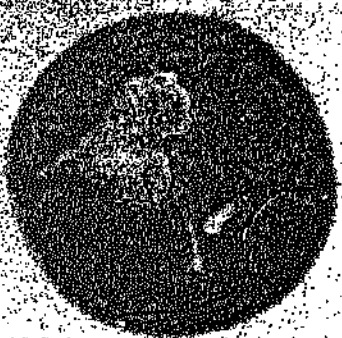


A Internacionalização dos Direitos Humanos Celso Lafer



A Internacionalização dos Direitos Humanos

Constituição,
Racismo e Relações
Internacionais

Celso Lafer

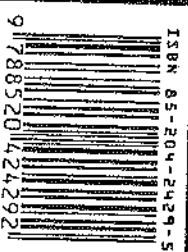
A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais examina a interligação hoje existente entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional e as Relações Internacionais, destacando a sua importância no campo dos direitos humanos.

A obra examina o art. 4º da Constituição de 1988, que estabelece os princípios que regem as relações internacionais do Brasil — entre eles a prevalência dos direitos humanos e o repúdio ao racismo —, analisando, a partir da experiência de Celso Lafer, como se lida com um juízo sobre princípios que, ao mesmo tempo, jurídico e diplomático.

Trata, ainda, um estudo profundo do art. 5º, XLII, da Constituição, que dispõe sobre a prática do racismo como crime inafiançável e imprescritível e sua abrangência tendo como base o caso *Elwanger* e a confirmação, pelo STF, de sentença condenatória proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O caso *Elwanger* — e o racismo de sua prática anti-semita — foi um dos mais importantes da jurisprudência brasileira em matéria de direitos humanos no entender dos próprios ministros do STF, ao decidir o HC n. 82.424/RS, revelador da interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.



Manole



Manole



Manole

2

A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E AS RELAÇÕES INTERNACIONAIS:

reflexões sobre o art. 4^o

I

"Tra chiaro e oscuro c'è un velo sottile"
(Eugenio Montale. Tra Chiaro Oscuro. Tutte le poesie.
Farigliano, Mondadori, 1990.)

As constituições do tipo clássico essencialmente dispõem sobre a distribuição de competência dos poderes políticos e elencam os direitos voltados para assegurar a liberdade. São, por esta razão, classificadas como Constituições-garantia. A nossa primeira Constituição – a Constituição do Brasil Império de 1824 – é explicitamente deste tipo, pois, como diz o seu art. 178, “É só constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos”. Por esse motivo, em matéria de política externa, a Constituição de 1824 dispõe sobre competências. Estas foram substantivamente atribuídas ao Poder Executivo (art. 102, §§ 6º, 7º, 8º e 9º), cabendo ao Legislativo a função de acompanhamento e ao Conselho de Estado, criado pela Lei n. 234, de 23 de novembro de 1841, um papel de aconselhamento (Lei n. 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7º, § 2º).

Nesta linha, Pimenta Bueno, que foi o grande constitucionalista do Império, na sua análise da Constituição, discute competências e, ao tratar do Ministério dos Negócios Estrangeiros, especifica que os seus deveres e serviços “podem ser considerados por duas faces, política e comercial, pois que ele deve não só defender os direitos de Estados em suas relações exteriores mas também promover os seus interesses mercantis, ou antes, industriais”, observando que esses encargos se enlaçam.¹

¹ José Antonio Pimenta Bueno. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1958, p.273-5.

A Constituição norte-americana, que é do século XVIII, é também uma Constituição-garantia. É por essa razão que o consagrado livro de Louis Henkin, *Foreign affairs and the US Constitution*, é um trabalho estruturado em torno da atribuição do poder constitucional em matéria de política externa no contexto da separação de poderes e do que isto enseja em termos de competição, conflito e cooperação entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. É nesta moldura que discute e examina, no sistema norte-americano, um tema clássico do Direito Constitucional de igual relevância na ordem jurídica brasileira: o *treaty-making power* e o papel do Executivo e do Legislativo na celebração e efetivação de normas jurídicas que levam à cooperação entre os estados.²

As Constituições contemporâneas têm características diferentes da Constituição-garantia dos séculos XVIII e XIX. Podem ser classificadas como Constituições-programáticas de ânimo dirigente, pois contêm normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação.³ É por este motivo que as Constituições do século XX, com destaque para as que foram elaboradas no Segundo Pós-Guerra, contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais.

A discussão sobre o papel dos princípios gerais num ordenamento jurídico é um grande tema de teoria geral do Direito, cabendo observar que se trata de tema que foi bem versado e com anterioridade no âmbito do Direito Internacional Público, em função do estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional. Este considerou, no seu art. 38, que são fontes do Direito Internacional Público não apenas as regras específicas dos tratados e dos costumes mas os princípios gerais do Direito, reconhecidos pelas nações civilizadas.

O reconhecimento, no Estatuto da Corte, depois da Primeira Guerra Mundial, dos princípios gerais como fonte própria do Direito representou uma contestação ao positivismo jurídico. Teve como objetivo dar à Corte um certo poder de desenvolver e refinar o escopo da jurisprudência internacional.

