

## TRATADOS INTERNACIONAIS, JUDICIÁRIO E POLÍTICA EXTERNA: UMA ANÁLISE DOS JULGADOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

### INTERNATIONAL TREATIES, JUDICIARY AND FOREIGN POLICY: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN SUPREME COURT DECISIONS

Ênio Saraiva Leão\*

**Resumo:** É crescente o estudo sobre a judicialização da política, fenômeno que resulta no deslocamento da discussão de diversos temas da arena política para um tribunal. No entanto, pouco tem sido discutido sobre as consequências dessa prática para os Estados na condução da política externa em um mundo cada vez mais interdependente, onde a política doméstica influencia e é influenciada não apenas pelo contexto político interno, mas também o internacional. Some-se a tal contexto a crescente legalização do sistema internacional com o surgimento de diversos Tribunais e na sobreposição de jurisdições que tendem a serem exploradas de acordo com os interesses de grupos políticos e pode, em razão da tênue linha entre o doméstico e o internacional, resultar em externalidades para o Estado. Este trabalho busca descobrir, a partir da análise quantitativa de processos julgados pelo STF a partir da promulgação da Constituição de 1988 responder se o Judiciário brasileiro, em razão da sua crescente capacidade de controle dos atos do Executivo, inclusive em matéria de política internacional, pode ser considerado como um novo ator participante do processo de formulação da política externa brasileira.

**Palavras-chave:** Judicialização da Política. Política Externa. Brasil.

**Abstract:** Nowadays, it has been increasing the number of studies regarding judicialization of politics, a phenomenon in which many political matters have been dislocated from the political discussion to a judicial Court. Nevertheless, little has been argued about the consequences of this effect to the States conduct concerning foreign relations. In an interdependent world, the domestic politics influences and are influenced by external contexts, and the national Judiciary tends to judge based in the national law and context. This lack of observation could result in many unpredictable costs for the State. But, on the other hand, this phenomenon has been understood for some researchers as a new way of popular participation in an area usually dominated by the Executive and Legislative power and their bureaucrats. By analyzing quantitatively Brazilian cases since the promulgation of the new Constitution (1988), it was noticed the Supreme Court's increasing importance and capacity of influence over the others powers during the decision making process, becoming an important veto point at Brazilian political scenery. Therefore, this paper aims to analyze the consequences of judicialization of politics in foreign policy, and try to understand the behavior of this actor, which has become fundamental to political decisions success.

**Keywords:** Judicialization of politics. Foreign Policy. Brazil.

\* Bacharel e Especialista em Direito. Bacharel em Relações Internacionais. Mestrando em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco; Advogado; eniosaraiva@hotmail.com

## Introdução

A Constituição de 1988 da República Federativa no Brasil, representante da transição democrática a qual o país enfrentava, realizou modificações substanciais no cenário político brasileiro, incorporando em seu texto inovações institucionais e os anseios da sociedade pela democracia, mantendo, também, por outro lado, algumas características de épocas passadas, a exemplo do modelo de Estado nacional-desenvolvimentista que durante décadas foi seguido pelos governantes do país. Com efeito, percebe-se uma forte constitucionalização de direitos sociais e econômicos que, somado ao fortalecimento das garantias institucionais concedidas ao Poder Judiciário, permitiu que este Poder passasse a ocupar uma posição cada vez mais relevante no cenário político brasileiro, em especial por intermédio de seu poder de veto, que pode ser utilizado de forma estratégica por grupos organizados que buscam barrar ou participar do processo político.

Todavia, este contexto de continuidade e mudanças chocou-se com diversos eventos que modificaram o modo de se fazer política no mundo. O desaparecimento da União Soviética, a predominância do modelo econômico capitalista, o resgate de valores liberais, os novos meios de comunicação e de transporte, bem como a globalização econômica forneceram a impressão de paz e prosperidade entre os Estados, resultando no fortalecimento da legalização do sistema internacional e na intensificação do desenvolvimento de organizações regionais e multilaterais, tornando cada vez mais tênue o limite entre o doméstico e o internacional.

Tradicionalmente, o processo de formulação e condução da política externa era de competência do Poder Executivo, centralizado na figura do Presidente da República e no corpo diplomático brasileiro, possuindo estes, portanto, ampla liberalidade de atuação. A Constituição de 1988 manteve esta tradição, entretanto, também compartilhou atividades entre o Legislativo e o Judiciário. A literatura sobre o tema considera que o Legislativo brasileiro em relação à condução da política externa brasileira absteve-se de atuar, concedendo maior autonomia ao Presidente da República, seja pela falta de interesse pelo tema ante o distanciamento dele em relação aos interesses das bases eleitorais, seja pela falta de conhecimento técnico. Neste contexto, o Legislativo apenas referendaria os atos decididos pelo Executivo. Diante de tal fato, é crescente o deslocamento de temas que deveriam ser discutidos na arena política para os Tribunais e em relação à condução da política externa este tema não se torna diferente.

Nesse contexto, é de fundamental importância verificar em que medida o Judiciário brasileiro vem intervindo na política exterior do país, quais os temas mais debatidos e as eventuais consequências para o Estado, uma vez que para a elaboração e condução sustentável da política externa torna-se necessária a compreensão e o cômputo deste novo ator cuja intervenção é cada vez mais crescente.

Tendo em vista que este trabalho busca analisar a Suprema Corte brasileira enquanto instituição política que é eventualmente inserida no processo de formulação da política externa brasileira, e consciente de que o termo “política externa” é um termo alheio ao vocabulário jurídico, e ainda das limitações

existentes no sistema de consulta processual do STF, uma vez que o sistema de pesquisa de julgados é voltado para a busca de decisões para fins profissionais e não acadêmicos, inicialmente, buscou-se efetuar um levantamento e categorização dos julgados em cuja ementa contivesse o termo “internacional”. Entretanto, dado o elevado número de julgados irrelevantes para a matéria, optou-se pelo levantamento de todas as decisões que foram catalogadas no sistema em que o fundamento jurídico seria algum tipo de tratado, convenção ou pacto internacional, chegando-se a 392 julgados que foram devidamente catalogados, com o intuito principal de se observar o grau de importância e de cumprimento dado pelo STF aos atos internacionais.

