EDUARDO PANNUNZIO

**A judicialização das relações internacionais no Brasil
em face do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito
parcial para a obtenção do título de Doutor em
Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Nina Beatriz Stocco
Ranieri

Co-orientador: Prof. Catedrático António
Pedro Barbas Homem (Universidade de
Lisboa)

São Paulo

2012

EDUARDO PANNUNZIO

**A judicialização das relações internacionais no Brasil
em face do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos**

Tese apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como requisito
parcial para a obtenção do título de Doutor em
Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Data de aprovação: _____

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____ Assinatura: _____

À Juana.

E ao Chico.

AGRADECIMENTOS

A elaboração de uma tese de doutorado não é tarefa fácil. Exige muito trabalho, persistência e, é claro, uma boa dose de coragem para enfrentar os fantasmas que assombram o autor diante da página em branco no computador. Se cheguei até aqui, portanto, foi graças à ajuda, ao estímulo, à generosidade de muitos.

Em primeiro lugar, um agradecimento mais do que especial devo à minha orientadora, professora Nina Beatriz Stocco Ranieri. Sem o seu entusiasmo com o projeto que daria origem a esta tese —entusiasmo manifestado desde a primeira hora, quando eu ainda atuava como seu monitor no Curso de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP)—, ele nem sequer teria decolado; sem a sua orientação segura, instigante e sempre respeitosa, ele teria se perdido ao longo da rota e jamais resultado em algo concreto. Na professora Nina encontrei, além disso, apoio e ânimo para levar adiante todas as iniciativas que poderiam contribuir para melhor desenvolver este projeto, desde a de convertê-lo em um projeto de doutorado até a de realizar um estágio de doutoramento em Portugal. A ela, portanto, minha mais profunda gratidão.

Tive o privilégio, também, de contar com a co-orientação do professor António Pedro Barbas Homem, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Nas entrevistas pessoais ou durante suas aulas sobre Teoria e Filosofia do Direito, o professor Barbas Homem motivou-me a revisar diversas concepções que mantinha sobre questões relacionadas ao projeto, introduziu-me a uma bibliografia valiosa que, até então, escapava de minha atenção e guiou-me nos meandros do sistema jurídico português. Não bastasse isso, acolheu-me na Universidade de Lisboa com a cordialidade e fidalguia que distinguem o povo português, por quem a admiração e afeto meu e de minha família (que me acompanhou a Portugal) apenas cresceram nesse período.

É importante registrar que o estágio de doutoramento, de quatro meses, só foi possível em função de uma bolsa concedida pela Coordenadoria de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (Capes), a quem sou igualmente grato.

Também devo um sincero agradecimento aos professores da Faculdade de Direito da USP que, ao lado de minha orientadora, participaram das duas bancas de qualificação a que submetido o projeto, ofertando críticas e sugestões fundamentais para este trabalho: Pedro B. de Abreu Dallari e José Levi Mello do Amaral Júnior, que integraram a primeira banca (a qual recomendou a conversão do projeto para doutorado); e Alberto do Amaral Júnior e Fernando Menezes Dias de Almeida, a segunda. O professor Levi, juntamente com meu dileto

amigo Gustavo Ungaro, ainda me abriu a oportunidade de discutir o projeto, no ano de 2011, com os alunos do curso de Teoria dos Direitos Fundamentais da Escola de Direito do Brasil, o que me ajudou a clarear vários aspectos que são, aqui, discutidos.

Não poderia deixar, além disso, de agradecer a dois outros gigantes da Faculdade de Direito da USP que, sem ter qualquer obrigação em relação a este projeto, dispuseram-se a dialogar com o autor, num exemplo maior de compromisso acadêmico: Celso Lafer, cujas impressões, elaboradas a partir de sua inigualável experiência como professor, intelectual e diplomata, contribuíram fortemente para o desenvolvimento deste trabalho; e Virgílio Afonso da Silva, que me impulsionou a enfrentar —nem sempre com sucesso de minha parte, é verdade— diversas limitações do projeto.

Em realidade, é preciso agradecer a toda Faculdade de Direito da USP —seu corpo docente, discente e de funcionários—, pois foi lá que nasceu em mim, ainda no curso de graduação, o gosto pelo direito e pelos direitos humanos. Foi lá que obtive toda estrutura e apoio necessário para conduzir meus estudos. Foi lá que fiz algumas das melhores amizades que me acompanham pela vida.

A inspiração para esta tese partiu do contato com a Conectas Direitos Humanos, uma organização não governamental de vanguarda que, entre tantas atividades, desenvolve uma iniciativa pioneira de monitoramento da política externa brasileira à luz dos direitos humanos. Lúcia Nader e Camila Assano, que desenvolveram o Programa de Acompanhamento de Política Externa em Direitos Humanos (Papeth), foram fontes permanentes de ideias e informações, transmitidas com insuperável bom humor. Foi com a equipe ampliada da Conectas —então liderada pela genialidade de Oscar Vilhena Vieira, Malak Popovik e Marcos Fuchs— que tive, em 2009, a oportunidade de discutir partes importantes deste projeto. Por óbvias razões pessoais, ainda beneficiei-me largamente da inteligência e espírito crítico de Juana Kweitel ao longo de todo este trabalho. Meu muito obrigado a todos eles.

Aliar o trabalho acadêmico à atuação profissional é um desafio sempre angustiante. Tenho a felicidade, contudo, de integrar uma sociedade de advogados que compreende a individualidade de cada um de seus profissionais, valoriza e cria condições para que busquem o seu melhor —isso tudo num ambiente de extrema competência profissional e compromisso social e ético acima de qualquer medida. Rubens Naves e Belisário dos Santos Jr. há muito deixaram de ser apenas os sócios fundadores do escritório para se tornarem amigos e orientadores na profissão e na vida; como de costume, não tardaram um segundo sequer em dar asas para esta investida acadêmica. A solidariedade, compreensão e estímulo

deles e de meus demais sócios sempre esteve muito acima do que eu merecia. Não poderia deixar, porém, de fazer um registro especial da minha mais profunda gratidão à equipe do terceiro setor: Valéria Trezza, Thiago Donnini, Cláudia Nadas, Otávio Adegas e Priscilla Oliveira, que não hesitaram em intensificar seus esforços no escritório para que eu pudesse me dedicar ao doutorado. Guilherme Amorim e Daniela D'Ambrosio cobriram várias de minhas ausências e Juliana Santos foi a amiga solidária com quem compartilhei muitas das alegrias e dificuldades deste trabalho. Valeu, companheiros.

Na pesquisa jurisprudencial, tive a sorte de contar com o talentoso auxílio de Mariana Kruchin e, na revisão do texto, de Renato Barreto e de Guilherme Ribas, verdadeiro amigo-irmão. Thiago Amparo, da Conectas, também ajudou-me com as traduções para o inglês. *Gracias*.

Há, por fim, dois agradecimentos que partem, antes de tudo, do coração.

O primeiro a meus pais, Antonio Carlos e Maria Inês. Ensinaram-me logo cedo, pelo exemplo e pelo diálogo, que nesta vida é preciso se lançar aos sonhos, encarar desafios, ser coerente consigo próprio e com os outros. Isso tudo sem deixar que a leveza e a beleza da vida jamais se percam. A eles —e, por extensão, a meus irmãos, Fernanda, Silvia e Rafael—, que firmaram o solo para que eu possa caminhar à vontade neste mundo, meu obrigado.

O segundo aos meus dois maiores amores. À Juana, que um belo dia desembarcou no Brasil para construirmos uma vida juntos, minha gratidão pela paciência, suporte e companheirismo ao longo deste trabalho e em tudo que faço. E ao Chico, por tornar infinitamente mais alegre nossos dias.

To make the law's writ inoperable at the water's edge is nothing less than an exercise in unilateral moral disarmament. It is a strategy urgently in need of judicial review.

Thomas M. Franck

*Es mejor que aprender mucho
el aprender cosas buenas.*

Jose Hernandez

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 inovou ao trazer um artigo (4º) especificamente dedicado a estabelecer os princípios das relações internacionais do Brasil. Esta tese situa essa inovação no contexto da evolução constitucional brasileira, examina se os atos praticados pelo Poder Executivo no exercício da competência para conduzir as relações internacionais podem ser submetidos ao controle jurisdicional e, finalmente, avalia como um dos princípios do art. 4º —o da “prevalência dos direitos humanos”— poderia ser utilizado como parâmetro para aferição de constitucionalidade, buscando identificar que exigências ele impõe ao Estado brasileiro em sua atuação externa. Com base na investigação da jurisprudência local e estrangeira, demonstra-se que a judicialização de questões internacionais é um processo já em curso, mas que, na ausência de uma definição mais clara do papel que cabe ao Judiciário no campo das relações internacionais, esse Poder tem reagido de forma incerta e pouco consistente às demandas que lhe são apresentadas. Nesse contexto, são identificados os principais obstáculos jurídicos geralmente oferecidos ao controle jurisdicional dos atos de relações internacionais no Brasil para, em seguida, expor suas fragilidades, sustentando-se a possibilidade desse tipo de controle. Em situações em que o princípio da prevalência dos direitos humanos seja relevante, trata-se de verificar se o Executivo agiu internacionalmente com observância dos direitos humanos de quaisquer indivíduos que possam ser afetados pelo ato em questão, sejam ou não brasileiros, estejam ou não em território nacional. Condutas (ações ou omissões) eventualmente restritivas dos direitos humanos, desacompanhadas de fundamentação constitucional, podem corresponder a uma violação do princípio e ser, portanto, objeto da censura judicial. A tese se encerra com um estudo de casos, onde essas ideias são aplicadas a duas situações concretas.

Palavras-chave: Constituição. Controle jurisdicional. Direitos humanos. Política externa. Princípios. Relações internacionais. Separação de poderes.

ABSTRACT

The 1988 Federal Constitution broke new ground by establishing in a specific provision (Article 4) the directive principles for Brazil's international relations. The present thesis firsts considers this provision in light of the Brazilian constitutional history, it further questions whether acts from the Executive branch in exercise of its constitutional mandate to conduct foreign policy are subject to judicial review and, finally, it discusses how a specific principle established by Article 4 —the one determining “primacy of human rights” in international relations— operates as a constitutional standard, seeking to clarify what are the obligations that this provision imposes on the Brazilian State while conducting its foreign policy. Based on an analysis of case law from Brazil and other jurisdictions, this thesis argues that the judicialization of international relations is already underway, although the Judiciary has not been able to develop assertive and consistent judicial standards to resolve cases dealing with issues of foreign policy, considering the lack of a clear definition of the role to be played by the Judiciary in this realm. In this sense, the thesis takes into account the main legal barriers generally faced in cases of judicial review of foreign policy issues in Brazil, revealing some of its shortcomings, and argues in favor of such judicial scrutiny. In cases where the principle of primacy of human rights applies, the act of the Executive branch should protect the human rights of all individuals involved by this act, regardless their nationality (Brazilian or not) or location (national territory or abroad). Restrictive measures (actions or omissions) that limit human rights, without a constitutional basis, can amount to a violation of the abovementioned principle, and, therefore, might be struck down by the Judiciary. This thesis concludes with a case study, where those ideas are applied to two particular situations.

Key-words: Constitution. Judicial review. Human Rights. Foreign policy. Principles. International relations. Separation of powers.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
CDC	Convenção sobre os Direitos da Criança
CDH	Conselho de Direitos Humanos da ONU
Cedaw	Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher
CF/34	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16/7/1934
CF/37	Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10/11/1937
CF/46	Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18/9/1946
CF/67	Constituição da República Federativa do Brasil, de 24/1/1967
CF/69	Constituição da República Federativa do Brasil, de 24/1/1967, com a redação dada pela emenda constitucional n. 1, de 17/10/1969
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil, de 5/10/1988
CF/91	Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24/2/1891
CI/24	Constituição Política do Império do Brasil, de 25/3/1824
DAC	Diário da Assembleia Constituinte de Portugal
DAR	Diário da Assembleia da República de Portugal
EC	Emenda Constitucional
MRE	Ministério das Relações Exteriores
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
OSC	Órgão de Solução de Controvérsia da OMC
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
Pidesc	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

RPDC	República Democrática Popular da Coreia
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

LISTA DE DECISÕES NACIONAIS, ESTRANGEIRAS E INTERNACIONAIS

1. BRASIL

Supremo Tribunal Federal

ADI 1.480-3 (Medida cautelar). Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 4/9/1997.

ADI 1.497-8. Pleno, rel. min. Marco Aurélio, acórdão de 9/10/1996.

ADI 4.277. Pleno, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 5/5/2011.

ADPF 101. Pleno, rel. min. Carmen Lúcia, acórdão de 24/6/2009.

ADPF 132. Pleno, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 5/5/2011.

ADPF 153. Pleno, rel. min. Eros Grau, acórdão de 29/4/2010.

Extradição 633-9. República Popular da China *vs.* Qian Hong, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 28/6/1996.

Extradição 783-1 (Segunda questão de ordem). Governo dos Estados Unidos Mexicanos *vs.* Gloria de Los Ángeles Treviño, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, acórdão de 28/11/2011.

Extradição 793-9. República Francesa *vs.* Jean-Marc Scarparo, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa, acórdão de 17/10/2001.

Extradição 830-7. Governo dos Estados Unidos da América *vs.* Peter Franklin Paul, Pleno, rel. min. Ellen Gracie, acórdão de 11/12/2002.

Extradição 833-1. Governo de Portugal *vs.* Rui Jorge Crujo da Silva Fonseca, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 18/9/2002.

Extradição 841-2. Governo da Alemanha *vs.* Wilhelm Just, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, acórdão de 23/10/2003.

Extradição 855-2. Governo do Chile *vs.* Mauricio Fernandez Norambuena, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 26/8/2004.

Extradição 866-8. Governo de Portugal *vs.* José Benedito Hortelão Bonifácio, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 17/12/2003.

Extradição 897-8. Governo da República Tcheca *vs.* Radomír Cespiva, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2004.

Extradição 932-0. Governo da Itália *vs.* Corso Domenico Pantaleo, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa, acórdão de 10/10/2007.

Extradição 986-9. Governo da Bolívia *vs.* John Axel Rivero Antero, Pleno, rel. min. Eros Grau, acórdão de 15/8/2007.

Extradicação 1.008-5. Governo da Colômbia *vs.* Francisco Antonio Cadena Collazos, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, acórdão de 21/3/2007.

Extradicação 1.074-3. Governo da Alemanha *vs.* Mike Büttner, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 27/3/2008.

Extradicação 1.085. Governo da Itália *vs.* Cesare Battisti, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, acórdão de 16/12/2009.

Extradicação 1.195. Governo da Finlândia *vs.* Juha Pekka Köykkä, Pleno, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 12/5/2011.

Extradicação 1.254 (Questão de ordem). Governo da Romênia *vs.* Killian Walter, Segunda Turma, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 6/9/2011.

Habeas corpus 300. Pleno, Eduardo Wandenkolk e outros *vs.* Presidente da República, rel. min. Aquino e Castro, acórdão de 27/4/1892.

Habeas corpus 82.424-2. Siegfried Ellwanger *vs.* STJ, Pleno, rel. min. Moreira Alves, rel. para o acórdão min. Maurício Corrêa, acórdão de 17/9/2003.

Habeas corpus 87.585-8. Alberto de Ribamar Ramos Costa *vs.* STJ, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, acórdão de 3/12/2008.

Habeas corpus 90.450-5. Demétrios Nicolaos Nikolaidis *vs.* Presidente do STJ, Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2008.

Habeas corpus 91.361-0. Renato Dias da Silva *vs.* STJ, Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2008.

Habeas corpus 91.567-1. Freddy Eusébio Rincon Valencia *vs.* Relator da PPE n. 588 do STF, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, acórdão de 13/9/2007.

Habeas corpus 92.474-3. Miguel Felmanas *vs.* Relatora do HC n. 90.697 do STJ, Primeira Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, acórdão de 2/12/2008.

Habeas corpus 94.695-0. Angela Nicola *vs.* TST, Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2008.

Mandado de segurança 1.423. Carlos Castilho Cabral *vs.* Mesa da Câmara, Pleno, rel. min. Luiz Gallotti, acórdão de 22/5/1951.

Mandado de segurança 23.452. Luiz Carlos Barretti Junior *vs.* Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 16/9/1999.

Reclamação 11.243. República Italiana *vs.* Presidente da República, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, acórdão de 8/6/2011.

Recurso de mandado de segurança 11.140. União Democrática Nacional e outros *vs.* Assembleia Legislativa do Estado, Pleno, rel. min. Luiz Gallorri, acórdão de 10/6/1963.

Recurso extraordinário 109.173-8. Estado de São Paulo *vs.* Monizac Indústria e Comércio Ltda., Segunda Turma, rel. min. Carlos Madeira, acórdão de 27/2/1987.

Recurso extraordinário 349.703-1. Banco Itaú S/A *vs.* Armando Luiz Segabinazzi, Pleno, rel. min. Ayres Britto, rel. para o acórdão min. Gilmar Mendres, acórdão de 3/12/2008.

Recurso extraordinário 389.808. G.V.A. Indústria e Comércio S/A *vs.* União, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, acórdão de 15/12/2010.

Recurso extraordinário 466.343-1. Banco Bradesco S/A *vs.* Luciano Cardoso Santos, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, acórdão de 3/12/2008.

Representação 803. Procurador-Geral da República *vs.* Congresso Nacional, Pleno, rel. min. Djaci Falcão, acórdão de 15/9/1977.

Superior Tribunal de Justiça

Habeas corpus 36.033. Manuel Dias *vs.* Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Francisco Falcão, acórdão de 13/12/2004.

Mandado de segurança 11.417. Claus Malmqvist *vs.* Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. José Delgado, acórdão de 11/10/2006.

Mandado de segurança 12.510. Mike Niggli *vs.* Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Denise Arruda, acórdão de 8/8/2007.

Mandado de segurança 13.383. José Fredy Ortiz *vs.* Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Carlos Fernando Mathias, acórdão de 28/5/2008.

Tribunal Regional Federal da 1ª Região

Ação cautelar inominada 2004.36.00.000011-0. Ministério Público Federal *vs.* União, 1ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso, despacho de 7/1/2004.

Apelação em mandado de segurança 2002.34.00.012910-5. Leonardo Abel Sinopoli Azcoaga *vs.* União Federal, Quinta Turma, rel. des. fed. Selene Maria de Almeida, acórdão de 12/12/2007.

Suspensão de segurança 2004.01.00.000206-8. Município do Rio de Janeiro *vs.* Juízo Federal da 1ª Vara - MT, rel. des. Catão Alves, decisão de 9/1/2004.

Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Ação civil pública 2008.61.19.002070-2. Ministério Público Federal *vs.* União, Seção Judiciária de São Paulo, 19ª Subseção Judiciária – Guarulhos, sentença de 1/4/2008.

Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Apelação cível 2007.70.00.029163-5. Milad Yacob e outros vs. União Federal, Terceira Turma, rel. juiz federal João Pedro Gebran Neto, acórdão de 23/11/2010.

Apelação/Reexame necessário 2008.70.00.000303-8. Jaser Khuri vs. União Federal, Quarta Turma, rel. juiz federal João Batista Lazzari, acórdão de 21/1/2009.

2. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Supreme Court

Application of Yamashita. 327 U.S. 1 (1946).

Baker v. Carr. 369 U.S. 186 (1962).

Cherokee Nation v. State of Georgia. 30 U.S. 1 (1831).

Dames Moore v. Regan. 453 U.S. 654 (1981).

First Nat'l City Bank v. Banco Nacional de Cuba. 406 U.S. 759 (1972).

I.N.S. v. Chadha. 462 U.S. 919 (1983).

Japan Whaling Ass'n v. American Cetacean Soc. 478 U.S. 221 (1986).

Kent v. Dulles. 357 U.S. 116 (1958).

Kleindienst v. Mandel. 408 U.S. 753 (1972).

Marbury v. Madison. 5 U.S. 137 (1803).

Mitchell v. Harmony. 54 U.S. 115 (1851).

New York Times Co v. United States. 403 U.S. 713 (1971).

United States v. Sperry Corp. 493 U.S. 52 (1989).

United States v. Curtiss-Wright Export Corporation. 299 U.S. 304 (1936).

United States v. Verdugo-Urquidez. 494 U.S. 259 (1990).

US v. Lee. 106 U.S. 196 (1882).

Vermilya-Brown Co., Inc. v. Connell. 335 U.S. 377 (1948).

Youngstown Co. v. Sawyer. 343 U.S. 579 (1952).

Court of Appeals for the First Circuit

Commonwealth of Massachusetts v. Laird. 451 F.2d 26 (1971).

Court of Appeals for the Second Circuit

Berk v. Laird. 429 F.2d 302 (1970).

Planned Parenthood Fed. v. Agency for Int'l Dev. 838 F.2d 649 (1988).

Sneaker Circus. Inc. v. Carter. 566 F.2d 396 (1977).

Court of Appeals for the Ninth Circuit

Quinn v. Robinson. 783 F.2d 776 (1986).

Court of Appeals for the Eleventh Circuit

Jean v. Nelson. 727 F.2d 957 (1984).

Court of Appeals for the District of Columbia Circuit

Abourezk v. Reagan. 785 F.2d 1043 (1986).

Algonquin SNG, Inc. v. Federal Energy Admin. 518 F.2d 1051 (1975).

Diggs v. Richardson. 555 F.2d 848 (1976).

Edwards v. Carter. 580 F.2d 1055 (1978).

Finzer v. Barry. 798 F.2d 1450 (1986).

Haitian Refugee Center v. Gracey. 809 F.2d 794 (1987).

Narenji v. Civiletti. 617 F.2d 745 (1979).

Natural Resources Defense Council, Inc. v. Nuclear Reg. Com'n. 647 F.2d 1345 (1981).

Power Authority of New York v. Federal Power Com'n. 247 F.2d 538 (1957).

Ramirez de Arellano v. Weinberg. 745 F.2d 1500 (1984).

South African Airways v. Dole. 817 F.2d 119 (1987).

United States v. American Telephone & Telegraph Co. 567 F.2d 121 (1977).

Washington Post Co. v. United States Dep't of State. 840 F.2d 26 (1988).

Zweibon v. Mitchell. 516 F.2d 594 (1975).

Court of Appeals for the Federal Circuit

Chang v. United States. 859 F.2d 893 (1988).

District Court for the District of Columbia

Sanchez-Espinoza v. Reagan. 568 F. Supp. 596 (1983).

Circuit Court for the Southern District of New York

Tartar Chemical v. United States. 116 F. 726 (1902).

District Court for the Southern District of New York

Morgan Guaranty Trust Co. v. Republic of Palau. 639 F. Supp. 706 (1986).

District Court for the Western District of Wisconsin

United States v. Progressive, Inc. 467 F.Supp. 990 (1979).

Court of Appeals of New York

Salimoff & Co. v. Standard Oil Co. of New York. 262 N.Y. 220 (1933).

Supreme Court of New York

Upright v. Mercury Business Machines Co. 13 A.D.2d 36 (1961).

3. PORTUGAL

Tribunal Constitucional

Acórdão 32/88. Processo n. 81/85, Plenário, rel. cons. Raul Mateus, decisão de 27/1/1988.

Acórdão 384/05. Processo n. 245/05, 2ª Secção, rel. cons. Mário Torres, decisão de 13/7/2005.

Acórdão 39/88. Processo n. 136/85, 2ª Secção, rel. cons. Messias Bento, decisão de 99/2/1988.

Acórdão 168/88. Processo n. 194/85, Plenário, rel. cons. M. Diniz, decisão de 13/7/1988.

Acórdão 403/09. Processos n. 111/09, 116/09 e 320/09, Plenário, rel. cons. Benjamin Rodrigues, decisão de 30/7/2009.

Acórdão 417/95. Processo n. 374/94, Plenário, rel. cons. Guilherme da Fonseca, decisão de 4/7/1995.

Acórdão 494/99. Processo n. 516/99, Plenário, rel. cons. Paulo Mota Pinto, decisão de 5/8/1999.

Acórdão 531/98. Processo n. 756/98, Plenário, rel. cons. Maria Helena Brito, decisão de 29/7/1998.

Acórdão 598/04. Processo n. 337/99, Plenário, rel. cons. Vítor Gomes, decisão de 6/10/2004.

4. ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Organização das Nações Unidas – Comitê de Direitos Humanos

Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay. Communication n. R.13/56, UN Doc. Supp. n. 40 (A/36/40) 185 (1981).

Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay. Communication n. R.12/52. UN Doc. Supp. n. 40 (A/36/40) (1981).

Organização das Nações Unidas – Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

General Comment 12: the right to adequate food. UN Doc. E/C.12/1999/5, 12/5/1999.

General Comment 13: the right to education. UN Doc. E/C.12/1999/10, 8/12/1999.

General Comment 14: *the right to the highest attainable standard of health.* UN Doc. E/C.12/2000/4, 11/8/2000.

Organização Mundial do Comércio

Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: *report of the Appellate Body.* WTO Doc. WT/DS332/AB/R, 3/12/2007.

Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: *report of the Panel.* WTO Doc. WT/DS332/R, 12/6/2007.

Organização dos Estados Americanos – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Informe 54/01: Maria da Penha. Caso 12.051 (Brasil).

Organização dos Estados Americanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos

Advisory opinion OC-8/87: *habeas corpus in emergency situations.* January 30, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 8 (1987).

Gomes Lund e outros vs. Brasil (“Guerrilha do Araguaia”). Sentença de 24/11/2010.

Conselho da Europa – Comissão Europeia de Direitos Humanos

Cyprus v. Turkey. Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1975.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	23
1.1. Escopo da tese.....	27
1.2. Plano da tese	28
1.2.1. Relações internacionais e Constituição.....	28
1.2.2. Relações internacionais e separação de poderes: o papel do Judiciário	32
1.2.3. O princípio da prevalência dos direitos humanos	34
1.2.4. A aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos: estudo de casos.....	35
1.3. Esclarecimentos introdutórios finais.....	35
2. RELAÇÕES INTERNACIONAIS E CONSTITUIÇÃO	37
2.1. A constitucionalização das relações internacionais	37
2.2. As relações internacionais nas constituições brasileiras (1824-1969).....	41
2.2.1. Constituição de 1824.....	42
2.2.1.1. Distribuição de competências	43
2.2.1.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	45
2.2.2. Constituição de 1891.....	45
2.2.2.1. Distribuição de competências	46
2.2.2.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	48
2.2.3. Constituição de 1934.....	49
2.2.3.1. Distribuição de competências	49
2.2.3.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	52
2.2.4. Constituição de 1937.....	53
2.2.4.1. Distribuição de competências	53
2.2.4.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	55
2.2.5. Constituição de 1946.....	56
2.2.5.1. Distribuição de competências	56
2.2.5.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	58
2.2.6. Constituição de 1967.....	59
2.2.6.1. Distribuição de competências	60
2.2.6.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	62
2.2.7. Constituição de 1969.....	63
2.2.7.1. Distribuição de competências	63
2.2.7.2. Normas conformadoras das relações internacionais.....	64
2.3. As relações internacionais na Constituição de 1988.....	64
2.3.1. Distribuição de competências	65
2.3.2. Normas conformadoras das relações internacionais	68
2.4. Conclusões preliminares	70
3. RELAÇÕES INTERNACIONAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES: O PAPEL DO JUDICIÁRIO	74
3.1. O paradigma clássico da governança das relações internacionais	74
3.1.1. As relações internacionais na teoria política.....	74
3.1.2. Fatores favoráveis ao livre protagonismo do Executivo.....	77
3.1.3. A governança das relações internacionais no Brasil.....	79
3.2. Tensões no paradigma clássico: a judicialização das relações internacionais.....	83
3.2.1. Transformações na política externa	84

3.2.2.	O aumento do protagonismo dos tribunais	86
3.2.2.1.	As transformações do Estado e do sistema jurídico	87
3.2.2.2.	Judicialização da política vs. politização do Judiciário	90
3.2.3.	A judicialização das relações internacionais.....	94
3.2.3.1.	Estados Unidos da América.....	95
3.2.3.2.	Portugal.....	104
3.2.3.3.	Brasil.....	115
3.2.3.3.1.	Decisões com efeitos jurídicos refletidos no plano internacional	115
3.2.3.3.2.	Controle de constitucionalidade de atos normativos internacionais	121
3.2.3.3.3.	Controle de atos do Executivo em matéria de relações internacionais	125
3.3.	Revisitando a separação de poderes: o Judiciário nas relações internacionais.....	142
3.3.1.	Teses contrárias à justiciabilidade dos atos de relações internacionais	143
3.3.1.1.	Soberania	143
3.3.1.2.	Razão de Estado.....	146
3.3.1.3.	Separação de poderes.....	150
3.3.1.4.	Teoria dos atos políticos	155
3.3.2.	A justiciabilidade dos atos de relações internacionais.....	163
3.3.2.1.	A competência decisória do Executivo em matéria de relações internacionais	165
3.3.2.1.1.	Discrecionariade estrutural.....	166
3.3.2.1.2.	Discrecionariade epistêmica.....	167
3.3.2.2.	A competência do Judiciário para rever atos de relações internacionais	168
3.3.3.	A tutela judicial.....	170
3.3.3.1.	Os limites da ordem jurídica internacional	171
3.3.3.2.	Estratégias para o efetivo controle judicial.....	171
3.3.3.2.1.	Declaração de inconstitucionalidade	172
3.3.3.2.2.	Obrigaçãode fazer ou não fazer.....	173
3.3.3.2.3.	Questionamento de atos preparatórios internos	173
3.3.3.2.4.	Promoção de publicidade	174
3.3.3.2.5.	Responsabilização de agentes públicos.....	174
3.4.	Conclusões preliminares	176
4.	O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	178
4.1.	A prevalência dos direitos humanos: uma imposição lógico-jurídica	178
4.2.	Sentido e alcance do princípio da prevalência dos direitos humanos.....	181
4.2.1.	Suporte fático do princípio da prevalência dos direitos humanos	181
4.2.1.1.	Âmbito de proteção.....	182
4.2.1.1.1.	Sentido da expressão “direitos humanos”	182
4.2.1.1.2.	Alcance dos direitos humanos.....	185
4.2.1.2.	Intervenção	190
4.2.2.	Proporcionalidade	191
4.3.	A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	192
4.3.1.	Acórdãos identificados.....	192
4.3.2.	Situações que atraíram a aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos	195
4.3.3.	Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	205

4.4. Conclusões preliminares	208
5. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS	210
5.1. Situação dos direitos humanos no Sudão.....	210
5.2. Situação dos direitos humanos na Coreia do Norte	214
5.2.1. Ato objeto de análise.....	216
5.2.2. Simulação de controle judicial do ato.....	217
5.2.2.1. Questões prévias a serem decididas.....	217
5.2.2.2. Preliminar: justiciabilidade do ato	218
5.2.2.3. Mérito	220
5.2.2.3.1. Princípio da prevalência dos direitos humanos	220
5.2.2.3.2. Princípios colidentes e proporcionalidade.....	221
5.2.2.3.3. Extensão do exame judicial.....	223
5.2.2.3.4. Tutela judicial.....	224
5.2.2.4. Considerações finais	224
6. CONCLUSÃO	226
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	230
APÊNDICE A - Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais: evolução constitucional no Brasil	247
APÊNDICE B - Normas conformadoras das relações internacionais: evolução constitucional no Brasil	254

1. INTRODUÇÃO

As relações internacionais fazem atualmente parte do cotidiano dos países e ocupam um espaço significativo na agenda dos atores públicos e privados. Esse fenômeno é especialmente perceptível no caso brasileiro, no qual, ao lado do fortalecimento das interações econômicas, políticas e sociais com o restante do mundo, o Estado vem procurando se projetar como um interlocutor de relevo no cenário internacional.

