218659036051876657/cuadem4/Doxa4_05.pdf), em 10 de março de 2009.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição, Coimbra, 2000.

CANOTILHO, Joaquim Gomes (coord). **Direitos Humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias**. Acesso no sítio: <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223551984C9fYY4wq4Pm52KS0.pdf>, em 01.12.12.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: Miguel Carbonell (org.). **Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso**. Série Derecho, 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

CENTRO SCALABRINIANO DE ESTUDOS MIGRATÓRIOS. Resenha “**Migrações na Atualidade**”. Acesso no sítio: <http://www.migrante.org.br/IMDH/fckeditor/editor/filemanager/connectors/aspx/userfiles/file/Mobilidade%20Humana/reenha%20migra%C3%A7%C3%A3o%20na%20atualidade/79-pdf.pdf>, em 01.12.12.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)Constitucionalismo: um análise metateórico. In: Miguel Carbonell (org.) **Neoconstitucionalismo, Colección Estructuras y proceso**. Série Derecho, 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. Acesso no sítio <http://portal.mte.gov.br/cni/>, em 14.02.14.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de Direitos Humanos para a Administração da Justiça**. Acesso no sítio <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/cidadania-direito-de-todos/manual-de-direitos-humanos>, em 25.01.14.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 10/01/14.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos\\_s.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_s.htm), em 16.01.14

CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU PENAS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES. Acesso no sítio <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/degradant.htm>, em 18.01.14

CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=536&IID=4>, em 06/01/14.

CONVENÇÃO RELATIVA AO ESTATUTO DOS REFUGIADOS. Acesso no sítio [http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bfolder%5D=157](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bfolder%5D=157), em 14.02.14

CONVENÇÃO SOBRE ASILO DIPLOMÁTICO. Acesso no sítio <http://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/IRBr/pt-br/file/CAD/LXII%20CAD/Direito/CON>

VEN%C3%87%C3 %83O%20SOBRE%20ASILO%20DIPLOM%C3%81TICO%20-%201954.pdf, em 17.01.14.

CONVENÇÃO SOBRE ASILO TERRITORIAL. Promulgada pelo Decreto n° 55.929/65. Acesso no sítio: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1950-1969/D55929.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55929.htm), em 18.01.14.

CORDEIRO, Paulo Machado. **A responsabilidade social dos juízes e a aplicação dos direitos fundamentais**: perspectivas para um sistema de responsabilidade social do juiz a partir da instrumentalização da defesa dos direitos fundamentais. Salvador: Edições JusPodivm, 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em <http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home>. Acesso em 21.01.14.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acesso no sítio <http://www.corteidh.or.cr/index.php>, em 21.01.14.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Acesso no sítio <http://www.icj-cij.org/>, em 10.01.14.

COSTA, Rafael Luchini Alves. **O conceito de soberania no mundo contemporâneo**. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19 – Vol. 76. Coord: Maria Garcia. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In **Hermenêutica e jurisdição constitucional**. José Adércio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA, Paulo. **Da justiça na Constituição da República Portuguesa**. In: Scienti Ivridica. Braga (Portugal): Livraria Cruz, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.



\_\_\_\_\_. **Elementos de teoria geral do Estado**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>, em 17.01.14.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível no sítio: [http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration\\_child1959.pdf](http://www.unicef.org/lac/spbarbados/Legal/global/General/declaration_child1959.pdf). Acesso em 28.02.2011.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Acesso no sítio: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), em 05/01/14.

DIAS, Daniella S. Dias. O Futuro do Estado: a soberania estatal em tempos de globalização. In **Direitos Humanos e Democracia Inclusiva**. Antonio José de Mattos Neto, Homero Lamarão Neto e Raimundo Rodrigues Santana (org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press. 1978.

\_\_\_\_\_. **La lectura moral de La constitución y la premisa mayoritaria**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidade Nacional Autónoma de México, 2002.