## 1 O *design* institucional e a Judicialização da política

A teoria da separação dos poderes é base da organização política de vários Estados modernos, sendo o poder compartilhado entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário com o propósito de impor freios ao poder absoluto, evitando, com isso, a concentração de poder em uma única autoridade. Contudo, alguns filósofos clássicos da política não deixaram de demonstrar o caráter secundário do Judiciário em relação aos demais poderes, pois o poder de julgar era visto como um poder neutro, em razão da incapacidade de produzir atos que alterassem a ordem política vigente.<sup>1</sup>

Neste mesmo sentido, Hamilton<sup>2</sup> considera o Judiciário como o mais fraco dos três departamentos, já que não possui influência sobre a força ou a riqueza, não podendo, portanto, tomar qualquer resolução ativa. Entretanto, Hamilton propõe que se atribua ao Judiciário a independência necessária para dar o veredicto final sobre o alcance do texto constitucional, o que permitiria que o Judiciário obtivesse força suficiente para controlar e limitar os atos dos demais poderes.

Todavia, longe do poder passivo descrito, nos países de regime democrático consolidado, o Judiciário tem se revelado um poder cada vez mais ativo, haja vista que a quantidade de temas que o sistema político delega às Cortes vem aumentando. Assim, o Estado-juiz não se limitaria à solução de controvérsias, mas também em resolver problemas ou revalidar atos que outros órgãos públicos ou outras instituições sociais não foram capazes de enfrentar de modo satisfatório.

O fenômeno do *judicial power*, verificado em diversas sociedades ocidentais contemporâneas, pode ser entendido por intermédio de duas vertentes:<sup>3</sup> a primeira seria a Judicialização da política, que ocorre com o crescimento da utilização de processos decisórios afeitos à lógica jurídica nos núcleos de debate político, ou seja, a utilização de procedimentos semelhantes aos do processo judicial pelas autoridades administrativas, bem como a utilização de parâmetros jurisprudenciais,<sup>4</sup> a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito e dos Tri-

<sup>1</sup> Montesquieu (1992).

<sup>2</sup> Hamilton (1989).

<sup>3</sup> Tate e Vallinder (1995).

<sup>4</sup> Castro (1997).

bunais administrativos;<sup>5</sup> a outra vertente seria a politização da justiça, já que os Tribunais buscam expandir seu espectro decisório, com o intuito de abarcar questões que antes eram exclusivas do jugo deliberativo dos demais poderes; é uma ampliação das competências dos Tribunais, mediante o poder de revisão judicial, que passam a exercer efetiva capacidade de controle das ações dos demais poderes e de temas eminentemente políticos, por decorrência da constitucionalização de direitos e de uma releitura da separação de poderes.<sup>6</sup>

Aliado a estes macroprocessos, existiram condições políticas que facilitaram o fenômeno da Judicialização no Brasil: a) o regime democrático estável instalado a partir de 1988; b) uma permeável separação de poderes, sem competências exclusivas e com aumento de atuação por parte dos Tribunais; c) ampla constitucionalização de direitos; d) interesses econômicos e sociais favoráveis ao aumento das prerrogativas dos Tribunais; e) utilização dos Tribunais pela oposição com fins políticos; f) inefetividade ou inércia das instituições majoritárias em legislarem certos temas.<sup>7</sup>

Muito embora a Judicialização da política possa ser entendida como prejudicial à democracia, dado seu déficit democrático e pelo caráter contramajoritário da revisão judicial, todavia, é sua própria consequência, pois a democracia constitui um requisito da expansão judicial.<sup>8</sup>

Nesse sentido, a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. Assim, o Judiciário não se vê apenas como uma instituição capaz de vetar decisões parlamentares claramente institucionais, mas como um órgão capaz de comparar a qualidade constitucional das decisões parlamentares com as soluções que a própria Corte venha a imaginar e com capacidade de substituir as decisões do parlamento.<sup>9</sup>

## 2 A condução da política externa segundo a Constituição de 1988

Apesar do STF ser um Tribunal focado eminentemente na solução de controvérsias internas, a aproximação entre o doméstico, o regional e o global, somado ao crescente número de novos temas que são submetidos ao seu crivo, torna cada vez mais possível que a Corte julgue questões nacionais com reflexos no plano externo, bem como a expectativa de que a decisão tome como amparo acordos e tratados internacionais, sob pena de não o fazendo gerar a responsabilidade do Estado no plano internacional.

Tradicionalmente, a condução da política externa era exercida com ampla discricionariedade pelo Executivo, cuja burocracia era responsável por firmar as relações com os demais Estados, de acordo com o interesse nacional. Ao Legislativo incumbia legisferar sobre as relações domésticas do Estado, enquanto que ao

<sup>5</sup> Maciel e Koerner (2002).

<sup>6</sup> Vianna (1999 e Ackerman (2009).

<sup>7</sup> Castro (1997), Hirschl (2004) e Tate (1995).

<sup>8</sup> Tate (1995).

<sup>9</sup> Sanchez et al. (2006).

Judiciário cabia a resolução de conflitos internos do Estado, conforme os ditames das leis domésticas. Estretanto, com o fortalecimento das ideias de democracia e república, este paradigma se altera, havendo uma paulatina distribuição de competências entre os poderes, além da inclusão de novos atores que demandam maior participação durante as diversas fases de formulação e execução da política externa pelo Estado.

Esta característica é reproduzida pela Constituição de 1988, uma vez que o Executivo guarda um papel central na formulação da política externa nacional; o Legislativo possui um papel de codecisor *a posteriori* dos atos do Executivo, principalmente quanto à ratificação dos tratados, enquanto o Judiciário teria uma atuação *ad hoc*, isto é, atuaria apenas em casos específicos e somente quando provocado,<sup>10</sup> devendo ser observado em que medida os três poderes respeitam tais limites e competências.