No entanto, é surpreendente notar que no âmbito doméstico as notas do Estado Democrático de Direito foram sendo gradualmente implementadas e passado a integrar as culturas política e jurídica nacionais (principalmente no que diz respeito à conformação da atuação estatal aos desígnios da lei e à sujeição a mecanismos de participação e controle), enquanto que o mesmo não ocorreu no domínio das relações internacionais. Neste, parece ainda predominar uma tríade perversa: discricionariedade do Poder Executivo, insuficiência de controle pelos demais poderes (*checks and balances*) e obscuridade.

Nesse cenário, não deveria causar espanto a relativa escassez da produção jurídica, tanto em sede doutrinária quanto jurisprudencial¹, sobre uma das principais inovações da Constituição Federal promulgada em 1988: a inclusão de um artigo dedicado a estabelecer os princípios que devem orientar o Estado brasileiro em suas relações internacionais. Eis o teor do art. 4º:

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;

¹ No Brasil, é o que apontam COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 140-161, 2004, p. 148; e PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17-18. Até aqui, a ciência jurídica nacional parece ter se ocupado mais em verificar como o direito internacional condiciona a atuação doméstica do Estado do que como o direito constitucional condiciona a atuação estatal além das fronteiras nacionais. Cabe notar, além disso, que a insuficiência de produção científica sobre o papel do Judiciário no controle dos atos de relações internacionais é verificável também em outros países, como Inglaterra ou Estados Unidos da América (cf. COLLINS, Lawrence. Foreign relations and the judiciary. **International & Comparative Law Quarterly**, Oxford, v. 51, p. 485-510, jul. 2002, p. 488; e HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University Press, 1990, p. vii e 2).

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.

A pequena atenção dedicada ao tema não é livre de consequências. Numa democracia constitucional na qual o controle recíproco entre os poderes desempenha um papel chave na garantia de direitos, como é o caso do Brasil, a ausência de freios e contrapesos é perigosa. O risco mais evidente é o de permitir que, na condução da política externa, direitos sejam sacrificados livremente em prol da promoção de outros interesses, legítimos ou não. Afinal, como assinala Louis Henkin em uma das principais obras sobre o controle legislativo e jurisdicional da política externa:

Nas relações exteriores nós somos particularmente suscetíveis a demandas por “eficiência” à custa de outros valores, a súplicas para que depositemos plena confiança nos “experts”, a pedidos de sacrifício individual, incluindo o sacrifício de nossa obrigação de examinar e criticar, e de sacrifício de direitos individuais. Nas relações exteriores nós somos particularmente suscetíveis a ficar pasmos pela afirmação de “liderança”, pelo apelo ao falso patriotismo, pelo recurso a nossos medos de parecer divididos perante o mundo.²

Não se trata, no Brasil, de um risco meramente teórico. Em várias ocasiões, atos e decisões do Estado na área de política externa têm sido objeto de críticas, justamente por colocar o respeito e a promoção dos direitos humanos em um plano inferior frente a outros objetivos políticos. Em 2008, por exemplo, Demétrio Magnoli pontuou pelo menos 12 situações em que o Brasil teria adotado uma postura incompatível com a de um país comprometido com os direitos humanos³. Para o autor, esse aparente desprezo em relação ao

² HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 108 (no original: “In foreign affairs we are particularly susceptible to the claims of ‘efficiency’ at the expense of other values, to pleas that we repose full faith in the ‘experts’, to demands of individual sacrifice, including the sacrifice of our obligation to scrutinize and criticize, and sacrifice of individual rights. In foreign affairs we are particularly susceptible to becoming bemused by assertion of ‘leadership’, by appeal to false patriotism, by play on our fears of appearing divided before the world.”).

³ São elas: ausência de reprovação à repressão em Cuba; “endosso” à Resolução da antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU que suspendeu a organização não governamental Repórteres Sem Fronteiras; ausência de condenação de “alto perfil” às violações de direitos humanos cometidas pelos Estados Unidos da América após os atentados de 11/9/2001; deportação de boxeadores cubanos durante os Jogos Panamericanos de 2007; desistência de indicar um representante para órgão consultivo do Conselho de Direitos Humanos da ONU, a fim de favorecer Cuba; retirada de um projeto de resolução da extinta Comissão de Direitos

tema se deveria à circunstância de o governo brasileiro ter alçado a conquista de um assento como membro permanente do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) à condição de “meta prioritária” de sua política externa, à qual todas as demais estão sujeitas⁴. Dessa forma, nas duas principais frentes de ação para consecução desse objetivo — estreitamento das relações com países africanos, caribenhos, árabes e asiáticos, de um lado, e gestões bilaterais com as grandes potências, de outro—, o Estado brasileiro evitaria as naturais tensões decorrentes de uma postura mais assertiva em matéria de direitos humanos para não desagradar a países a ele alinhados⁵.

Outra ilustração dos riscos que uma política externa submetida a poucos controles oferece para os direitos humanos foi oferecida pela decisão do Estado brasileiro de não aderir —juntamente com Estados Unidos, Rússia, Índia, Paquistão, Israel e Colômbia— ao tratado internacional que bane as bombas de dispersão, artefato que representa grande ameaça às populações civis. A atitude brasileira foi duramente criticada por lideranças da sociedade civil⁶ e chegou a ser objeto de editorial do jornal *Folha de S. Paulo*, que afirmou: “[n]ão há pragmatismo diplomático, dissuasão militar ou saldo comercial que justifique a posição adotada pelo Brasil.”⁷

Um adicional exemplo, a ser melhor discutido no capítulo 5 desta tese, corresponde à postura do Brasil em abster-se, erraticamente, na votação de resoluções do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH) sobre a situação em países que enfrentam violações graves e disseminadas de direitos humanos e do direito humanitário internacional, como é o caso do Sudão ou da República Democrática Popular da Coreia (Coreia do Norte).

A incoerência que atitudes como essas revelam têm despertado atenção internacional e podem prejudicar os esforços para elevar o protagonismo brasileiro no cenário

Humanos da ONU, previamente à realização da Cúpula América do Sul – Países Árabes, pelo qual se incluía o tema da orientação sexual na agenda dos direitos humanos; reconhecimento da China como “economia de mercado” e elogio ao comportamento chinês em matéria de direitos humanos; alinhamento com a China na questão de Darfur, com abstenção diante de resolução que submetia os crimes à apreciação do Tribunal Penal Internacional, bem como aquela que condenava o governo sudanês; omissão diante da sangrenta repressão em Mianmar; abstenção nas resoluções relativas ao Zimbábue; voto contrário às resoluções que condenavam a Rússia por atrocidades na Chechênia; abstenção diante de resolução, proposta pelos países islâmicos, que estimula a proibição de manifestações passíveis de serem interpretadas como ofensivas à religião (MAGNOLI, Demétrio. O Brasil contra os direitos humanos. **Interesse Nacional**, ano 1, n. 2, p. 27-35, jul.-set. 2008).

⁴ MAGNOLI, Demétrio. O Brasil contra os direitos humanos, cit., p. 30.

⁵ Ibid., p. 30-31.

⁶ Cf. MIZNE, Denis; MACK, Daniel. Quem te viu e quem te vê, Itamaraty. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 jun. 2008, p. A3.

⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. Diplomacia fragmentada. Editorial. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 1 jun. 2008, p. A2.

externo. Em artigo para a influente revista *Foreign Affairs*, Jorge Castañeda problematizou a ambivalência do Brasil e de outras potências emergentes (África do Sul, China e Índia) em relação aos direitos humanos, argumentando que esses países ainda não estariam preparados para desempenhar um papel central na política internacional:

[...] Brasil, Índia e África do Sul são democracias representativas que basicamente respeitam os direitos humanos em casa, mas quando se trata de defender a democracia e os direitos humanos além de suas fronteiras, não há muita diferença entre eles e a China autoritária. Nessas questões, todos os quatro Estados permanecem apegados aos motes das lutas por independência ou libertação nacional: soberania, autodeterminação, não intervenção, desenvolvimento econômico autônomo. E hoje essas noções frequentemente conflitam com os valores consagrados na ordem internacional.

[...]

Nesse contexto, conferir às potências econômicas emergentes um papel de maior relevo no palco mundial provavelmente enfraqueceria o movimento em direção a um sistema multilateral mais forte e a um regime jurídico internacional que sustente a democracia, direitos humanos, não proliferação nuclear e proteção ambiental. [...]⁸

Representantes do Ministério das Relações Exteriores (MRE) têm, evidentemente, procurado responder a algumas dessas críticas, chegando a pôr em xeque a universalidade dos direitos humanos ao sugerir que elas são fundadas em uma “atitude reducionista de visualizar as posições assumidas por países europeus-ocidentais como sendo necessariamente portadoras da melhor modalidade de promover e proteger os direitos humanos.”⁹

De qualquer forma, o que esses exemplos revelam é a importância de se alçar o mecanismo de freios e contrapesos ao campo das relações internacionais, criando condições para que os atos do Executivo sejam efetivamente submetidos ao controle do Legislativo¹⁰ e,

⁸ CASTAÑEDA, Jorge G. Not ready for prime time: why including emerging powers at the helm would hurt global governance. **Foreign Affairs**, Nova York, v. 89, n. 5, p. 109-122, set.-out. 2010, p. 113 e 122 (no original: “[...] Brazil, India, and South Africa are representative democracies that basically respect human rights at home, but when it comes to defending democracy and human rights outside their borders, there is not much difference between them and authoritarian China. On those questions, all four states remain attached to the rallying cries of their independence or national liberation struggles: sovereignty, self-determination, nonintervention, autonomous economic development. And today, these notions often contradict the values enshrined in the international order.”; “Given this, granting emerging economic powers a greater role on the world stage would probably weaken the trend toward a stronger multilateral system and an international legal regime that upholds democracy, human rights, nuclear nonproliferation, and environmental protection. [...]”).

⁹ FLORENCIO, Sérgio Abreu e Lima. Direitos humanos: o debate internacional e o Brasil. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 36-45, jul.-set. 2008, p. 39.

¹⁰ É o que defendem, entre outros, CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2007**. São Paulo: Conectas, 2008, p. I; HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 17-43; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e Relações Internacionais. In:

no que é de especial relevância para este trabalho, também do Judiciário¹¹. Afinal, como assevera Henkin, “[o] controle jurisdicional é necessário na política externa, pelo menos tanto quanto em outras áreas, para assegurar que somos uma democracia *constitucional*.”¹²

1.1. Escopo da tese

A tese ora proposta tem por objetivo examinar, numa abordagem dogmática¹³, em que circunstâncias os atos de relações internacionais poderiam ser levados, no Brasil, ao Judiciário para fins de controle de constitucionalidade, especialmente no que se refere à observância de um dos princípios estipulados no art. 4º da Constituição: o da *prevalência dos direitos humanos* nas relações internacionais¹⁴.

A opção por focar em um dos princípios do art. 4º deve-se não apenas à preocupação de melhor delimitar o objeto de estudo, mas, sobretudo, à importância axiológica que os direitos humanos assumem na Constituição de 1988. Este aspecto, aliás, foi bem identificado por Celso Lafer, que, logo após notar que o princípio da prevalência dos direitos humanos simboliza a passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito no Brasil, observou que:

[...] 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

DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987, p. 19-37, especialmente, p. 33; e OLIVEIRA, Amâncio Jorge. Legislativo e política externa: das (in)conveniências da abdicação. **Working Papers CAENI**, n. 3, São Paulo: Centro de Estudos das Negociações Internacionais, nov. 2003, p. 4.

¹¹ Em maior ou menor grau, apontam essa possibilidade BEZERRA, Paulo Renato Guedes; SOARES, Rafael Rodrigues. **Considerações acerca dos princípios constitucionais regente das relações internacionais do Brasil** [on line]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8541>>. Acesso em: 30 dez. 2008; CONECTAS DIREITOS HUMANOS, **Direitos humanos...**, cit., p. I; COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa..., cit., p. 144-146; DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16; HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 78; LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 19; RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direitos humanos e comércio internacional: a tutela do direito à educação nas negociações internacionais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 58-70, especialmente p. 70; e SANCHEZ, Michele Rattón et al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 125-143, nov. 2006, p. 131.

¹² HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 78 (no original: “Judicial review is necessary in foreign affairs, at least as much as elsewhere, to assure that we are a *constitutional* democracy.”).

¹³ Dogmática porque baseada no direito positivo brasileiro. Cf., a respeito, ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 32-34.

¹⁴ CF/88, art. 4º, II.

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*. [...] ¹⁵

Reforça essa ideia a constatação de que os direitos humanos são atributos essencialmente atrelados à dignidade da pessoa humana, constitucionalmente indicada como fundamento da República Federativa do Brasil ¹⁶.

1.2. Plano da tese

A fim de alcançar o objetivo acima descrito, o presente trabalho está estruturado em três capítulos centrais (capítulos 2-4), seguido de um estudo de casos (capítulo 5).

1.2.1. Relações internacionais e Constituição

O propósito do capítulo 2 é o de investigar como a temática das relações internacionais do Estado tem sido tratada pelas constituições, em especial pelas constituições brasileiras, a fim de verificar o desenvolvimento do tema, precisar as inovações promovidas pela Constituição de 1988 —marco no qual se situa esta tese— e levantar possíveis implicações daí decorrentes, sempre sob uma perspectiva jurídica.

Essa tentativa de construir uma narrativa da evolução constitucional no campo das relações internacionais, cabe esclarecer, não pode ser considerada um empreendimento inteiramente inédito na ciência jurídica nacional.

No âmbito das monografias, Pedro Dallari desenvolveu um estudo pioneiro sobre o assunto em *Constituição e relações exteriores* ¹⁷, publicado em 1994 mas originalmente produzido como dissertação para a obtenção de título de mestre na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 1993. O autor centrou-se nos princípios das relações internacionais, tendo reconstruído o tratamento ofertado ao assunto por todas as constituições brasileiras; sistematizado os trabalhos da Assembleia Constituinte que resultaram no art. 4º da

¹⁵ LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos...**, cit., p. 14.

¹⁶ CF/88, art. 1º, III. Nesse sentido, Flávia Piovesan enfatiza que “a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como valor essencial, que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular” (PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, cit, p. 28).

¹⁷ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit.

Constituição de 1988; e formulado comentários sobre os postulados consagrados nesse dispositivo. A presente tese é, em larga medida, inspirada por esse valioso trabalho. Entretanto, não integrava o objeto de investigação de Dallari a distribuição de competências estatais em matéria de relações internacionais, razão pela qual o livro não avançou nesse campo específico.

Por outro lado, a produção de artigos tem sido relativamente mais intensa. É possível encontrar, ao menos, três relevantes artigos sobre o tema elaborados após a promulgação da Constituição de 1988, de autoria, respectivamente, de Celso de Albuquerque Mello¹⁸ (*O direito constitucional internacional na Constituição de 1988*¹⁹, publicado em 1988); Paulo Roberto de Almeida²⁰ (*As relações internacionais na ordem constitucional*²¹, publicado em 1989); e Michelle Ratton Sanchez, Elaini C. G. da Silva, Evorah L. Cardoso e Priscila Spécie (*Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988)*²², publicado em 2006).

Embora ofereçam, cada qual a sua maneira, uma enorme contribuição para se compreender o histórico da disciplina constitucional das relações internacionais no Brasil, todos esses textos apresentam visões fragmentadas do tema.

O artigo de Mello, por exemplo, passa ao largo das disposições atinentes à regulação do comércio internacional —o qual, como se sabe, é um dos eixos centrais das relações internacionais. Ademais, joga pouca luz sobre as competências do Judiciário nesse domínio, limitando-se a pontuar a atribuição do Supremo Tribunal Federal (STF) para decidir os pedidos de extradição feitos por Estados estrangeiros.

¹⁸ Observe-se que Mello já havia publicado, um ano antes (1987) —e anteriormente, pois, à edição da Constituição de 1988—, outro artigo no qual avançava as ideias que seriam retomadas no texto de 1988: *Constituição e relações internacionais* (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*, cit.).

¹⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *O direito constitucional internacional na Constituição de 1988. Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, p. 9-21, jul.-dez. 1988.

²⁰ Assim como ocorreu com Mello, Almeida também publicou, em 1987, um artigo sobre o tema: *Relações exteriores e Constituição* (ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações exteriores e Constituição. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 94, p. 109-120, abr.-jun. 1987). Ressalte-se que o autor não é jurista, mas diplomata de carreira com formação em Ciências Sociais.

²¹ ALMEIDA, Paulo Roberto de. *As relações internacionais na ordem constitucional. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 26, n. 101, p. 47-70, jan.-mar. 1989. Uma versão complementada do artigo foi posteriormente publicado sob o título *A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro* (ALMEIDA, Paulo Roberto de. *A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro. Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 12, p. 53-69, jul.-dez. 1990).

²² SANCHEZ, Michelle Ratton et al. *Política externa como política pública...*, cit.

Já o texto de Almeida, posto que conscientemente preocupado apenas com o papel dos atores institucionais do sistema *político* brasileiro²³, não menciona qualquer das competências do Judiciário no que se refere às relações internacionais. Por outro lado, inclui em sua sistematização normas que apenas *indiretamente* orientam a política externa estatal, como o fazem aquelas que disciplinam o tratamento do estrangeiro (pessoa física ou jurídica) no país ou, ainda, as que são dirigidas não ao próprio Poder Público, mas a atores não estatais, como os partidos políticos.

Por último, o texto de Sanchez, Silva, Cardoso e Spécie é limitado pela circunstância de se debruçar unicamente sobre as constituições editadas a partir de 1967, deixando de fora de seu escopo as cinco cartas que as precederam. Além disso, assim como Mello, as autoras excluem da análise normas altamente significativas para as relações internacionais, como o são aquelas relativas ao comércio internacional ou ao instituto da extradição.

Nesse contexto, a contribuição que esta tese pretende dar para a compreensão do tema reside na proposta de identificar mais amplamente, em todos os textos constitucionais editados desde 1824, as normas estritamente voltadas a regular as relações internacionais do Estado brasileiro, seja porque (1) distribuem competências entre os diversos órgãos estatais para a prática de atos de relações internacionais, ou (2) definem parâmetros conformadores dessa política, por meio do estabelecimento de limites, princípios e objetivos²⁴ que devem ser observados na atuação internacional do Estado.

Esse recorte busca dirigir o foco da pesquisa, como se vê, à disciplina constitucional da política externa *estatal*. São as normas que regulam a conduta *do Estado* que se pretende examinar. Isso, de antemão, exclui do objeto de investigação disposições constitucionais que, embora atinentes às relações internacionais, são primordialmente voltadas a outros atores (não estatais), como é o caso dos já citados partidos políticos²⁵. Tais normas, evidentemente, também produzem reflexos no âmbito estatal —quando menos porque cabe ao Estado estabelecer mecanismos para assegurar que esses comandos constitucionais sejam implementados e observados. Esse efeito, contudo, é apenas *indireto*, da

²³ ALMEIDA, Paulo Roberto de. As relações internacionais..., cit., p. 50.

²⁴ Como se verá adiante, essas normas assumem a estrutura de *regras* ou *princípios*. Neste ponto, contudo, são tratadas genericamente como “limites, princípios e objetivos”, sem maiores preocupações quanto ao seu modo de funcionamento, apenas para diferenciá-las das normas de competência.

²⁵ É o caso, por exemplo, do art. 17, II, da CF/88, que veda aos partidos políticos o “recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes”.

mesma forma como ocorre com as demais normas constitucionais que regulam o funcionamento do Estado em geral²⁶.

Ademais, as disposições que interessam à presente tese são, não é demasiado frisar, aquelas que orientam as relações *internacionais*, ou seja, a relação do Estado brasileiro com o mundo exterior e vice-versa. Ganham relevo aqui, portanto, apenas as normas dirigidas a atos cuja prática expressa uma *interatividade* com o ambiente internacional, e não àqueles que, embora dotados de algum atributo de internacionalidade, constituem matéria eminentemente interna, de que são exemplo as normas que estabelecem as prerrogativas do estrangeiro em território nacional. O que se deseja perquirir são aquelas disposições que regulam a atuação do Estado brasileiro para a prática de atos que surtirão efeitos jurídicos em relação a entes (Estados estrangeiros, organizações internacionais, indivíduos etc.) *no* ou *em fluxo de/para* o exterior.

Não se está, pois, a fazer uma análise da evolução do chamado “direito constitucional internacional”, mas sim de uma *parte* dele: as normas que disciplinam as relações internacionais do Estado, ou seja, que formam o que se poderia denominar um *direito constitucional das relações internacionais*.

O direito constitucional internacional é mais amplo, e engloba *todas* as normas da Constituição que “repercutem na ordem jurídica internacional, vez que elas limitam e regulamentam as atividades externas do Estado”, nas palavras de Celso de Albuquerque Mello²⁷. Abrange, pois, outros tipos de normas (como, a título ilustrativo, aquelas que delimitam os bens de domínio da União, condicionam o relacionamento internacional de atores não estatais ou definem os direitos e deveres de estrangeiros no país) que, para os limites desta tese, possuem um significado apenas secundário.

²⁶ Não se põe em dúvida, a título de ilustração, que o princípio da publicidade, fixado no art. 37 da CF/88, é aplicável no âmbito da política externa; no entanto, ele escapa de uma sistematização das normas constitucionais que objetivam, *especificamente*, regular a política externa, posto que demanda aplicação em toda e qualquer atuação estatal.

²⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**: uma introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 6. Mello, que é o autor de uma das poucas —senão a única— obras jurídicas brasileiras dedicadas exclusivamente ao tema, define o direito constitucional internacional como “as normas constitucionais que regulamentam as relações exteriores do estado” (p. 6), tendo por “núcleo mínimo” as disposições referentes à conclusão de tratados, declaração de guerra e celebração da paz (p. 35). Não deixa de ser curioso notar, porém, que o autor afirma inexistir um objeto ou método próprios do direito constitucional internacional (p. 35-36), motivo pelo qual não pode ser classificado como um ramo específico do direito. De acordo com ele, “O que existe são normas constitucionais de alcance internacional que devem ser analisadas em cada caso procurando compatibilizar os dois ramos [direito constitucional e direito internacional público] da Ciência Jurídica” (p. 36). Mello chega mesmo a afirmar que a expressão “direito constitucional internacional” é utilizada por mera “simplificação, síntese ou comodismo” (p. 36).

É com base, pois, nesse recorte metodológico que o capítulo 2 inicia-se com uma breve reconstrução histórica do constitucionalismo, com vistas a melhor compreender o contexto atual, em que a Constituição assume um lugar proeminente na vida política e jurídica dos países. Nesse trabalho, especial ênfase é dada à paulatina abordagem constitucional de temas internacionais.

Em seguida, o foco de análise volta-se para o Brasil, refazendo o percurso de todas as constituições editadas desde a independência até o término do regime ditatorial que vigorou entre 1964 e 1985, identificando-se em cada uma delas as disposições referentes à repartição de competências em matéria de relações internacionais e à definição de limites, princípios e objetivos nesse domínio de atuação estatal.

Feito isso, a próxima seção debruça-se sobre o texto constitucional atualmente em vigor —a Constituição de 1988—, sistematizando a normativa relativa às relações internacionais, utilizando-se para isso a mesma metodologia aplicada na análise das constituições que a precederam.

A última seção é, então, voltada a traçar algumas conclusões preliminares, tanto no que se refere à evolução constitucional do tema no Brasil como, mais detidamente, às convergências e diferenciais da Carta de 1988 *vis-à-vis* suas antecessoras. Com isso, será possível vislumbrar alguns dos desafios que a atual Constituição coloca em relação às relações internacionais, especialmente para os juristas e operadores do direito.

1.2.2. Relações internacionais e separação de poderes: o papel do Judiciário

A condução das relações internacionais, historicamente, é uma atividade que, no âmbito da tripartição das funções do Estado, foi remetida ao Executivo, que a desempenha sujeito a limites jurídicos e controles por parte dos demais poderes em nível significativamente inferior àqueles que se afirmaram no domínio interno. Esse arranjo corresponde, portanto, ao que optamos por denominar como “paradigma clássico da governança das relações internacionais”²⁸, cujo desenvolvimento é apresentado na primeira seção do capítulo 3.

²⁸ O termo “governança”, empregado por inspiração na obra de Louis Henkin (**Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit.), refere-se aqui ao conjunto de instituições envolvidas na definição, implementação e controle de uma política pública —no caso, a política externa.

As transformações por que passam as relações internacionais, sob o influxo da globalização, associadas a um crescente protagonismo dos tribunais —fenômeno que se verifica com especial ênfase no Brasil—, têm desafiado o paradigma clássico ao invocar uma maior participação do Judiciário, entre outros desdobramentos. Isso pode ser constatado a partir de iniciativas, tanto no Brasil como em outras partes do mundo, de remeter para a arena judicial o encaminhamento de controvérsias sobre os rumos que o Estado deve adotar internacionalmente. Essas tensões no interior do paradigma clássico são expostas e analisadas na seção seguinte do terceiro capítulo, com base na jurisprudência dos Estados Unidos da América (EUA), de Portugal e, evidentemente, do Brasil.

A justificativa para a escolha, primeiramente, dos EUA está relacionada ao fato daquele ser um país com intensa atuação internacional, de um lado, e com um sistema de distribuição de competências nessa área bastante próximo ao do Brasil; além disso, é onde o tema do controle da política externa tem sido objeto de interesse acadêmico relativamente maior em relação ao que se constata em outros países²⁹.

Por sua vez, a eleição de Portugal deve-se não apenas à circunstância de ser um país com tradições culturais, políticas e jurídicas mais próximas às brasileiras, como também por ostentar em sua Constituição um dispositivo (art. 7º) voltado aos princípios das relações internacionais que, a toda vista, serviu de inspiração ao art. 4º do texto constitucional brasileiro.

É à luz desse exercício de direito comparado que se procederá, então, à análise da experiência brasileira de judicialização das relações internacionais, buscando identificar como essa temática tem chegado e sido processada pelos tribunais nacionais, em especial pelo Supremo Tribunal Federal.

O que esse estudo aponta, como se verá, é a necessidade de revisitar a governança das relações internacionais, compreendendo melhor o papel que, nessa matéria, cabe ao Judiciário neste início do século XXI, marcado por uma realidade jurídica e social profundamente diversa daquela prevalecente à época do advento do Estado moderno. Essa tarefa, efetuada na derradeira seção do capítulo 3, envolve o enfrentamento das teses

²⁹ Merecem destaque, no âmbito da literatura jurídica norte-americana, as valiosas monografias produzidas, respectivamente, pelos professores Louis Henkin (1917-2010), da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, e Thomas Franck (1931-2009), da Faculdade de Direito da Universidade de Nova York. Vide HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit.; e FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?** Princeton: Princeton University Press, 1992.

contrárias à participação do Judiciário, a demonstração da justiciabilidade de atos de relações internacionais e uma discussão acerca de como aquele Poder poderia efetivamente contribuir para uma atuação internacional do Estado brasileiro mais afinada com os comandos da Constituição Federal.

É importante esclarecer que as ideias desenvolvidas neste e no próximo capítulo apoiam-se, sobretudo, na *teoria dos princípios*, tal como formulada por Robert Alexy. As razões que levaram à opção por esse marco teórico serão detalhadas mais à frente; por ora, basta adiantar que a escolha deve-se não apenas à clareza que a teoria oferece para o manejo de normas que possuem a estrutura de princípios, como é o caso da quase totalidade das normas constitucionais em matéria de relações internacionais, mas também por porque permite entender como o Judiciário poderia atuar como uma instância de controle sem eliminar os necessários espaços de discricionariedade reservados ao Executivo em sua atuação no domínio externo.

1.2.3. O princípio da prevalência dos direitos humanos

Uma vez fixada a possibilidade de o Judiciário efetuar o controle dos atos de relações internacionais, notadamente sob o prisma dos princípios do art. 4º da Constituição, a questão seguinte é a de como tais preceitos poderiam ser efetivamente utilizados como parâmetros de decisão. Nesta tese, muito embora se tenha consciência de que qualquer análise jurídica há de ser empreendida à luz do direito como um todo, procurar-se-á investigar que exigências apresenta um desses princípios: o da prevalência dos direitos humanos.

O exercício se justifica tendo em vista que o princípio da prevalência dos direitos humanos é delineado no art. 4º, II, da Constituição de forma relativamente abstrata. Ele não dá muitas pistas, ao menos em uma primeira leitura, sobre qual a conduta específica que se espera do Brasil diante de situações concretas.

Para enfrentar esse desafio, o capítulo inicia-se com o recurso à concepção de *direito como integridade*, tal como formulada por Ronald Dworkin —útil, a nosso ver, para examinar o comportamento externo do Estado brasileiro, a demandar mais coerência e menos arbitrariedade nas posições assumidas no contexto internacional. Em seguida, o trabalho assume um viés mais operacional, buscando identificar o sentido e alcance do princípio da prevalência dos direitos humanos, mantendo-se presente o modelo de análise da teoria dos princípios. Na última seção, parte-se, então, para um exame da jurisprudência do STF a respeito desse postulado, identificando-se as decisões em que ele foi invocado para tentar

extrair, dessa pesquisa, uma eventual compreensão da Corte sobre as exigências que decorrem do art. 4º, II, da Constituição.