2 Louis Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution*, 2. ed. Oxford, Clarendon Press, 1996. No âmbito do Direito brasileiro, cf. sobre esta matéria Francisco Rezak, *Parlamento e Tratados: o modelo constitucional do Brasil. Revista de Informação Legislativa*, n. 162, ano 41, p. 121-48, abr.-jun./2004; Pedro Bohonolez de Abreu Dallari, *Constituição e tratados internacionais*. São Paulo, Saraiva, 2003.

3 J. J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6. ed. Coimbra, Alameda, 2002, p. 217-8; Estado adjetivado é teoria da Constituição, *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 3, p. 455-74, 2003; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 22. ed. atualizada, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 12-3.

Nã época, a idéia era valer-se do procedimento da analogia, recorrendo aos ordenamentos jurídicos nacionais de Estados civilizados como meio válido de heterointegração normativa na relação entre Direitos Internos e Direito Internacional. Neste contexto, os princípios gerais passaram a ter uma função de expansão não apenas lógica, mas axiológica do Direito.⁴

A expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, inclusive a Constituição do Brasil de 1988, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário-militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição brasileira de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos. Caracteriza-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira.

Esta linha também abrange as relações internacionais, pois o art. 4º - que será o objeto de análise deste texto - constitucionaliza princípios nesta matéria que são muito abrangentes.⁵ Vão muito além, *ratione materiae*, da própria tradição constitucional republicana. Esta, no Brasil, com a Constituição de 1891 - em contraste com a Constituição-garantia do Império -, afirmou a proibição da guerra de conquista no seu art. 88 e o estímulo à arbitragem no seu art. 34, na esteira da visão doutrinária esposada por Kant que identificava uma vocação pacífica na forma republicana de governo. Esta tradição está espelhada no art. 4º da Constituição de 1934 e de 1946, e no art. 7º da Constituição de 1967 e da Emenda Constitucional n. 1 de 1969.

O art. 4º da Constituição de 1988 é representativo da abertura ao mundo, inerente a um regime democrático. Neste sentido é pertinente a observação de Gomes Canotilho a propósito da Constituição portuguesa de 1976 que teve influência na constituinte brasileira. Aponta Canotilho, na análise do art. 7º da Constituição portuguesa, que este artigo, ao constitucionalizar princípios de relações internacionais, marca a passagem do "orgulhosamente sós" do regime salazarista para uma etapa de inclusão do Estado português na comunidade internacional e, por via de consequência, na aceitação de suas nor-

4 Norberto Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*. Turim, Giappichelli, 1994, p. 256-79; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4. ed. Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 15-7.

5 Sobre o processo que levou à constitucionalização dos princípios de relações internacionais na Constituição de 1988, cf. Pedro Dallari, *Constituição e relações exteriores*. São Paulo, Saraiva, 1994.

mas jurídicas. Daí a abertura ao Direito Internacional como uma das dimensões caracterizadoras do Estado democrático de direito.⁶

O art. 4º da Constituição de 1988 é indicativo desta abertura, pois os princípios nele positivados estão próximos dos que basicamente regem, de acordo com o Direito Internacional Público, *ex vi* do art. 2º da Carta da ONU, a comunidade internacional. São muito semelhantes aos codificados, na época da coexistência pacífica da Guerra-Fria, na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional referentes às relações de amizade e cooperação entre os Estados, aprovada pela Assembleia Geral em 24 de outubro de 1970, na celebração dos 25 anos da Carta da ONU. O art. 4º aponta, assim, para a complementaridade entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional e indica a irradiação de conceitos elaborados no âmbito do Direito das Gentes no plano do Direito Público Interno.⁷

II

No art. 4º, a clara nota identificadora da passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito é o princípio que assevera a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II). Este princípio afirma uma visão do mundo – que permeia a Constituição de 1988 – na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar a perspectiva da cidadania. É representativa da “revolução copernicana” por meio da qual, para usar as palavras de Bobbio, a relação política numa democracia passa a ser considerada não mais *ex parte principis*, mas, sim, *ex parte civium*.⁸ Permite-me lembrar, neste contexto, a propósito de democracia e direitos humanos no plano interno e internacional, a lição de Vicente Ráo – eminente professor da Faculdade de Direito da USP e chanceler brasileiro no período de 1953 a 1954. Observou Vicente Ráo, em artigo publicado em 1958:

[...] o respeito dos direitos fundamentais do homem, dos corpos sociais e das nações cria a verdadeira democracia na ordem interna e na ordem internacional.⁹

O desdobramento do inc. II do art. 4º na prática diplomática brasileira tem sido uma política de Direito votada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos. Esta política do Direito foi claramente iniciada no governo Sarney, seguida pelos governos que o sucederam – Collor e Itamar Franco – e intensificada na Presidência de Fernando Henrique Cardoso como expressão do compromisso democrático de sua administração.

Esta política jurídica foi reconfirmada e reforçada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que adicionou ao art. 5º o novo § 4º, que diz: “O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. O novo § 4º do art. 5º também pode ser interpretado como sendo o cumprimento do art. 7º do ato das Disposições Constitucionais Transitórias (“O Brasil propugnará pela formação de um Tribunal Internacional de Direitos Humanos”) tendo em vista a participação brasileira na negociação do Estatuto de Roma que levou à criação do Tribunal Penal Internacional, ao qual o nosso país deu sua adesão, ratificando-a em 20 de julho de 2002.¹⁰

No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois arguiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF art. 60, § 2º), os tratados

6 I. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ed., op. cit., p.231-3, 369-70.

7 Cf. Antonio Cassese, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, Il Mulino, 1984, cap. VI, p.149-90; Jorge Miranda, *Diritto Costituzionale e Diritto Internazionale*, *Revista di Diritto*, n.73, ano XXII (Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos), p.89-93, nov/2003.