Dessa forma, por força dos artigos 21, I, II e III e 84, VII, VIII, XIX e XX, da Constituição de 1988, compete à União, por meio do Presidente da República, manter relações com os Estados estrangeiros, participar de organizações internacionais, bem como declarar a guerra e celebrar a paz, além de celebrar tratados e acordos internacionais. Atribui-se, portanto, competências fundamentais ao Executivo para a condução da política externa brasileira ante outros atores internacionais. Algumas destas competências dadas pela Constituição ao Executivo estão, entretanto, passíveis de confirmação do Congresso Nacional.

Assim, como competência do Congresso Nacional verifica-se nos artigos n. 49, I e II e 84, XIX e XX: a capacidade de resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; referendar a celebração de tratados firmados pelo Presidente da República e autorizar ou referendar a decisão do Presidente de declarar a guerra ou celebrar a paz. Dessa forma, o papel do Legislativo seria o de um ratificador posterior ou autorizador prévio da atuação do Executivo.

Para o Judiciário, os artigos n. 102, I, alíneas “e”, “g” e “h”, 105, II, alínea “c” e III, alínea “a”, 109, II, III, V e X e 114, estabelecem a competência de intervir na fase de implementação da política externa, em relação ao exame de compatibilidade dos tratados internacionais com o ordenamento jurídico interno, sendo o STF competente para processar e julgar litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União e seus entes federados, julgar pedidos de extradição, bem como declarar a inconstitucionalidade de tratados internacionais. Hoje, ao STJ compete dar cumprimento às cartas rogatórias, competência antes pertencente ao STF,<sup>11</sup> e julgar, em sede de recurso especial, decisões dos Tribunais Regionais Federais que tenham contrariado tratado. Compete ainda à Justiça Federal julgar as causas fundadas em tratado internacional ou em con-

<sup>10</sup> Sanchez et al. (2006).

<sup>11</sup> Por força da Emenda Constitucional n. 45/2004, diversas prerrogativas do STF foram repassadas para o STJ, com o intuito de diminuir o número de causas e matérias no referido Tribunal, deixando-o um Tribunal mais voltado para questões constitucionais. Com efeito, diversas atribuições vinculadas a temas internacionais, a exemplo a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* as cartas rogatórias foram deslocadas do STF para o STJ.

trato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional. A análise da Constituição, portanto, fornece uma noção prévia dos limites estabelecidos para cada um dos Poderes no processo decisório da política externa sendo importante sua análise, já que, como enfatiza Hill,<sup>12</sup> a estrutura constitucional, apesar de não determinar sozinha o comportamento do Estado no plano externo, não pode deixar de ser considerada como um fato crucial para a formação da política externa, principalmente em Estados federativos, que são mais afetados pela divisão de competências entre os Poderes estabelecidos pela Constituição.

No interior desse quadro institucional elaborado pela Constituição, é notável a existência de inúmeros pontos de contato/pressão existentes entre o Executivo e o Legislativo, de forma que o Presidente é capaz de induzir e pressionar os parlamentares à cooperação. Todavia, em relação ao Judiciário, inexistem técnicas oficiais que vinculem as decisões dos Tribunais às pretensões do Executivo, mas tão somente métodos indiretos, como os critérios de escolha dos magistrados, de acordo com a visão política do governo. Entretanto, sem qualquer mecanismo que mantenha a fidelidade em longo prazo tal situação se torna prejudicial para a imagem do país no âmbito externo quando a falta de harmonia entre as instituições nacionais resultam na assinatura de tratados pelo presidente da república que, após grande morosidade, são referendados pelo Legislativo, mas não são aplicados pelo Judiciário em face de suposta incompatibilidade com o ordenamento jurídico interno.

Tal situação é um reflexo direto do aumento da regulamentação internacional e da conexão cada vez mais forte entre a política externa com políticas domésticas de caráter distributivo, redistributivo e regulatório de forma que o Judiciário aumenta sua atuação nesta área ao não vislumbrar uma separação exata entre a política externa das demais categorias das políticas públicas, estando todo e qualquer ato discricionário, agora, na visão de muitos operadores do Direito, sujeito à revisão judicial.

### 3 O processo de formulação da Política Externa brasileira

A produção da política externa é o processo pelo qual se estabelece, negocia-se, ratifica, incorpora e se aplica uma política internacional sob a perspectiva doméstica. Internacionalmente, a realização de atos de política externa está vinculada com a celebração de tratados ou acordos internacionais, capazes de vincular juridicamente os Estados.

Souza<sup>13</sup> aponta que datam das décadas de 1950 e 1960 os primeiros estudos sobre o processo decisório em política externa, entretanto, os primeiros trabalhos enfatizavam a importância da percepção dos tomadores de decisão e do papel dos atores não governamentais, sendo a política externa o resultado da interação de três campos de influência: o campo político interno, o campo político externo e a unidade decisória.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Hill (2003).

<sup>13</sup> Souza (2010).

<sup>14</sup> Waltz (2004).

O processo de formulação da política externa, em razão da grande influência exercida pelos dogmas realistas, tinha tradicionalmente como base o autointeresse dos Estados, em razão de se considerar o sistema internacional como um ambiente anárquico. Entretanto, vários teóricos apontavam o sistema internacional como principal condicionante da atuação dos Estados e um elemento de grande importância para a formulação da política por considerarem não existirem mais assuntos puramente internos, pois tudo o que uma nação faz ou deixa de fazer é considerado pelos demais Estados, principalmente em um período de fortalecimento do comércio global, cujo resultado é a intensificação das relações entre os Estados e, conseqüentemente, a imposição de limites à autoridade do Estado, que, apesar de soberano no âmbito interno, passa a dispor de limitações sistêmicas.<sup>15</sup>

No Brasil, assim como em outros países, a política externa era considerada como um campo distinto das demais políticas públicas, estando, portanto, alheia da sociedade, dado seu caráter específico e de longo prazo, o que tornava necessário não estar sujeita às volatilidades do eleitorado. Nos Estados Unidos, inclusive, desenvolveu-se a teoria da *political doctrine question* como forma de se evitar a revisão judicial de certos temas internacionais, em especial os militares.<sup>16</sup> Entretanto com a redemocratização e diante das novas características do sistema internacional ao final do século XX, a população passa a buscar maior atuação na vida política do país, inclusive em temas internacionais, ante a abertura das fronteiras nacionais à produção e ao consumo internacional, reduziu a capacidade de compartimentação da formulação da política apenas dentro das instituições vinculadas ao Poder Executivo.