1.2.4. A aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos: estudo de casos

As considerações feitas nos três capítulos centrais servirão de base, no capítulo seguinte, para o estudo de casos selecionados, no qual se buscará examinar de que modo o princípio do art. 4º, II, da Constituição é útil para a elaboração de juízos críticos acerca da atuação internacional do Brasil e, sobretudo, como o Judiciário poderia atuar em situações concretas.

Os dois casos eleitos referem-se à posição assumida pelo Brasil em votações no CDH. Trata-se de situações nas quais o exercício do controle jurisdicional é especialmente problemático, quando menos porque os atos praticados são regulados (também) pelo direito internacional, o que oferece um claro obstáculo à jurisdição doméstica. Ficará claro, porém, que essa circunstância não elimina a possibilidade de recurso ao Judiciário nacional.

Feito isso, a tese se encerra com uma conclusão voltada a precisar os avanços que, neste trabalho, buscou-se alcançar, além, é claro, dos desafios que ele, em realidade, logrou apenas deixar no ar.

1.3. Esclarecimentos introdutórios finais

O presente trabalho representa uma continuidade da linha de pesquisa adotada pelo autor a partir de seu mestrado (LL.M.)³⁰, relativa ao alcance das obrigações dos Estados em matéria de direitos humanos. Naquela ocasião, o foco deu-se nas obrigações constantes de instrumentos internacionais de direitos humanos, notadamente do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc)³¹, quando se buscou demonstrar que essas obrigações não se limitam aos indivíduos que estejam em território nacional mas, diversamente, estendem-se àqueles no exterior. No âmbito das “obrigações de proteger” que

³⁰ *LL.M. in international human rights law*, realizado entre 2001 e 2002 na Universidade de Essex, Reino Unido. Uma versão reduzida da dissertação apresentada para a obtenção do título (*State responsibility for violations of economic, social and cultural rights beyond its borders: the case of transnational companies operating abroad*) foi publicada, em português, sob o título *A responsabilidade do Estado por violações de direitos econômicos, sociais e culturais além de suas fronteiras: o caso das corporações transnacionais operando no exterior* em FREITAS JR., Antonio Rodrigues. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora, 2006, p. 159-224.

³¹ No Brasil, o Pidesc foi aprovado pelo decreto legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo decreto n. 591/1992.

decorrem do Pacto, isso permitiu concluir que os Estados têm o dever de assegurar que todos aqueles que estejam sob seu controle —incluindo as corporações transnacionais, que serviram como estudo de caso naquela oportunidade— observem os parâmetros de direitos humanos quando atuam internacionalmente.

O propósito que anima esta tese é semelhante, com o diferencial de que, aqui, a análise, além de mais ampla e centrada no comportamento do próprio Estado, é feita sob a ótica do direito constitucional. Inevitavelmente, contudo, esse trabalho motivou um diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional, em especial com o direito internacional dos direitos humanos. O resultado não poderia ter sido mais estimulante: a identificação de uma interação dinâmica na qual o direito constitucional reforça o direito internacional e vice versa. Almeja-se que o leitor igualmente desfrute dessa abordagem.

Cabe registrar, finalmente, que todas as citações de obras em idioma estrangeiro que ainda não contam com tradução para o português foram livremente traduzidas pelo autor, quando incorporadas ao texto principal. É de esperar que a maior facilidade e fluidez na leitura que isso permite compensem as eventuais deficiências da tradução.

2. RELAÇÕES INTERNACIONAIS E CONSTITUIÇÃO

2.1. A constitucionalização das relações internacionais

O termo “Constituição”, em seu sentido histórico, pode ser utilizado para descrever as normas (escritas ou consuetudinárias) e estruturas institucionais que regulam o exercício do poder em uma determinada sociedade política¹. Nesse contexto, é possível afirmar que todos os povos, mesmo os da Antiguidade, detinham uma Constituição que lhes era própria e peculiar.

Em sua acepção moderna, contudo, Constituição passou a ter um caráter *prescritivo*, e não *descritivo*. O constitucionalismo é fundado na ideia de uma lei maior, constitutiva do próprio Estado e que, por isso, impõe-se mesmo em relação ao poder político. Trata-se, em suma, da noção de governo limitado pela Constituição, com vistas a resguardar direitos do indivíduo em face do Estado. Nas palavras de Canotilho:

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.²

Como movimento —ou “movimentos”, haja vista as variantes com que o fenômeno se manifestou ao longo da história³—, o constitucionalismo tem suas origens no final da Idade Média⁴, sendo a Magna Carta, de 1215, por vezes assinalada como a primeira das constituições nesse novo sentido. No entanto, é importante observar que este documento representava muito mais um *pacto* entre o rei e a nobreza, vista como estamento, do que um

¹ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 53; e BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75. De acordo com este último autor, Constituição, do ponto de vista histórico ou institucional, designa “o modo de organização do poder político do Estado, sendo antes um dado da realidade que uma criação racional”.

² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria...**, cit., p. 51. Cf. também Henkin, que associa constitucionalismo à ideia de que “the government to be instituted shall be constrained by the constitution and shall govern only according to its terms and subject to its limitations, only with agreed powers and for agreed purposes” (HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University Press, 1990, p. 6).

³ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria...**, cit., p. 51.

⁴ Ibid., p. 52. O autor caracteriza como constitucionalismo *antigo* o movimento que perdurou entre os séculos XIII e XVIII e que consubstanciava um “conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.”

instrumento destinado a regular, mais amplamente, o exercício do poder pressupondo uma esfera soberana do indivíduo, independentemente do grupo social que integrasse⁵.

Portanto, o marco simbólico de início do constitucionalismo moderno⁶, como ensina Canotilho, irá situar-se um pouco mais à frente, no final do século XVIII, inicialmente com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos da América (EUA), seguida pela aprovação de dez emendas constitucionais que viriam a ser conjuntamente conhecidas como o *Bill of Rights* norte-americano, por assegurar direitos individuais que haviam ficado ausentes do texto original da Constituição.

De forma quase concomitante, a Revolução Francesa, de 1789, rompeu com o absolutismo monárquico e afirmou, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que “[a] sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”⁷. Consequentemente, dois anos mais tarde, a França passaria a ter o seu primeiro texto constitucional. A Constituição de 1791 logo viria a ser substituída em função do conturbado clima político do período revolucionário; contudo, a experiência constitucional francesa teria continuidade, até chegar, após sucessivas constituições, à mais recente delas, aprovada em 1958.

A partir do final do século XVIII, portanto, o constitucionalismo foi se espraiando por várias partes do mundo —incluindo o Brasil, que viria a adotar o seu primeiro texto constitucional em 1824, ainda na fase imperial. Em realidade, raros são, atualmente, os Estados que não possuem uma Constituição.

⁵ É nesse sentido a afirmação de Comparato: “a *Magna Carta* constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 64). À *Magna Carta* seguiram-se outros importantes documentos de afirmação progressiva de direitos individuais, cabendo destacar a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689). As “cristalizações jurídico-constitucionais” promovidas ao longo desse período deram origem ao modelo *historicista* de constitucionalismo, próprio da experiência inglesa (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria...**, cit., p. 51).

⁶ Para Canotilho, o constitucionalismo *moderno* caracteriza-se como um “movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria...**, cit., p. 52).

⁷ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26/8/1789, art. 16º. A França, no entender de Canotilho, é exemplo do terceiro dos modelos de constitucionalismo, o *individualista*, que rompe com a ideia de direitos dos indivíduos enquanto integrantes de ordens estamentais, buscando legitimar o poder por meio de um contrato social e traçando um projeto político-constitucional (construtivismo) (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria...**, cit., p. 51).

Para além dessa difusão espacial, a Constituição vem passando por transformações qualitativas, cabendo realçar dois fenômenos que a tornam cada vez mais presente nos cenários político e jurídico.

O primeiro deles é a centralidade que a Constituição passou a ocupar no sistema jurídico —a denominada “supremacia da Constituição”⁸—, fazendo com que as suas normas e valores irradiem-se naturalmente para outros ramos do direito. É a esse processo que faz alusão a expressão “constitucionalização do direito”⁹.

Paralelamente, o próprio texto constitucional começou a abranger um conjunto cada vez mais amplo de temas sociais que antes não recebiam esse tratamento¹⁰. Além das tradicionais funções de disciplinar a estrutura e funcionamento do poder político e estabelecer direitos individuais de cunho clássico (civis e políticos), ele passa a incorporar novos direitos (econômicos, sociais e culturais) e a fixar valores e fins públicos, incidindo sobre as mais várias facetas da vida.

A política externa não escapa, evidentemente, dessa ampliação da cobertura constitucional¹¹.

⁸ Como aponta Barroso, a Constituição “é dotada de superioridade jurídica em relação a todas as normas do sistema e, como consequência, nenhum ato jurídico pode subsistir validamente se for com ela incompatível” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional...**, cit., p. 85).

⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18. Por estar no centro do sistema jurídico, conforme assinala Barroso, a Constituição “desfruta não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica. Compreendida como uma ordem objetiva de valores e como um sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Esse fenômeno tem sido designado como *constitucionalização do Direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional...**, cit., p. 86-87).

¹⁰ Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 188. Trata-se de um aspecto do fenômeno descrito por Vianna, Melo, Carvalho e Burgos, para quem “[a] invasão do direito no mundo contemporâneo não tem limitado as suas repercussões ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política [...]. Ela também vem alcançando a regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive daquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza estritamente privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado, como são os casos, entre outros, das relações de gênero no ambiente familiar e do tratamento dispensado às crianças por seus pais ou responsáveis. Ao lado dessa crescente regulação da vida privada, também no que concerne a novíssimas dimensões da experiência social, cujos exemplos poderiam ser a dramática ampliação do consumo juvenil de drogas ou, de uma perspectiva mais positiva, a universalização de uma consciência ecológica, o direito vem expandindo a sua capacidade normativa, armando institucionalmente o Judiciário de meios e modos para o exercício de uma intervenção nesse plano.” (VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 149).

¹¹ Lafer, após registrar que “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”, adverte que “[esta] linha também abrange as relações internacionais” (LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 13).

Inicialmente, a incorporação constitucional de disposições relacionadas às relações internacionais estava voltada a assegurar um controle do Legislativo sobre a atuação externa do Executivo. A primeira Constituição moderna, dos EUA, já trazia previsões nesse sentido, ao conferir ao Congresso a prerrogativa de regular o comércio com as nações estrangeiras¹² e determinar que os tratados firmados pelo Presidente deveriam ser submetidos à aprovação do Senado¹³ (mas não, vale notar, da Câmara dos Representantes, instância representativa do povo e não dos estados federados, como é o caso do Senado). Assim, a Constituição dos EUA foi, como sublinha Celso de Albuquerque Mello, “a primeira a dar ao Legislativo um controle sobre a política externa”¹⁴.

Também a Constituição francesa de 1791 ingressou nessa seara, reservando ao Parlamento a prerrogativa de impedir a guerra e de aprovar os tratados de paz, de aliança e de comércio, no que foi seguida pelos textos constitucionais que a sucederam¹⁵.

Mello destaca, ainda, a Constituição belga de 1831, que previu a existência de dois tipos de tratados: “os que necessitam de aprovação do legislativo [quais sejam, os tratados de comércio ou aqueles que criam gravames para o Estado ou vinculam individualmente os belgas] e os que não precisam ser submetidos a ele”¹⁶. Ademais, também a cessão, troca e adjudicação de território somente poderiam ser realizadas mediante lei¹⁷.

Enquanto o controle parlamentar em relação à atuação governamental foi se afirmando desde cedo, a constitucionalização de normas conformadoras das relações internacionais tardaria um pouco mais. Isso passou a ocorrer apenas a partir da primeira metade do século XX, quando começaram a ser inseridos preceitos atinentes à política externa em diversas constituições, como a Constituição da Itália (1947) e da Alemanha Ocidental (1949), chegando à Constituição da França (1958), da Alemanha Oriental (1968) e da Espanha (1978)¹⁸. Nos países de língua portuguesa, o mesmo ocorreu com as constituições de Portugal (1976), São Tomé e Príncipe (1990), Moçambique (1990), Cabo Verde (1992),

¹² Constituição dos Estados Unidos da América, art. I, seção VIII.

¹³ Ibid., art. II, seção II, que exige o voto concorde de dois terços dos senadores.

¹⁴ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 102.

¹⁵ Ibid., p. 106-107.

¹⁶ Ibid., p. 107.

¹⁷ Ibid., p. 107. É curioso notar que uma sistemática semelhante fora instituída, anos antes, pela Constituição brasileira de 1824 (cf. seção 2.2.1 infra).

¹⁸ Cf. NICZ, Alvair Alfredo. Princípios constitucionais regentes das relações internacionais. In: GOMES, Eduardo Biazchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 7-20, especialmente p. 8-9.

Angola (1992) e Guiné-Bissau (1993), merecendo destaque a Constituição portuguesa pelo fato de contemplar dispositivo (art. 7º, n. 1) que, a toda evidência, iria futuramente inspirar o tratamento constitucional da matéria no Brasil, como se verá adiante. Constata-se, pois, uma “tendência à constitucionalização de princípios orientadores das relações internacionais de um país.”¹⁹

Em verdade, é possível verificar um “movimento [universal] de cristalização de paradigmas e procedimentos eminentemente legítimos e democráticos, capazes de gerar na ordem internacional a estabilidade indispensável à própria preservação da espécie humana”, como lembra Pedro Dallari²⁰. É por isso que este autor considera que “o enfoque da matéria no patamar da Constituição parece ser algo consolidado, sujeito apenas a um processo natural de renovação e aperfeiçoamento.”²¹

Como a presente tese está fincada no direito constitucional brasileiro, cumpre-se focar um pouco mais essa análise e verificar como o processo de constitucionalização das relações internacionais desdobrou-se no caso específico do Brasil.

2.2. As relações internacionais nas constituições brasileiras (1824-1969)

De acordo com o recorte metodológico apresentado na introdução deste trabalho, a análise das constituições brasileiras buscou identificar, em cada uma delas, as normas estritamente voltadas a regular a atuação internacional do Estado, desdobrando-se em duas frentes de investigação.

Em primeiro lugar, procurou-se sistematizar a distribuição constitucional de competências no campo das relações internacionais, agrupando-as em sete grupos ou “matérias”, da seguinte forma: fluxo de pessoas (cidadania, entrada e expulsão de estrangeiros, imigração e emigração), comércio internacional, contencioso com aspectos internacionais, controle judicial de atos da política externa, diplomacia ordinária, segurança externa e território. Cada um desses grupos foi subdividido com base nas competências para a

¹⁹ BEZERRA, Paulo Renato Guedes; SOARES, Rafael Rodrigues, **Considerações acerca dos princípios constitucionais regente das relações internacionais do Brasil** [on line]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8541>>. Acesso em: 30 dez. 2008.

²⁰ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 188. No mesmo sentido é a afirmação de Nicz: “As duas grandes guerras vieram demonstrar a absoluta necessidade de os Estados incluírem nos textos de suas constituições regras de não agressão e convivência pacífica que implicasse na obtenção de paz entre os povos” (NICZ, Alvacir Alfredo. **Princípios constitucionais regentes...**, cit., p. 8).

²¹ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu, **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 187.

prática de atos específicos a eles relacionados, chegando-se a um universo total de 25 competências. É importante ressaltar que essas classificações foram definidas *após* o exame dos diversos textos constitucionais, a fim de não excluir, de antemão, qualquer competência relevante.

Esclareça-se que essa análise foi feita no âmbito exclusivamente constitucional. Por isso, a eventual circunstância de a Constituição sob exame não atribuir determinada competência a certo órgão estatal não pode ser interpretada como evidência de que, por intermédio de legislação infraconstitucional, essa atribuição não existisse. Extrapolaria ao objeto da tese, contudo, buscar saber se, de fato, isso ocorria.

Em segundo lugar, trabalho semelhante foi feito em relação às normas conformadoras da política externa, ensejando um esforço para selecionar as disposições constitucionais que estipulavam limites, princípios ou objetivos especificamente ligados ao campo das relações internacionais do Estado.

O resultado alcançado nessas duas frentes de pesquisa foi, por fim, retratado nas tabelas incluídas como apêndices desta tese²², as quais permitem uma visão esquemática da evolução do trato constitucional das relações internacionais, além de possibilitarem reconstruir esse percurso histórico, identificando seus avanços e retrocessos. Esse será o alvo das próximas seções.

2.2.1. *Constituição de 1824*

Emanado a um tempo em que a comunicação e o trânsito entre países eram bastante difíceis, morosos e custosos em relação ao que se verifica neste princípio de século XXI, o primeiro texto constitucional brasileiro —a “Constituição Política do Império do Brasil”, de 25 de março de 1824— não trazia muitos dispositivos referentes às relações internacionais.

No entanto, nele já estavam presentes alguns traços do arranjo institucional que, até hoje, é praticado no país nesse domínio. Com efeito, a Constituição atribuía um forte protagonismo ao Executivo, então liderado pela figura do Imperador, abrindo, porém, algumas brechas para uma atuação balanceadora por parte do Legislativo, como demonstra a

²² APÊNDICE A – Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais: evolução constitucional no Brasil; e APÊNDICE B – Normas conformadoras das relações internacionais – Evolução constitucional no Brasil.

exigência de consentimento da Assembleia Geral para a permissão de ingresso de tropas estrangeiras em território nacional. Do mesmo modo, foi na Carta de 1824 que se forjou o único princípio de relações internacionais que iria estar presente em *todas* as constituições brasileiras: o da independência nacional. Além disso, trouxe ela a previsão que estabelece alguma ascendência, ainda que reduzida, do Judiciário em relação às relações internacionais, na medida em que concedeu à Corte Suprema a prerrogativa de julgar os diplomatas por “erros” no desempenho da função —disposição esta que, com algumas modificações, perpetuar-se-ia nos demais textos constitucionais.

No geral, contudo, a Constituição imperial é emblemática de um período de excessivo poder nas mãos do Chefe do Executivo, com instrumentos de promoção de transparência e controle muito tímidos —característica esta que irá se refletir, naturalmente, também no campo da atuação internacional do Estado.

2.2.1.1. Distribuição de competências

A Constituição atribuía ao Imperador, Chefe do Poder Executivo, a competência para conduzir as relações internacionais ao conferir-lhe a direção das “Negociações Políticas com as Nações Estrangeiras”²³ —atribuição esta que, interessa notar, deveria ser exercida ouvindo-se os membros do Conselho de Estado²⁴. Nesse contexto, a celebração de tratados cabia naturalmente ao Imperador, que havia apenas de levá-los ao “conhecimento” da Assembleia Geral, e desde que “o interesse e a segurança do Estado” assim permitissem; a *aprovação* de tratados pela Assembleia, previamente à ratificação, era demandada tão somente nos casos que envolvessem a cessão ou troca dos territórios ou possessões do Império²⁵. Ainda no domínio da diplomacia, era da competência do Chefe do Executivo a nomeação de embaixadores e agentes diplomáticos e comerciais²⁶.

²³ CI/24, art. 102, VII.

²⁴ Ibid., art. 142. O Conselho de Estado era composto por até 10 conselheiros vitalícios, nomeados pelo próprio Imperador (arts. 137-138).

²⁵ Ibid., art. 102, VIII. Mello registra, porém, que, a partir de 1826, a Assembleia Geral passa a reivindicar o direito de aprovar ou rejeitar tratados de qualquer natureza, por envolverem sempre o interesse nacional. “A corrente antitratado não só triunfa em 1831, quando obtém do Parlamento, pela lei de 14 de junho, a atribuição de aprovar ou rejeitar todos os tratados concluídos com o estrangeiro, mas, sobretudo, na década de 1840, quando se pôs termo ao sistema dos tratados.” (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*. In: DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987, p. 19-37, especialmente p. 20).

²⁶ CI/24, art. 102, VI.

Recaía também sobre o Imperador a tarefa de “prover a tudo” que fosse concernente à segurança externa do Brasil²⁷. Isso incluía, evidentemente, a declaração da guerra e celebração da paz²⁸, cabendo-lhe ouvir os integrantes do Conselho de Estado²⁹ e, no que se refere à Assembleia Geral, apresentar-lhe as comunicações que fossem “compatíveis com os interesses e a segurança do Estado”³⁰. O ingresso de forças estrangeiras em território nacional reclamava, porém, o consentimento da Assembleia³¹.

No tocante ao comércio internacional, a Constituição de 1824 assegurava ao Imperador, como visto, a prerrogativa de nomear agentes comerciais³² e de firmar tratados de comércio, a serem posteriormente levados ao conhecimento da Assembleia Geral³³. Além disso, a contratação de empréstimos por parte do Governo —inclusive, presume-se, junto a instâncias externas— deveria ser autorizada pela Assembleia Geral.

Em relação ao fluxo de pessoas, a Carta do Império limitava-se a prever que os requisitos para a naturalização de estrangeiros deveriam ser estabelecidos em lei³⁴ —e, dessa forma, aprovados pelo Legislativo—; a concessão das chamadas “cartas de naturalização”, porém, era atribuição do Chefe do Executivo³⁵. Ainda, condicionava-se a aceitação de emprego, pensão ou condecoração de governo estrangeiro à prévia licença do Imperador, sob pena de perda dos direitos de cidadão brasileiro³⁶.

Finalmente, no que se refere ao controle judicial da conduta do Executivo em matéria de relações internacionais, a Carta Imperial trouxe a única previsão específica a esse respeito que, até hoje, estaria presente em todas as constituições brasileiras: a de que cabia ao então denominado Supremo Tribunal de Justiça (atual Supremo Tribunal Federal – STF) julgar os empregados no corpo diplomático por delitos ou “erros do Officio”³⁷.

²⁷ CI/24, art. 102, XV. Cf. também art. 148.

²⁸ Ibid., art. 102, IX.

²⁹ Ibid., art. 142.

³⁰ Ibid., art. 102, IX.

³¹ Ibid., art. 15, XII.

³² Ibid., art. 102, VI.

³³ Ibid., art. 102, VIII.

³⁴ Ibid., art. 6º, V.

³⁵ Ibid., art. 102, X.

³⁶ Ibid., art. 7º, II.

³⁷ Ibid., art. 164, II.

2.2.1.2. Normas conformadoras das relações internacionais

A primeira Constituição brasileira foi extremamente econômica ao dispor os postulados que deveriam orientar as relações internacionais do Império. Outorgada pouco tempo após a proclamação da independência em relação a Portugal, o único princípio que trouxe foi justamente o da *independência nacional*, ao dispor que o Brasil era uma “Nação livre e independente, que não admite com qualquer outra laço de união, ou federação, que se oponha à sua Independência”³⁸.

Vale reforçar, aliás, que esse princípio é o único que permanecerá presente em todos os textos constitucionais brasileiros, ainda que sofrendo algumas variações próprias dos diversos momentos nos quais foram redigidos³⁹.

2.2.2. Constituição de 1891

Já no período republicano, a “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, alargou significativamente o espaço reservado às relações internacionais no âmbito constitucional: enquanto a Carta anterior disciplinava 11 competências especificamente relacionadas ao tema, a primeira Constituição republicana elevou esse número para 19 —um incremento de mais de 70%.

O principal destaque da Carta foi o fortalecimento do papel do Legislativo no campo das relações internacionais⁴⁰. Exemplos nesse sentido são a atribuição ao Parlamento da prerrogativa de aprovar “sempre” (e não mais apenas nos casos de cessão ou troca dos territórios ou possessões) os tratados celebrados pelo Presidente da República —como se verá adiante, é o Congresso Nacional quem passa, com autoridade constitucional, a “resolver definitivamente” sobre os acordos internacionais do Estado—; a exigência de anuência

³⁸ CI/24, art. 1º.

³⁹ Cf. CF/91, art. 44; CF/34, art. 53; CF/37, art. 1º; CF/46, art. 83; CF/67, art. 78, § 1º; CF/69, art. 76; e CF/88, arts. 1º; 4º, I; e 44.

⁴⁰ Cf. MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*, cit., p. 22-23. Almeida nota, porém, que o maior empoderamento do Legislativo não se refletiu, na prática, em uma atuação mais destacada. Pelo contrário, assinala o autor que “[c]omo demonstrou o Professor AMADO CERVO em seu admirável trabalho de pesquisa histórica, durante o Império coube ao Parlamento um papel preponderante nas orientações e iniciativas tomadas pela diplomacia brasileira, não apenas do ponto de vista de sua influência política, mas igualmente no sentido do redirecionamento de determinadas linhas da política externa imperial. A República, ao contrário, agiu no sentido do distanciamento cada vez maior do corpo representativo das decisões executivas em matéria de relações exteriores no Brasil” (ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações exteriores e Constituição*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 94, p. 109-120, abr.-jun. 1987, p. 111).

legislativa para a guerra e a paz; e, ainda, a definição da competência congressional para regulamentar o comércio internacional.

Menos lembrado, mas igualmente relevante, foi o fato de a Constituição de 1891 passar a outorgar ao Judiciário a decisão de controvérsias com atributos de internacionalidade, com amplo potencial de impactar nas relações internacionais. É o caso, a título ilustrativo, da competência para o julgamento de demandas movidas por Estados estrangeiros em face da União ou dos estados, assinalada ao STF.

Sublinhe-se, por fim, que o texto republicano incorporou, paralelamente ao princípio da independência nacional, três novas normas conformadoras das relações internacionais, ampliando assim o conjunto de balizas a orientar a conduta externa do Estado.

2.2.2.1. Distribuição de competências

O texto manteve a liderança das relações internacionais nas mãos do Chefe do Executivo⁴¹, a exemplo do que fizera a Constituição predecessora, mas passou a sujeitar todos ajustes, convenções e tratados por ele assinados ao referendo do Congresso Nacional⁴², a quem competia “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras”⁴³. Do mesmo modo, a nomeação de ministros diplomáticos foi submetida ao crivo do Senado⁴⁴, restando ao Presidente designar livremente apenas os demais membros do corpo diplomático e agentes consulares⁴⁵. A Constituição de 1891 ainda dedicou menção ao instituto da extradição, determinando que competia ao Congresso “regular os casos de extradição entre os Estados”⁴⁶.

A segurança externa permaneceu sob a responsabilidade do Executivo, com o Presidente da República exercendo o comando das Forças Armadas “quando forem chamadas às armas em defesa [...] externa da União”⁴⁷. Atribuiu-se ao Congresso Nacional, entretanto, a incumbência de “adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras”⁴⁸. Já a declaração de guerra e a celebração da paz — prerrogativas do Presidente⁴⁹ — passaram a estar sujeitas à

⁴¹ CF/91, art. 48, 14º.

⁴² Ibid., art. 48, 16º.

⁴³ Ibid., art. 34, 12º.

⁴⁴ Ibid., art. 48, 12º.

⁴⁵ Ibid., art. 48, 13º.

⁴⁶ Ibid., art. 34, 32º.

⁴⁷ Ibid., art. 48, 3º.

⁴⁸ Ibid., art. 34, 16º.

⁴⁹ Ibid., art. 48, 7º.

autorização do Congresso⁵⁰, exceto nos casos de invasão ou agressão estrangeira, em que o Presidente poderia decretar imediatamente a guerra⁵¹. Ainda no campo da segurança externa, manteve-se a necessidade de autorização do Legislativo para a passagem de forças estrangeiras pelo território brasileiro⁵².

A disciplina do comércio internacional foi assegurada ao Congresso Nacional⁵³, que também preservou a competência para autorizar a obtenção de empréstimos por entes públicos⁵⁴. Possibilitou-se à União a decretação de “direitos” de entrada, saída e estadia de navios⁵⁵, e a instituição de imposto sobre importações de procedência estrangeira⁵⁶. Por outro lado, o imposto sobre a exportação foi conferido aos estados em relação às mercadorias produzidas em seus respectivos domínios⁵⁷.

A Constituição continuou a remeter à lei a disciplina da naturalização⁵⁸, dando também ao Congresso Nacional o papel de “animar” a imigração⁵⁹. Igualmente, o aceite de emprego ou pensão de governo estrangeiro seguiu atrelado à autorização do Executivo federal como condição para a permanência dos direitos de cidadão brasileiro⁶⁰.

O texto constitucional de 1891 ingressou, ainda, em matérias que, até então, não haviam sido alçadas ao plano da Constituição: território e contencioso com atributos de internacionalidade.

Quanto à primeira, a Carta republicana ofertou à União competência para deliberar definitivamente sobre os limites do território nacional com as nações limítrofes⁶¹.

Já em relação à segunda das matérias acima mencionadas, note-se que a Constituição atribuiu ao STF a competência para julgar os “litígios e as reclamações entre nações estrangeiras e a União ou os Estados”⁶². Ela também garantiu aos juízes e tribunais federais a prerrogativa de decidir tanto as lides entre Estados estrangeiros e cidadãos

⁵⁰ CF/91, art. 34, 11º.

⁵¹ Ibid., art. 48, 8º.

⁵² Ibid., art. 34, 19º.

⁵³ Ibid., art. 34, 5º.

⁵⁴ Ibid., art. 34, 2º.

⁵⁵ Ibid., art. 7º, 2º.

⁵⁶ Ibid., art. 7º, 1º. Observe-se que os Estados também estavam autorizados a tributar a importação de mercadorias estrangeiras; nessa hipótese, porém, deveriam reverter o produto do imposto para o Tesouro federal (art. 9º, § 3º).

⁵⁷ Ibid., art. 9º, 1º.

⁵⁸ Ibid., art. 34, 24º.

⁵⁹ Ibid., art. 35, 2º.

⁶⁰ Ibid., art. 71, § 2º, “b”.

⁶¹ Ibid., art. 34, 10º.

⁶² Ibid., art. 59, I, “d”.

brasileiros⁶³ quanto as “ações movidas por estrangeiros e fundadas, quer em contratos com o Governo da União, quer em convenções ou tratados da União com outras nações”⁶⁴. Ressalte-se, ainda, a competência do STF para apreciar recurso em face de decisão de qualquer dos tribunais estaduais que negasse validade ou aplicação a tratado internacional⁶⁵.

Nenhuma novidade trazia a Constituição de 1891 voltada especificamente ao controle judicial dos atos de relações internacionais. A disposição mais próxima, cuja origem remonta ao texto de 1824, é aquela que atribuía à mais alta instância do Judiciário o julgamento dos ministros diplomáticos por crimes de responsabilidade⁶⁶ —competência essa que, reforçando-se o que já foi dito acima, foi preservada em todos os textos constitucionais seguintes⁶⁷.