8 Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, Trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p.117.

9 Vicente Ráo, Os direitos humanos como fundamento da ordem jurídica e política, *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.1, n.1, p.3, mar/1958.

10 Cf. Cláudia Perrone-Moisés, O estatuto do Tribunal Penal Internacional e a soberania contemporânea, *Política Externa*, vol.8, n.4, p.3-11, mar.-abr.-maio/2000; Flávia Piovesan; Daniela Ribeiro Ikawa, O Tribunal Penal Internacional e o Direito brasileiro, In: Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 2.ed., São Paulo, Max Limonad, 2003, p.147-87.

internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.¹¹

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, o novo § 3º que diz:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O novo § 3º do art. 5º pode ser considerado como uma lei interpretativa destinada a encerrar as controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias suscitadas pelo § 2º do art. 5º. De acordo com a opinião doutrinária tradicional, uma lei interpretativa nada mais faz do que declarar o que preexiste, ao clarificar a lei existente. Ensina, no entanto, Paul Roubier:

Une loi qui résout une question controversée n'est pas nécessairement une loi interprétative; elle peut en quelque sorte, supprimer le controversé en déplaçant le problème sur un nouveau terrain.¹²

Este me parece ser o caso do novo § 3º do art. 5º.

Com efeito, entendo que os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados

como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados. Neste sentido, aponto que a referência aos princípios pressupõe, como foi visto, a expansão axiológica do Direito na perspectiva *ex parte civium* dos direitos humanos. Também entendo que, com a vigência da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, os tratados internacionais a que o Brasil venha a aderir, para serem recepcionados formalmente como normas constitucionais, devem obedecer ao iter previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos muitos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 45, seguindo a política jurídica exterior determinada pela *vis directiva* do inc. II do art. 4º. Entre estes tratados estão o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais; e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Penso que os dispositivos destes e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o *quorum* de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias. E é neste ponto que a controvérsia se colocará em novos termos, para voltar ao ensinamento de Paul Roubier, acima referido.

Explico-me observando que entendo, por força do § 2º do art. 5º, que as normas destes tratados são materialmente constitucionais. Integram, como diria Bidart Campos, o bloco da constitucionalidade, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a sornatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados. O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é por isso parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas. Por essa razão, considero que os tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45

11 Cf. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição constitucional*. São Paulo, Saraiva, 1966, p. 178; Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo, Max Limonad, 2002, cap. IV; Carlos Mário da S. Veloso, "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal", *Revista de Jurisprudência Legislativa*, n. 162, ano 41, p. 35-45, abr.-jun./2004; José Levi Mello do Amaral Jr., "Direitos humanos - Reforma define status jurídico de tratados internacionais", *Consultor Jurídico*. Acesso em 31/1/2005. Disponível anteriormente em: <http://conjur.uol.com.br/textos/252140>; cf. igualmente infra, Parte II, cap. 3. O caso Ellwanger.

12 Paul Roubier, *Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, 2. ed. Paris, Dalloz et Sirey, 1960, p. 259.

não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.¹³

Faço estas considerações porque concebo, na linha de Flávia Piovesan, que o § 2º do art. 5º, na sistemática da Constituição de 1988, tem uma função clara: a de tecer "a interação entre a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional".¹⁴

A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, confirma a relevância desta interação e contribuiu para o processo dessa tessitura ao dar à União a responsabilidade nacional e a competência federal que lhe faltava para lidar com um aspecto de sua responsabilidade internacional. Com efeito, no plano internacional, é a União que responde pelas hipóteses de violação da obrigação internacional em matéria de direitos humanos que o Brasil se comprometeu juridicamente a cumprir. Daí a relevância do novo § 5º do art. 109 da CF, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, que diz:

Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

Neste sentido, idêntico no novo § 5º do art. 109 uma expressão adicional de que o respeito e a abertura ao Direito Internacional é uma das características do Estado democrático de direito.

Em síntese, para retornar ao art. 4º, entendo que o princípio de prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) possui a característica de uma política jurídica exterior de Estado e não de governos, por ser uma das importantes notas identificadoras da passagem do regime autoritário para o Estado democrático de direito, em consonância com o texto e o espírito da Constituição de 1988. É esta característica, tão relevante para a temática dos direitos humanos, inclusive por conta dos seus desdobramentos no plano interno, o primeiro ponto que desejo realçar e fixar neste texto.

13 Cf. German J. Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar, 1995, p.264-9; 399-404; Flávia Piovesan, *Reforma do Judiciário e direitos humanos*. In: André Ramos Tavares, Pedro Lenza, Pietro de Jesus Lora Alarcón (orgs.), *Reforma do Judiciário*. São Paulo, Método, 2005.