Principalmente após a teoria dos jogos de dois níveis,<sup>17</sup> começou-se a apontar com mais intensidade a porosidade dos limites existentes entre a política doméstica e internacional. Hill,<sup>18</sup> evoluindo o trabalho de Putnam, propõe que se deve examinar a política externa conforme os *inputs* domésticos e não apenas os internacionais, já que as estruturas internas dos Estados, em especial, os grupos intervenientes no processo político, são de fundamental importância para o processo de tomada de decisão.

De forma semelhante, Helen Milner<sup>19</sup> analisa o impacto das estruturas internas sobre a condução da política externa, partindo da premissa de que instituições políticas domésticas determinam como o poder sobre o processo decisório é alocado entre os órgãos nacionais e tomando como pressuposto o fato de que essa alocação é fundamental para a determinação do principal condutor da política externa. Milner afirma que a relação institucional entre o Executivo e o Legislativo

---

<sup>15</sup> Morgenthau (2003).

<sup>16</sup> Franck (1991).

<sup>17</sup> Putnam (1998) considerava a política como um jogo de xadrez de dois níveis. No primeiro, os Estados buscam maximizar suas próprias habilidades de satisfazer às demandas domésticas e minimizar as conseqüências adversas dos desenvolvimentos externos. No segundo nível, os grupos de interesse perseguem seus objetivos pressionando o governo a adotar políticas que lhe são favoráveis e, membros do Legislativo buscam aumentar seu peso construindo coalizações entre esses grupos.

<sup>18</sup> Hill (2005).

<sup>19</sup> Milner (1997).

é crucial para se entender a probabilidade e os termos em que se pode estabelecer a cooperação internacional.

Assim, verifica-se que os trabalhos anteriores concentram-se na relação entre os poderes Executivo e Legislativo, geralmente os responsáveis pela formulação e negociação da política externa, deixando de lado, entretanto, a capacidade de atuação do Judiciário, por meio do controle dos atos dos demais poderes. Este fato resulta da inobservância de que em um cenário interdependente e globalizado, os acordos internacionais não se limitam mais em “[...] fazer paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões.”<sup>20</sup> Muitos dos atos de política externa alteram a estrutura de custo das decisões dos atores domésticos, na mesma medida em que acordos internacionais passaram a repercutir diretamente nos direitos e deveres dos nacionais, intervindo diretamente no exercício dos direitos civis pelos atores internos, isto é, em questões que anteriormente eram de competência unilateral do Estado. Dessa forma, os Estados se tornaram, cada vez mais, incapazes de tomar medidas completamente independentes e livres de constrangimentos internacionais,<sup>21</sup> já que o processo de tomada de decisão abarca uma série de atores internos e externos que buscarão intervir na política em desenvolvimento, seja durante a fase de discussão e negociação, por meio de mecanismos de pressão perante a burocracia do Legislativo e Executivo, seja por meio de litígios perante os Tribunais nacionais.

Mattli e Slaughter<sup>22</sup> consideram que tais mudanças não resultam no desaparecimento do Estado, mas, em sua desagregação em partes separadas, funcional e eventualmente com interesses distintos. Essas partes, tribunais, agências, governos, etc., antes agregadas dentro do Estado unitário reorganizam-se em parceria com instituições similares no exterior, criando uma densa rede de relações, que constitui uma nova ordem transgovernamental, ou seja, o Estado deixa de ser unitário e passa a ter vários representantes, nos vários níveis de discussões existentes. Nesse modelo, os tribunais são elevados à condição de atores do sistema internacional, pois na condição de intérpretes maiores das constituições e do direito interno como um todo são também componentes desse sistema de governança, influenciando e sendo influenciados por ele.

O processo de formulação da política externa é composto de quatro fases: a) definição da agenda; b) negociação; c) incorporação ao ordenamento interno; d) implementação. Os grupos de interesse buscarão atuar em cada fase do processo decisório, de acordo com suas capacidades e recursos, entretanto, em relação ao Judiciário, verifica-se que este tem uma maior atuação no momento da aplicação no país dos compromissos internacionais assumidos por este e cuja implementação pode encontrar obstáculo em face de interesses político-empresariais ou em divergência normativo-institucionais.

Hoje o Brasil litiga internacionalmente em relação a questões econômicas, sociais e políticas, entretanto, também é responsabilizado pelo descumprimento de tratados firmados, em especial em relação aos direitos humanos. Algumas ve-

<sup>20</sup> Mostesquieu (1992, p. 148-149).

<sup>21</sup> Keohane e Nye Júnior (2001).

<sup>22</sup> Mattli e Slaughter (1997).



zes estas condenações ocorrem em razão do sistema judicial brasileiro, o qual, por meio do controle de constitucionalidade dos tratados internacionais vem negando a aplicação de tratados internacionais devidamente assinados e incorporando ao ordenamento jurídico nacional, conforme as regras constitucionais ou agindo com negligência na investigação e punição dos crimes aos direitos humanos.<sup>23</sup> Atuando como uma terceira câmara, o STF, às vezes, cria a esdrúxula situação de vigência de um tratado dentro e fora do país, mas de não aplicação deste pelas instituições judiciárias e sem a denúncia do tratado pela autoridade competente e por intermédio dos ritos pactuados, gerando problemas de credibilidade para o representante do Estado nas futuras negociações internacionais.