2.2.2.2. Normas conformadoras das relações internacionais

Também no campo dos limites, princípios e objetivos das relações internacionais a primeira Constituição da República deu um significativo salto em relação à sua predecessora, incluindo, ao lado do postulado da independência nacional, três outras premissas.

A primeira delas foi a da solução *pacífica de controvérsias* eventualmente instauradas no foro internacional. A Carta autorizava a declaração de guerra apenas se, por qualquer razão, não tivesse lugar ou se frustrasse a arbitragem regularmente promovida⁶⁸.

O segundo postulado, que reforçava a vocação pacifista do Estado brasileiro, era o da *vedação da guerra de conquista*. Dispunha o texto constitucional, em termos peremptórios, que “[o]s Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação”⁶⁹.

A completar esse conjunto, há um terceiro adicional princípio: o do *estímulo à imigração*, na medida em que a Constituição impunha ao Congresso, como já notado, o dever de “animar” a imigração⁷⁰.

⁶³ CF/91, art. 60, “e”.

⁶⁴ Ibid., art. 60, “f”.

⁶⁵ Ibid., art. 59, § 1º, “a”.

⁶⁶ Ibid., art. 59, I, “b”.

⁶⁷ Cf. CF/34, art. 76, I, “b”; CF/37, art. 101, I, “b”; CF/46, art. 101, I, “c”; CF/67, art. 114, I, “b”; CF/69, art. 119, I, “b”; e CF/88, art. 102, I, “c”.

⁶⁸ CF/91, art. 34, 11º.

⁶⁹ Ibid., art. 88.

⁷⁰ Ibid., art. 35, 2º.

2.2.3. Constituição de 1934

Em 16 de julho de 1934, já sob a égide do Governo Vargas, é editada a nova “Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”.

Na esfera das relações internacionais, um dos diferenciais do texto foi o maior e melhor detalhamento da disciplina constitucional da guerra, possivelmente sob a influência das experiências da Primeira Grande Guerra, ocorrida entre 1914 e 1918.

Também digna de destaque foi a ampliação do papel do Judiciário em matéria de relações internacionais, com a Constituição incorporando a seu texto novas competências, como a da Corte Suprema para homologar sentenças estrangeiras ou conceder o *exequatur* às cartas rogatórias de tribunais estrangeiros.

Já no campo das normas conformadoras das relações internacionais, consagram-se no nível constitucional dois importantes limites que viriam a se perenizar nas relações internacionais do Brasil: a não extradição de brasileiros e daqueles que fossem acusados por crimes políticos ou de opinião.

2.2.3.1. Distribuição de competências

A Constituição de 1934 manteve as linhas gerais da diplomacia ordinária, tais como estabelecidas no texto constitucional de 1891. A condução das relações internacionais continuou nas mãos do Presidente da República⁷¹, que podia celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Legislativo⁷², bem como designar chefes de missões diplomáticas no exterior com a aprovação do Senado⁷³. A principal novidade, em relação a essa matéria, foi a atribuição ao STF —então rebatizado como “Corte Suprema”— da

⁷¹ CF/34, art. 56, § 5º. Trata-se, por coerência, de atribuição sob a esfera de competência da União (art. 5º, I).

⁷² Ibid., art. 56, § 6º. Cf. também arts. 5º, I; 40, “a”; e, sobre a atribuição do Senado de colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre a matéria, 91, 1, “f”. É interessante observar que a exclusão nas constituições de 1934 e 1946 do termo “ajuste”, presente no art. 56, 16º, da Constituição de 1891 em relação aos atos internacionais que dependiam de aprovação legislativa, abriu margem a uma polêmica em torno da possibilidade de o Executivo celebrar os chamados “acordos executivos” sem necessidade de submetê-los ao crivo do Parlamento. Para uma síntese desse debate, vide MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e relações internacionais, cit., p. 23-24.

⁷³ CF/34, arts. 5º, I; e 90, “a”.

competência para resolver os pedidos de extradição⁷⁴, observando-se a disciplina legal traçada pela União.

Na temática da segurança externa, uma das originalidades da Carta de 1934 residiu no comando para que todas as questões relativas à segurança nacional fossem “estudadas e coordenadas” pelo Conselho Superior de Segurança Nacional⁷⁵, órgão então composto pelos ministros de Estado, Chefe do Estado-Maior do Exército e Chefe do Estado-Maior da Armada, sob a presidência do próprio Presidente da República⁷⁶. Outrossim, foi aperfeiçoada a disciplina constitucional da guerra, suprimindo-se a possibilidade de o Presidente decretá-la sem autorização do Legislativo⁷⁷, mesmo nos casos de invasão e agressão estrangeira —situação em que, estando a Câmara dos Deputados em recesso, o aval parlamentar haveria de ser dado pela Seção Permanente do Senado Federal⁷⁸. Explicitou-se, ainda, caber ao Presidente a “direção política” da guerra⁷⁹. De outra borda, a defesa da pátria permaneceu sob encargo das Forças Armadas⁸⁰, sob chefia suprema do Presidente⁸¹, a quem também competia permitir o ingresso de forças estrangeiras em território nacional, sempre mediante autorização do Legislativo⁸².

No âmbito do comércio internacional, o texto constitucional de 1934 passou a incluir entre as competências da União a criação e a manutenção de alfândegas e entrepostos⁸³. Os impostos de importação e exportação seguiram sob a responsabilidade da União⁸⁴ e dos estados⁸⁵, respectivamente, mas este último tributo teve sua alíquota limitada a 10% *ad valorem*, dependendo qualquer majoração acima desse teto de autorização do

⁷⁴ CF/34, art. 76, “g”. A União continuou responsável por legislar sobre o assunto (art. 5º, XIX, “g”), conforme dispositivo que voltará a estar presente em todas as demais constituições brasileiras (cf. CF/37, art. 16, III; CF/46, art. 5º, XV, “n”; CF/67, art. 8º, XVII, “p”; CF/69, art. 8º, XVII, “p”; e CF/88, art. 22, XV).

⁷⁵ CF/34, art. 159.

⁷⁶ Ibid., art. 159, § 1º.

⁷⁷ Ibid., art. 56, §§ 9º e 10º. A declaração da guerra e celebração da paz foram expressamente incluídas no âmbito das competências da União (art. 5º, III). A Constituição também assinalava que cabia ao Senado Federal colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre a matéria (art. 91, I, “e”).

⁷⁸ Ibid., art. 56, § 9º.

⁷⁹ Ibid., art. 160.

⁸⁰ Ibid., art. 162. Nos termos do art. 5º, V, competia à União “organizar a defesa externa, a polícia e segurança das fronteiras e as forças armadas”.

⁸¹ Ibid., art. 56, § 7º.

⁸² Ibid., art. 56, § 11. A concessão ou negação de passagem a forças estrangeiras pelo território nacional foram expressamente incluídas no âmbito das competências da União (art. 5º, II). A Constituição também assinalava que cabia ao Senado Federal colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre a matéria (art. 91, I, “e”).

⁸³ Ibid., art. 5º, X.

⁸⁴ Ibid., art. 6º, I, “a”.

⁸⁵ Ibid., art. 8º, I, “f”.

Senado⁸⁶. Cabia também ao Senado autorizar a contratação de empréstimos —agora restritos aos “externos”— por parte dos estados, Distrito Federal e municípios⁸⁷, sendo que a transferência de valores ao exterior recebeu atenção constitucional, permitindo-se à União legislar⁸⁸ e instituir imposto sobre esse tipo de operação⁸⁹. No mais, permaneceram com a União as prerrogativas de cobrar taxas de navios e aeronaves estrangeiras⁹⁰ e, mais amplamente, a de legislar sobre o comércio internacional⁹¹.

A Constituição de 1934 em nada diferiu da Carta anterior em relação à competência da União para legislar sobre o fluxo de pessoas em território nacional, esclarecendo, porém, que isso abarcava a possibilidade de traçar normas não apenas sobre naturalização ou imigração, mas também sobre entrada e expulsão de estrangeiros e emigração⁹² —disciplina esta que se perpetuará em todas as futuras constituições⁹³. O aceite de pensão, emprego ou comissão remunerados de governo estrangeiro seguiram sujeitos à autorização do Presidente⁹⁴, e assim permaneceriam nos próximos textos constitucionais, até o advento da Constituição de 1988⁹⁵.

Consolidou-se, igualmente, a competência da União para deliberar sobre os limites do território nacional⁹⁶.

No campo do contencioso com notas de internacionalidade, contudo, o texto de 1934 avançou. Ao lado das competências para julgar litígios entre nações estrangeiras e a União ou estados⁹⁷, bem como os recursos de decisões inferiores contrárias a literal disposição de tratado internacional⁹⁸, a Corte Suprema foi investida da atribuição de homologar as sentenças estrangeiras⁹⁹ e, por intermédio de seu Presidente, conceder

⁸⁶ CF/34, art. 8º, § 3º.

⁸⁷ Ibid., arts. 19, V; e 90, “b”.

⁸⁸ Ibid., art. 5º, XIX, “i”.

⁸⁹ Ibid., art. 6º, I, “d”.

⁹⁰ Ibid., art. 6º, II.

⁹¹ Ibid., art. 5º, XIX, “i”. A Constituição também assinalava que cabia ao Senado Federal colaborar com a Câmara dos Deputados na elaboração de leis sobre a matéria (art. 91, 1, “g”).

⁹² Ibid., art. 5º, XIX, “g”.

⁹³ Cf. CF/37, art. 16, III; CF/46, arts. 5º, XV, “n” e “o”; e 137; CF/67, art. 8º, XVII, “o” e “p”; CF/69, art. 8º, XVII, “o” e “p”; e CF/88, art. 22, XIII e XV.

⁹⁴ CF/34, arts. 56, § 16; e 107, “b”.

⁹⁵ Cf. CF/37, arts. 74, “m”; e 116, “b”; CF/46, arts. 87, XV; e 130, II; CF/67, arts. 83, XVI; e 141, II; e CF/69, arts. 81, XVIII; e 146, II.

⁹⁶ CF/34, art. 5º, IV.

⁹⁷ Ibid., art. 76, 1, “e”.

⁹⁸ Ibid., art. 76, 2, III, “a”.

⁹⁹ Ibid., art. 76, 1, “g”.

exequatur às cartas rogatórias de justiças estrangeiras¹⁰⁰. Aos juízes federais manteve-se a competência para decidir as ações fundadas em contrato ou tratado internacional firmado pelo Estado brasileiro¹⁰¹ e aquelas movidas por governo estrangeiro em face de pessoas domiciliadas no país¹⁰². Também as questões entre estados brasileiros e indivíduos domiciliados no exterior foram colocadas sob a alçada dos juízes federais¹⁰³.

2.2.3.2. Normas conformadoras das relações internacionais

O texto constitucional de 1934 manteve os princípios da independência nacional, solução pacífica de controvérsias e vedação da guerra de conquista¹⁰⁴. Continuou, também, a tratar do tema da imigração, mas agora menos no sentido de favorecê-la, como era o tom da Carta de 1891, e mais no sentido de limitá-la e desestimulá-la. De fato, a Constituição estipulava que a imigração poderia ser proibida em razão da procedência¹⁰⁵, determinando ainda que a entrada de imigrantes poderia ser restringida com vistas a garantir a “integração étnica e capacidade física e civil do imigrante”¹⁰⁶. Além disso, estabelecia que a corrente imigratória de cada país não poderia exceder, anualmente, o limite de 2% sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil nos 50 anos anteriores¹⁰⁷, além de proibir a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território nacional e remeter à lei a regulação da seleção, localização e assimilação do “alienígena”¹⁰⁸.

A Constituição de 1934 trouxe, ainda, novos limites, princípios e diretrizes de relações internacionais. Pela primeira vez na história constitucional brasileira consignou-se o postulado da *não extradição de cidadão brasileiro*¹⁰⁹, o qual viria a ser repetido em todos os demais textos constitucionais posteriores¹¹⁰. Na mesma matéria, tratou de proteger os estrangeiros vítimas de perseguição política no exterior, ao consagrar também a *proibição da extradição por crime político ou de opinião*¹¹¹.

¹⁰⁰ CF/34, art. 77.

¹⁰¹ Ibid., art. 81, “f”.

¹⁰² Ibid., art. 81, “e”.

¹⁰³ Ibid., art. 81, “d”.

¹⁰⁴ Ibid., art. 4º.

¹⁰⁵ Ibid., art. 5º, XIX, “g”.

¹⁰⁶ Ibid., art. 121, § 6º.

¹⁰⁷ Ibid., art. 121, § 6º.

¹⁰⁸ Ibid., art. 121, § 7º.

¹⁰⁹ Ibid., art. 113, 31.

¹¹⁰ Cf. CF/37, art. 122, 12; CF/46, art. 141, § 33; CF/67, art. 150, § 19; CF/69, art. 153, § 19; e CF/88, art. 5º, LI.

¹¹¹ CF/34, art. 113, 31.

Entretanto, proteção semelhante não tinham os estrangeiros quando se tratasse de perseguição promovida pelo próprio governo brasileiro. Isso porque a Carta de 1934 estabeleceu que a União poderia promover a *expulsão de estrangeiros do território nacional* quando estes fossem considerados, em um juízo pouco adequado a valorações objetivas, “perigosos à ordem pública ou nocivos ao interesse do País”¹¹².

Destaque-se, por fim, que a Constituição previa também uma diretriz bastante específica em matéria de relações internacionais, ao determinar a *manutenção da representação diplomática junto à Santa Sé*¹¹³.

2.2.4. Constituição de 1937

Com a implementação do Estado Novo, uma nova Constituição foi outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas: a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 10 de novembro de 1937.

Em um ambiente ditatorial, a Carta fortaleceu, como seria de se esperar, os poderes presidenciais em matéria de relações internacionais em detrimento do Parlamento. Uma disposição emblemática nesse sentido corresponde à prerrogativa conferida ao Presidente da República de determinar a vigência provisória de um tratado internacional, ainda que o Legislativo não tivesse sobre ele se pronunciado.

De forma colateral, a Constituição de 1937 pode ser lembrada, lamentavelmente, como aquela que operou o maior retrocesso em termos de normas conformadoras das relações internacionais. Foram, por exemplo, abolidos o princípio da solução pacífica de controvérsia e as vedações da guerra de conquista e da extradição por crime político ou de opinião. Em realidade, das oito normas desse caráter presentes no texto de 1934, restaram apenas três.

2.2.4.1. Distribuição de competências

A Carta de 1937 foi a mais explícita de todas as constituições brasileiras ao afirmar que competia ao Presidente “dirigir” a política externa¹¹⁴. A celebração de tratados

¹¹² CF/34, art. 113, 15.

¹¹³ Ibid., art. 176.

¹¹⁴ CF/37, art. 73. Cf. também arts. 15, I; e 74, “c”, que estabelecem ser competência privativa da União, por intermédio do Presidente, manter relações com Estados estrangeiros.

internacionais manteve a sistemática anterior¹¹⁵, mas ao Chefe do Executivo foi conferida a prerrogativa de “determinar que entrem provisoriamente em execução”, antes mesmo da aprovação pelo Legislativo, “se a isto aconselharem os interesses do país”¹¹⁶. Continuou intocada a forma de nomeação de representantes diplomáticos, mas a aprovação agora competia ao “Conselho Federal”¹¹⁷, órgão que substituiu o Senado Federal, então dissolvido¹¹⁸. Do mesmo modo, sedimentou-se a atribuição do STF para apreciar os pedidos de extradição¹¹⁹, a qual voltaria a aparecer em todas as subsequentes Cartas¹²⁰.

Voltou-se, no campo da segurança externa, a permitir que o Presidente declarasse guerra, no caso de invasão ou agressão estrangeira, independentemente de qualquer manifestação do Legislativo¹²¹. Nas demais situações, a declaração de guerra e a celebração da paz continuaram demandando, respectivamente, a autorização ou referendo do Legislativo¹²², cabendo ao Presidente a “direção geral” do conflito¹²³. Nenhuma mudança significativa sofreu a competência do Chefe do Executivo para zelar, com apoio do Conselho (não mais “Superior”) de Segurança Nacional e das Forças Armadas, pela segurança do país¹²⁴; pela primeira vez, contudo, foi atribuída competência legislativa para a União em matéria de defesa externa¹²⁵, abrindo-se a possibilidade a uma maior participação do Legislativo nessa seara. A passagem de forças estrangeiras pelo território brasileiro, por sua vez, permaneceu sujeita à mesma lógica anterior, a reclamar a manifestação de ambos os poderes, Legislativo e Executivo¹²⁶.

Em relação ao comércio internacional, preservou-se também a sistemática que vinha de 1934, com o Conselho Federal exercendo as atribuições que antes recaíam sobre o Senado¹²⁷. É curioso notar que, embora a competência legislativa nessa matéria tivesse sido expressamente conferida à União, a Carta de 1937 trazia um dispositivo que impunha aos estados federados a “obrigação de providenciar, na esfera da sua competência, as medidas

¹¹⁵ CF/37, arts. 15, I; e 74, “d”. Os projetos de lei relativos a tratados e convenções internacionais, por força do art. 54, “a”, deveriam iniciar sua tramitação pelo Conselho Federal.

¹¹⁶ Ibid., art. 74, “n”.

¹¹⁷ Ibid., arts. 15, I; e 55, “a”.

¹¹⁸ Ibid., art. 178.

¹¹⁹ Ibid., art. 101, I, “f”.

¹²⁰ Cf. CF/46, art. 101, I, “g”; CF/67, art. 114, I, “g”; CF/69, art. 119, I, “g”; e CF/88, art. 102, I, “g”.

¹²¹ CF/37, art. 74, “g”.

¹²² Ibid., arts. 15, II; e 74, “g” e “h”.

¹²³ Ibid., art. 163.

¹²⁴ Ibid., arts. 15, IV; 74, “e”; e 162.

¹²⁵ Ibid., art. 16, II.

¹²⁶ Ibid., art. 74, “i”.

¹²⁷ Ibid., arts. 15, VIII; 16, VII; 20, I, “a” e “d”, e II; 23, I, “e”, e § 3º; 35, “c”; e 54, “a”;

necessárias à execução dos tratados comerciais concluídos pela União”, sob pena de, não o fazendo em tempo hábil, devolver-se a competência legislativa para tais medidas à própria União¹²⁸.

A definição sobre os limites do território nacional, da mesma forma que ocorrera na vigência da Constituição de 1934, seguiu sob a esfera de atribuições da União¹²⁹.

O STF manteve intactas suas competências no que se refere ao contencioso com aspectos de internacionalidade¹³⁰. O texto constitucional, entretanto, deixou de trazer regra específica para os litígios baseados em contratos ou tratados firmados pelo Brasil, e para aqueles entre Estados estrangeiros e particulares, os quais antes eram delegados aos juízes federais.

2.2.4.2. Normas conformadoras das relações internacionais

O texto de 1937 pode ser visto como aquele que promoveu o maior revés no tratamento constitucional dos limites, princípios e diretrizes das relações internacionais.

De início, eliminou os dois postulados que afirmavam a vocação pacifista do Estado brasileiro: o da solução pacífica de controvérsias e o da vedação da guerra de conquista. O princípio da independência nacional foi preservado, mas traduzido, no âmbito interno, com o estabelecimento de pena de morte a todos aqueles que praticassem atos que pudessem se interpretados como atentatórios à soberania estatal¹³¹. Outrossim, não abriu espaço ao princípio da proibição da extradição por crime político ou de opinião, preservando apenas o postulado da não extradição de brasileiros¹³².

De outra borda, a Carta de 1937 não mais previu a possibilidade de expulsão de estrangeiros perigosos à ordem pública ou aos interesses nacionais e, no que se refere à imigração, deixou de repetir todo o extenso conjunto de restrições postas por sua antecessora,

¹²⁸ CF/37, art. 10.

¹²⁹ Ibid., art. 15, III.

¹³⁰ Ibid., arts. 101, I, “d” e “f”, e III, “a”; e 102.

¹³¹ Ibid., art. 122, 13. Entre os crimes passíveis de punição com a pena capital, encontravam-se os seguintes: “a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição[...]”.

¹³² Ibid., art. 122, 12.

relegando à lei a disciplina da matéria e mantendo apenas o teto anual da corrente imigratória em 2% do número total de nacionais fixados no Brasil nos 50 anos pretéritos¹³³.

Finalmente, a Constituição tampouco deu continuidade à diretriz de manutenção da representação diplomática do Brasil perante à Santa Sé —algo que seria retomado apenas na Carta seguinte.

2.2.5. *Constituição de 1946*

Com o restabelecimento da democracia, a “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”, de 18 de setembro de 1946, promoveu um maior reequilíbrio na distribuição de competências no âmbito das relações internacionais. Nesse sentido, merece destaque o fato de ter encerrado, definitivamente, a possibilidade de o Presidente da República determinar a entrada em vigor de tratados sem que antes o Legislativo tivesse manifestado a sua anuência formal.

O texto constitucional de 1946 também revela a preocupação do constituinte em assegurar condições para que, na eventualidade de um novo conflito bélico, o Estado brasileiro tivesse instrumentos aptos a enfrentá-lo. Outro não parece ser o propósito, por exemplo, da previsão que assegurava à União a prerrogativa de instituir impostos extraordinários em caso de guerra.

Mais do que tudo, porém, a Constituição que pôs fim, no plano jurídico, à ditadura do Estado Novo pode ser recordada, no campo das relações internacionais, como aquela que promoveu o reingresso constitucional de princípios tradicionais da diplomacia brasileira, como o da solução pacífica de conflitos, vedação da guerra de conquista e recusa à extradição de estrangeiros por crimes políticos ou de opinião.

2.2.5.1. Distribuição de competências

No campo da diplomacia ordinária, eliminou-se a possibilidade de o Presidente da República determinar a vigência provisória de tratados, enquanto se aguardava a manifestação do Legislativo —que voltou a ser o responsável por “resolver definitivamente sobre tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República”¹³⁴.

¹³³ CF/37, art. 151.

¹³⁴ CF/46, art. 66, I. Cf. também arts. 5º, I; e 87, VII.

Consagraram-se, ademais, duas competências que não mais voltariam a sofrer alterações até o presente: a da União, sempre por intermédio do Presidente, para manter relações com Estados estrangeiros¹³⁵; e a do Senado para aprovar a escolha, do Executivo, dos chefes de missão diplomática de caráter permanente¹³⁶.

A Constituição de 1946 foi elaborada pouco tempo após o final da II Guerra Mundial, que abalou o mundo entre os anos de 1939 a 1945, e era natural, portanto, que trouxesse mudanças na disciplina bélica. Foi isso que ocorreu: a uma, mediante a autorização à União para que decretasse “impostos extraordinários” em caso de guerra atual ou iminente¹³⁷; a duas, com a possibilidade de decretação de guerra pelo Presidente da República, independentemente de anuência do Legislativo, na hipótese de agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas¹³⁸; e a três, com a prerrogativa de autorização presidencial para a passagem de forças estrangeiras pelo território nacional, mesmo sem autorização do Legislativo, caso este igualmente se encontrasse em recesso¹³⁹. Quanto às demais competências, manteve-se a sistemática adotada na Carta de 1937¹⁴⁰.

No comércio internacional, retomou-se a fórmula mais genérica de atribuir à União a prerrogativa de legislar sobre a matéria¹⁴¹, pondo-se fim à competência concorrente dos estados. No aspecto tributário, a União não só continuou responsável pelo imposto sobre transferência de fundos para o exterior¹⁴² e importação¹⁴³, como avançou parcialmente em direção ao imposto sobre exportação, tornando-se competente para tributar as exportações de lubrificantes e combustíveis¹⁴⁴. Os empréstimos externos de estados, Distrito Federal e municípios permaneceram dependentes de autorização do Senado¹⁴⁵. A partir de 1946, contudo, a Constituição deixou de estabelecer a cobrança de taxas de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves estrangeiras, bem como a criação e manutenção de alfândegas e entrepostos.

¹³⁵ CF/46, art. 5º, I. Cf. CF/67, arts. 8º, I; e 83, VII; CF/69, arts. 8º, I; e 81, IX; e CF/88, arts. 21, I; e 84, VII.

¹³⁶ CF/46, art. 63, I. Cf. CF/67, art. 45, I; CF/69, art. 42, III; e CF/88, art. 52, IV.

¹³⁷ CF/46, art. 15, § 6º.

¹³⁸ Ibid., art. 87, VIII.

¹³⁹ Ibid., art. 87, X.

¹⁴⁰ Ibid., arts. 5º, II, IV e V; 66, II e III; 87, VIII, IX, X e XI; 177; 178; e 179.

¹⁴¹ Ibid., art. 5º, XV, “k”.

¹⁴² Ibid., art. 15, V. Caba também à União legislar sobre a matéria (art. 5º, XV, “k”).

¹⁴³ Ibid., art. 15, I e III.

¹⁴⁴ Ibid., art. 15, III. Quanto aos demais produtos, a competência permaneceu com os estados (arts. 19, V e § 6º).

¹⁴⁵ Ibid., arts. 33 e 63, II.

Quanto à definição dos limites do território nacional, forjou-se a fórmula que seria adotada nos textos constitucionais futuros, ao atribuir essa competência ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República¹⁴⁶.

A Constituição de 1946 conferiu ao STF o julgamento, em recurso ordinário, das causas fundadas em contrato ou tratado internacional dos quais o Estado brasileiro faça parte¹⁴⁷ e, em recurso extraordinário, daquelas cuja decisão recorrida foi contrária a dispositivo de tratado¹⁴⁸. Permaneceram com a Corte, ainda, a competência para decidir os litígios entre Estados estrangeiros e a União, estados, Distrito Federal ou municípios¹⁴⁹, bem como para homologar sentenças estrangeiras¹⁵⁰. A concessão de *exequatur* às cartas rogatórias continuou, ademais, sob incumbência do Presidente do STF¹⁵¹.

2.2.5.2. Normas conformadoras das relações internacionais

Com a Constituição de 1946 retornaram ao texto constitucional os princípios da solução pacífica de controvérsias e da vedação da guerra de conquista¹⁵². Quanto ao primeiro, é interessante notar que a Carta passou a aludir não apenas ao recurso à arbitragem, como o fizeram os textos de 1891 e 1934, mas também a quaisquer “outros meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe”¹⁵³ — dispositivo claramente inspirado pelo novo ambiente internacional promovido com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), no ano anterior.

O princípio da independência nacional continuou presente na Constituição, tendo dela sido extirpada a previsão, constante da Carta de 1937, de pena de morte para atos atentatórios à soberania e independência do Estado brasileiro.

Manteve-se, igualmente, o princípio da não extradição de cidadãos brasileiros, tendo sido, ainda, reincorporado ao texto constitucional a proibição da extradição por crimes

¹⁴⁶ CF/46, art. 65, VIII. Cf. CF/67, art. 46, VI; CF/69, art. 43, VI; e CF/88, art. 48, V.

¹⁴⁷ CF/46, art. 101, II, “b”. O dispositivo sugere que a competência para o julgamento, em primeira instância, é dos “juízes locais”.

¹⁴⁸ Ibid., art. 101, III, “a”.

¹⁴⁹ Ibid., art. 101, I, “d”.

¹⁵⁰ Ibid., art. 101, I, “g”.

¹⁵¹ Ibid., art. 102.

¹⁵² Ibid., art. 4º.

¹⁵³ Pedro Dallari pontua que esse dispositivo assinala uma tentativa de constitucionalização da ordem internacional, inspirada pela criação da ONU (DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 49).

políticos ou de opinião¹⁵⁴. Estes dois postulados, aliás, serão preservados em todas as demais constituições brasileiras¹⁵⁵, a exemplo do que ocorreu com o princípio da independência nacional.

Na temática de imigração, pôs-se fim ao teto para a corrente imigratória de outros países, limitando-se o texto constitucional a remeter à lei a normatização da “entrada, distribuição e fixação de imigrantes, à luz do interesse nacional”¹⁵⁶. Por outro lado, a Constituição recuperou a previsão, constante do texto de 1934, de expulsão de estrangeiros nocivos à ordem pública, mas excepcionou a medida caso o indivíduo em questão tivesse cônjuge e filho brasileiro dependente¹⁵⁷.

Por derradeiro, foi novamente trazida ao corpo constitucional a diretriz de manutenção da representação diplomática brasileira junto à Santa Sé¹⁵⁸.

2.2.6. *Constituição de 1967*

Pouco tempo após o Golpe de Estado de 1964, o governo militar outorgou uma nova Constituição para o país: a “Constituição da República Federativa do Brasil”, de 24 de janeiro de 1967.

Diferentemente do que ocorrera na Constituição de 1937, que refletiu também no campo das relações internacionais o engrandecimento das competências e da discricionariedade do Executivo ditatorial, o texto de 1967 não promoveu retrocesso semelhante no plano jurídico-constitucional¹⁵⁹. Em realidade, é possível registrar até mesmo avanços, como o fim da previsão de expulsão de estrangeiros que pudessem ser considerados pelo governo como perigosos à ordem pública.

Outro aspecto interessante da Carta é o aparecimento, em diversos trechos, das organizações internacionais, que até então tinham recebido uma única e parcial menção na Constituição de 1946. Certamente, o alargamento do ambiente internacional, a partir da

¹⁵⁴ CF/46, art. 141, § 33.

¹⁵⁵ Cf. CF/67, art. 150, § 19; CF/69, art. 153, § 19; e CF/88, art. 5º, LI e LII.

¹⁵⁶ CF/46, art. 162.

¹⁵⁷ Ibid., art. 143.

¹⁵⁸ Ibid., art. 176.

¹⁵⁹ Pedro Dallari atribui essa permanência das linhas mestras da regulação constitucional das relações internacionais à profissionalização do corpo diplomático, com a criação do Instituto Rio Branco, em 1945, posto que esse conjunto de profissionais passa a ter “visão própria sobre como conduzir os negócios internacionais” (DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 51).

segunda metade do século XX, com a criação da ONU e de diversas outras organizações, favoreceu e estimulou essa abordagem.

Cumpra ainda registrar, nesta síntese introdutória, a ampliação do tratamento do contencioso com notas de internacionalidade efetuada pelo texto constitucional de 1967.