14 Flávia Piovesan, *Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional*, op. cit., p.65.

III

O art. 4º representa um marco normativo a partir do qual o Executivo, no exercício de suas competências, traduz os interesses nacionais em ação diplomática do país, individualizando sua realização à luz da conjuntura internacional. O papel destes princípios vai além da clássica função de proibir ou permitir. São diretrizes que claramente almejam promover ações de política externa, vale dizer, são uma expressão do que Bobbio qualifica como uma função promocional do Direito.¹⁵

O marco normativo da Constituição torna mais específicos a fiscalização e o controle político da política externa pelo Congresso Nacional (cf. CF, art. 49, X) e também pela opinião pública. Esta fiscalização, diga-se de passagem, vem aumentando em função da globalização que, ao internalizar o mundo na vida do país, aumenta a sensibilidade da cidadania e do Legislativo para a relevância da política externa. É, aliás, o que comprovei como chanceler em 2001-2002, pois o Congresso valeu-se amplamente do seu poder de convocar o Ministro e de encaminhar pedidos escritos de informações sobre temas da condução diplomática do país (art. 50). A intensidade desta fiscalização em 2001-2002 contrasta, na minha experiência, com um interesse menor, verificando em 1992, quando chefei, pela primeira vez, o Itamaraty.¹⁶

O marco normativo do art. 4º também pode ensejar o controle jurídico, pelo Judiciário, de iniciativas de política externa, na medida que se traduzem em normas suscetíveis de apreciação de constitucionalidade.¹⁷

Diz o art. 4º:

- A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
- I – independência nacional;
 - II – prevalência dos direitos humanos;
 - III – autodeterminação dos povos;
 - IV – não-intervenção;
 - V – igualdade entre os Estados;
 - VI – defesa da paz;
 - VII – solução pacífica dos conflitos;

15 Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione – Nuovi Studi di teoria del diritto*. Milano, Ed. Comunità, 1977, p.13-32.

16 Celso Lafer, *Reflexões sobre uma gestão. Política Externa*, vol. II, n.4, mar.-abr.-maio/2003, p.119-20.

17 Cf. Antonio Kemiro Brotons, *La Acción Exterior del Estado*. Madrid, Tecnos, 1984, p.94-5.

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.

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

IV

O art. 4º citado não estabelece regras, mas princípios. As regras, como aponta Gustavo Zagrebelsky, proporcionam-nos critérios específicos sobre como devemos, não devemos ou podemos atuar em determinadas situações. Os princípios, em contraste, proporcionam-nos critérios para tomar uma posição diante de situações concretas que, no entanto, *a priori* são indeterminadas, só adquirindo significado operativo no momento de sua aplicação a um caso concreto, pois a elas não se pode atribuir uma determinação em absoluto.¹⁸ Nesta tomada de posição, os princípios do art. 4º são, como diria Alexy,¹⁹ mandatos de otimização dos valores neles consagrados.

Os valores positivados pelo art. 4º referem-se à realidade internacional, mas a ela não se reduzem. Por isso, para recorrer à lição de Miguel Reale, têm como notas objetivas, como todo valor, a realizabilidade e a inexauribilidade. A realizabilidade é o necessário apoio que precisam ter na realidade. A inexauribilidade aponta para o significado vectorial de um dever-ser, que se projeta para o futuro.²⁰ É por obra da natureza dos valores que os princípios do art. 4º são, ao mesmo tempo, mandatos de otimização, abertos à nota da inexauribilidade e preceitos de intensidade modulável, nos quais pesa a nota da realizabilidade que avalia o possível e seus diferentes graus de efetividade à luz do cenário internacional no momento de sua aplicação.

Os princípios gerais caracterizam-se por não serem mutuamente excludentes no plano abstrato. Isto é válido para os do art. 4º cabendo, no entanto, lembrar, como faz M. Gonçalves Ferreira Filho, que o art. 4º contém um potencial de ambigüidades, pois alguns incisos apontam para uma orien-

tação mais nacionalista e outros para uma orientação mais internacionalista.²¹ Por isso, na sua aplicação, os critérios que estabelecem para a tomada de posição em uma situação concreta suscitam a hipótese de antinomias, não elimináveis pelos métodos usuais de sua solução. É o caso, por exemplo, do princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) que pode chocar-se com o princípio de não-interferência (art. 4º, IV). Das as numerosas dificuldades que podem surgir, muito distintas na sua complexidade daquilo que ocorre na aplicação de regras específicas. Como explica Zagrebelsky, em lição que se ajusta ao art. 4º, a pluralidade de princípios e a ausência de uma hierarquia formal entre eles faz com que não possa existir uma “ciência” sobre sua articulação, mas apenas uma prudência na sua ponderação. Por isso, a própria regra de interpretação aventada por Alexy, da “otimização” possível de todos os princípios, é uma questão prática, de natureza material, a ser examinada em cada caso concreto.²²

V

No dia-a-dia, a aplicação dos princípios do art. 4º é uma atribuição que está no âmbito das responsabilidades do ministro das Relações Exteriores, pois é ele, *ex-officio*, o principal colaborador do presidente da República, a quem cabe, constitucionalmente, a definição das diretrizes da política externa do país (CF art. 84 e art. 87, parágrafo único). No exercício desta responsabilidade de assessoramento, deve o chanceler, no meu entender, valer-se, por analogia, do método da ponderação que a hermenêutica jurídica contemporânea vem elaborando para dirimir as complexidades inerentes à aplicação de princípios gerais, importando lembrar que a este método o Supremo Tribunal Federal do Brasil vem dando uma contribuição própria à luz da especificidade do Direito brasileiro.²³

21 M. Gonçalves Ferreira Filho. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, art. 1º a 43. São Paulo, Saraiva, 1990, vol. I, p. 21.