Assim, verifica-se a necessidade de adaptação do processo decisório ao contexto atual, em que não é mais possível a decisão tão somente por meio de critérios domésticos, por meio da conveniência política nacional, sem considerar os compromissos firmados no âmbito internacional. O problema é como estabelecer de forma adequada o papel do Judiciário nesse novo contexto, principalmente pelo fato da intensa internacionalização não ter sido prevista durante a Constituinte, resultando em uma Constituição que em diversos pontos rumo em sentido contrário à tendência vigente.

#### 4 A atuação do Judiciário em política externa

Tate e Vallinder<sup>24</sup> afirmam que o Judiciário vem tomando um papel cada vez mais importante no cenário político ao redor do mundo. Com o fortalecimento dos Poderes Judiciários nacionais, bem como com o desenvolvimento de novas instâncias no âmbito regional e internacional, torna-se mais provável a existência de choques de jurisdição, conflitos entre as instituições judiciárias e a necessidade de aproximação, não apenas desta com as demais instituições domésticas, mas também com as originárias de Estados estrangeiros e Organizações Internacionais. Santos<sup>25</sup> atribui este crescimento da importância do Judiciário na vida política como uma consequência da: a) sobrejuridificação das práticas sociais, ocorridas durante a vigência do Estado providência, em choque com a desregulamentação e perdas de direitos resultantes da implantação do Estado neoliberal, cujo resultado é o aumento da litigiosidade; b) o surgimento de um novo ramo do direito, o Direito Transnacional, decorrente da globalização da economia, que passa a julgar novas espécies de litígios que demandam elementos às vezes inexistentes na esfera judicial; c) crise de representação política pelo crescimento da corrupção, decorrente da promiscuidade entre o poder econômico e o político.<sup>26</sup> Por seu

<sup>23</sup> Exemplos: Painei da Organização Mundial de Comércio n. DS332. 6º Laudo Arbitral do Mercosul. Casos Damião Ximenes Lopes; Maria da Penha; José Pereira; Guerrilha do Araguaia; Caso Garibaldi; todos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A CIDH ainda emitiu diversas medidas provisórias em razão do desrespeito aos direitos humanos de presos.

<sup>24</sup> Tate e Vallinder (1995).

<sup>25</sup> Santos (1996).

<sup>26</sup> Vale salientar que Silva (1996) não trata sobre a revisão judicial ou sobre o controle de constitucionalidade das normas, elementos essenciais para a consolidação do Judiciário como força política

turno, Hirschl<sup>27</sup> já demonstrou que grandes questões estão sendo cada vez mais decididas pelo Judiciário e Domingo<sup>28</sup> apontou ser crescente a Judicialização dos Direitos Humanos na América Latina. Assim, os noticiários apontam com certa frequência a intervenção de juízes ou Tribunais nas relações entre os Estados.

Apesar da exclusão do Judiciário como ator relevante para a política externa, percebe-se que sua participação ocorre em dois sentidos: os atores não governamentais buscam a Corte para questionar a legislação infralegal e/ou tratados internacionais que influenciam a política exterior; ou o poder Executivo se utiliza dos mecanismos judiciais para executá-la.

É de se ressaltar que a atividade jurisdicional das Cortes internacionais pode representar um fator crucial para o aumento dos pronunciamentos judiciais domésticos em processos que versam sobre política externa e a aplicação do Direito Internacional, pois, como nota Hirschl,<sup>29</sup> o julgamento desses órgãos, a exemplo do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem enorme peso e leva vários países a incorporarem parâmetros legais internacionais em seus sistemas jurídicos domésticos, afinal, o não cumprimento das determinações dessas instâncias internacionais torna os Estados sujeitos à responsabilização internacional.

Assim, o Tribunal torna-se o palco de colisão dos grupos de interesses que adentrarão no processo de barganha política em busca de uma maior intervenção nas posições tomadas pelo Executivo. Entretanto, simultaneamente, a Corte, como instituição do Estado brasileiro, sofre constrangimentos para que se adeque aos padrões e normativas pactuadas e vigentes no âmbito regional ou multilateral. Nesse contexto, torna-se necessário o entrelaçamento de ordens jurídicas na solução de um problema constitucional concomitantemente relevante para diversas ordens jurídicas.<sup>30</sup>

Deve-se destacar, ainda, a forte atuação do Judiciário na Europa em favor do processo de integração europeu. Este poder conseguiu harmonizar os interesses nacionais e comunitários e, assim, transcender a soberania dos Estados por meio da constante reinterpretção de tratados e de sua própria atuação, apesar das expectativas iniciais não terem sido otimistas.<sup>31</sup> Foi de significativa importância a atribuição pelos juristas da necessidade fundamental dos Estados obedecerem às mesmas normas, mas principalmente ao reconhecimento pelas Cortes nacionais dos julgados e da competência da Corte Europeia de Justiça. Dessa forma, a Corte Europeia e os Tribunais nacionais tiveram um papel de grande relevância durante o processo de formulação das políticas supranacionais e são um exemplo em que uma Corte constrói a si própria como relevante instituição política e clara interventora na política externa.<sup>32</sup>

---

nas democracias modernas, pois estas técnicas têm ampliado o domínio do Judiciário sobre os resultados dos processos legislativos e até mesmo sobre a execução das políticas públicas.

<sup>27</sup> Hirschl (2004).

<sup>28</sup> Domingo (2004).

<sup>29</sup> Hirschl (2004).

<sup>30</sup> Neves (2008).

<sup>31</sup> Conant (2007).

<sup>32</sup> Shapiro e Sweet (1994 apud CONANT, 2007).