2.2.6.1. Distribuição de competências

No campo da diplomacia, a Constituição de 1967 trouxe três mudanças em relação à normativa até então vigente. Em primeiro lugar, explicitou, de forma inédita, a competência da União para “participar de organizações internacionais”¹⁶⁰, em um contexto de multiplicação de tais organizações no século XX. Além disso, excluiu a expressão “convenções” da competência do Congresso para “resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República”¹⁶¹, a qual constava dos textos de 1891, 1934 e 1946 —alteração essa que, contudo, aparentemente não causou maiores consequências, posto que tratado é um conceito mais amplo que abrange, inclusive, as convenções¹⁶². Por fim, a Constituição de 1967 estabeleceu um prazo de 15 dias para que os tratados assinados pelo Presidente fossem enviados para apreciação do Legislativo¹⁶³.

Em relação à segurança externa, o Conselho de Segurança Nacional passou a ser caracterizado como um órgão de assessoria do Presidente na “formulação” e na “conduta” da segurança nacional¹⁶⁴, e não apenas de estudo das questões nessa área. Eliminou-se a previsão de instituição de impostos extraordinários em caso de guerra e possibilitou-se que eventuais acordos de paz fossem também autorizados previamente pelo Legislativo¹⁶⁵, e não apenas referendados *a posteriori*, como era a disciplina constitucional desde a Constituição de 1934. Outrossim, o ingresso de forças estrangeiras em território nacional foi condicionado à prévia

¹⁶⁰ CF/67, art. 8º, I. A Constituição anterior (1946), como visto, limitava-se a mencionar a participação do Estado brasileiro em “órgão internacional de segurança” (art. 4º). No mesmo sentido do dispositivo da Carta de 1967, cf. CF/69, art. 8º, I; e CF/88, art. 21, I.

¹⁶¹ CF/67, art. 47, I. Sobre as competências relativas à celebração de tratados, vide também arts. 8º, I; e 83, VIII.

¹⁶² Como esclarece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, “‘tratado’ significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, *qualquer que seja sua denominação específica*” (art. 2º, 1, “a”, *itálico* nosso). No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo decreto legislativo n. 496/2009 e promulgada pelo decreto n. 7.030/2009.

¹⁶³ CF/67, art. 47, parágrafo único.

¹⁶⁴ *Ibid.*, art. 90. Cf. também art. 91 e, mais amplamente, sobre as competências para zelar pela segurança externa, arts. 8º, IV e VII, “a” e “c”; 83, XII; e 92, § 1º.

¹⁶⁵ *Ibid.*, art. 83, X. Sobre as competências para a guerra e paz, vide também arts. 8º, II; 47, II; e 83, IX.

anuência do Legislativo¹⁶⁶, colocando-se fim à prerrogativa do Presidente de fazê-lo isoladamente durante o intervalo das sessões legislativas.

Passando-se ao comércio internacional, é possível observar duas mudanças *vis-à-vis* a Constituição de 1946. Uma foi a perda, definitiva, do imposto sobre exportação pelos estados federados em benefício da União, que passou a ser o ente competente para instituí-lo em relação a todo e qualquer bem ou serviço¹⁶⁷. Outra foi a expansão do papel do Senado em relação a ajustes internacionais promovidos pelos estados, Distrito Federal ou municípios, passando a depender da autorização senatorial não apenas os empréstimos mas também as “operações” e “acordos” externos¹⁶⁸. As demais competências nessa seara (regulação do comércio internacional e da transferência de fundos para o exterior, bem como a instituição de imposto sobre importação) permaneceram intocadas¹⁶⁹.

Sobre o fluxo de pessoas, a originalidade da Carta de 1967 foi trazer dispositivo —perpetuado nas constituições que lhe seguiram¹⁷⁰— que atribuía aos juízes federais o julgamento dos crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, além das causas referentes a nacionalidade e naturalização¹⁷¹.

O contencioso com atributos de internacionalidade, por sua vez, foi o tema sobre o qual a Constituição de 1967 mais inovou em matéria de relações internacionais. O texto voltou a prever a competência dos juízes federais para julgar as ações fundadas em contrato ou tratado celebrado pelo Estado brasileiro¹⁷², inclusive os crimes previstos em tratados¹⁷³, assim como os litígios entre Estado estrangeiro ou —o que foi novidade— “organismo internacional” e particulares domiciliados ou residentes no país¹⁷⁴ (hipótese esta em que o STF era competente para julgar recurso ordinário¹⁷⁵). O Supremo permaneceu responsável por decidir as ações propostas por outros sujeitos de direito internacional em face da União, estados, Distrito Federal ou municípios, passando a abarcar expressamente aquelas movidas por organizações internacionais¹⁷⁶. Suprimiu-se a competência do STF para julgar recurso

¹⁶⁶ CF/67, art. 47, II. Cf. também arts. 8º, V; e 83, XI.

¹⁶⁷ Ibid., art. 22, II. Cf., no mesmo sentido, CF/69, art. 21, II; e CF/88, art. 153, II.

¹⁶⁸ CF/67, art. 45, II.

¹⁶⁹ Ibid., arts. 8º, XVII, “k”; e 22, I, VIII e IX.

¹⁷⁰ Cf. CF/69, art. 125, X; e CF/88, art. 109, X.

¹⁷¹ CF/67, art. 119, X. Registre-se, porém, que a Carta conferia ao Presidente da República a prerrogativa de, por decreto, anular a aquisição de nacionalidade “obtida em fraude contra a lei” (art. 146, parágrafo único).

¹⁷² Ibid., art. 119, III.

¹⁷³ Ibid., art. 199, IV.

¹⁷⁴ Ibid., art. 119, I.

¹⁷⁵ Ibid., art. 114, II, “b”.

¹⁷⁶ Ibid., art. 114, I, “c”.

ordinário das causas baseadas em contrato ou tratado firmado pelo Brasil, mas previu-se recurso extraordinário à Corte diante de decisões de instâncias inferiores que negassem vigência¹⁷⁷ ou que declarassem a inconstitucionalidade de tratado internacional¹⁷⁸. A homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias continuaram, respectivamente, nas mãos do STF¹⁷⁹ e de seu Presidente¹⁸⁰, tratando a Constituição de 1967 de determinar que a execução tanto destas quanto daquelas competia aos juízes federais¹⁸¹.

2.2.6.2. Normas conformadoras das relações internacionais

O texto constitucional de 1967 preservou os princípios da independência nacional e da vedação da guerra de conquista¹⁸². Quanto ao postulado da solução pacífica de controvérsias, incluiu, ao lado da previsão da arbitragem e outros meios pacíficos, sempre “com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”, também a natural possibilidade de recurso às “negociações diretas” entre as partes envolvidas¹⁸³.

Preservaram-se, do mesmo modo, os princípios da não extradição de brasileiros e da proibição da extradição por crimes políticos ou de opinião. Em adição, colocou-se fim à previsão constitucional da expulsão de estrangeiros considerados nocivos à ordem pública — preceito este que não voltaria a frequentar as constituições brasileiras.

O mesmo silêncio passou a imperar em relação à temática da imigração, em que os textos constitucionais, incluindo o de 1967, cuidaram tão somente de atribuir ao Legislativo a disciplina da matéria.

Além disso, foi retirada do âmbito constitucional a diretriz de manutenção da representação diplomática do Estado brasileiro na Santa Sé —o que não impediu, evidentemente, que o Brasil continuasse, como o faz até hoje, a manter relações com o Vaticano.

¹⁷⁷ CF/67, art. 114, III, “a”.

¹⁷⁸ Ibid., art. 114, III, “b”.

¹⁷⁹ Ibid., art. 114, I, “g”.

¹⁸⁰ Ibid., art. 115, parágrafo único, “d”.

¹⁸¹ Ibid., art. 119, X.

¹⁸² Ibid., art. 7º, parágrafo único.

¹⁸³ Ibid., art. 7º.

2.2.7. *Constituição de 1969*

Em 17 de outubro de 1969, a Junta Militar composta pelos ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica baixou a emenda constitucional n. 1 (EC 1/69). Como o ato implicou na mudança de um número elevado de disposições do texto constitucional, a literatura jurídica costuma fazer referência à Constituição de 1967, com as alterações promovidas pela EC 1/69, como a “Constituição de 1969” —terminologia esta que a presente tese também adota. No plano jurídico-formal, contudo, não ocorreu a outorga de uma nova Constituição, posto que isso representaria um rompimento com a ordem jurídica anterior.

Em matéria de relações internacionais, porém, foram muito poucas as mudanças em relação à redação original da Carta de 1967. As alterações promovidas dizem respeito à repartição de competências, e não implicaram em mutações significativas da sistemática que, àquela altura, já vigia há quase dois anos.

2.2.7.1. Distribuição de competências

O texto de 1969 manteve a mesma sistemática de distribuição de competências presente na Constituição de 1967 no que se refere à diplomacia ordinária, salvo duas exceções. A primeira diz respeito à especificação de que ao Congresso Nacional cabia deliberar definitivamente não apenas sobre tratados, mas também sobre “convenções e atos internacionais” celebrados pelo Presidente da República¹⁸⁴. A segunda consiste na não incorporação do prazo de 15 dias para o envio, ao Legislativo, dos tratados celebrados pelo Presidente, conforme constava da Carta anterior.

No domínio da segurança externa, não se nota nenhuma alteração significativa em relação ao tratamento dispensado no texto original da Constituição de 1967¹⁸⁵.

O mesmo é possível afirmar a respeito da temática do comércio internacional¹⁸⁶. No entanto, é importante observar que a competência do Senado para aprovar os empréstimos, operações ou acordos externos dos entes federados passou a depender de prévia oitiva do Poder Executivo federal¹⁸⁷.

¹⁸⁴ CF/69, arts. 44, I; e 81, X. Cf. também art. 8º, I.

¹⁸⁵ Ibid., arts. 8º, II, V, VI e VIII, “a” e “c”; 44, II; 81, XI, XII, XIII e XIV; 87; 89; e 91.

¹⁸⁶ Ibid., arts. 8º, XVII, “I”; e 21, I e II.

¹⁸⁷ Ibid., art. 42, IV.

Finalmente, a Constituição de 1969 manteve intactas as competências do Judiciário em matéria de contencioso com aspectos de internacionalidade¹⁸⁸.

2.2.7.2. Normas conformadoras das relações internacionais

A EC 1/1969 não promoveu nenhuma mudança nos dispositivos referentes aos limites, princípios e diretrizes das relações internacionais constantes da Carta de 1967. Dessa forma, a Constituição continuou a trazer cinco postulados a esse respeito: independência nacional, solução pacífica de controvérsias¹⁸⁹, vedação da guerra de conquista¹⁹⁰, não extradição de cidadão brasileiro e proibição da extradição por crime político ou de opinião.

2.3. As relações internacionais na Constituição de 1988

Com a derrocada do regime militar, uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo foi instaurada em 1987. De seus trabalhos resultou a atual “Constituição da República Federativa do Brasil”, de 5 de outubro de 1988, que simboliza a retomada e a expansão da democracia e dos direitos fundamentais no país.

No campo das relações internacionais, o principal diferencial do novo texto constitucional foi a incorporação de um artigo —o art. 4º— específica e explicitamente voltado a regular a atuação internacional do Estado brasileiro. Além de outras disposições difusas na Carta, o art. 4º fixou dez princípios das relações internacionais e, em seu parágrafo único, traçou o projeto, a ser buscado pelo país por meio da integração econômica, política, social e cultural, de formação de uma “comunidade latino-americana de nações”.

A Constituição ainda promoveu um fortalecimento das atribuições do Legislativo, sobretudo no domínio bélico, passando o Congresso Nacional a ter uma participação mais acentuada no processo de tomada de decisão.

Ressalte-se, ainda, o aperfeiçoamento da normativa relativa à solução de contenciosos com atributos de internacionalidade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a responder, principalmente após a promulgação da emenda constitucional n. 45, em 2004 (EC 45/2004), por competências que, antes, recaíam sobre o

¹⁸⁸ CF/69, arts. 119, I, “c” e “g”, II, “a”, III, “a” e “b”, e § 3º, “d”; e 125, II e III, V, e X.

¹⁸⁹ Ibid., art. 7º.

¹⁹⁰ Ibid., art. 7º, parágrafo único.

STF. Ademais, a singular atenção dada pela Constituição de 1988 à posição do Brasil perante o sistema internacional reflete-se também sobre este domínio, a exemplo da criação de um novo mecanismo de deslocamento de competência, das justiças estaduais para a Federal, na hipótese de graves violações de direitos humanos que possam expor o Estado brasileiro à responsabilização internacional.

2.3.1. *Distribuição de competências*

A Constituição de 1988 manteve como prerrogativa do Presidente da República a condução internacional do Brasil, atribuindo-lhe a competência para manter relações com Estados estrangeiros¹⁹¹ e para celebrar tratados, convenções e atos internacionais em geral, *ad referendum* do Congresso Nacional¹⁹² —inclusive, presume-se, no que se refere à participação em organizações internacionais, atividade esta que a Carta limitou-se a incluir entre as competências da União¹⁹³. Cumpre destacar, por outro lado, que a aprovação legislativa passou a ser demandada para os tratados, acordos (termo que substituiu o anterior “convenções”) e atos internacionais “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”¹⁹⁴, o que sugere que os ajustes financeiramente não onerosos, geralmente chamados “acordos executivos”¹⁹⁵, podem ser decididos definitivamente no âmbito do próprio Executivo. Por sua vez, a designação pelo Executivo dos chefes de missão diplomática de caráter permanente seguiu dependendo da anuência do Senado¹⁹⁶. Quanto aos pedidos de extradição, estes permaneceram sob competência do STF¹⁹⁷.

A preservação da segurança externa ficou predominantemente concentrada no Poder Executivo, sendo a defesa da Pátria uma das finalidades das Forças Armadas¹⁹⁸, sob o comando supremo do Presidente da República¹⁹⁹. A declaração da guerra e celebração da paz²⁰⁰, assim como a permissão para o trânsito de tropas estrangeiras por território

¹⁹¹ CF/88, art. 84, VII. Cf. também art. 21, I.

¹⁹² Ibid., art. 84, VIII; e 49, I.

¹⁹³ Ibid., art. 21, I.

¹⁹⁴ Ibid., art. 49, I.

¹⁹⁵ Sobre o tema, vide DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 92 et seq.

¹⁹⁶ CF/88, art. 52, IV.

¹⁹⁷ Ibid., art. 102, I, “g”.

¹⁹⁸ Ibid., art. 142.

¹⁹⁹ Ibid., art. 84, XIII. Cf. também art. 21, III.

²⁰⁰ Ibid., arts. 21, II; 49, II; e 84, XIX e XX.

nacional²⁰¹, continuaram com o Presidente, sempre sujeito à autorização ou referendo do Congresso Nacional. Há, porém, dois aspectos que merecem registro. O primeiro é uma ampliação do papel do Legislativo: é explicitada a sua competência para legislar sobre “defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional”²⁰²; resguardada a sua atribuição de anuir com a declaração da guerra, devendo referendá-la mesmo quando já emitida pelo Presidente diante agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas²⁰³; e passa a integrar, por intermédio dos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado, o Conselho de Defesa Nacional²⁰⁴, sucessor do antigo Conselho de Segurança Nacional. O segundo aspecto refere-se a um fortalecimento da função do Conselho de Defesa Nacional, que deve ser ouvido tanto na declaração da guerra quanto na celebração da paz²⁰⁵.

A competência legislativa em torno do comércio internacional, incluindo a regulação da transferência de valores para o exterior, foi preservada com a União²⁰⁶, tratando o texto constitucional de atribuir ao Ministério da Fazenda, de forma incomum, sua fiscalização e controle²⁰⁷. A tributação das importações e exportações foi igualmente conferida à União²⁰⁸, do mesmo modo como já dispunham as constituições de 1967 e de 1969. Em relação à contratação de empréstimos externos por pessoas jurídicas de direito público, a Carta de 1988 submeteu à aprovação do Senado as operações financeiras de qualquer dos entes da federação, inclusive da União²⁰⁹. Além disso, conferiu ao Senado o papel de fixar os limites globais e condições para as operações de crédito externo dos entes e das entidades controladas pelo Poder Público Federal²¹⁰, assim como os limites para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo²¹¹.

No que diz respeito ao fluxo de pessoas, a Constituição de 1988 continuou atribuindo à União a responsabilidade de legislar sobre naturalização, entrada e expulsão de estrangeiros, imigração e emigração²¹². Além disso, o julgamento dos crimes de ingresso ou

²⁰¹ CF/88, arts. 21, IV; 49, II; e 84, XXII.

²⁰² Ibid., art. 22, XXVIII.

²⁰³ Ibid., art. 84, XIX.

²⁰⁴ Ibid., art. 91, II e III.

²⁰⁵ Ibid., art. 91, § 1º, I.

²⁰⁶ Ibid., art. 22, VII.

²⁰⁷ Ibid., art. 237.

²⁰⁸ Ibid., art. 153, I e II.

²⁰⁹ Ibid., art. 52, V.

²¹⁰ Ibid., art. 52, VII.

²¹¹ Ibid., art. 52, VIII.

²¹² Ibid., art. 22, XIII e XV.

permanência irregular de estrangeiros, assim como as causas referentes à nacionalidade e à naturalização, seguiram sujeitas à jurisdição dos juízes federais²¹³. O texto constitucional, porém, deixou de submeter à autorização do Presidente da República o aceite de pensão, emprego ou comissão remunerados de governo estrangeiro, sob pena de perda da cidadania, como constava das Cartas anteriores.

A definição dos limites do território nacional não sofreu qualquer mudança, sendo conferida ao Congresso Nacional a competência para dispor sobre a matéria, com a sanção do Presidente da República²¹⁴.

Por fim, no que se refere ao contencioso com atributos de internacionalidade, o grande destaque foi a circunstância de o STJ ter assumido algumas das atribuições que eram do STF. Foi o que ocorreu com a competência para julgar o recurso (especial) em face de decisão que contrariar tratado internacional ou negar-lhe vigência²¹⁵, bem como o recurso (ordinário) nos litígios entre Estados estrangeiros ou organizações internacionais e particulares²¹⁶, cuja competência originária é dos juízes federais²¹⁷. Em relação às ações movidas por Estados estrangeiros ou organizações internacionais contra as pessoas jurídicas de direito público, o foro competente permaneceu sendo o STF²¹⁸, salvo no caso de demandas propostas em face de municípios, cuja competência foi repassada aos juízes federais²¹⁹, cabendo recurso ordinário ao STJ²²⁰. As ações meramente fundadas em contratos ou tratados internacionais seguiram sob a égide dos juízes federais²²¹, incluindo as ações penais relativas a crimes previstos em tratados²²², admitindo-se recurso extraordinário ao STF de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado²²³.

A homologação de sentenças estrangeiras, bem como a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, foi originalmente atribuída ao STF pela Constituição de 1988²²⁴. No entanto, em 2004 a EC 45/2004 remeteu essas competências ao STJ, reforçando ainda mais o

²¹³ CF/88, art. 109, X.

²¹⁴ Ibid., art. 48, V.

²¹⁵ Ibid., art. 105, III, “a”.

²¹⁶ Ibid., art. 105, II, “c”.

²¹⁷ Ibid., art. 109, II.

²¹⁸ Ibid., art. 102, I, “e”.

²¹⁹ Ibid., art. 109, II.

²²⁰ Ibid., art. 105, II, “c”.

²²¹ Ibid., art. 109, III.

²²² Ibid., art. 109, V.

²²³ Ibid., art. 102, III, “b”.

²²⁴ Ibid., art. 105, I, “i”. Observe-se que a execução de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias, uma vez homologadas pelo STF, é atribuída aos juízes federais (art. 109, X).

papel desta Corte nas relações internacionais. Não bastasse isso, a EC 45/2004 criou um novo mecanismo de “deslocamento de competência para a Justiça Federal” para as hipóteses de graves violações de direitos humanos —haja vista que tais ocorrências podem sujeitar o Brasil à responsabilização internacional em função de seus compromissos nessa matéria—, atribuindo ao STJ a apreciação de requerimento nesse sentido, a ser formulado pelo Procurador-Geral da República²²⁵.

Finalmente, e conforme já adiantado neste trabalho, a Constituição de 1988 não trouxe nenhum dispositivo que preveja, expressamente, mecanismos de controle judicial de atos de relações internacionais. A única disposição que guarda alguma relação com essa temática é aquela que confere ao STF a competência para julgar os chefes de missão diplomática, de caráter permanente, por crimes de responsabilidade²²⁶.

2.3.2. *Normas conformadoras das relações internacionais*

Como já mencionado, foi no capítulo referente aos limites, princípios e diretrizes das relações internacionais que a Constituição de 1988 instaurou um novo paradigma para a compreensão constitucional da matéria. O ponto alto dessa transformação encontra-se no art. 4º da Carta, que, sob clara inspiração na Constituição portuguesa de 1976²²⁷, trouxe um conjunto de dez princípios, além de uma diretriz em seu parágrafo único, voltados expressamente a reger a atuação internacional do Estado brasileiro.

Em realidade, é interessante notar que a maioria, se não todos os postulados do art. 4º correspondem a princípios construídos no âmbito do direito internacional²²⁸. Dessa

²²⁵ CF/88, art. 109, § 5º, incluído pela EC 45/2004.

²²⁶ Ibid., art. 102, I, “c”.

²²⁷ Constituição da República Portuguesa, de 2/4/1976, art. 7º, n. 1. Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 156; e PIOVESAN, Flávia. Comentários ao art. 4º da Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39-44. Na mesma obra, Piovesan registra a especial contribuição dos internacionalistas Antonio Augusto Cançado Trindade e Celso Duvivier de Albuquerque Mello, que participaram das audiências públicas da Assembleia Constituinte, para a elaboração do art. 4º (p. 40).

²²⁸ Cf. BRASIL, Osvaldo. Os princípios constitucionais das relações internacionais brasileiras: uma análise dos preceitos do caput do artigo 4º da Constituição Federal de 1988. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 63-74, especialmente p. 70; DINIZ, Arthur José de Almeida. Princípios das relações internacionais da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 33, n. 33, p. 39-73, 1991; LAFER, Celso, **A internacionalização dos direitos humanos**, cit., p. 14; e MELLO, Celso Duvivier Albuquerque de. **O direito constitucional internacional...**, cit., p. 11.

forma, a norma constitucional é um exemplo claro da interação entre as ordens jurídicas interna e internacional, na qual o direito internacional influencia o desenvolvimento do direito constitucional, que, por sua vez, passa a orientar a atuação internacional do Estado e, assim, retroalimentar a própria formulação do direito internacional (cuja criação ainda se dá, essencialmente, a partir dos Estados).

Para mais além das disposições do art. 4º, outros dispositivos difusos no texto também trazem importantes orientações a respeito da conduta do Brasil no ambiente externo. Com isso, é possível identificar um total de 14 postulados que orientam as relações internacionais brasileiras, conforme apresentado a seguir.

O princípio da *independência nacional* abre o rol do art. 4º, fazendo jus à tradição que remonta à Constituição imperial de 1824²²⁹. De fato, a própria soberania —que, no aspecto externo, denota justamente a ausência de subordinação a qualquer outra instância de poder²³⁰— foi alçada a “fundamento” da República, revelando a importância atribuída ao tema pela Assembleia Constituinte.

A *solução pacífica de controvérsias* foi igualmente preservada. Trata-se de outro princípio das relações internacionais insculpido no art. 4º²³¹ e que também se encontra textualmente presente no preâmbulo da Constituição, quando afirma ser o Brasil uma sociedade “comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias”.

A Carta de 1988 manteve a regra da *não extradição de cidadãos brasileiros*, mas trouxe uma ressalva quanto aos cidadãos naturalizados, que podem ser extraditados em duas hipóteses: crime comum praticado antes da naturalização e “comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”²³². A *vedação da extradição por crime político ou de opinião*, contudo, seguiu no texto constitucional da mesma forma como vinha posta, ao menos, desde 1946.

A par desses quatro postulados aplicáveis às relações internacionais do Estado brasileiro, outros nove —todos inéditos— foram acrescentados pelo art. 4º da Constituição:

²²⁹ Cf. CF/88, art. 4º, I. Cf. também art. 44, que impõe ao Presidente e ao Vice-Presidente da República o compromisso de sustentar a independência do Brasil.

²³⁰ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 83.

²³¹ CF/88, art. 4º, VII.

²³² Ibid., art. 5º, LI.

*autodeterminação dos povos*²³³, *concessão de asilo político*²³⁴, *cooperação entre os povos para o progresso da humanidade*²³⁵, *defesa da paz*²³⁶, *igualdade entre os Estados*²³⁷, *integração dos povos da América Latina*²³⁸, *não intervenção*²³⁹, *prevalência dos direitos humanos*²⁴⁰, e *repúdio ao terrorismo e ao racismo*²⁴¹.

Não bastasse isso, a Carta de 1988 colocou ao Estado brasileiro a incumbência de laborar para a constituição de um “tribunal internacional dos direitos humanos”²⁴². Tendo sido finalmente estabelecido o Tribunal Penal Internacional (TPI)²⁴³, no ano de 2002 —com apoio do Brasil, vale destacar²⁴⁴—, em 2004 aprovou-se emenda à Constituição para incluir um novo parágrafo ao art. 5º, consagrando-se a ideia de *sujeição à jurisdição do TPI*²⁴⁵.

Por outro lado, se alguma ausência se pode notar na Constituição ora sob análise, diz ela respeito à supressão da vedação da guerra de conquista, que frequentou todos os textos constitucionais, com exceção dos de 1824 e 1937. Essa não parece, porém, uma lacuna capaz de ser sentida, pois, à vista de todos os demais princípios acima enumerados, em especial os da autodeterminação dos povos, defesa da paz, igualdade entre os Estados, não intervenção e prevalência dos direitos humanos, dificilmente se poderia concluir pela licitude de um eventual envolvimento do Brasil nesse tipo de ação bélica.

2.4. Conclusões preliminares

Como se demonstrou nas seções anteriores, todas as constituições brasileiras trouxeram normas regulando as relações internacionais do Estado brasileiro. De modo geral,

²³³ CF/88, art. 4º, III.

²³⁴ Ibid., art. 4º, X.

²³⁵ Ibid., art. 4º, IX.

²³⁶ Ibid., art. 4º, VI.

²³⁷ Ibid., art. 4º, V.

²³⁸ Ibid., art. 4º, parágrafo único.

²³⁹ Ibid., art. 4º, IV.

²⁴⁰ Ibid., art. 4º, II.

²⁴¹ Ibid., art. 4º, VIII.

²⁴² Ibid., Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 7º.

²⁴³ De acordo com o art. 5º do Estatuto de Roma, que criou o TPI, o Tribunal possui jurisdição em relação aos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão. No Brasil, o Estatuto de Roma foi aprovado pelo decreto legislativo n. 112/2002 e promulgado pelo decreto n. 4.388/2002.

²⁴⁴ O Estado brasileiro assinou o Estatuto de Roma em 7/2/2000, tendo depositado o instrumento de ratificação em 20/6/2002. Cf. INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. **Brazil** [on line]. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/Latin+American+and+Caribbean+States/Brazil.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2011.

²⁴⁵ CF/88, art., art. 5º, § 4º.

essa normativa foi se aperfeiçoando a cada novo texto constitucional, com exceção daquele outorgado pelo Estado Novo em 1937, o qual, como visto, representou um retrocesso na disciplina da matéria.

Essa mesma trajetória revela-se do ponto de vista quantitativo. O gráfico abaixo apresenta a evolução do número de normas constitucionais relativas às relações internacionais, compreendendo tanto aquelas que distribuem competências quanto as que conformam as relações internacionais²⁴⁶:

Contrastando-se, mais especificamente, a Constituição de 1988 com as constituições que a antecederam, vislumbra-se que o atual texto constitucional é o que mais traz normas sobre a matéria: 36, sendo 22 relativas à distribuição de competências e 14 incorporando limites, princípios ou objetivos no domínio das relações internacionais.

Em relação ao primeiro desses dois conjuntos de normas (distribuição de competências), é possível perceber que a Constituição de 1988 não promoveu muitas inovações. Do ponto de vista quantitativo, manteve um número muito próximo à média (22,2)

²⁴⁶ As análises que se seguem foram feitas com base nos apêndices A – Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais: evolução constitucional no Brasil e B – Normas conformadoras das relações internacionais – Evolução constitucional no Brasil.

das cinco constituições que a antecederam (1934-1969): 22. Não bastasse isso, também em uma análise qualitativa não se registram grandes saltos: dessas 22 normas, 17 (77%) continham disposições semelhantes às dos textos constitucionais anteriores e apenas cinco traziam conteúdos inéditos.

Embora o Executivo continue concentrando um conjunto de competências que lhe assegurem liderança nessa matéria, a começar pela competência para conduzir as relações com Estados estrangeiros, é fundamental observar que, ao contrário do que se poderia supor, a Constituição assegura um espaço de atuação relevante para os demais Poderes. O Legislativo, por exemplo, tem atribuições em relação a 13 das competências identificadas, equiparando-se ao Executivo em termos numéricos. Mesmo o Judiciário, ao qual raramente se associa a prática de atos em relações internacionais, tem responsabilidades no que tange a oito das 22 competências consagradas pela Constituição. É claro, frise-se, que o número de atribuições, *per se*, não pode ser tomado como critério para medir a participação proporcional de cada Poder; ele presta-se, porém, para comprovar que, a exemplo do que ocorre no plano interno, este não é um domínio de exclusividade do Executivo ou mesmo dos poderes políticos do Estado (Executivo e Legislativo).

De modo igualmente interessante, observe-se que 12 das competências pressupõem uma atuação complementar do Executivo e do Legislativo, indicando a preocupação com o estabelecimento de um arranjo de freios e contrapesos no campo da política externa.

A instalação de um novo paradigma é mais evidente, todavia, no que se refere ao conjunto de normas conformadoras das relações internacionais. Em termos quantitativos, enquanto a média no mesmo período acima assinalado (1934-1969) não chegava a seis, a vigente Carta mais do que duplicou esse número, passando para 14 as disposições que estabelecem algum limite, princípio ou objetivo para a atuação internacional do Estado. É na perspectiva qualitativa, contudo, que essa transformação torna-se ainda mais surpreendente: mais de 70% (10) das normas em questão traziam mandamentos nunca antes previstos na história constitucional brasileira.

O alargamento do conjunto de normas aplicáveis à tomada de decisões no campo das relações internacionais traz consigo implicações de grande magnitude.

A primeira e mais evidente delas é a redução da margem de discricionariedade concedida aos agentes do Estado em sua atuação externa. Afinal, os atos praticados nessa esfera passam a ter de guardar sintonia com todas as normas conformadoras das relações internacionais que com eles possuam alguma conexão.

A segunda prende-se à ideia de que, definitivamente, as relações internacionais tornaram-se, para além da política, um tema igualmente jurídico, posto que regulado pelo direito.