22 Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, op. cit., p. 125.

23 Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos fundamentais e controle da constitucionalidade – estudos de Direito Constitucional*. São Paulo, Celso Bastos/Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1998, p. 67-83; Inocêncio Mártires Coelho. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre, Fabris, 2003, cap. 9; Inocêncio Mártires Coelho. *Racionalidade hermenêutica: actos e equívocos*. In: Ives Gandra da Silva Martins (coord.). *As vertentes do Direito Constitucional contemporâneo – Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, p. 353-77; Luis Prieto Sanchis. *Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación*. *Revista de*

São notas inerentes ao método da ponderação, à razoabilidade, à adequação e à necessidade. A interpretação e aplicação dos princípios gerais, com base no método de ponderação, é uma atividade contextualizada que requer o exame das circunstâncias. Pressupõe a conciliação e a convivência de princípios numa dialética de mútua implicação e polaridade, na qual operam complementação e restrição recíprocas. O método da ponderação na interpretação e aplicação de princípios constitucionais é, assim, multifuncional e entendendo que, para a ponderação da multifuncionalidade, muito contribui a teoria tridimensional do Direito de Miguel Reale, lastreada na interação entre Fato, Valor e Norma. Com efeito, é desta maneira que se pode concomitantemente lidar tanto com o ângulo interno da Constituição (as normas inseridas no ordenamento) quanto com o ângulo externo, ou seja, com a necessária abertura para os fatos sociais e os valores.²⁴

A ponderação dos princípios do art. 4º, por parte do ministro das Relações Exteriores é, portanto, filosoficamente, para falar com Hannah Arendt, um parar para pensar precíto. Neste parar para pensar, o lastro epistemológico da experiência é relevante. Com efeito, experiência, do latim *experiri*, ensaiar, testar, por à prova, diz respeito tanto ao ato de conhecimento de quem experiência quanto ao objeto experienciado. Ninguém experiência sozinho, mas, sim, a partir de um "estar no mundo", de uma *Lebenswelt* husserliana como lembra Miguel Reale. No contexto da aplicação do art. 4º, as percepções e as sensibilidades às mutações do mundo da vida internacional são relevantes para se chegar a um apropriado juízo diplomático dentro do quadro normativo da Constituição.²⁵

Ciências Sociais, n.45, p.469-99, 2000; Ricardo Lobo Torres. Da ponderação de interesses ao princípio da ponderação. In: Urbano Zilles (coord.), *Miguel Reale, estudos em homenagem a seus 90 anos*. Porto Alegre, EDIPUCRS, 2000, p.643-51; Luis Roberto Barroso. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, vol.5, p.293-349, 2004.

24 Miguel Reale. *Teoria tridimensional do Direito – situação atual*. 5.ed. São Paulo, Saraiva, 2000; Celso Lafer. Filosofia do Direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta "O que é a filosofia do Direito?" In: Aladê Caffê Alves et al. *O que é a filosofia do Direito*. Barueri, Manole, 2004, p.51-73; Celso Lafer – Miguel Reale 93 – A contribuição de Miguel Reale para a interpretação e aplicação dos princípios gerais da Constituição. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol.III, fasc. 212, p.498-500, out.-nov.-dez./2003.

25 Hannah Arendt. *The life of the mind: Thinking*. vol. 1. Nova York, Harcourt Brace Jovanovich, 1978. *Between past and future* (new and enlarged edition). Nova York,

Este juízo é ao mesmo tempo um juízo diplomático e jurídico. Tem como característica a de ser um juízo reflexivo, ao modo proposto por Hannah Arendt na sua leitura da *Crítica do juízo*, de Kant. Trata-se de pensar um particular – que é o dado de uma situação concreta – para dele extrair o seu alcance geral.²⁶ Esta mediação entre o particular e os universais fugidios dos princípios gerais é o desafio epistemológico inerente ao tipo de juízo diplomático e jurídico exigido na aplicação do art. 4º da Constituição de 1988. É precisamente porque os universais são fugidios que, no plano jurídico, a hierarquia entre os princípios é móvel, pois ela é estabelecida em cada caso concreto e pode ser distinta em outro caso concreto.²⁷ E por esse motivo que em matéria de aplicação dos critérios para a tomada de posição estabelecida pelo art. 4º, não cabe uma jurisprudência de súmula vinculante.

Da mesma maneira, faz-se necessário um cuidado especial no que tange ao *modus operandi* do juízo diplomático. As chancelarias trabalham com antecedentes que são elementos importantes que dão a dimensão da coerência e continuidade de uma política externa e das quais derivam a prática dos Estados. Esta, no plano do Direito Internacional, tem uma função semelhante à da jurisprudência no plano dos Direitos internos. Esta jurisprudência dos antecedentes, no que diz respeito aos critérios do art. 4º, também precisa ser ponderada em cada caso concreto, em função dos desafios epistemológicos inerentes à analogia. O raciocínio por analogia opera pela semelhança entre um antecedente e um novo caso concreto e o problema que se coloca é o de verificar se a semelhança é ou não relevante.²⁸ Uma semelhança não relevante pode levar a equívocos de juízo diplomático.