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO. Disponível no sítio [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm). Acesso em 11/01/14.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**: nascimento e crise do Estado nacional. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. **Justiça Distributiva para Formigas e Cigarras**. In: Novos Estudos, no. 77. CEBRAP, Centro Brasileiro de Análise e Planejamento. Rio de Janeiro, Março/2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. Hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro antes e após a emenda constitucional 45 de dezembro de 2004. In **Direitos Humanos**. Vol. II. Flávia Piovesan, Daniela Ikawa (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

GALVÃO, Ana Paula Morais. **Teoria da Justiça e Direitos Fundamentais: um Enfoque sob as Teorias que Procuram Explicar os Fenômenos Jurídicos e o Papel Interpretativo do Magistrado**. In: Revista da ESMARN. Ano 7, vol. 7, n.1 (2001- ). Natal: ESMARN, 2008.

\_\_\_\_\_. **A concretização do ideal de justiça pela efetivação dos direitos fundamentais**. Monografia (especialização em direito e jurisdição). Universidade Potiguar e escola da Magistratura do Rio Grande do Norte. Natal, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. São Paulo: Rideel, 1999.

GUIMARÃES, Marco Antônio. Fundamentação dos Direitos Humanos: Relativismo ou Universalismo? In: **Direitos Humanos**. Flávia Cristina Piovesan (Org.). 1ª ed. Volume I. Curitiba: Juruá, 2006.

GURGEL, Yara Maria Pereira. **Direitos Humanos, Princípio da Igualdade e não discriminação**: sua aplicação às relações de trabalho. 1ª. ed. São Paulo: LTR, 2010.

H AidAR, Rodrigo. **Tradição do Brasil é dar refúgio a perseguidos**. Acesso no sítio <http://www.conjur.com.br/2009-ago-27/entrevista-luis-roberto-barroso-advogado-cesare-battisti>, em 30.01.14

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 4ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HUMAN RIGHTS WATCH. Acesso no sítio <http://www.hrw.org>, em 30.11.12.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Tradução: Pietro Nassetti. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2002.

ILO. **Protecting the rights of migrant workers: A shared responsibility**. Geneva: International Labor Office, 2009.

JUBILUT, Liliana Lyra. A proteção internacional do ser humano e as transformações no direito internacional. In **Direito Internacional em contexto**. Fabia Fernandes Carvalho Veçoso (coord). São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Os fundamentos do Direito Internacional Contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados**. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coord. Leonardo Nemer Caldeira Brant. v. 1. n. 1, 2006. Belo Horizonte: CEDIN, 2006.

\_\_\_\_\_. A judicialização do refúgio. In **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

JUSTIÇA FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Acesso no sítio: <http://www.jfrn.jus.br/>, em 30.01.14

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad.: Leonardo Holzbach. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad: Luís Carlos Borges. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **La paz por medio del Derecho**. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça? : a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAGE, Délber Andrade. **A jurisdicionalização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LAGERSPETZ, Eerik. **Ronald Dworkin on Communities and Obligations: A Critical Comment**. In: Ratio Juris, vol. 12, nº 1, March 1999 (p. 108-115).

LAMARÃO NETO, Homero. Cumprimento de Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In **Direitos Humanos e Democracia Inclusiva**. Antonio José de Mattos Neto, Homero Lamarão Neto e Raimundo Rodrigues Santana (org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

LAMENZA, Francismar. **Os direitos fundamentais da criança e do adolescente e a discricionariedade do estado**. São Paulo: Minha Editora, 2011.

**LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL**. Ricardo Seidenfus (org.). 2ª Ed. São Paulo: Manole, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion.** 9. ed. Madri: Ed. Tecno, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Samir José Caetano. **Neoconstitucionalismo e seus reflexos nas relações jurídicas privadas:** em busca de parâmetros de aplicação direta dos direitos fundamentais. In Revista Forense. Vol. 393. Set-out. de 2007. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2007

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos Direitos Humanos:** dois fundamentos irreconciliáveis. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 13, nº 52. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Internacional Público.** 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. RT 906/159. Abril de 2011. In **Direito internacional privado:** teoria geral. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional:** uma introdução. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Ricardo Lobo Torres (org). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDONÇA, Daniel. **O fundamento da soberania e do Direito em Thomas Hobbes.** Acesso no sítio <http://jus.com.br/revista/texto/18609/o-fundamento-da-soberania-e-do-direito-em-thomas-hobbes>, em 12.07.2012.