Franck,<sup>33</sup> analisando a Suprema Corte americana aponta que ela tem, por vezes, se declarado preventiva para julgar questões que envolvam política externa, invocando a *political question doctrine*, considerando que determinadas questões são de exclusividade do Executivo e do Legislativo e, portanto, não poderiam ser levadas ao escrutínio dos Tribunais, por faltar ao Judiciário instrumentos adequados para resolvê-las. Contudo, Barkow<sup>34</sup> afirma existir uma tendência, nos últimos anos, de a Corte, como um terceiro poder, ter competência de interpretar o significado substantivo e pleno de todas as disposições constitucionais, sendo este o argumento para, apesar da Guerra ao Terror, a Suprema Corte avaliar a legalidade da política do governo Bush em relação ao descumprimento da Convenção de Genebra em Guantánamo.

King e Meernik<sup>35</sup> encontraram 347 demandas judiciais que tinham alguma implicação com a política-externa norte-americana, o que, segundo os autores, demonstraria que a Corte nem sempre usa argumentos da doutrina da questão política para evitar o julgamento de litígio dessa natureza. Apesar das grandes diferenças entre o Brasil e os Estados Unidos, em especial quanto ao grau de belicosidade, é válida a observação de como as instituições judiciárias do país julgam questões internacionais.

Em trabalho semelhante no Brasil, Couto<sup>36</sup> aponta que quantitativamente o pronunciamento dos tribunais superiores brasileiros sobre temas internacionais aumentaram em números absolutos nas últimas décadas.

As cortes domésticas e internacionais devem, portanto, ser impelidas a um diálogo, com vistas à superação de um provincialismo dissociante ou de um internacionalismo sufocante. Com isso, busca-se um equilíbrio ideal entre direitos e obrigações existentes nas ordens jurídicas interna e internacional.<sup>37</sup>

## 5 Análise dos dados: O Judiciário é um ator em política externa?

O Judiciário brasileiro vem se deparando com uma nova série de demandas: crimes transnacionais, questões comerciais que ultrapassam o território nacional, problemas ambientais em nível global; e ainda tem absorvido a responsabilidade de decidir diversos temas políticos: anistia pelos crimes políticos cometidos durante a ditadura, (i)legalidade do aborto e das pesquisas com células-tronco, demarcação de terras indígenas, entre outros. Muitas dessas decisões tornam necessária uma íntima relação do Estado brasileiro com as instituições estrangeiras, seja cooperando ou cumprindo com os compromissos internacionalmente assumidos. Entretanto, nota-se que o Judiciário é um ator político que está tradicionalmente voltado às questões internas, apesar de o contexto histórico atual criar diversos pontos de convergência entre as instituições judiciárias internacionais.

---

<sup>33</sup> Franck (1991).

<sup>34</sup> Barkow (2002).

<sup>35</sup> King e Meernik (1999).

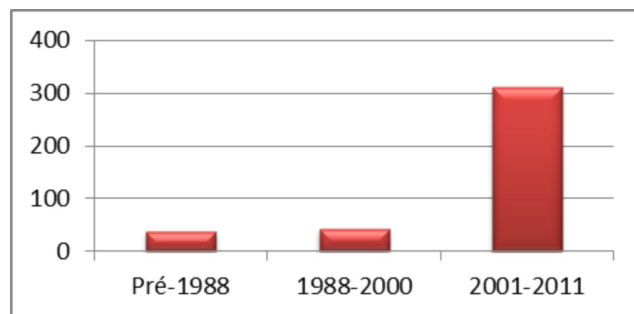
<sup>36</sup> Couto (2001).

<sup>37</sup> Allard e Garapon (2005).

A partir dos dados levantados, verifica-se ser crescente a utilização de tratados e acordos internacionais pelo STF como fundamento de suas decisões, ao lado das normas domésticas existentes, já que foram feitas referências após 1988 a tratados internacionais em 311 casos contra 81 no período anterior. Vale salientar que, considerando que a categorização dos processos no sistema eletrônico do Tribunal é um processo manual e sujeito a erros humanos, é possível que casos tenham sido deixados de lado, entretanto, ainda assim é uma informação válida, vez que a não classificação dos tratados internacionais relacionados à matéria julgada demonstra o grau de importância que é fornecido a legislação nacional em detrimento dos acordos internacionais, já que nada impede o Judiciário de, na tomada de decisão de uma questão doméstica, utilizar concomitantemente as normas internas e os tratados internacionais diretamente vinculados com a matéria.

Outra possível razão, ainda para o baixo número de resultados, é o fato de que, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi transferida uma série de competências exclusivas do STF para o STJ, entre elas a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias e a homologação de sentenças estrangeiras, com o intuito de deixar o STF mais voltado para as questões constitucionais e internas, enquanto o STJ, por sua vez, estaria mais voltado às questões internacionais.<sup>38</sup>

Gráfico 1 – Número de julgados que fazem referências a Tratados Internacionais

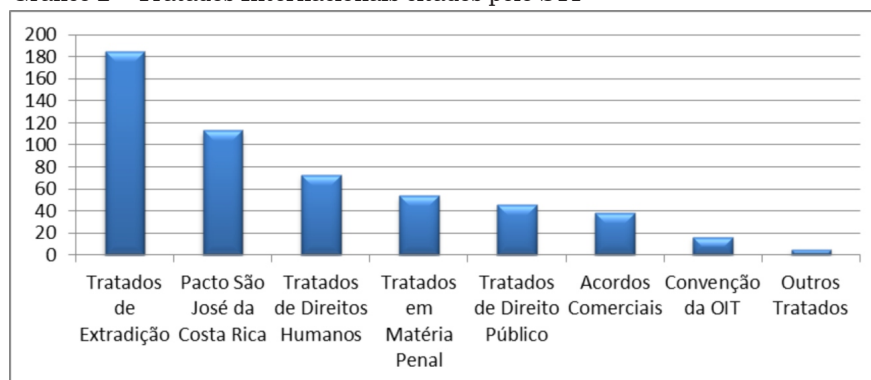


Fonte: o autor.