Em outras palavras, da mesma forma que é dialética a "analogia, *juris*" dos princípios gerais é também dialética a "analogia *legis*" dos antecedentes, que opera por meio do *argumentum a simili*. É para os perigos da analogia no campo diplomático que Abba Eban aponta, ao indicar o potencial de disparidades existentes entre uma situação presente e uma situação

Viking Press, 1968, p.14-5; Miguel Reale. *Variações*. 2.ed. ampliada. São Paulo, GRD, 2000, p.13-27; Celso Lafer. Filosofia do Direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta "O que é a filosofia do Direito?" in loc. cit.

26 Hannah Arendt. *Lectures on Kant's Political Philosophy* (edited with an interpretative essay by Ronald Beiner). Chicago, Chicago University Press, 1982; Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988, cap. IX.

27 Riccardo Guastini. *Teoria e dogmática delle fonti*. Milão, Giuffrè, 1998, p.304.

28 Norberto Bobbio. *Contributi ad un dizionario giuridico*, op. cit., p.1-16.

passada. Um dos exemplos que Eban discute, a propósito da aplicação equivocada da analogia com o passado, é o dado pela ação dos Estados Unidos na Guerra do Vietnã, que atuaram com base numa similitude não relevante com a Guerra da Coreia e a inação, pré-Segunda Guerra Mundial, de Munique.²⁹

Em síntese, o juízo, ao mesmo tempo diplomático e jurídico, requerido na aplicação do art. 4º, tem como função adequar os princípios à variedade da conjuntura, interna e internacional. Esta adequação é compatível com o conceito do razoável em Direito Internacional Público. Com efeito, como mostra Jean J. A. Salmon, este é um conceito utilizado no Direito das Gentes tanto pelo juiz ou árbitro quanto pelos Estados na sua ação diplomática. A semelhança do método da ponderação, tem como função apreciar a adequação dos meios aos fins; da conduta em relação às circunstâncias; do apropriado e do inapropriado e de buscar o equilíbrio entre direitos e interesses divergentes. Observa, igualmente, Jean J. A. Salmon que a qualificação do razoável, para não ser um ato discricionário, não pode se limitar a uma pura afirmação. Requer uma explicação motivada.³⁰ Esta explicação motivada se insere naquilo que Tércio Sampaio Ferraz Jr. denomina de dogmática da argumentação jurídica, voltada para responder, perante o auditório dos destinatários do discurso jurídico, por aquilo que se fala ou se afirma.³¹ Assim, na conclusão deste texto, vou discutir, com base na minha experiência como ministro das Relações Exteriores do Brasil em 1992 e em 2001-2002, mediante alguns exemplos, como lidei com os princípios do art. 4º, assessorando o presidente da República na condução da diplomacia brasileira.

VI

A aplicação do princípio de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX) depende, para a sua efetividade, dos fatos presentes na dinâmica de funcionamento do sistema internacional. No início da década de 1990, o clima internacional da imediata pós-queda do muro de Berlim, aberto para o trato multilateral de temas globais, facilitou a aplicação

deste princípio. Em 2001-2002, a aplicação deste princípio se viu limitada por uma realidade internacional de conflitos e desconfianças.

Assim, a condução da Conferência da ONU sobre meio ambiente e desenvolvimento – a Rio 92, que o Brasil sediou no governo Collor e na qual a ação do Itamaraty foi tão bem-sucedida – teve como um dos seus dados de fato um clima aberto para o potencial da cooperação internacional. Outra era a situação internacional em 2002, quando da realização da Conferência de Johannesburgo – a Rio + 10. Dal as dificuldades da diplomacia brasileira, no governo Fernando Henrique Cardoso, em fazer avançar, na Conferência de Johannesburgo, os temas do desenvolvimento sustentável. Estas dificuldades, no entanto, não impediram a diplomacia brasileira de afirmar o mandato de otimização do valor consagrado no inc. IX do art. 4º. Daí a preocupação em negociar e levar adiante o Protocolo de Quioto numa ação diplomática vigorosa em torno do tema da mudança climática, que também obedeceu ao que prescreve o art. 225 da Constituição de 1988 que cuida do meio ambiente.³²

O princípio da defesa da paz (art. 4º, VI) e o da solução pacífica dos conflitos (4º, VII) são parte da tradição diplomática brasileira. Tem o reforço dado pelo preâmbulo da Constituição de 1988 que reafirma o compromisso do Brasil na ordem interna e internacional com a solução pacífica de controvérsias. Estes dois princípios complementares têm um desdobramento contemplado no art. 21, XXIII, a, que reza: “toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional”.

Em 1992, esta foi a base jurídica para a decisão política de aperfeiçoar, por emendas propostas pelo Brasil, o Tratado de Tlatelolco com o objetivo de colocá-lo em vigor e assegurar, assim, a desnuclearização bélica da América Latina. Na sequência e com a mesma base jurídica, o Brasil aderiu, em 1998, ao Tratado de Não-proliferação de Armas Nucleares (TNP) e se propôs à ratificação do Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares (CTBT).

Em 2001-2002, a base jurídica para a decisão política para insistir no programa da Nova Agenda derivou da adesão do Brasil ao Tratado de Não-proliferação de Armas Nucleares. A Nova Agenda resultou da reivindicação conjunta de um grupo de países-membros do TNP (Brasil, Egito, Irlanda, México, Nova Zelândia, Suécia e África do Sul), que renunciaram às armas

29 Abba Eban. *Diplomacy for the next Century*. New Haven, Yale University Press, 1998, cap. 3.

30 Jean J. A. Salmon. *Le concept de raisonnable en droit international public*. In: *Mélanges Paul Reuter*. Paris, Pedone, 1981, p.447-78.