MILESI, Rosita. **Migrantes e Refugiados: Proteção de seus direitos e resgate da dignidade humana.** Acesso no sítio [www.migrante.org.br/artigo1outubro.doc](http://www.migrante.org.br/artigo1outubro.doc), em 30.11.12.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Acesso no sítio <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B0428DBCE%2D69A9%2D4197%2DB4FF%2D849D177F9B7E%7D&params=itemID=%7B332D78E0%2D6C88%2D43B2%2D9437%2D5C9012D65C71%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C%2D1C72%2D4347%2DBE11%2DA26F70F4CB26%7D>, em 14.02.14.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Conselho Nacional de Imigração, acesso no sítio [http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao\\_proposta.pdf](http://www.mte.gov.br/politicamigrante/imigracao_proposta.pdf), em 30.11.12.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana:** substrato axiológico e conteúdo normativo. In Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coord. Ingo W. Sarlet. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Segurança jurídica e Justiça Constitucional.** In Revista de Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. vol. XLI, nº 2, 2000. Coimbra: Coimbra Editora.

MUÑIZ, Joaquín R.-Toubes. **Legal Principles and Legal Theory.** In: Ratio Juris. Vol. 10, nº 3, September 1997 (267-87).

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2009.

NOBRE JUNIOR, Edílson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana.** Revista de Informação Legislativa n. 145. Brasília: Senado Federal (Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Subsecretaria de Edições Técnicas), 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.** Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. **O conceito de soberania no século XXI**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional nº 42. Maria Garcia (coord.). Ano 11. Janeiro-Março de 2003. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro de. **Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do § 3º do art. 5º da CF/88**. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 16, nº 64, Jul-set./2008. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.oitbrasil.org.br>, em 01/12/12.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA MIGRAÇÕES. Acesso no sítio: <http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/labour-migration.html>, em 01.12.2012.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Acesso no sítio: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html>, em 06/01/14.

PASSOS, Jorge Luiz Ieski Calmon de. Direitos Humanos na Reforma do Judiciário. In **Reforma do Judiciário – Primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional 45/04**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório et al. **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madri: Debate, 1987.

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, estado de derecho y Constitución**. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PETERS, Adriana Salgado. A Eficácia do § 3º do Art. 5º, da Constituição Federal de 1988. In **Direitos Humanos**. Vol. II. Flávia Piovesan, Daniela Ikawa (coord.). Curitiba: Ed. Juruá, 2006.

PLANALTO FEDERAL. Acesso no sítio: <http://www2.planalto.gov.br/>, em 18.01.14.

PIGNATARO, Ana Paula Morais Galvão; GURGEL, Yara Maria Pereira. A proibição de expulsão só estrangeiro com filhos no Brasil: conflito aparente de direitos fundamentais. In **Direito de Família**. Conpedi/Unicurituba (org.). Mariana Ribeiro Santiago [et al] (coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 458-474.

PIGNATARO, Ana Paula Morais Galvão; GURGEL, Yara Maria Pereira. Soberania e Direitos Humanos: uma aproximação necessária. In **Direito Internacional**. Conpedi/Unicurituba (org.). Wagner Menezes [et al] (coord.). Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 229-245.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 7.ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTAL, Alexandre Rocha. **Direito imigratório**. 2ª Ed. Curitiba: Juruá, 2013. p. 396-397.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. In: Flávia Cristina Piovesan. (Org.). **Direitos Humanos**. 1 ed. v. 1. Curitiba: Juruá, 2007.

\_\_\_\_\_. **Proteção internacional dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. Revista de Direito Internacional e Econômico. Ano 1, nº 2, p. 85-99. Publicação Oficial do Instituto Nacional do Contencioso Econômico – INCE/ Síntese, jan./fev./mar., 2003.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. In Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, Ano 8, V. 15. jan./jun. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.