Daí decorre a terceira das implicações da constitucionalização das relações internacionais, e que está no cerne do argumento central desta tese: ao elevar-se à condição de tema jurídico, atos de relações internacionais passaram a estar sujeitos à decisão judicial²⁴⁷, isto é, ao controle por parte daquele que é o responsável, em última instância, por assegurar a prevalência da ordem jurídica: o Poder Judiciário²⁴⁸. Ainda que a Constituição de 1988 não tenha explicitado a possibilidade de escrutínio judicial da conduta do Estado brasileiro no âmbito internacional —assim como, frise-se, jamais a negou—, os mecanismos estabelecidos para o controle dos demais atos estatais (domésticos) podem, a princípio, ser também aqui empregados.

Compreender mais profundamente essas implicações, tanto do ponto de vista teórico quanto prático, é o propósito do próximo capítulo.

²⁴⁷ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 89. O autor observa que “a regulação legislativa avança sobre os mais variados aspectos da vida social, passando a ‘juridificar’ esferas de convivência que antes não entravam no rol dos temas de relevância jurídica” (p. 91) —fenômeno este especialmente significativo quando se trata de regulação constitucional, pois a Constituição corresponde justamente ao mecanismo que permite o “acoplamento” entre os sistemas político e jurídico (p. 98).

²⁴⁸ Cf. BEZERRA, Paulo Renato Guedes; SOARES, Rafael Rodrigues. **Considerações acerca dos princípios...**, cit.; COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 46, n. 1, p. 140-61, 2004, p. 145; DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 16; LAFER, Celso, **A internacionalização dos direitos humanos...**, cit., p. 19; e SANCHES, Michelle Ratton et al. **Política externa como política pública...**, cit.

3. RELAÇÕES INTERNACIONAIS E SEPARAÇÃO DE PODERES: O PAPEL DO JUDICIÁRIO

3.1. O paradigma clássico da governança das relações internacionais

Com a estruturação do Estado Moderno, consolidou-se um determinado padrão no processo de decisão e atuação —governança— a respeito das relações internacionais em que sobressai a figura do Executivo, deixando poucos espaços abertos à participação dos demais poderes, em especial do Judiciário.

Esse fenômeno refletiu o pensamento dos mais influentes teóricos políticos que contribuíram para o desenvolvimento da própria noção de separação de poderes, além de estar parcialmente ancorado em aspectos da realidade por muito tempo vigente. Era natural, portanto, que o Executivo despontasse como manifestação, por excelência, do Estado no domínio internacional. O que era menos esperável, porém, é que essa hegemonia fosse alcançada em prejuízo do controle que, num sistema de freios e contrapesos, pode e deve ser exercido pelos demais poderes.

3.1.1. *As relações internacionais na teoria política*

A identificação das relações internacionais como um campo de atuação próprio do Executivo, no qual este Poder atua livre de maiores amarras jurídico-institucionais, parece ser tão antiga quanto a própria noção de separação das funções do Estado.

Nesse sentido já trilhava, por exemplo, John Locke (1632-1704), um dos precursores da moderna teoria da tripartição do poder. Como se sabe, Locke imaginou um Estado composto por três poderes: além do Executivo e do Legislativo, um terceiro Poder chamado “Federativo”, ao qual atribuía a incumbência de cuidar das relações internacionais (guerra e paz, ligas e alianças e todas as transações com pessoas e comunidades estrangeiras)¹. Embora retratados como poderes distintos, na visão do teórico político o Poder Executivo e o Poder Federativo “quase sempre estão reunidos”. Ademais, este último não se coadunaria com a ideia de adstrição a regras preestabelecidas, devendo ser deixado à “prudência” e à “sabedoria” daquele responsável pelo seu comando. Confira-se:

¹ LOCKE, John. **The second treatise of government and a letter concerning toleration**. Mineola: Dover Publications, 2002, p. 67.

Esses dois poderes, o *executive* e o *federativo*, embora sejam realmente distintos entre si, compreendendo um a *execução* das leis municipais da sociedade *dentro* de seus próprios limites sobre todos os que dela fazem parte, e o outro, a gestão da *segurança e do interesse* do público externo, com todos aqueles de que ela pode receber benefícios ou injúrias, quase sempre estão unidos. E embora esse *poder federativo*, bem ou mal gerido, possa ser de grande importância para a sociedade política, é muito menos passível de ser dirigido por leis antecedentes, fixas e positivas que *executivo* e, por isso, deve necessariamente ser deixado à prudência e à sabedoria daqueles em cujas mãos se encontra, para ser gerido em favor do bem público. Pois as *leis* que dizem respeito aos súditos entre si, existindo para dirigir suas ações, podem muito bem *precedê-las*. Mas o que é preciso ser feito com relação a *estrangeiros*, por depender muito de suas ações e da variedade de seus propósitos e interesses, deve ser deixado em grande parte à prudência daqueles a quem tal poder foi entregue, a fim de que o conduzam de acordo com o melhor de suas capacidades, para vantagem da sociedade política.²

Montesquieu (1689-1755), que desenvolveu essas ideias e estabeleceu a clássica tripartição das funções do Estado nos poderes Legislativo, Executivo e no “Poder de Julgar”³, deixou bem assente que assuntos atinentes às relações internacionais, como a realização da paz ou da guerra e o envio ou recebimento de embaixadas, eram da alçada do Poder Executivo⁴. Apesar de atribuir ao Legislativo a competência de criar as leis⁵ e, mais ainda, de examinar de que maneira foram elas executadas pelo Executivo⁶, “[para] o pensador francês, as leis elaboradas pelo Legislativo visavam regular [apenas] relações internas ao país”, como lembra Estevão Ferreira Couto⁷. “Por sua vez, o Judiciário é concebido somente como um

² LOCKE, John. **The second treatise of government**..., cit., p. 67-8, grifo nosso. A tradução é de Julio Fischer (cf. LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 516-517). No original: “These two powers, executive and federative, though they be really distinct in themselves, yet one comprehending the execution of the municipal laws of the society within itself upon all that are parts of it; the other the management of the security and interest of the public without, with all those that it may receive benefit or damage from, yet they are always almost united. And though this federative Power in the well or ill management of it be of great moment to the commonwealth, yet it is much less capable to be directed by antecedent, standing, positive laws than the executive; and so must necessarily be left to the prudence and wisdom of those whose hands it is in, to be managed for the public good. For the laws that concern subjects one amongst another, being to direct their actions, may well enough precede them. But what is to be done in reference to foreigners, depending much upon their actions and the variation of designs and interests, must be left in great part to the prudence of those who have this Power committed to them, to be managed by the best of their skill for the advantage of the commonwealth.”

³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução Cristina Murachco, 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 167-168, grifo nosso.

⁴ Ibid., p. 167.

⁵ Ibid., p. 167.

⁶ Ibid., p. 174.

⁷ COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 140-161, 2004, p. 142.

poder para julgar conflitos (também internos), não alcançando a dimensão internacional da ação do Estado, competência do Executivo.”⁸

Já no século XIX, é interessante notar como Tocqueville (1805-1859), que celebrou com rara sensibilidade as vantagens do regime democrático que se consolidava nos Estados Unidos, altera sua percepção quando trata das relações internacionais do país. Se na vida comum, afirmou o teórico, o bom senso e a educação dos cidadãos seriam suficientes para gerar boas decisões no âmbito da coletividade, na política externa isso não ocorreria⁹ — motivo pelo qual chega a afirmar, inclusive, que uma aristocracia seria um regime com melhores condições de atuar nessa seara. É o que revela o trecho a seguir:

A política externa não requer o uso de quase nenhuma das qualidades que são próprias à democracia; ao contrário, ela ordena o desenvolvimento de quase todas as que lhe faltam. A democracia favorece o crescimento dos recursos internos do Estado; difunde o bem-estar, desenvolve o espírito público; fortalece o respeito à lei nas diferentes classes da sociedade. Todas essas coisas têm apenas uma influência indireta sobre a posição de um povo diante do outro. Mas a democracia só dificilmente poderia coordenar os detalhes de uma grande empresa, decidir-se por uma meta e persegui-la obstinadamente através dos obstáculos. Ela é pouco capaz de combinar medidas em segredo e esperar pacientemente seu resultado. Estas qualidades pertencem mais particularmente a um homem ou a uma aristocracia. [...]¹⁰

Nesse contexto, Tocqueville viu evidentemente com bons olhos o fato de a Constituição norte-americana ter atribuído ao Presidente dos Estados Unidos, ou seja, ao Poder Executivo, a direção das relações internacionais¹¹, conforme estabelecido em seu art. II, seção 2¹².

⁸ COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa..., cit., p. 142.

⁹ Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America**. Tradução: Harvey C. Mansfield; Delba Winthrop, Chicago: The University of Chicago Press, 2000, p. 219.

¹⁰ Ibid., p. 219, grifo nosso. A tradução é de Eduardo Brandão (cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução: Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 266). Na versão em inglês: “External policy requires the use of almost none of the qualities that are proper to democracy, and demands, on the contrary, the development of almost all those it lacks. Democracy favours the increase of the internal resources of the state; it spreads ease, develops public spirit; fortifies respect for Law in the different classes of society —all things that have only an indirect influence on the position of one people vis-à-vis another. But only with difficulty can democracy coordinate the details of a great undertaking, fix on a design, and afterwards follow it with determination through obstacles. It is hardly capable of combining measures in secret and of patiently awaiting their result. Those are the qualities that belong more particularly to one man or to an aristocracy. [...]”.

¹¹ Ibid., p. 220.

¹² É certo que a Constituição prevê que a competência do Presidente para celebrar tratados está sujeita à concordância de dois terços dos membros do Senado (art. II, seção II). Note-se, contudo, que esse

Para os propósitos desta tese, as ideias dos três pensadores acima mencionados são suficientes para ilustrar como, no campo da teoria política, chegamos aos dias atuais com um legado histórico duplamente problemático em termos de controle das relações internacionais: de um lado, fixou-se o predomínio do Poder Executivo no domínio externo, vislumbrando-se pouco ou nenhum espaço para a atuação dos demais poderes; de outro, avançou-se o entendimento de que o Executivo, no exercício dessa atribuição, desfruta de ampla discricionariedade, sendo impertinente o estabelecimento de parâmetros normativos para orientar sua atuação.

3.1.2. *Fatores favoráveis ao livre protagonismo do Executivo*

Diversos fatores contribuíram para consolidar o legado acima mencionado. Pedro Dallari aponta dois deles: o “*elevado grau de imprevisibilidade* que marca a realidade de um sistema internacional acentuadamente heterogêneo e que induz o governo de cada Estado a adotar —em relação aos outros Estados, mas, por via de consequência, também em relação às demais instâncias do Estado e aos próprios governados— uma postura bastante hermética”; e a “noção das relações exteriores como um *campo de conhecimento extremamente especializado*, próprio da atuação de peritos, marcado por padrões de continuidade que não permitem as oscilações particulares às mudanças políticas internas a um Estado”¹³. Aliás, esse segundo aspecto é reforçado no Brasil devido à reconhecida excelência do Itamaraty no trato

condicionamento não se estende à Câmara dos Deputados (*House of Representatives*), que representa o povo norte-americano.

¹³ DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 15, itálico nosso. Cf. também HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University Press, 1990, p. 70-71; MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O direito constitucional internacional na Constituição de 1988. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, p. 9-21, jul.-dez. 1988, p. 9; e SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**. Barueri: Manole, 2004, p. 6. Mello, embora compartilhe dessa constatação, adverte que “a necessidade do segredo, ou da rapidez, ou ainda da complexidade dos temas versados não são justificativas suficientes para se evitar a democratização do controle das relações internacionais do Estado” (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Constituição e Relações Internacionais*. In: DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987, p. 19-37, especialmente p. 19-21). Do mesmo modo, Oliveira sugere que as condições que historicamente levaram a um maior “insulamento burocrático” da política externa deixaram de existir, notadamente devido à abertura econômica e política promovida no país nas últimas décadas (cf. OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. *Legislativo e política externa: das (in)conveniências da abdicação*. **Working Papers CAENI**, n. 3, São Paulo: Centro de Estudos das Negociações Internacionais, nov. 2003, p. 11-12).

das questões diplomáticas, obtida graças à profissionalização de seu corpo de profissionais a partir da fundação do Instituto Rio Branco, em 1945¹⁴.

Outros fatores poderiam ainda ser agregados a essa lista, a começar pela predominância, na esfera das relações internacionais, do chamado “*paradigma realista*”¹⁵, que, em contraposição ao “paradigma idealista”, alça o poder a elemento central de decisão¹⁶ e postula que “[os] princípios morais e democráticos não podem ser aplicados às relações internacionais”¹⁷, conforme registra Odete Maria de Oliveira. Além disso, não se pode deixar de notar o *histórico desinteresse da população* pelos temas internacionais¹⁸, o que faz com que a opinião pública deixe de funcionar como um elemento de pressão por maior controle da atuação do Poder Executivo no domínio internacional.

No que se refere especificamente à baixa participação do Legislativo, Celso de Albuquerque Mello assinala o descompasso entre o ritmo dos trabalhos legislativos e o das exigências de política externa, pautadas por maior rapidez¹⁹. Além disso, a publicidade dos debates que ali se travam é tida como incompatível com o sigilo que historicamente permeou a atuação internacional do país²⁰. Umberto Celli Júnior lembra, também, que a impossibilidade de o Parlamento formular emendas ao texto dos tratados internacionais, devendo aprová-los ou rejeitá-los *in totum* como condição para a convivência internacional, acaba contribuindo para o imobilismo desse Poder²¹. As transformações na composição do

¹⁴ Cf. CERVO, Amado Luiz; BUENO, Clodoaldo. **A política externa brasileira (1822-1985)**. São Paulo: Ática, 1986, p. 80-81, apud DALLARI, Pedro Bohomoletz. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 51; e ALMEIDA, Paulo Roberto de. Relações exteriores e Constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n. 94, p. 109-120, abr.-jun. 1987, p. 112.

¹⁵ Cf. OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**: estudos de introdução. Curitiba: Juriá, 2001, p. 73 e 87.

¹⁶ Ibid., p. 81.

¹⁷ Ibid., p. 85. Trata-se de enfoque que perpetua no plano internacional uma visão de Estado própria dos “antigos principados”, e não das “modernas repúblicas”, para nos valermos da distinção de Bobbio. Naqueles, diferentemente destas, “o poder do príncipe é tão mais eficaz, e portanto mais condizente com o seu objetivo, quanto mais oculto está dos olhares indiscretos do vulgo”; suas “ações podem ter tanto mais sucesso quanto mais rápidas e imprevisíveis: o controle público, mesmo que apenas de uma assembléia de notáveis, retarda a decisão e impede a surpresa” (BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990, p. 29).

¹⁸ Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 85; e OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais...**, cit., p. 40.

¹⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 101.

²⁰ Id., **Constituição e relações internacionais**, cit., p. 19.

²¹ Cf. CELLI JÚNIOR, Umberto. A Constituição, o Parlamento e a política externa brasileira. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 553-556, especialmente p. 553. Uma das soluções para enfrentar esse entrave, de acordo com o autor, é o estabelecimento, *a priori*, de balizas para a atuação do Executivo em negociações internacionais, a exemplo do que fizeram os Estados Unidos com a adoção da *Trade Promotion Authority* (p. 554).

Parlamento, com o fim das gerações de políticos treinados na Europa e com um apetite naturalmente maior por temas internacionais²², aliadas à pouca abertura dos partidos políticos brasileiros ao mundo²³, completam o quadro pouco favorável a um envolvimento relevante do Legislativo no campo das relações internacionais, como recorda Almeida.

Em relação ao Judiciário, os motivos dados para o seu afastamento variam desde a caracterização das questões internacionais como “questões [puramente] políticas”, impassíveis de apreciação pelos tribunais²⁴, passando por doutrinas que sustentam que o Executivo e o Judiciário deveriam falar “com uma única voz” (a do Executivo, naturalmente), a fim de evitar embaraços internacionais²⁵, por alegações de que inexisteriam parâmetros reveláveis e manejáveis para o controle judicial²⁶, ou até críticas que focam na falta de legitimidade dos juízes para imiscuírem-se em decisões de política externa²⁷. Esses e outros fatores serão melhor examinados na seção 3.3.1 abaixo.

3.1.3. A governança das relações internacionais no Brasil

O Brasil, naturalmente, não escapou a essa abordagem das relações internacionais como um campo propício à hegemonia do Executivo.

De fato, este Poder, que assume clara predominância na elaboração e execução da política externa²⁸, não demonstra uma preocupação significativa de orientar a sua atuação internacional pelos princípios inscritos na Constituição Federal como uma *questão de direito*;

²² Nas palavras de Almeida, “[o] impacto das relações exteriores do País na atividade político-partidária e nos debates correntes no Parlamento também tornou-se substantivamente menos importante à medida que gerações de políticos treinados apenas em temas domésticos foram substituindo os velhos próceres educados na Europa e dotados de educação cosmopolita” (ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações exteriores e Constituição*, cit., p. 113). Não surpreende, pois, que “[e]ntre nós, a política externa não [seja] assunto que entre na predileção dos congressistas, que na maioria das vezes não estão preparados para ela”, conforme pontua Mello (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Constituição e relações internacionais*, cit., p. 32).

²³ “No Brasil, como se sabe, os partidos políticos, de um modo geral, e o Legislativo, em especial, sempre se caracterizaram por reduzido coeficiente de abertura internacional, o que fez com que o pêndulo da política externa pendesse sempre para o lado do Presidente e da burocracia especializada” (ALMEIDA, Paulo Roberto de. *Relações exteriores e Constituição*, cit., p. 114).

²⁴ Cf. COLLINS, Laurence. *Foreign relations and the judiciary*. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 51, p. 485-510, jul. 2002, p. 497 et seq; HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 79-91; e LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais**. Barueri: Manole, 2005, p. 39.

²⁵ Cf. COLLINS, Laurence. *Foreign relations and the judiciary*, cit., p. 487-493; e HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 70-71.

²⁶ Cf. COLLINS, Laurence. *Foreign relations and the judiciary*, cit., p. 503 et seq.

²⁷ Cf. HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 72.

²⁸ Cf. seção 2.3.1 supra.

em realidade, nem mesmo no plano discursivo esse cuidado, muitas vezes, é revelado²⁹. O Estado brasileiro continua a operar internacionalmente com grande e irrestrita desenvoltura, muitas vezes identificando a política externa com a pessoa do Presidente da República em razão de uma “diplomacia presidencial” que ganhou corpo a partir da presidência de Fernando Henrique Cardoso³⁰.

O Legislativo, embora detenha um papel fiscalizador³¹ que vai além da competência para decidir *a posteriori* sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional³², demonstra uma postura ainda tímida no exame dos rumos da política externa³³, ainda mais sob um viés constitucional³⁴. Tem esse sentido a constatação de Celli Júnior, para quem “o Parlamento brasileiro tem tido tradicionalmente pouca atuação nas discussões envolvendo [...]”

²⁹ Ilustrativo desse aspecto é o fato de um ex-Secretário Geral das Relações Exteriores do MRE, ao discorrer sobre os princípios que norteiam a política externa brasileira, enumerar tão somente os “princípios que tradicionalmente caracterizam a atuação diplomática brasileira” (prevalência do interesse público e nacional sobre o particular e privado, e prevalência da visão de futuro sobre o imediatismo), sem qualquer referência aos princípios do art. 4º da Constituição Federal (cf. BARROS, Sebastião do Rego. A execução da política externa brasileira: um balanço dos últimos 4 anos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 42, n. 2, p. 18-28, 1998).

³⁰ Cf. CARDOSO, Arnaldo Francisco. Entre constrangimentos e oportunidades: as escolhas de política exterior do Brasil. In DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu (org.). **Relações internacionais: múltiplas dimensões**. São Paulo: Aduaneira, 2004, p. 235-286.

³¹ Veja-se, nesse sentido, a competência constitucional para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta” (art. 49, X), podendo até mesmo convocar ministros de Estado ou quaisquer titulares de órgãos subordinados à Presidência da República a fim de prestarem informações (art. 50, *caput*), ou solicitá-las por escrito (art. 50, § 2º).

³² Cf. CF/88, art. 49, I.

³³ Cf. COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa..., cit., p. 143-145; e MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e Relações Internacionais, cit., p. 32. Oliveira sugere que a abdicação do Legislativo é devida ao fato de, historicamente, ter havido apenas “incentivos negativos” ao exercício da função de controle da política externa, quais sejam, (1) ausência de reforma constitucional reforçando o papel do Parlamento; (2) reconhecida competência do Executivo; (3) prevalência do modelo econômico nacional-desenvolvimentista e de substituição de importações; e (4) baixo interesse dos parlamentares (OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. Legislativo e política externa: das (in)conveniências da abdicação. **Working papers CAENI**, n. 3, São Paulo: Centro de Estudos das Negociações Internacionais, nov. 2003).

³⁴ É certo que, muitas vezes, a percepção de que o Parlamento mantém-se omissivo é equivocada. Ao longo da pesquisa, o autor teve a oportunidade de examinar a decisão do Estado brasileiro de integrar a Missão das Nações Unidas para a Estabilização no Haiti (Minustah), quando constatou que a matéria fora objeto de efetiva discussão pelo Congresso Nacional e que o Executivo, por intermédio de dois ministros de Estado, esteve presente no Parlamento para prestar informações e responder a questionamentos dos parlamentares. No entanto, ficou claro que esse é um jogo de forças desproporcional, posto que, quando do envio da Mensagem presidencial solicitando a aprovação do Congresso, o Executivo já havia assumido compromissos internacionais e dado início à movimentação das tropas — o que foi compreendido, por vários deputados e senadores, como uma forma de frustrar o exercício da competência constitucional do Legislativo (PANNUNZIO, Eduardo. **Poder Legislativo e política externa: o caso da presença do Brasil no Haiti**. Trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito Internacional, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008).

negociações comerciais internacionais e na formulação da política externa brasileira, limitando-se a aprovar ou rejeitar ‘in totum’ tratados e atos internacionais.”³⁵

Por sua vez, o Judiciário, não obstante ter conquistado uma grande projeção na vida política nacional nos últimos anos, permanece em grande parte alheio ao debate sobre as relações internacionais, sendo raramente chamado a pronunciar-se sobre questões outras que não os pedidos de extradição submetidos por Estados estrangeiros³⁶.

Não é sem razão, portanto, que Celso de Albuquerque Mello, após afirmar que “[a] política externa é um dos setores da vida estatal em que a democratização tem se processado de modo mais lento”, é enfático ao concluir que “infelizmente o controle das relações internacionais é no Brasil quase que inexistente.”³⁷

A completar esse quadro, cumpre observar que também o princípio da publicidade³⁸ tem demorado a chegar, em sua plenitude, ao campo das relações internacionais. Neste, a regra ainda parece ser a da opacidade, herança de tempos remotos em que as relações internacionais eram cobertas pelo manto do segredo³⁹. Avanços têm sido registrados mundialmente, a partir do início do século XX, quando, por exemplo, instituiu-se no cenário internacional a regra de publicação dos tratados⁴⁰, e o próprio Ministério das Relações Exteriores (MRE), no Brasil, tem feito alguns esforços no sentido de promover

³⁵ CELLI JÚNIOR, Umberto. A Constituição, o Parlamento e a política externa brasileira. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 553-556.

³⁶ Isso no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 102, I, “g”, do texto constitucional.

³⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Constituição e relações internacionais, cit., p. 21 e 32.

³⁸ Cf. CF/88, art. 37, *caput*. Maria Sylvia Di Pietro esclarece que “[o] princípio da publicidade [...] exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressaltadas as hipóteses de sigilo previstas em lei” (DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 75). Medauar, por seu turno, ensina que “[o] tema da transparência ou visibilidade, também tratado como publicidade da atuação administrativa, encontra-se associado a reivindicação geral de democracia administrativa. A partir da década de 50, acentuando-se nos anos setenta, surge o empenho em alterar a tradição de ‘secreto’ predominante na atividade administrativa. A prevalência do ‘secreto’ na atividade administrativa mostra-se contrária ao caráter democrático do Estado.” E arremata a professora titular de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: “[a] Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa” (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 144).

³⁹ Cf. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Política externa e direitos humanos**: o Brasil na Comissão de Direitos Humanos da ONU [*on line*], p. 3. Disponível em: <http://www.iddh.org.br/artigos_files/1130447008_pt.zip>. Acesso em: 20 nov. 2006; LAFER, Celso. Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamarati. **Acervo – Revista do Arquivo Nacional**, Brasília, v. 4, n. 2, e v.5, n. 1, p. 35-44, jul.-dez. 1989 e jan.-jun 1990 apud DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 14-15; MELLO, Celso Duvivier Albuquerque de. Constituição e relações internacionais, cit., p. 19; e OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**..., cit., p. 31-33.

⁴⁰ A medida foi estabelecida pelo art. 18 do Pacto da Sociedade das Nações, adotado em dezembro de 1924 (cf. OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**..., cit., p. 33).

maior transparência e participação na política externa⁴¹. No entanto, o país ainda parece distante de ter integralizado uma “perspectiva de institucionalização de paradigmas e regras de procedimento”, conforme enfatiza Pedro Dallari, na qual se torne viável “o balizamento, o acompanhamento e o controle por parte da sociedade.”⁴² Não raramente, o MRE nem sequer se digna a responder meros requerimentos de informação⁴³. Nesse cenário, uma das principais organizações não governamentais brasileiras que acompanha o tema conclui:

A falta de transparência dos órgãos envolvidos na condução da política externa se traduz na frágil participação da sociedade civil e no limitado controle público exercido pelo Legislativo e Judiciário.⁴⁴

Em suma: apesar das sensíveis alterações do Estado brasileiro e da intensidade e qualidade de suas interações com o mundo exterior⁴⁵, a governança das relações internacionais sofreu poucas transformações ao longo do tempo⁴⁶. Continua a ser um terreno onde a predominância do Executivo é exercida com elevado grau de discricionariedade, sujeita a controles insuficientes e conduzida com baixos níveis de publicidade.

⁴¹ Algumas dessas iniciativas, no campo dos direitos humanos, são historiadas por Miguel Darcy Oliveira, para quem um dos principais marcos dessa maior abertura se deu em 1993, quando o MRE estabeleceu um diálogo prévio com organizações não governamentais no processo de elaboração da posição brasileira para a Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (OLIVEIRA, Miguel Darcy. **Cidadania e globalização: a política externa brasileira e as ONGs**. Brasília: Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre Gusmão – Centro de Estudos Estratégicos, 1999, p. 97).

⁴² DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. 16.

⁴³ Cf. CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2007**. São Paulo: Conectas, 2008, p. 62.

⁴⁴ Ibid., p. I. Seitenfus alerta também para os prejuízos que essa postura hermética causa ao tratamento científico do tema, ao notar que “com a percepção recorrente nas *nomenklaturas* dos Estados sulistas de que as questões internacionais devem permanecer o apanágio de um restrito grupo de profissionais do Executivo, a criação teórica sobre as limitações impostas pela ausência de diálogo com os responsáveis e, sobretudo, pela inacessibilidade dos arquivos indispensáveis à pesquisa científica” (SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**, cit., p. 6).

⁴⁵ Vide seção 3.2.1 infra.

⁴⁶ Essa é a conclusão a que também chega Henkin em relação à condução da política externa nos Estados Unidos da América: “Much has changed since governmental authority in foreign affairs was allocated in 1787. The intimate Congress of the framers’ generation has been transformed into a complex of five hundred members with numerous committees and subcommittees and many thousands of staff. The President has become the presidency, the executive branch, with a bureaucracy of millions, all of them exercising the President’s constitutional authority. Over the centuries, each branch of the federal government has aggrandized its constitutional powers and has developed large extraconstitutional powers, the consequences of political parties and patronage, of size and complexities, of the growth of the United States and of a changing world. The judiciary—Alexander Hamilton’s ‘least dangerous’ branch—has grown from a handful of circuit riders to a small army that has achieved judicial supremacy. Yet, with all these transformations, the original constitutional allocations of authority remains” (HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 3).

3.2. Tensões no paradigma clássico: a judicialização das relações internacionais

O paradigma clássico não está livre de ameaças. Pelo contrário, são perceptíveis diversas iniciativas, no Brasil e no mundo, de postular um maior equilíbrio na governança das relações internacionais, conferindo maiores e melhores oportunidades para a atuação dos demais poderes do Estado nesse campo.

No que se refere ao Legislativo, merece destaque, nesse sentido, a criação, em 31 de maio de 2006, do Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa, um colegiado composto por instituições públicas (entre as quais a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados e a Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados) e privadas, com a missão de “promover a prevalência dos direitos humanos na política externa brasileira e fortalecer a participação cidadã e o controle social sobre esta política, por meio de mecanismos de diálogo entre os poderes do Estado brasileiro e a sociedade civil.”⁴⁷

Embora não se trate de um órgão instalado junto ao Legislativo, mas sim ao Executivo, é também digna de nota a experiência precursora do *Netherlands Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy*, estabelecido em 1983 na Holanda e composto por acadêmicos, representantes de organizações não governamentais, grupos de interesse público etc. Em 1997, o Comitê foi substituído pelo *Council on Foreign Affairs*⁴⁸.

Mais especificamente no que se refere ao Judiciário —tema central desta tese—, é possível identificar, aqui e em outros países, um conjunto já significativo de decisões de tribunais locais em matéria de relações internacionais. Essa crescente jurisprudência, animada pelo maior relevo atribuído à política externa no mundo globalizado, e também pelo maior protagonismo do Judiciário na vida política dos países, cria tensões claras no interior do paradigma clássico, colocando em xeque sua permanência.

⁴⁷ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa**: informações institucionais [*on line*]. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdhm/ComBrasDirHumPolExt/Comite.html/view>>. Acesso em: 20 nov. 2006

⁴⁸ Cf. BAEHR, Peter R. *The Netherlands Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy: a retrospective*. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 18, n. 2, p. 183-193, 2000.

3.2.1. Transformações na política externa

Nas últimas décadas, tem-se assistido a um significativo incremento das relações internacionais. Diversos fatores —como o fim da Guerra Fria, a revolução tecnológica (notadamente nas áreas de telecomunicações, informática e transportes), a mundialização dos processos produtivos e do próprio mercado de bens e serviços, entre outros— contribuíram para a criação de um ambiente favorável à aproximação entre Estados, permitindo um aprofundamento das relações bi ou plurilaterais e a difusão e fortalecimento de organizações internacionais e blocos econômicos regionais⁴⁹.