31 Tércio Sampaio Ferraz Jr. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2.ed. São Paulo, Atlas, 1994, cap. 6.

32 Cf. Celso Lafer. *Mudam-se os tempos. Diplomacia brasileira 2001-2002*. vol.2. Brasília, Funag/Ipri, 2002, p.59-68.

nucleares, de obter o cumprimento do compromisso de uma efetiva desnuclearização dos países nucleares, prevista no art. 6º do Tratado.³³

Os princípios de defesa da paz e da solução pacífica de conflitos nortearam a política brasileira em 2002 no trato da crise do Iraque. Das reiteradas afirmações de que o uso da força no plano internacional somente pode ser admitido se esgotadas todas as alternativas diplomáticas. Daí, também, na linha de confluência entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, inerente a um Estado democrático de direito, a insistência em que a força somente pode ser exercida de acordo com a Carta da ONU e de modo consistente com as deliberações do Conselho de Segurança.³⁴

O repúdio ao terrorismo e ao racismo no plano internacional, consagrado como um dos princípios do art. 4º (inc. VIII), tem a sua contrapartida no plano interno no título da Constituição que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais. É assim que na especificação dos direitos, o art. 5º, no inc. XLII, capítula como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo, e no inc. XLIII, tipifica o terrorismo na categoria de crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia.

O princípio do repúdio ao racismo no plano interno e internacional, associado ao da prevalência dos direitos humanos, norteou a conduta do Brasil na Conferência de Durban de 2001, na África do Sul, sobre racismo.

A Conferência de Durban se deu num clima político de suspeitas e desconfianças. Exprimiu conflitos em contraste com a Conferência de Viena de 1993 sobre Direitos Humanos que, ao articular consensos, consagrou a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e o inter-relacionamento de todos os direitos humanos. Há, assim, um paralelismo de cenários e climas diplomáticos entre o positivo da Rio 92 e de Viena 93 e o negativo de Johannesburg 2002 e Durban 2001, para a efetividade do princípio de cooperação (art. 4º, IX). Isto não inibiu o empenho brasileiro no cumprimento do mandato de otimização dos valores consagrados na Constituição de 1988. Daí uma construtiva ação do nosso país no trato do combate ao racismo e às questões que lhe são correlatas em Durban, ainda que o contexto diplomático, por ser adverso, não tivesse permitido os avanços de Viena para os quais o Brasil

também deu expressiva contribuição. A base jurídica das instruções diplomáticas para a Conferência de Durban foram os incs. II – prevalência dos direitos humanos³⁵ – e VIII – repúdio ao racismo – do art. 4º, conjugado com o art. 5º, XLII, que, no plano interno, qualifica como crime inafiançável e imprescritível a prática do racismo.

Quanto ao repúdio ao terrorismo, em 1992, o inc. VIII do art. 4º foi o fundamento constitucional da aplicação de sanções econômicas à Líbia (Decreto n. 494 de 15 de abril de 1992). Estas sanções foram as previstas na Resolução n. 748 de 1992 do Conselho de Segurança e tiveram como base a decisão da Corte Internacional de Justiça e por objetivo a eliminação dos atos de terrorismo internacional de que participam direta ou indiretamente os Estados.³⁶

Em 2001, o inc. VIII foi o fundamento constitucional para a invocação, pelo Brasil, do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca – o TIAR, como a grande iniciativa diplomática brasileira aos ataques terroristas sofridos pelos EUA em 11 de setembro. A Resolução aprovada no âmbito do TIAR criou uma moldura jurídica precisa de cooperação regional no combate ao terrorismo, que não contempla o uso de força. Ela é compatível com as resoluções da ONU e expressou a solidariedade brasileira aos EUA de maneira congruente, com o ordenamento jurídico nacional e internacional.³⁷

Finalmente, vou referir-me ao parágrafo único do art. 4º, para dar mais um exemplo do tema da intensidade modulável na aplicação dos princípios, que precisa levar em conta o possível e o seu potencial de efetivação. Este diz que o Brasil buscará a integração econômica, política e social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Em 1992, interpretei esse dispositivo como sendo a base jurídica para acelerar a construção do Mercosul. Daí o calendário de Las Leñas que conduziu a essa aceleração, que foi favorecida pelas circunstâncias econômicas da época. Em 2001-2002, o problema era a manutenção do Mercosul em meio a uma crise econômica séria da Argentina que teve seus desdobramentos no

33 Celso Lafer. *Prefácio a Pedro Dallari. Constituição e relações internacionais*, op. cit., p. XIX-XX; Celso Lafer. *Hannah Arendt: pensamento, persuasão e poder*, 2.ª ed. ampliada.

São Paulo, Paz e Terra, 2003, p.188-9.