Entre os Tratados internacionais analisados pelo STF, percebe-se uma intensa concentração de temas e normas, ou seja, o Supremo tende a aplicar tão somente um número reduzido de acordos, deixando de lado outras normas, seja por desconhecimento ou falta de interesse em sua aplicação. Foram observadas 185 citações a acordos de extradição firmados com Estados estrangeiros, 113 referências ao Pacto São José da Costa Rica, 73 citações de outros tratados de direitos humanos, 54 de tratados em matéria penal, 46 de tratados de direito público, 38 acordos comerciais, 16 convenções da OIT e cinco outras modalidade de acordos.

<sup>38</sup> Couto (2001).

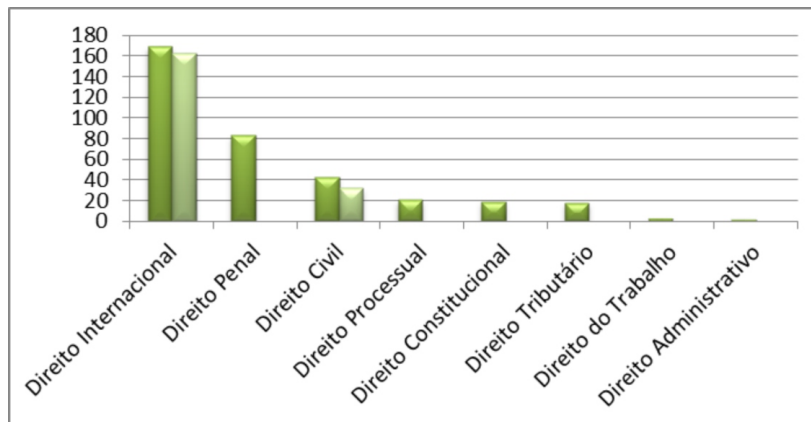
Gráfico 2 – Tratados Internacionais citados pelo STF



Fonte: o autor.

Entre as matérias discutidas pelo STF, os temas internacionais teriam o maior índice de casos (169), entretanto, esta distorção ocorre em razão dos processos de extradição, competência exclusiva do STF e que representam sozinhos 163 resultados. Quanto a este tema, destaca-se o julgamento do pedido de extradição de Cessare Battisti, requerido pela República Italiana e que o STF julgou procedente, determinando a entrega do preso ao governo estrangeiro apesar da manifestação do governo ter ocorrido no sentido contrário. Apesar da decisão final dos processos de extradição ser um ato discricionário do presidente da república, a decisão da Corte trouxe intensa discussão a respeito de até que ponto o STF poderia revisar a decisão do presidente de conceder asilo político quando tal ato vai de encontro à decisão judicial. Excluindo-se, portanto, a extradição dos temas internacionais, verifica-se um baixo número de questões apreciadas pelo STF. Em segundo lugar, discute-se questões penais, principalmente, em razão do elevado número de casos de tráfico de drogas, bem como a utilização de tratados de direitos humanos como fundamento para concessão de *habeas corpus*. Em terceiro, apresentam-se questões civis (43), dos quais 32 estão relacionadas à discussão sobre a (im)possibilidade da prisão civil do depositário infiel, uma vez que os Bancos realizaram forte *lobby* perante as instituições judiciárias para que estas não aplicassem o Pacto de São José da Costa Rica, sob o argumento de que ele contrariaria a Constituição Federal. Todavia, apesar de forte resistência do STF, que em diversos julgados considerou o aludido tratado como inconstitucional, a Corte alterou seu entendimento e passou a reconhecer a aplicação da referida norma. Em relação às questões tributárias, destacam-se recursos por parte de empresas que buscavam a aplicação de benefícios aduaneiros previstos em tratados internacionais, bem como o reconhecimento da imunidade tributária de representações estrangeiras no país e a impossibilidade de execução de eventuais débitos.

Gráfico 3 – Matérias discutidas pelo STF



Fonte: o autor.

Verifica-se que o STF tende a julgar procedentes 50,7% dos casos catalogados, porém, não hesita em julgar improcedente (29,9%) ou parcialmente improcedente (13,3%), no qual concede o pleito formulado, entretanto, impõe restrições ou condições para seu cumprimento, muitas vezes de acordo com as normas nacionais. Assim, verifica-se uma grande comunicabilidade aos tratados subscritos pelo Brasil; tal fato não impede a aplicação dos Tratados com a prevalência das normas internas.

Segundo Couto,<sup>39</sup> o STF considera possível a submissão de qualquer norma internacional ao controle de constitucionalidade, entretanto, há no tribunal uma sensibilidade muito maior em relação às normas internacionais comerciais, tributárias e de extradição, nas quais prevalece o princípio da especialidade, colocando-as acima do direito interno. Já em relação às normas de direitos humanos, surpreendentemente, estas são rechaçadas como um atentado à soberania nacional ou são submetidas a uma interpretação que restringe seus efeitos em favor de um instrumento legal nitidamente inferior no ordenamento constitucional. Como os tratados de direitos humanos impõem uma série de regras internacionais e ainda a competência de jurisdições supranacionais, verifica-se com tal ato do STF uma forte resistência na aplicação de tratados que resultem na perda de prerrogativas e poderes por parte da instituição.

Tabela 1 – Resultados dos casos julgados pelo STF

	Total	%
Resultado		
Procedente	199	50,7
Parcialmente Improcedente	52	13,3
Improcedente	117	29,9
Não Conheceu do Recurso/Prejudicado	24	6,1
<b>Total</b>	<b>392</b>	<b>100,0</b>

Fonte: o autor.

<sup>39</sup> Couto (2001).

Com base dos dados expostos, portanto, pode-se afirmar que o Judiciário brasileiro é um ator interveniente na política externa brasileira, em razão de sua capacidade de revisão judicial e do fenômeno da judicialização da política. Pode-se apontar ainda que, na maioria dos casos, o STF tem respeitado o cumprimento de tratados internacionais em sua integralidade, entretanto, não é rara a imposição de restrições parciais ao cumprimento dos tratados com base na legislação brasileira.