\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional**. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional público e privado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **A relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas**. In Anuário Brasileiro de Direito Internacional. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant - v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006.

\_\_\_\_\_. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. In **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida (orgs.). São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

\_\_\_\_\_. **O princípio do *non refoulement* no direito dos refugiados: do ingresso à extradição**. In Revista dos Tribunais. Ano 99, vol. 892, fevereiro de 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

REALE, Miguel. **O estado democrático de direito e o conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2005.

REIS, Palhares Moreira. **A participação política formal, inclusive do estrangeiro, no Brasil**. In Anuário dos cursos de Pós-Graduação em Direito. Ano 9, nº 9. João Maurício Adeodato (coord. ). Recife: Editora Universitária da Universidade Federal de Pernambuco, 1999.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROCHA JÚNIOR, José Jardim. **A tutela dos Direitos Humanos num mundo de soberanias ainda “soberanas”**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília: FESMPDFT. Ano I, nº 1, 1993. p. 126/127.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Trad. Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores. Versão para e-Book, março de 2002. Disponível em <http://ebooksbrasil.org/>. Acesso em 23.10.12.

SÁNCHEZ, Miguel Revenga. **Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional em el siglo XXI**. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Fortaleza-CE: Edições Demócrito Rocha, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2008.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. **Algumas notas em torno da relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Ordem Constitucional Brasileira**. In: George Salomão (Org.). *Dos Princípios Constitucionais: Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, v.1, p. 198-236.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Org: Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti Timm; Ana Paula de Barcellos... [et al.]. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

\_\_\_\_\_. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Vitor Seidel; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. **Entre a jurisdição constitucional interna e a internacional:** ADPF 153 e caso “Julia Gomes Lund e outros VS. República Federativa do Brasil. In Revista de Direito Brasileira. Vladmir Oliveira da Silveira (coord.). Ano 3. Vol. 4. Jan-abril/2013.

SENADO FEDERAL. Acesso no sítio <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=34326>, em 21.01.14.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de Direito Processual Penal:** Teoria (Constitucional) do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de. **Direitos Humanos e cidadania.** 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Direito, Justiça e Princípios Constitucionais.** Salvador: Edições *JusPodivm*, 2008.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acesso no sítio <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>, em 16.01.14.

\_\_\_\_\_. **Extradição.** Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2006.

TAIAR, Rogério. **Direito Internacional dos direitos humanos:** uma discussão sobre a relativização da soberania em face da efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. São Paulo: MP Ed., 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

TAVARES, Felipe Cavaliere. **O caso Cesare Battisti sob a ótica do Direito Internacional Público**. Acesso no sítio <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=303ed4c69846ab36>, em 30.01.14.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. RT 787/437. Maio/2001. In **Direito internacional privado: teoria geral**. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

TÔRRES, Luís Wanderley. Direito de Asilo. Revista dos Tribunais. RT 297/15. Jul./1960. In **Direito internacional privado: teoria geral**. Luiz Olavo Baptista, Valerio de Oliveira Mazzuoli (org.). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. Acesso no endereço eletrônico: <http://www.trf5.jus.br/>, em 30.01.14.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La humanización del derecho internacional y los limites de la razón de Estado. In **A Humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. *A Recta Ratio* nos fundamentos do *Jus Gentium* como Direito Internacional da Humanidade. In **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. La consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del ser humano em la agenda de los derechos humanos del siglo XXI. In **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. A Emancipação do ser humano como sujeito de direito internacional e os limites da razão de Estado. *In* **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

\_\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_\_. A evolução da proteção dos direitos humanos e o papel do Brasil. *In* **A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras**. Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Volume II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

\_\_\_\_\_.; PEYTRIGNET, Gérard; e RUÍZ DE SANTIAGO, Jaime. **As três vertentes da proteção internacional da pessoa humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados**. San José, C.R. : Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 1996.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção Processual aos Direitos Fundamentais**. Salvador: Edições JusPodivm, 2006.