Ao mesmo tempo, uma série de temas que eram tradicionalmente circunscritos à esfera doméstica foi alçada ao plano internacional⁵⁰ —fenômeno que pode ser facilmente identificado, por exemplo, no processo de internacionalização dos direitos humanos, especialmente a partir do final da II Guerra Mundial⁵¹.

Essa “internacionalização do mundo na vida dos países”, como bem retratado por Celso Lafer⁵², correspondeu não apenas a uma intensificação das atividades de política externa mas, sobretudo, a um aumento do impacto que as decisões adotadas por um Estado nessa área exercem sobre aspectos importantes da vida de sua população⁵³. No domínio da Organização Mundial do Comércio (OMC), por exemplo, a assunção de compromissos voltados à liberalização do comércio de serviços educacionais pode gerar, dependendo da

⁴⁹ Cf. FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 7-8; FARIA, José Eduardo. Globalização econômica e reforma constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, n. 736, p. 11-19, fev. 1997, p. 16-17; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104-115.

⁵⁰ Cf. SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 32-34.

⁵¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. Globalização econômica, integração regional e direitos humanos. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 39-75, especialmente p. 40-45.

⁵² LAFER, Celso. Política interna e política externa. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 20 nov. 2005, p. A2. No mesmo sentido, Faria assinala que a globalização, entre outras consequências, “[deixou] menos nítidas as linhas demarcatórias entre o *interno* e o *externo*. Propiciou modos inéditos de articulação entre esferas locais, microrregionais, nacionais, macrorregionais e internacionais, com relações, interseções e zonas de sobreposição extensas e complexas” (FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**, cit., p. 8).

⁵³ Conforme assinala Seitenfus, “[o]s compromissos assumidos com o exterior possuem repercussões internas, tanto do ponto de vista da organização jurídica com a internalização dos termos de um tratado, quanto no que diz respeito à administração do Estado, que se obriga a orientar sua política de forma distinta” (SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**, cit., p. 11-12).

forma como for feita, reflexos negativos para a qualidade desses serviços no país em questão, em detrimento do direito (humano) à educação dos indivíduos ali residentes⁵⁴.

Ademais, as decisões de política externa de um Estado, seja atuando isoladamente, seja no âmbito de organizações internacionais das quais participa, podem e costumam surtir efeitos em outras partes do mundo. O fenômeno é tanto mais perceptível quanto maior a capacidade de influência do ente estatal na esfera internacional. No caso do Brasil, que tem buscado se projetar como uma liderança dos países em desenvolvimento e desempenhar internacionalmente um papel de “construtor de consensos”⁵⁵, essas consequências não podem ser menosprezadas.

Nesse contexto, a política externa torna-se um aspecto cada vez mais relevante e estratégico da atuação do Estado. Passa a assumir nítidos contornos de *política pública*, quiçá a “mais constante” delas⁵⁶, a exemplo do que ocorre em relação aos temas “internos” de interesse público (como educação, meio ambiente, saúde etc.)⁵⁷.

Constata-se, além disso, uma descentralização horizontal e vertical da política externa no Brasil. O primeiro fenômeno é evidenciado pelo fato de que, atualmente, todos os órgãos do Executivo federal possuem competências em matéria de política externa, pondo fim ao monopólio que o Itamaraty, tradicionalmente, exerceu neste domínio⁵⁸. O segundo, pela circunstância de que unidades federadas —inclusive municípios⁵⁹— passaram também a atuar, de fato, internacionalmente.

⁵⁴ Cf. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Direitos humanos e comércio internacional: a tutela do direito à educação nas negociações internacionais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 58-70, especialmente p. 60-62.

⁵⁵ FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima. Direitos humanos: o debate internacional e o Brasil. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 35-45, jul.-set. 2008, p. 39.

⁵⁶ SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**, cit., p. 3.

⁵⁷ Cf. SANCHEZ, Michele Ratton et al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 125-143, nov. 2006, p. 125-128.

⁵⁸ Sobre o tema, vide SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da; SPÉCIE, Priscila; VITALE, Denise. Um novo arranjo institucional para a política externa brasileira. **Textos para discussão Cepal – Ipea**, Brasília, n. 3, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1521.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011; FRANÇA, Cássio; SANCHEZ, Michelle Ratton. A horizontalização da política externa brasileira. **Valor Econômico**, São Paulo, 24-26 abr. 2009, p. A14; e MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Atualização do direito dos tratados**. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Desafios do direito internacional contemporâneo: jornadas de direito internacional público no Itamaraty**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p. 133-207, especialmente p. 68 et seq. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603044657_arquivo.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

⁵⁹ É o caso do município de São Paulo, que possui uma “Secretaria Municipal de Relações Internacionais” com a incumbência de “atuar em conjunto com as outras secretarias municipais na definição, coordenação e implementação das relações internacionais da Prefeitura” (cf. MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. **Secretaria**

Silva, Spécie e Vitale destacam, ainda, a ampliação do arco de interlocutores do Estado no domínio das relações internacionais:

Deixa-se de compreender a política externa apenas como as relações mantidas pelo Estado com Estados estrangeiros, para ampliá-la de forma a reconhecer a política externa como o conjunto de programas mantidos por um ator com atores estrangeiros, ampliando-se, assim, os atores que poderão ser interlocutores (não apenas Estados, mas também uniões aduaneiras, organizações internacionais etc.) e os temas envolvidos.⁶⁰

Essas e outras significativas mudanças estimulam, naturalmente, uma repensar sobre a governança da política externa, de modo a melhor sintonizá-la à realidade deste início de século XXI.

3.2.2. *O aumento do protagonismo dos tribunais*

Não foi, porém, apenas a política externa que passou por transformações, especialmente ao longo das últimas décadas. No que interessa para o escopo do presente trabalho, também o Judiciário, ou melhor, a *função judicial* vem passando por significativas modificações.

Por muito tempo o Poder Judiciário teve um papel diminuto na vida social em relação aos demais poderes. Reflexo de um sistema jurídico criado no paradigma do Estado liberal, “o Judiciário foi identificado como uma organização burocrática e fechada a pressões de seu ambiente externo”, sejam elas econômicas, políticas ou de qualquer outra natureza, como anota Celso Campilongo⁶¹.

Mais recentemente, principalmente a partir da segunda metade do século XX, essa realidade começou a mudar. É o que afirmam Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso:

Um dos fenômenos mais intrigantes da sociologia política e da ciência política contemporânea é o recente e sempre crescente protagonismo social e

Municipal de Relações Internacionais [on line]. Disponível em: <<http://www.capital.sp.gov.br/portalmmsp/do/orgaos?op=instituicaoForm¶m=832&unidadeForm=false&mostraUnidades=false&filter=0&orderBy=0&coEstruturaPaiVertical=91>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

⁶⁰ SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da; SPÉCIE, Priscila; VITALE, Denise. Um novo arranjo institucional..., cit., p. 11.

⁶¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 27.

político dos tribunais: um pouco por toda a Europa e por todo o Continente americano, os tribunais, os juízes, os magistrados do Ministério Público, as investigações da polícia criminal, as sentenças judiciais surgem nas primeiras páginas dos jornais, nos noticiários televisivos e são tema frequente de conversa entre os cidadãos.⁶²

A fim de melhor compreender esse fenômeno, é útil rememorar, ainda que de forma extremamente sintética, as transformações que o sistema jurídico sofreu, desde a afirmação do Estado liberal até a conformação do Estado contemporâneo.

3.2.2.1. As transformações do Estado e do sistema jurídico

Lembre-se, inicialmente, que o Estado liberal foi marcado pela proeminência do Poder Legislativo⁶³. As leis eram, por excelência, o instrumento de demarcação de uma esfera própria do indivíduo, traduzida na forma de direitos (civis e políticos, principalmente), da qual o aparato estatal deveria manter-se distante⁶⁴. Assim, o Judiciário assumia o papel de garantidor dessas prerrogativas individuais⁶⁵, sempre na perspectiva da proteção da liberdade sob um viés negativo, de não interferência estatal⁶⁶.

Essa atribuição, embora de grande relevância, não significou uma ameaça aos demais poderes em virtude de uma “neutralização política” a que foram submetidos os tribunais⁶⁷. Isso se deu, fundamentalmente, como decorrência da sedimentação de duas ideias centrais à cultura jurídica liberal: o *princípio da legalidade* —a demandar uma fiel adstrição do Judiciário à lei posta pelo Legislativo— e a correlata noção de *subsunção racional-formal*, de acordo com a qual a aplicação do direito consistiria na mera subsunção lógica de fatos a normas, isenta de quaisquer valorações sociais, éticas ou políticas⁶⁸.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: o caso português. 2 ed. Porto: Afrontamento, 1996, p. 19.

⁶³ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 40; e SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 22.

⁶⁴ Como registra Nina Ranieri, “A primazia da lei assinalou, em verdade, a derrota das tradições jurídicas do Absolutismo e do Antigo Regime, presentes no *Machtstaat* (o Estado de força absolutista, característico do século XVII) e no *Polizeistaat* (o Estado de Polícia do século XVIII), nos quais a relação entre poder e direito fazia-se sob a fórmula *rex facit legem*” (RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação**. Tese (livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 100).

⁶⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 28.

⁶⁶ Cf. SANTOS, Boaventura Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 23.

⁶⁷ Ibid., p. 22.

⁶⁸ Ibid., p. 22-23.

Com a passagem para o Estado Social (*Welfare State*), já no século XX, esses postulados são postos em xeque. É nesse sentido a observação de Nina Ranieri:

[...] Se [no Estado Liberal] prevalecia, como regra geral, a liberdade do indivíduo sobre o poder limitado do Estado, no Estado Social a vinculação da Administração ao princípio da estrita legalidade é abrandada por certo grau de discricionariedade administrativa, em algumas áreas, notadamente nas sociais, com o que a liberdade dos indivíduos, naqueles campos, passa a ser direcionada a fins coletivos. Ou seja, em algumas áreas da vida social a autonomia da liberdade individual não é mais a premissa básica, em benefício do interesse público, assim como a retração do Estado, em alguns campos de ação, também deixa de sê-lo. [...] ⁶⁹

O Legislativo perde o papel de liderança social e política em favor do Executivo ⁷⁰, na medida em que a legislação e os direitos (sociais) por ela instituídos passam a reclamar, justamente, uma “execução e intervenção *ativa* do estado, frequentemente *prolongada no tempo*.” ⁷¹ A função do Judiciário, nessa nova realidade, é igualmente transformada, pois, além de manter a sua responsabilidade por garantir os direitos de cunho liberal, vê-se forçado a “fiscalizar o respeito aos direitos sociais e impelir o Estado a uma atuação compensatória e distributiva, isto é, contribuir para a atuação das escolhas públicas.” ⁷²

Tudo isso ocorre num contexto de “sucessivas explosões legislativas” e de “juridificação da justiça distributiva” que contribuíram para enfraquecer, a um só tempo, os primados da legalidade e da subsunção racional-formal que asseguravam um lugar politicamente neutro aos tribunais ⁷³. Desse modo, o Judiciário é colocado diante de um dilema: apegar-se à sua tradicional neutralidade política, enfrentando o risco de tornar-se um poder socialmente irrelevante; ou aceitar o desafio posto pelo Estado social, ainda que isso implicasse em prováveis embates com o Executivo e com o Legislativo —conflitos estes que, com o tempo, podem redundar em tentativas, por parte daqueles poderes politicamente mais fortes, de tolher a sua independência ⁷⁴.

⁶⁹ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito...**, cit., p. 104.

⁷⁰ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 40; e SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 24.

⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 41.

⁷² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 28-9. Cf. também CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, cit., p. 42; e SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 25.

⁷³ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 25.

⁷⁴ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, cit., p. 46-50; e SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 26.

O maior protagonismo dos tribunais —principalmente na forma do desenvolvimento do controle jurisdicional da constitucionalidade de leis e da atividade do Executivo⁷⁵— evidencia que optaram eles, em geral, pela segunda alternativa. Como aponta Mauro Cappelletti, “a expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, [...] num sistema democrático de ‘*checks and balances*’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno.”⁷⁶

Esse processo conduziu a uma “perda de nitidez das fronteiras distintivas, na esfera pública contemporânea, entre a política e o direito.”⁷⁷ É daí que advém, portanto, uma popular atitude de assimilar o maior protagonismo do Judiciário a uma “politização da justiça” ou, sob um outro aspecto, a uma “judicialização da política” —muito embora, como se verá melhor na próxima seção, uma coisa não esteja necessariamente relacionada à outra.

Com a crise do Estado Social, principalmente partir da década de 1980, esse cenário torna-se ainda mais complexo. Primeiramente porque esse momento coincide com a escalada de uma correspondente “crise da representação política”, refletida em um aumento da corrupção política que coloca os tribunais diante do desafio de enfrentar não mais apenas a agenda política dos demais poderes, mas os próprios agentes políticos —algo que oferece redobrados riscos à sua independência⁷⁸.

Além disso, o aumento da produção legislativa ou “sobrejuridificação das práticas sociais” teve continuidade sob o influxo de dois novos fatores: a *desregulamentação da economia*, que paradoxalmente gera uma novo tipo de legislação específica e bastante elaborada, e a *globalização econômica*, responsável pela instalação de uma nova forma de pluralismo jurídico (transnacional) e pelo enfraquecimento da soberania dos Estados, com reflexos na capacidade dos tribunais nacionais de exercerem adequadamente sua função de guardiões da legalidade⁷⁹.

Nina Ranieri adverte, porém que “as circunstâncias mundiais e domésticas que levaram o Estado contemporâneo a conviver com novos centros de poder não implicam, necessariamente, a perda de sua importância ou centralidade.” Prossegue a professora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

⁷⁵ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, cit., p. 46. Cf. também CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 38.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**, cit., p. 19.

⁷⁷ VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 21-22.

⁷⁸ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas...**, cit., p. 30-33.

⁷⁹ Ibid., p. 28-9.

[...] Não significa, tampouco, que se tenha substituído o conteúdo político westphaliano, o seu padrão horizontal ou o elemento jurídico como critério conceituador prevalecente. E isso porque, a nosso ver, a conceituação teórica contemporânea se faz pela adaptação do conceito de Estado moderno às novas realidades do início do século XXI, sem perda da centralidade do poder estatal, por meio de sua abertura e expansão. [...]

[...]

Em que pesem a nova forma de socialização evidenciada neste início de século e o ineditismo das circunstâncias mundiais em matéria de aproximação dos sujeitos e atores nacionais e internacionais, reafirmemos [...] que os Estados são e permanecem sendo indispensáveis instâncias de decisão, destinatários de protestos e reivindicações por parte de indivíduos e grupos e, bem assim, instâncias públicas de intermediação de âmbito nacional e internacional. [...] ⁸⁰

Desse modo, apesar das significativas transformações sociais das últimas décadas, o Estado continua sendo o ator dominante das relações internacionais em um mundo cada vez mais internacionalizado. Na medida em que essas operações são conduzidas, em sua imensa parte, pelo Poder Executivo, o fortalecimento dessa dimensão das atividades estatais ⁸¹ traz imediatamente à tona a problemática de como estender também a ela o sistema de freios e contrapesos essencial ao funcionamento do regime democrático-constitucional. Em relação ao Judiciário, isso significa ampliar o protagonismo deste Poder também em relação à atuação internacional do Estado.

3.2.2.2. Judicialização da política vs. politização do Judiciário

Em contraste com a tradicional imagem de um Poder “neutro” que estaria distanciado dos embates políticos travados na sociedade ⁸², também o Judiciário, como visto acima, passou a estar envolvido na discussão das principais questões nacionais de relevância, se não como protagonista, ao menos como coadjuvante. Isso é especialmente válido para o Brasil neste início de século: da utilização de células-tronco para fins de pesquisa e terapia, passando pela adoção de políticas afirmativas nas universidades e chegando até mesmo ao tema da anistia concedida a crimes cometidos durante o Regime Militar, é no fórum que grande parte de nossos problemas e divergências têm buscado equacionamento. Há autores

⁸⁰ RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito...**, cit., p. 160 e 187-188.

⁸¹ Vide seção 3.2.1 supra.

⁸² Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 190-194.

que, nesse contexto, não hesitam mesmo em afirmar que “a agenda do país deslocou-se do Legislativo para o Judiciário”⁸³.

Ao desempenhar uma função antes restrita aos poderes políticos, em especial ao Legislativo, o Judiciário assume um papel igualmente político, na medida em que se vê impelido a *construir* soluções que não estão, ao menos explicitamente, dispostas no ordenamento jurídico; a responder, por consequência, a questões que são antes *políticas* do que *jurídicas*. “A justicialização da política”, como adverte Ferreira Filho, “tem como contrapartida inexorável a politização da justiça”⁸⁴.

No entanto, como o discurso judicial não pode perder a referência ao direito, sob pena de deslegitimar-se⁸⁵, esse papel político exige dos juízes uma nova atitude diante do fenômeno jurídico, levando-os a adotar, em muitos casos, “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”: o ativismo judicial⁸⁶.

Embora o binômio judicialização da política/politização do Judiciário funcione, assim, como combustível para o ativismo, um e outro não se confundem.

A judicialização da política corresponde à utilização de métodos típicos da decisão judicial para a resolução de demandas e disputas da arena política, sobretudo pela “ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas”⁸⁷. Esse fenômeno não decorre de um esforço hermenêutico — embora possa ser por ele ampliado⁸⁸ —, mas de um arranjo constitucional que confere nitidamente ao Judiciário tais competências.

A Constituição brasileira de 1988, com as alterações nela promovidas ao largo das últimas duas décadas, é pródiga nesse sentido. Entre outras medidas, consagrou o alargamento

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática** [on line]. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2010, p. 10.

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional...**, cit., p. 214.

⁸⁵ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 61. Cf. também VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 239.

⁸⁶ A definição é de Barroso (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial...**, cit., p. 6).

⁸⁷ MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jun. 2010.

⁸⁸ É o que ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ADI (n. 939-7/DF) movida contra a autorização para criação do Imposto Provisória sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), afirmou a sua competência para o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, muito embora a Constituição mencione apenas “leis ou ato normativo federal ou estadual” entre os objetos passíveis de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, “a”). Para uma crítica dessa decisão e da falta de debate público em torno dela, vide MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, especialmente p. 146-147.

do campo da ação popular; elevou a nível constitucional a ação civil pública, ampliando-a, previu o mandado de segurança não apenas de natureza individual mas também coletiva, forjou o mandado de injunção e expandiu os mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade ao estabelecer, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade *por omissão* e a ação direta de *constitucionalidade*, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)⁸⁹. A judicialização, portanto, “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política”, como pontua Barroso⁹⁰.

Essa constatação é reforçada pela circunstância de a Constituição, em mais de duas centenas de artigos, ter coberto uma variedade enorme de assuntos na tentativa de realizar um “acerto de contas” com um passado autoritário e de injustiças sociais⁹¹. Uma vez constitucionalizados, esses assuntos passaram, naturalmente, a integrar o leque dos temas passíveis de decisão jurídica⁹². Com isso, praticamente qualquer discussão de relevo pode ser levada, atualmente, ao Judiciário.

Essas duas características, a saber, ampla atribuição de competências aos juízes e constitucionalização abrangente⁹³, não levariam, necessariamente, a uma postura proativa do intérprete. O ambiente torna-se mais favorável ao ativismo, contudo, quando a elas se soma uma terceira característica do texto constitucional: a consagração de uma vasta gama de princípios⁹⁴ e dispositivos gravados em “linguagem de textura aberta”⁹⁵, que demandam concreção pelo Judiciário nos casos levados a sua apreciação. De acordo com Elival da Silva Ramos, isso não é livre de consequências:

Na falta de um parâmetro claro e preciso para a aferição da constitucionalidade dos atos normativos objeto de impugnação, as soluções encontradas pelas Cortes Constitucionais tendem a ser mais discutíveis sob o

⁸⁹ Para uma análise mais detalhada dessas inovações, vide FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional...**, cit., especialmente p. 200-211.

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial...**, cit., p. 6. No mesmo sentido Ferreira Filho afirma que “[a] Constituição tem insofismável responsabilidade pela judicialização da política e pela correspondente politização do Judiciário” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional...**, cit., p. 214).

⁹¹ Cf. MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**, cit., p. 138. Vide também BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial...**, cit., p. 3-4.

⁹² Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 89.

⁹³ Barroso menciona, ainda, uma terceira causa da judicialização: a redemocratização do país (BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial...**, cit., p. 3).

⁹⁴ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional...**, cit., p. 210.

⁹⁵ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**, cit., p. 143.

ponto de vista técnico-jurídico, com o que avultam as suspeitas de haver o órgão de controle extrapolado dos limites de seu mister.⁹⁶

Por outro lado, a politização do Judiciário, em contraposição à judicialização da política, ocorre quando o código do sistema jurídico (a distinção direito/não direito⁹⁷) é corrompido, passando os tribunais a funcionar com base em um outro código que lhes é estranho, como aquele do sistema político⁹⁸. Nesse sentido, Campilongo anota que:

Os Tribunais não têm capacidade nem legitimidade – nas atuais condições de complexidade, diferenciação e evolução do sistema jurídico – para valerm-se de procedimentos decisórios similares àqueles utilizados pelo sistema político. Ou operam em consonância com as exigências de especialização, autonomia e profissionalização que lhe impõe o sistema jurídico, ou caminham para um voluntarismo autoritário que tenderá, a curto prazo, a solapar as condições ainda titubeantes de afirmação de uma verdadeira independência judicial entre nós.⁹⁹

Na esfera das relações internacionais, o debate havido no Supremo Tribunal Federal (STF) entre os ministros Nelson Jobim e Celso de Mello, por ocasião do julgamento da extradição 855-2¹⁰⁰ é altamente ilustrativo a esse respeito. O ministro Celso de Mello propunha, com base em um argumento jurídico de índole constitucional, uma reversão da jurisprudência do STF, a fim de se exigir compromisso de comutação da pena quando o extraditando estivesse sujeito à pena de prisão perpétua no Estado requerente. O ministro Jobim, todavia, relutava em aceitar essa linha de raciocínio, baseando suas alegações em considerações de ordem predominantemente política. É o que se depreende, a título ilustrativo, do trecho do voto abaixo:

[...] Estamos impondo a outro país que obedeça internamente às suas regras. Este é o ponto: estamos impondo ao Chile, na vigência da nossa Constituição, atos da soberania chilena. Esse é um problema político sério.¹⁰¹

⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23.

⁹⁷ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 77.

⁹⁸ Ibid., p. 61.

⁹⁹ Ibid., p. 118.

¹⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 855-2**. Governo do Chile vs. Mauricio Fernandez Norambuena, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 26/8/2004. Os acórdãos do STF estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>.

¹⁰¹ Ibid., voto do ministro Nelson Jobim, fl. 113, grifo nosso.

A argumentação, como se vê, afasta-se do código direito/não direito para procurar balizar a decisão da Corte com base em critérios afetos a outro sistema (político). A réplica do ministro Celso de Mello, contudo, é paradigmática no sentido de condenar esse distanciamento:

Estamos proferindo uma decisão em conformidade com o que determina a Constituição do Brasil. Essa é a perspectiva, a única perspectiva, que deve orientar o Supremo Tribunal Federal no julgamento desse particular aspecto da questão.¹⁰²

Nesse caso, o STF soube manter-se fiel ao código e à função própria do sistema jurídico. De qualquer forma, sinaliza ele o risco de desvio de função inerente a uma empreitada da complexidade daquela envolvida no controle judicial de atos de relações internacionais.

À luz dessas considerações, pode-se concluir que constituiria sintoma de desvio da função judicial eventual controle político, pelo Judiciário, do mérito exclusivamente político de atos ou omissões dos demais poderes, mas não o controle judicial sobre a “natureza jurídica”¹⁰³ —ou, diríamos nós, sobre os aspectos juridicamente regulados— dessas condutas.

3.2.3. *A judicialização das relações internacionais*

Os dois fenômenos acima apontados —transformações quantitativas e qualitativas na política externa, que ganha relevância na vida nacional, e aumento do protagonismo dos tribunais— criam condições propícias para que o paradigma clássico de governança das relações internacionais passe a ser, gradualmente, questionado. É natural que grupos insatisfeitos com os rumos da ação governamental dirijam-se aos outros poderes, inclusive ao Judiciário, na busca de maior controle sobre o Executivo.

Esse movimento, como se verá abaixo, é perceptível no caso brasileiro. No entanto, verifica-se também em outras partes do mundo, notadamente em países com significativa atuação internacional. Neste trabalho, optou-se por examinar as experiências de

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 855-2**, cit., voto do ministro Celso de Mello, fl. 113. Em outro momento, o magistrado já havia pronunciado resposta igualmente contundente: “[q]uestões políticas não podem ser resolvidas à margem do que dispõe a Constituição de nosso País, cuja supremacia não pode ficar exposta a juízos discricionários fundados em razões de mera conveniência governamental” (fl. 94).

¹⁰³ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico...**, cit., p. 183.

judicialização das relações internacionais em outros dois países, com vistas a contrastá-las com o que se sucede no Brasil: Estados Unidos da América (EUA) e Portugal.

3.2.3.1. Estados Unidos da América

Em um país que deu origem à tradição da *judicial review*, era natural esperar uma jurisprudência consistente em termos de controle dos atos de relações internacionais que tenham repercussão constitucional. Não é, contudo, o que ocorre.

A razão para isso é tão antiga quanto a própria decisão da Suprema Corte norte-americana que firmou, pela primeira vez, a competência do Judiciário para rever os atos dos demais poderes à luz do texto constitucional. Em *Marbury v. Madison* (1803), o *leading case* sobre o controle de constitucionalidade nos EUA, a Corte afirmou que a Constituição atribui ao Presidente importantes prerrogativas *políticas*, no exercício das quais ele poderia se conduzir discricionariamente, respondendo ao país apenas na sua qualidade de agente político. Por se tratar de um poder discricionário, os atos assim praticados seriam imunes a controles, tendo a decisão do Executivo caráter terminativo. O campo por excelência no qual essas ideias se aplicariam, enfatizou a Corte, seria justamente o das relações internacionais:

A aplicação desta consideração pode ser notada atentando-se ao ato do Congresso que estabelece o Departamento de Relações Internacionais. Esta autoridade [...] há de se adequar com precisão à vontade do Presidente. Ela é o mero órgão por meio do qual aquela vontade é comunicada. Os atos dessa autoridade, enquanto autoridade, jamais podem ser examinados pelos tribunais.¹⁰⁴

Essa decisão foi o pontapé para a criação de uma teoria constitucional, como esclarece Thomas Franck, que supõe que as relações externas seriam, a um só tempo, diferentes de todas as outras questões de Estado e isentas do escrutínio judicial¹⁰⁵. Trata-se, conforme a terminologia adotada pelo mesmo autor, da *corrente abdicacionista*, na medida

¹⁰⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/5/137.html>>. Acesso em: 18 out. 2011 (no original: “The application of this remark will be perceived by adverting to the act of congress for establishing the department of foreign affairs. This officer, as his duties were prescribed by that act, is to conform precisely to the will of the president. He is the mere organ by whom that will is communicated. The acts of such an officer, as an officer, can never be examinable by the courts.”).

¹⁰⁵ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers**: does the rule of law apply to foreign affairs? Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 3.

em que postula uma renúncia do Judiciário ao seu regular papel de controlar, numa perspectiva constitucional, os atos praticados pelos demais poderes do Estado.

É certo que a decisão da Corte, em *Marbury v. Madison*, não esclarece adequadamente o porquê de colocar as relações internacionais fora do alcance do Judiciário, nem o que significa, exatamente, excluir do exame judicial atos nesse domínio¹⁰⁶. Na prática, contudo, como prossegue Franck:

[...] alguns tribunais compreenderam a teoria da inviolabilidade como significando que os juízes devem se abster de examinar a legalidade ou mesmo a constitucionalidade de ações tomadas pelo Presidente e seus subordinados quando se alegar que eles agiram em nome da política externa ou segurança nacional.¹⁰⁷

Relações internacionais passaram, assim, a constituir uma espécie de “trunfo”, cuja mera invocação teria o efeito de inviabilizar o controle judicial.

As razões por trás da abdicação judicial tornaram-se mais claras no julgamento do caso *Cherokee Nation v. State of Georgia* (1831), no qual os Cherokee pleiteavam impedir o estado da Georgia de executar suas leis no território daquele povo indígena. A Corte rejeitou a demanda, sem ingressar no mérito, tendo em vista que, a seu ver, os cherokees não constituíam uma nação estrangeira, nos termos da seção II do art. III da Constituição, faltando-lhes legitimidade para postular judicialmente. Em seu voto, contudo, o juiz Willian Johnson enfatizou que, ainda que assim não fosse, o caso era impassível de exame judicial, na medida em que possuía um nítido caráter político. Para justificar essa afirmação, referiu-se então a um precedente *britânico* —o caso *Nabob of Arcot*— que os tribunais ingleses recusaram-se a apreciar justamente porque tinha origem em tratados firmados entre Estados soberanos, consubstanciando uma questão insuscetível de ser dirimida judicialmente. Afinal, segundo o juiz Johnson, “[n]o exercício de uma prerrogativa da soberania [celebração de tratados], o soberano é o único árbitro de sua própria justiça.”¹⁰⁸

A circunstância de a Corte recorrer, sem maiores reflexões, à jurisprudência de um Estado com um sistema político substancialmente diverso daquele inaugurado nos EUA

¹⁰⁶ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 4.

¹⁰⁷ Ibid., p. 4 (no original: “[...] some courts have taken the theory of inviolability to mean that judges must refrain from examining either the legality or even the constitutionality of actions taken by the president and his subordinates once it has been asserted that they acted in the name of foreign policy or national security.”).

¹⁰⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Cherokee Nation v. State of Georgia*. 30 U.S. 1 (1831). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/30/1.html>>. Acesso em: 18 out. 2011 (no original: “In the exercise of sovereign right, the sovereign is sole arbiter of his own justice.”).