Verifica-se, ainda, uma transferência de atribuições da Suprema Corte brasileira para o STJ dos temas internacionais e, certamente, tal fato exerce um grande peso na quantidade de resultados encontrados. Entretanto, apesar da delegação de temas internacionais, é visível uma maior abertura do STF aos tratados internacionais, já que em números absolutos é crescente a citação destes em seus julgados, indicando um amadurecimento da instituição que começa a se desprender das amarras provincianas.

## Conclusão

A importância de se analisar o papel do Judiciário no processo de formulação da política externa decorre do fato de que, apesar de ser intensamente considerado durante o desenrolar do jogo político interno, este se mostra, em geral, distante das questões internacionais, a despeito de uma crescente aproximação entre o sistema doméstico do internacional, seja por meio de tratados internacionais, por meio da criação de organizações internacionais com poderes jurisdicionais ou, uma maior aproximação da classe jurídica.

É inegável hoje a participação do Judiciário no processo de formulação da política externa, seja decorrente do aumento da atividade judiciária nas democracias atuais, seja pelo fortalecimento do controle abstrato das políticas públicas ou uma maior comunicação entre os diversos sistemas jurídicos. Assim, a intervenção do Judiciário, em especial sua morosidade, pode vir a constituir-se uma importante variável no cálculo da política externa, principalmente quando a má-prestação jurisdicional possa gerar externalidade para o Estado no plano externo.

Como uma consequência da globalização, da transnacionalização da produção, do consumo e das comunicações, em consequência da ampliação dos mercados e dos interesses dos grupos industriais, comerciais e financeiros dispersos pelo globo, torna-se fundamental a harmonização de instituições e a coordenação de políticas como forma de manutenção do desenvolvimento dos Estados, devendo o Judiciário nacional incorporar-se a esta tendência.

Contudo, no plano jurídico, avolumam-se entraves que podem dificultar a adoção das políticas supracitadas, pois alguns tratados ou convenções têm encontrado obstáculos na centralidade e na supremacia do Direito constitucional positivo de alguns Estados que se recusam a reconhecer a nova realidade do sistema internacional.

O Judiciário tem se tornado um ator importante para o processo de formulação da política externa, atuando, principalmente, durante o seu processo de implementação e por meio da revisão judicial. Uma análise quantitativa da jurisprudência do STF indica a ratificação e aplicação dos tratados internacionais

subscritos pelo Brasil na maioria dos casos, o que demonstra atenção à ordem internacional e o cumprimento dos compromissos internacionais assumidos pelo país. Contudo, em diversas matérias, este não hesita em aplicar restrições com base no ordenamento jurídico interno, principalmente se a aplicação do tratado resultar em diminuição de suas prerrogativas ou gerar altos custos políticos para o governo e/ou grupos organizados.

Por fim, é importante para o tomador de decisão em política externa observar que a morosidade para a conclusão de muitos processos judiciais se apresenta como um relevante e prejudicial fator da intervenção judicial, já que os ritmos e as negociações internacionais nem sempre possuem o mesmo *timing* decisório da ordem interna.

## Referências

ACKERMAN, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. *Columbia Law Review*, v. 102, n. 2, 2002.

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, p. 147-156, 1997.

COUTO, Estêvão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. *Revista Brasileira de Política Internacional*, n. 46, p. 140-161, 2004.

DOMINGO, Pilar. Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America. *Democratization*, v. 11, n. 1, p. 104-126, 2004.

FRANCK, Thomas M. Courts and foreign policy. *Foreign Policy*, n. 83, p. 66-87, 1991. Disponível em: <[http://www.foreignpolicy.com/Ning/archive/archive/083/COURTS\\_AND\\_FOREIGN\\_POLICY.PDF](http://www.foreignpolicy.com/Ning/archive/archive/083/COURTS_AND_FOREIGN_POLICY.PDF)>. Acesso em: 17 maio 2009.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1989.

HILL, Christopher. *The Changing Politics of Foreign Policy*. [S.l.]: Palgrave Macmilan, 2003.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the Neonstitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.



KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. *Power and Interdependence: World Politics in Transition*. Nova York: Longman, 2001.

KING, Kimi Lynn; MEERNIK, James. The Supreme Court and the Powers of the Executive: The Adjudication of Foreign Policy. *Political Research Quarterly*, [S.l.], v. 52, n. 4, p. 801-824, 1999.

LINDSAY, James M. Congress, Foreign Policy, and the new institutionalism. *International Studies Quarterly*, [S.l.], n. 38, p. 281-304, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises, *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, 2002.

MATTLI, Walter; SLAUGHTER, Anne-Marie. The Role of National Courts in the Process of European Integration: Accounting for Judicial Preferences and Constraints. In: *The European Court and National Courts—Doctrine and Jurisprudence: Legal Change and Its Social Context*. Oxford: Hart Publishing, 1999. p. 253-277.

MILNER, Helen V. *Interests, Institutions and Information, Domestic Politics and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MONTESQUIEU, Charles de. *O espírito das leis*. Brasília, DF: Ed. da UnB, 1992.

MORGENTHAU, Hans J. *A política entre as nações: a luta pela guerra e pela paz*. Brasília, DF: Ed. da UnB/IPRI; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PUTNAM, Robert. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. *International Organization*, v. 42, n. 3, p. 428-460, 1998.

SANCHEZ, Michelle Ratton et al. Política Externa Como Política Pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, p. 125-143, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto, Portugal: Centro de Estudos Sociais, 1996.

SOUZA, Danielle Aleixo Reis do Valle. *A judicialização da política externa brasileira: a disputa na OMC sobre os pneus reformados e a arguição de descumprimento de preceito fundamental no STF*. 2010. 86 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais)—Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2010.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Org.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

VIANNA, L. W. et al. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALTZ, Kenneth. *O homem, o estado e a guerra: Uma análise teórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

Recebido em 22 de setembro de 2011

Aceito em 26 de novembro de 2011