34 Celso Lafer. *Mudam-se os tempos. Diplomacia brasileira 2001-2002*, vol. 2, op.cit., p.53-8, 105-17.

35 Celso Lafer. *Mudam-se os tempos. Diplomacia brasileira 2001-2002*, vol. 2, op. cit., p.33-47.

36 Celso Lafer. *Prefácio a Pedro Dallari. Constituição e relações internacionais*, op. cit., p. XX-XXI.

37 Celso Lafer. *Mudam-se os tempos. Diplomacia brasileira 2001-2002*, vol. 1, Brasília, Funag/Ipêri, 2002, p.53-69.

Uruguai. Daí o empenho da diplomacia brasileira em calibrar o Mercosul, assegurando o seu funcionamento em circunstâncias adversas. Por outro lado, com a reunião de Brasília, em 2000, dos Chefes de Estado da América do Sul – importante iniciativa do presidente Fernando Henrique Cardoso –, surgiu a ocasião para novas ações diplomáticas em relação à região. Daí a idéia-força de integração física da América do Sul. Assim, nos preparativos para a segunda reunião de Cúpula realizada em Guayaquil, Equador, em 2002, trabalhou-se muito a idéia de promover a melhor economia da nossa geografia. A isto somam-se as tratativas Mercosul-CAN e o acordo com o México. Tudo isso se insere na interpretação dada ao parágrafo único do art. 4º, como etapas, à luz das circunstâncias do processo de integração latino-americana.³⁸

VII

Da análise e das considerações expostas concluo que o método de ponderação, na interpretação e aplicação dos princípios do art. 4º, tem, além de sua dimensão jurídica, uma nítida dimensão política que o diferencia de outros princípios gerais positivados pela Constituição de 1988. Com efeito, os preceitos do art. 4º referem-se à realidade internacional e não à ordem interna. Por isso, na sua aplicação, é necessário ter sempre presente o ângulo externo, ou seja, os fatos e os valores presentes em cada situação concreta, em função da descentralização do poder no sistema internacional, que torna a correspondência entre as normas e a realidade internacional sempre problemática. Registro, em função desta observação, que na prática constitucional norte-americana o judiciário, em muitas ocasiões, autodelimitou-se no trato de questões de política externa suscitadas em processos, tendo construído a doutrina das *political questions*. Com base nesta doutrina, elaborada no contexto de uma Constituição-garantia, que trata de competências e não de princípios, o judiciário norte-americano tem fundamentado a sua liberdade de proceder ou não proceder a uma *judicial review* de questões da política externa, evitando, com frequência, questões com base na prudência e no que considerava, em casos concretos, como sendo limites inerentes ao exercício do Poder Judiciário.³⁹

Finalizo, lembrando com Bobbio, que Direito e Poder são as duas faces de uma mesma moeda. Poder sem normas é poder arbitrário. Direito sem po-

der é direito impotente. Os princípios do art. 4º, como diretrizes de conduta da política externa, requerem poder como um elemento fundamental de sua efetividade no plano internacional.⁴⁰ Por esse motivo, nas considerações de natureza política sobre a aplicação do art. 4º, o ministro das Relações Exteriores, como o principal assessor do presidente da República na condução da diplomacia brasileira, deve levar em conta que, se é certo que o Brasil é um país de escala continental, relevante na dinâmica de funcionamento da ordem mundial, não é menos verdade, para recorrer às palavras do chanceler Saraiva Guerreiro, que é um país sem excedentes de poder, não possuindo, igualmente, excedentes de atração cultural, econômica ou política. É, na atual estratificação internacional, uma potência média, habilitada a valer-se do *soft-power* da influência na articulação dos consensos e no encaminhamento dos temas da agenda mundial.⁴¹ Por isso, no exercício do juízo diplomático, o ministro, nas suas ponderações, não pode nem sobrestimar nem subestimar o peso do Brasil no mundo e a sua relevância para os demais países.

Este juízo diplomático requer coragem que é, como ensina Bobbio, uma “virtude forte” necessária para o ofício de governar. A coragem, como uma “virtude forte”, foi definida por Montesquieu como o sentimento de uma “virtude forte”, foi definida por Aristóteles, ela é, como toda virtude, um equilíbrio. No caso, um equilíbrio entre dois excessos condenáveis: o excesso do medo que leva à covardia da acomodação e o excesso de temeridade que, na sua inconsequência insensata, pode levar ao desastre.⁴²

40 Cf. Norberto Bobbio. *O tempo da memória. De senectute e outros escritos autobiográficos*. Trad. Daniela Versiani. Rio de Janeiro, Campus, 1997, p.169-70; Celso Lafer. *Di- reito e Poder na reflexão de Miguel Reale*. In: *Miguel Reale na UnB*, Brasília, UnB, 1981, p.57-71.

41 R. Saraiva Guerreiro. Conferência na Escola Superior de Guerra no Rio de Janeiro, em 3 de setembro de 1982. *Resenha de Política Exterior do Brasil*, n.34, p.80-2; Celso Lafer. *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente, futuro*. 2.ed. revista e ampliada. São Paulo, Perspectiva, 2004, cap. IV e postácio.

42 Norberto Bobbio. *Diálogo da serenidade e outros escritos morais*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Unesp, 2002, p.36-7; Montesquieu. *Causas de la grandeur des Ro- mains*, cap. II. In: *Oeuvres Complètes*. Paris, Pléiade, 1951, vol.II, p.79; Aristóteles. *Ética a Nicomaque*, II, 7, 1107b (ed. Tricot). Paris, Vrin, 1972, p.108-9.

38 Celso Lafer. *Filosofia do Direito e princípios gerais: considerações sobre a pergunta: “O que é a filosofia do Direito?”*, in loc. cit., p.67-8.

39 Louis Henkin. *Foreign Affairs and the US Constitution*, 2.ed., op. cit., p.141-8.