—e do qual, recorde-se, o povo norte-americano havia recentemente se declarado independente— é problemática, como alerta Franck:

Contra toda evidência e sentido comum, o juiz Johnson pareceu acreditar que uma regra de contenção judicial fincada no ethos do absolutismo monárquico (ou, mais tarde, parlamentar) e de indivisão entre os poderes Executivo-Legislativo poderia ser adaptada confortavelmente a um sistema de divisão de poderes no qual a “supremacia” dos tratados havia sido escrita na Constituição.¹⁰⁹

Não obstante, decisões como essas tiveram o efeito de contribuir para transpor aos Estados Unidos uma doutrina —a das “questões políticas”— que, ainda que pudesse fazer sentido na Inglaterra, era dificilmente compatível com o novo constitucionalismo norte-americano. Uma hipótese para compreender esse aparente paradoxo é oferecida pelo próprio Franck, para quem a postura da Corte pode ser vista como “o expediente de um Judiciário federal frágil debruçado pela primeira vez sobre o desafio de firmar sua supremacia em assuntos domésticos e, portanto, buscando algo conveniente e relativamente barato para dar em troca aos poderes políticos e aos estados.”¹¹⁰ A moeda de troca, àquela altura, foi uma certa imunidade judicial em relação a assuntos internacionais, favorecendo o estabelecimento de um “presidencialismo imperial” nesse campo¹¹¹.

Em 1882, a decisão da Suprema Corte em *US v. Lee* reforçou a tendência de tratar assuntos de dimensão internacional como questões políticas, e não jurídicas, na linha da tradição britânica. O voto do juiz Samuel Freeman Miller, muito embora seja louvado por colocar em xeque a propriedade de referenciar os julgamentos da Corte em precedentes ingleses, tendo em vista que nos EUA o direito se impõe mesmo em relação aos poderes políticos do Estado¹¹², é claro a esse respeito:

¹⁰⁹ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 12 (no original: “Against all the evidence and common sense, Justice Johnson seemed to believe that a rule of judicial reticence steeped in the ethos of monarchical (or later, parliamentary) absolutism and undivided legislative-executive power could be harnessed quite comfortably to a system of divided power in which the ‘supremacy’ of treaty law had been written into the Constitution.”).

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 12 (no original: “an expedient by a fragile federal judiciary bent first on establishing its supremacy in domestic matters and thus looking for a convenient, relatively inexpensive ‘giveback’ to throw to the political branches and the states.”).

¹¹¹ *Ibid.*, p. 13.

¹¹² Merece destaque o trecho de seu voto a esse respeito. Segundo o juiz Miller, uma das razões pelas quais não se poderia pretender conferir muito peso às decisões dos tribunais ingleses era “the vast difference in the essential character of the two governments as regards the source and the depositaries of power”. Na Inglaterra, “the monarch is looked upon with too much reverence to be subjected to the demands of the law as ordinary persons are, and the king-loving nation would be shocked at the spectacle of their queen being

[...] tanto pelos tribunais ingleses quanto pelos nossos, tem sido uniformemente entendido que [...] questões [...] que [...] podem envolver guerra ou paz, devem ser primariamente tratadas pelos órgãos governamentais que possuem o poder de lidar com elas por meio da negociação, ou de garantir os direitos dos cidadãos por meio da guerra. Nesses casos o Poder Judiciário segue a ação do poder político, e não irá constranger este último pela adoção uma jurisdição antagônica.¹¹³

Esse tratamento diferenciado a questões envolvendo relações internacionais foi enfaticamente defendido, algumas décadas mais tarde, no julgamento do caso *United States v. Curtiss-Wright Export Corporation* (1936), precedente que passou a ser recorrentemente citado em decisões futuras para defender que assuntos externos pertencem à órbita exclusiva do Presidente¹¹⁴.

No caso, os peticionários impugnavam uma resolução conjunta do Congresso que autorizou o Presidente a proibir, caso achasse necessário, o comércio de armas e munições a países envolvidos na guerra do Chaco. A principal alegação a seu favor era de que a resolução caracterizava indevida delegação de poderes legislativos ao Executivo. A Corte, pela pena do juiz Alexander George Sutherland, após declarar que o assunto se enquadrava na categoria de relações internacionais, defendeu que as prerrogativas do Governo Federal nesse domínio eram fundamentalmente diferentes daquelas vigentes no âmbito doméstico. Primeiro, porque na esfera internacional os poderes da União não eram apenas aqueles explícita ou implicitamente dispostos na Constituição, posto que o texto constitucional funcionaria como limite apenas quando conflitasse com prerrogativas que os estados haviam reservado para si

turned out of her pleasure garden by a writ of ejectment against the gardener. The crown remains the fountain of honor, and the surroundings which give dignity and majesty to its possessor are cherished and enforced all the more strictly because of the loss of real power in the government. It is not to be expected, therefore, that the courts will permit their process to disturb the possession of the crown by acting on its officers or agents.” Já nos Estados Unidos, “the people, who are there [in England] called subjects, are the sovereign. Their rights, whether collective or individual, are not bound to give way to a sentiment of loyalty to the person of the monarch. The citizen here knows no person, however near to those in power, or however powerful himself, to whom he need yield the rights which the law secures to him when it is well administered. When he, in one of the courts of competent jurisdiction, has established his right to property, there is no reason why deference to any person, natural or artificial, not even the United States, should prevent him from using the means which the law gives him for the protection and enforcement of that right” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. US v. Lee*. 106 U.S. 196 (1882). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/106/196.html>>. Acesso em: 3 nov. 2011).

¹¹³ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. US v. Lee*, cit. (no original: “[...] both by the English courts and ours, it has been uniformly held that [...] questions [...] which [...] might involve war or peace, must be primarily dealt with by those departments of the government which had the power to adjust them by negotiation, or to enforce the rights of the citizen by war. In such cases the judicial department of this government follows the action of the political branch, and will not embarrass the latter by assuming an antagonistic jurisdiction.”).

¹¹⁴ Cf. FRANCK, Thomas. *Political questions, judicial answers...*, cit., p. 15.

—e estes nunca tiveram poderes na esfera internacional. “[A] investidura do Governo Federal com as prerrogativas de soberania externa não dependeu das concessões afirmativas da Constituição”, tendo antecedido o próprio texto constitucional, consignou a Corte¹¹⁵. Segundo, e de forma ainda mais significativa, porque a própria *natureza* da atuação internacional seria distinta daquela que se verifica no interior do país. Veja-se:

[...] É bastante evidente que se, na manutenção de nossas relações internacionais, o constrangimento —talvez sério constrangimento— há de ser evitado e o sucesso de nossos objetivos, atingido, medidas legislativas que requerem negociação e sondagens junto ao campo internacional para se tornarem efetivas devem sempre assegurar ao Presidente um nível de discricionariedade e liberdade de restrições legais que não seriam admissíveis se apenas assuntos domésticos estivessem envolvidos. Ademais, o Presidente, e não o Congresso, tem melhor condição de saber as condições que prevalecem em países estrangeiros, e isto é especialmente certo em tempos de guerra. Ele tem suas fontes de informação confidenciais. Ele tem seus agentes na forma de funcionários diplomáticos, consulares e outros. O segredo em relação à informação por eles recolhida pode ser altamente necessário, e sua prematura divulgação, capaz de produzir resultados danosos. [...]¹¹⁶

Em suma: “Sutherland concluiu em *Curtiss-Wright* que a Constituição simplesmente não se aplica às relações internacionais”, como observa Franck¹¹⁷.

A doutrina das questões políticas, porém, sofreu um forte revés em 1962, quando a Suprema Corte decidiu, em *Baker v. Carr*, que ela não impedia o exame da constitucionalidade de uma lei do estado do Tennessee relativa à composição de seus distritos eleitorais.

O Tribunal Distrital Federal no Tennessee havia entendido que o caso apresentava uma questão política e, por essa razão, não era justiciável. Em grau de recurso, a Corte julgou

¹¹⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. United States v. Curtiss-Wright Export Corporation*. 299 U.S. 304 (1936). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/299/304.html>>. Acesso em: 18 out. 2011 (no original: “[t]he investment of the federal government with the powers of external sovereignty did not depend upon the affirmative grants of the Constitution.”).

¹¹⁶ *Ibid.* (no original: “[...] It is quite apparent that if, in the maintenance of our international relations, embarrassment-perhaps serious embarrassment-is to be avoided and success for our aims achieved, congressional legislation which is to be made effective through negotiation and inquiry within the international field must often accord to the President a degree of discretion and freedom from statutory restriction which would not be admissible were domestic affairs alone involved. Moreover, he, not Congress, has the better opportunity of knowing the conditions which prevail in foreign countries, and especially is this true in time of war. He has his confidential sources of information. He has his agents in the form of diplomatic, consular and other officials. Secrecy in respect of information gathered by them may be highly necessary, and the premature disclosure of it productive of harmful results. [...]”).

¹¹⁷ FRANCK, Thomas. *Political questions, judicial answers...*, cit., p. 17.

necessário, portanto, melhor delimitar os contornos da doutrina. Estabeleceu, então, que a sua aplicação requeria a ocorrência de ao menos um dos seguintes fatores: a atribuição constitucional, textualmente demonstrável, da matéria a um dos órgãos políticos; a ausência de parâmetros reveláveis e manejáveis ao Judiciário para resolver a questão; a impossibilidade de decidir o caso sem uma prévia determinação política claramente afeita a uma discricionariedade não judicial; a inviabilidade do tribunal tomar uma decisão independente sem que isso represente falta de respeito aos demais poderes de Estado; uma extraordinária necessidade de adesão, sem maiores questionamentos, a uma decisão política já adotada; e o potencial de constrangimento em razão de múltiplos pronunciamentos pelos diversos poderes sobre uma mesma questão. Em seguida, concluiu:

A não ser que uma dessas formulações seja indissociável do caso sob julgamento, não deve haver rejeição por não justiciabilidade em função da presença de uma questão política. A doutrina da qual cuidamos é a das “questões políticas”, não a dos “casos políticos”. Os tribunais não podem rejeitar como “processo infundado” uma controvérsia de boa fé sobre se alguma ação denominada “política” excede a autoridade constitucional. Os casos que nós revisamos demonstram a necessidade de uma cuidadosa investigação sobre os fatos específicos e abordagem do caso concreto, assim como a impossibilidade de resolução por qualquer catalogação semântica.¹¹⁸

Ao mesmo tempo, porém, a Corte sugeriu que questões envolvendo relações internacionais seriam, a princípio, políticas:

Não apenas a resolução desses assuntos frequentemente requer parâmetros que resistem aplicação judicial, ou envolve o exercício de uma discricionariedade demonstravelmente atribuída ao Executivo ou ao Legislativo, como muitas dessas questões demandam um pronunciamento unívoco das posições do Governo.¹¹⁹

¹¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Supreme Court. Baker v. Carr*. 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/us/369/186.html>>. Acesso em: 18 out. 2011 (no original: “Unless one of these formulations is inextricable from the case at bar, there should be no dismissal for nonjusticiability on the ground of a political question's presence. The doctrine of which we treat is one of ‘political questions,’ not one of ‘political cases.’ The courts cannot reject as ‘no law suit’ a bona fide controversy as to whether some action denominated ‘political’ exceeds constitutional authority. The cases we have reviewed show the necessity for discriminating inquiry into the precise facts and posture of the particular case, and the impossibility of resolution by any semantic cataloguing.”).

¹¹⁹ Ibid. (no original: “Not only does resolution of such issues frequently turn on standards that defy judicial application, or involve the exercise of a discretion demonstrably committed to the executive or legislature; but many such questions uniquely demand single-voiced statement of the Government's views.”).

Para Franck, esse é mais um exemplo de “pacto faustiano”, no qual o controle das relações internacionais sai prejudicado:

Isto reflete a continuada eficácia do pacto faustiano efetuado em *Marbury*, a barganha praticada por juízes que ampliam sua jurisdição sobre conflitos políticos domésticos e, então, buscam pacificar o furioso animal político fazendo o grande gesto de descartar a revisão judicial de disputas que toquem as relações internacionais.¹²⁰

É importante notar, porém, que a Suprema Corte norte-americana não afastou por completo, em *Baker v. Carr*, a ideia do envolvimento do Judiciário nesse domínio, conforme demonstra um adicional trecho do julgamento:

[...] é um erro supor que todo caso ou controvérsia relativo a relações internacionais está além do conhecimento judicial. Nossos casos nesse campo parecem invariavelmente revelar uma atenta análise da questão particular sob exame, em termos da história de como foi lidada pelos poderes políticos, de sua suscetibilidade ao manejo judicial à luz de sua natureza a modo como se apresenta no caso específico, e das possíveis consequências de uma atuação judicial.¹²¹

De qualquer forma, como resultado de *Baker v. Carr*, “o uso doméstico da doutrina das questões políticas foi virtualmente erradicado nos últimos anos mesmo quando sua aplicabilidade às relações internacionais foi reforçada pelos tribunais.”¹²²

É verdade que, em vários dos casos em que ela é empregada, ocorre aquilo que Franck denomina “contabilidade de dupla entrada”, na medida em que o tribunal, mesmo

¹²⁰ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 19 (no original: “This reflects the continued efficacy of the Faustian pact struck in *Marbury*, the giveback practice of judges who enlarge their jurisdiction over domestic political conflicts but then seek to pacify the enraged political beast by making a grand gesture of jettisoning judicial review of disputes touching foreign affairs.”).

¹²¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *U.S. Supreme Court. Baker v. Carr*, cit. (no original: “[...] it is error to suppose that every case or controversy which touches foreign relations lies beyond judicial cognizance. Our cases in this field seem invariably to show a discriminating analysis of the particular question posed, in terms of the history of its management by the political branches, of its susceptibility to judicial handling in the light of its nature and posture in the specific case, and of the possible consequences of judicial action.”).

¹²² FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 19 (no original: “As a result of such tactics, the political-question doctrine’s domestic use has been virtually eradicated in recent years even as its applicability to foreign affairs has been reinforced by the courts.”). Cf. também PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **Os actos políticos em direito comparado atual**. 2003. 20 f. Relatório apresentado à disciplina Direito Constitucional (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, p. 6. Fábio Konder Comparato aponta que “A jurisprudência ulterior [à *Merbury v. Madison*] da Suprema Corte americana [...], ao abandonar o reto caminho traçado por essa decisão inaugural, acabou por se perder num emaranhado de contradições e sutilezas, transformando a matéria numa ‘doutrina amorfa’, despida de todo conteúdo” (COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso. **Boletim dos Procuradores da República**, Brasília, ano III, n. 36, p. 3-9, abr. 2001).

afirmando a não justiciabilidade do caso, ingressa no mérito da controvérsia, ainda que geralmente para se pronunciar a favor do ato questionado¹²³. E prossegue o ex-professor da Universidade de Nova York:

Talvez o que esteja realmente acontecendo é que os próprios juízes estão divididos: em casos de relações internacionais e segurança nacional, eles querem que o governo geralmente siga seu rumo de ação, mas não desejam ser vistos como colaboradores subservientes. Por isso asseguram que o governo sempre ganhe mas sem dar a entender que decidem a seu favor no mérito.¹²⁴

Atualmente, a reticência do Judiciário dos EUA em apreciar atos de relações internacionais é ancorada menos na doutrina das questões políticas e mais em argumentos de prudência judicial. Esses argumentos são, fundamentalmente, quatro: (1) o de que casos de relações internacionais dependem de provas que os tribunais não têm condições de obter ou avaliar; (2) o de que eles apresentam questões de política pública para as quais parâmetros legais são inaplicáveis ou incertos; (3) o de que eles trazem questões que devem ser resolvidas por especialistas em relações internacionais, e não por juízes; e (4) o de que decisões judiciais desconfortáveis sobre relações internacionais podem acabar sendo ignoradas pelos braços políticos do Estado¹²⁵.

Por uma via ou outra, consta-se nos tribunais norte-americanos uma clara tendência de prestar deferência aos poderes políticos e *experts* em relações internacionais. No entanto, como alerta Franck, esta tendência “está longe de ser universal”¹²⁶.

Para demonstrar essa assertiva, o autor identifica e discute, então, um significativo conjunto de decisões, classificadas em três grupos, em que os juízes contornaram ou nem sequer prestaram maior atenção a eventuais obstáculos ao exame judicial. O primeiro grupo de decisões tem a ver com casos nos quais se instaurara um conflito entre interesses de segurança e relações internacionais com *direitos de propriedade*¹²⁷. A seguir, há inúmeras

¹²³ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 21.

¹²⁴ Ibid., p. 30 (no original: “Perhaps what is really happening is that the judges themselves are torn: In foreign-relations and national-security cases, they want the government generally to have its way, but they do not wish to be seen as its subservient collaborators. Thus they ensure that the government always wins but without appearing to decide in its favor on the merits.”).

¹²⁵ Ibid., p. 45. O autor traz, às p. 46 et seq, uma coleção de decisões judiciais exemplificativas do uso de cada um desses quatro principais argumentos, tecendo críticas a respeito.

¹²⁶ Ibid., p. 61 (no original: “is far from universal”).

¹²⁷ Ibid., p. 63-76. Trata-se das seguintes decisões: *Mitchell v. Harmony* (1851), *Vermilya-Brown Co. Inc. v. Connell* (1948), *Youngstown Co. v. Sawyer* (1952), *First Nat’l City Bank v. Banco Nacional de Cuba* (1972),

decisões que versam sobre o choque com *direitos civis*¹²⁸. Finalmente, o terceiro grupo de decisões relaciona-se à *disputa de poderes entre o Legislativo e o Executivo*¹²⁹.

Como afirmado acima, esse complexo de decisões não significa que a corrente abdicacionista não continue sendo predominante nos EUA. Ela é. No entanto, isso revela que o assunto está longe de estar pacificado no âmbito dos tribunais:

[...] não há jurisprudência consistente mas apenas um bocado de decisões contraditórias e [...] o estado do direito regulando a função judicial em casos de relações internacionais é essencialmente incoerente.¹³⁰

A situação é, nas palavras de Franck, de “caos jurisprudencial” (sic)¹³¹, o que, se de um lado frustra aqueles que poderiam pretender encontrar nos EUA uma reflexão já amadurecida e consolidada a respeito do tema, anima aqueles que visualizam nesse contexto amplos espaços para desafiar o domínio do abdicacionismo judicial.

Dames Moore v. Regan (1980) e *United States v. Sperry Corp.* (1989), da **Supreme Court**; *Algonquin SNG, Inc. v. Federal Energy Admin.* (1975) e *Ramirez de Arellano v. Weinberg* (1984), da **Court of Appeals for the District of Columbia Circuit**; *Tartar Chemical v. United States* (1902), da **Circuit Court for the Southern District of New York**; *Morgan Guaranty Trust Co. v. Republic of Palau* (1986), da **District Court for the Southern District of New York**; *Salimoff & Co. v. Standard Oil Co. of New York* (1933), da **Court of Appeals of New York**; e *Upright v. Mercury Business Machines Co.* (1961), da **Supreme Court of New York**.
¹²⁸ FRANCK, Thomas. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 76-90. Trata-se das seguintes decisões: *Application of Yamashita* (1946), *Kent v. Dulles* (1958), *New York Times Co. v. United States* (1971), *Kleindienst v. Mandel* (1972), *I.N.S. v. Chadha* (1983) e *United States v. Verdugo-Urquidez* (1990), da **Supreme Court**; *Commonwealth of Massachusetts v. Laird* (1971), da **Court of Appeals for the First Circuit**; *Berk v. Laird* (1970) e *Planned Parenthood Fed. v. Agency for Int'l Dev.* (1988), da **Court of Appeals for the Second Circuit**; *Quinn v. Robinson* (1986), da **Court of Appeals for the Ninth Circuit**; *Jean v. Nelson* (1984), da **Court of Appeals for the Eleventh Circuit**; *Power Authority of New York v. Federal Power Com'n* (1957), *Zweibon v. Mitchell* (1975), *Diggs v. Richardson* (1976), *Narenji v. Civiletti* (1979), *Natural Resources Defense Council, Inc. v. Nuclear Reg. Com'n* (1981), *Abourezk v. Reagan* (1986), *Finzer v. Barry* (1986), *Haitian Refugee Center v. Gracey* (1987) e *Washington Post Co. v. United States Dep't of State* (1988), da **Court of Appeals for the District of Columbia Circuit**; *Chang v. United States* (1988), da **Court of Appeals for the Federal Circuit**; e *United States v. Progressive, Inc.* (1979), da **District Court for the Western District of Wisconsin**.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 90-96. Trata-se das seguintes decisões: *Japan Whaling Ass'n v. American Cetacean Soc.* (1986), da **Supreme Court**; *Sneaker Circus, Inc. v. Carter* (1977), da **Court of Appeals for the Second Circuit**; *United States v. American Telephone & Telegraph Co.* (1977), *Edwards v. Carter* (1978) e *South African Airways v. Dole* (1987), da **Court of Appeals for the District of Columbia Circuit**; e *Sanchez-Espinoza v. Reagan* (1983), da **District Court for the District of Columbia**.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 7-8 (no original: “there is no consistent jurisprudence but only a welter of contradictory cases and [...] the state of the law governing the judicial role in foreign affairs cases is essentially incoherent.”).

¹³¹ *Ibid.*, p. 8.

3.2.3.2. Portugal

A bicentenária Constituição dos EUA, em matéria de relações internacionais, limita-se a estabelecer normas de distribuição de competências entre os poderes políticos (Executivo e Legislativo) e, mesmo assim, de forma pouco abrangente. Como assinala Henkin, “o texto aparenta hoje ser estranhamente incompleto. O termo *relações internacionais* não está na Constituição; a concepção de relações internacionais refletida nas disposições constitucionais parece incrivelmente limitada.”¹³²

Esse não é o caso do texto constitucional português, promulgado em 1976, dois anos após a Revolução dos Cravos que derrubou o regime autoritário fundado por António Salazar em 1933. Em realidade, já o programa do grupo que comandou a derrubada do regime —o Movimento das Forças Armadas Portuguesas—, de 21/4/1974, trazia um item especificamente destinado a traçar os princípios e diretrizes de relações internacionais que deveriam orientar a atuação do Governo Provisório instaurado após a Revolução:

7 - O Governo Provisório orientar-se-á em matéria de política externa pelos princípios da independência e da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros países e da defesa da paz, alargando e diversificando relações internacionais com base na amizade e cooperação:

a) O Governo Provisório respeitará os compromissos internacionais decorrentes dos tratados em vigor.¹³³

Em 2 de junho do ano seguinte (1975), seria instaurada a Assembleia Constituinte com a missão de elaborar um novo texto constitucional para o país. Na sistemática então adotada, cabia a cada partido político com representação na Assembleia apresentar um projeto de Constituição, e todos os projetos apresentados pelos seis partidos (CDS – Centro Democrático Social, MDP/CDE – Movimento Democrático Português/Comissão Democrática Eleitoral, PCP – Partido Comunista Português, PS – Partido Socialista, PPD – Partido Popular Democrático e UDP – União Democrática Popular) continham, em maior

¹³² HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 19 (no original: “the text appears today to be strangely incomplete. The term *foreign affairs* is not in the Constitution; the conception of foreign affairs reflected in the constitutional dispositions seems incredibly limited.”).

¹³³ PORTUGAL. **Programa das Forças Armadas Portuguesas** [on line]. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/cd25a/wikka.php?wakka=estrut07>>. Acesso em: 18 nov. 2011. O documento incorporava, também, um item (8) voltado à “política ultramarina” do Governo Provisório, tendo em vista as colônias que até então eram de domínio português.

ou menor escala, previsões de normas conformadoras da política externa¹³⁴. Coube à Comissão de Princípios Fundamentais consolidar as propostas em torno de um único texto, apresentado à Assembleia em 31/7/1975¹³⁵.

O texto da Comissão é muito semelhante àquele que viria a resultar no art. 7º da Constituição portuguesa. Aclamado por unanimidade na própria Comissão¹³⁶, não suscitou debates, na *generalidade*, na Assembleia, tendo sido aprovado juntamente com os demais dez artigos propostos sobre “princípios fundamentais” com 188 votos a favor, 1 contra e 16 abstenções, em sessão de 6/8/1975¹³⁷. Dois dias depois, o dispositivo voltou à discussão na Assembleia, desta vez na *especialidade*, e novamente recebeu a unânime aprovação de todos os parlamentares¹³⁸. A única ressalva ao artigo, na forma como proposto, partiu do então deputado pelo PPD Jorge Miranda, que sugeria aperfeiçoamentos em sua redação¹³⁹; a Assembleia optou, contudo, por deixar esse aspecto aos cuidados da Comissão de Redação. Além disso, duas sugestões de complementação ao dispositivo, apresentadas pelo deputado Américo Duarte (UDP), foram rejeitadas¹⁴⁰.

Em 1/4/1976, a Comissão de Redação apresentou seu relatório ao Plenário da Assembleia Constituinte, tendo o art. 7º sido “modelado” na busca de uma “redacção mais satisfatória”¹⁴¹. As mudanças operadas pela Comissão consistiram, fundamentalmente, em alterar o tempo do verbo no n. 1 do dispositivo (de “Portugal reger-se-á” para “Portugal rege-se”), suprimir, no n. 4, o princípio do “incremento da cooperação internacional em todos os domínios”, e substituir as diretrizes de “segurança colectiva internacional” e do “estabelecimento de instrumentos adequados e eficazes para a solução pacífica de conflitos entre os povos” pela, mais sintética, do “estabelecimento de um sistema de segurança

¹³⁴ Cf. projeto do CDS, art. 7º; projeto do MDP/CDE, art. 5º; projeto do PCP, arts. 9º-11º; projeto do PS, art. 7º; projeto do PPD, art. 6º; e projeto da UDP, arts. 6º-10º e 13º. Os projetos de Constituição foram publicados conjuntamente no Diário da Assembleia Constituinte (DAC), Suplemento ao n. 16, 24 jul. 1975. Os DAC estão disponíveis em: <<http://debates.parlamento.pt>>.

¹³⁵ Cf. DAC, n. 24, 1 ago. 1975, p. 600 et seq.

¹³⁶ Ibid., p. 602.

¹³⁷ Cf. DAC, n. 27, 7 ago. 1975, p. 677.

¹³⁸ Cf. DAC, n. 29, 9 ago. 1975, p. 752.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid. O parlamentar propunha que se inserisse no n. 1 do artigo a seguinte disposição: “A República Portuguesa rejeita as organizações ditas de defesa colectiva destinadas a servir os interesses particulares das duas superpotências e recusa a protecção nuclear de qualquer das grandes potências, EUA e URSS.” Além disso, defendia a inclusão do n. 4: “A República Portuguesa não terá relações diplomáticas com os Estados que possuam colónias, nem com Estados em que se pratique o apartheid.”

¹⁴¹ Cf. DAC, n. 131, 2 abr. 1976, p. 4372.

colectiva”. O texto final, tal como veio a constar da Constituição aprovada em 2/4/1976, é o seguinte:

ARTIGO 7.º
(Relações internacionais)

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do direito dos povos à autodeterminação e à independência, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da Humanidade.
2. Portugal preconiza a abolição de todas as formas de imperialismo, colonialismo e agressão, o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.
3. Portugal reconhece o direito dos povos à insurreição contra todas as formas de opressão, nomeadamente contra o colonialismo e o imperialismo, e manterá laços especiais de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa.

Desde então, o art. 7º passou por adicionais transformações nas sucessivas revisões constitucionais (oito) ocorridas até a data de elaboração desta tese, principalmente com vistas a adequá-lo ao ingresso e permanência de Portugal na União Europeia e a permitir a submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Além disso, os três primeiros números do dispositivo foram aperfeiçoados, destacando-se a inclusão do princípio do “respeito dos direitos do homem” no n. 1, por ocasião da 1ª Revisão Constitucional, em 1982 —modificação esta que “obteve adesão generalizada” na subcomissão da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional encarregada de avaliá-la¹⁴² e que foi, igualmente, aprovada por unanimidade pela Assembleia da República¹⁴³. Confira-se abaixo a atual redação do art. 7º da Constituição portuguesa:

Artigo 7.º
Relações internacionais

¹⁴² Cf. Acta da reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 29 de Julho de 1981, transcrita no Diário da Assembleia da República (DAR), II série, suplemento ao n. 108, 10 ago. 1981, p. 61. Os DAR estão disponíveis em <http://debates.parlamento.pt/diary.aspx?cid=r3.dar_s2rc>.

¹⁴³ Cf. DAR, II série, n. 130, 30 jul. 1982, p. 547.

1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.
2. Portugal preconiza a abolição do imperialismo, do colonialismo e de quaisquer outras formas de agressão, domínio e exploração nas relações entre os povos, bem como o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.
3. Portugal reconhece o direito dos povos à autodeterminação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão.
4. Portugal mantém laços privilegiados de amizade e cooperação com os países de língua portuguesa.
5. Portugal empenha-se no reforço da identidade europeia e no fortalecimento da acção dos Estados europeus a favor da democracia, da paz, do progresso económico e da justiça nas relações entre os povos.
6. Portugal pode, em condições de reciprocidade, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático e pelo princípio da subsidiariedade e tendo em vista a realização da coesão económica, social e territorial, de um espaço de liberdade, segurança e justiça e a definição e execução de uma política externa, de segurança e de defesa comuns, convencionar o exercício, em comum, em cooperação ou pelas instituições da União, dos poderes necessários à construção e aprofundamento da união europeia.
7. Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma.

Especificamente em relação ao n. 1 do art. 7º —o qual iria claramente inspirar o constituinte no Brasil, não apenas pela ideia de inserir um dispositivo dedicado aos princípios das relações internacionais, mas, inclusive, pelos próprios princípios seleccionados (todos os sete relacionados no n. 1 do art. 7º aparecem, com algumas variações, no art. 4º da Constituição brasileira de 1988)—, a literatura jurídica portuguesa costuma afirmar que os postulados nele indicados são produções do direito internacional e, portanto, devem ser interpretados à luz dessa normativa¹⁴⁴. Juristas de grande influência entendem, ademais, que o

¹⁴⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 78; COSTA, António. A Constituição e as relações externas. In: COELHO, Mário Baptista (coord.). **Portugal: O sistema político e constitucional**. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 1989, p. 675-682, especialmente p. 676; MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Petrony, 1978, p. 292-293; MIRANDA, Jorge. As relações entre ordem internacional e ordem interna na actual constituição portuguesa. In: **Ab Vno Ad Omens: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 275-301,

dispositivo contém norma juridicamente vinculante, servindo como parâmetro para a aferição da constitucionalidade de atos estatais. Esse é o caso, por exemplo, de Jorge Miranda, ilustre professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que, como visto acima, participou ativamente da Assembleia Constituinte:

Estes princípios [...] vinculam o Estado Português não apenas positiva e bilateralmente com ainda negativamente e em relação ao próprio Estado, no sentido de que os seus órgãos não podem, por actos ou omissões, limitar ou negar o direito do povo português à autodeterminação e à independência, pôr em casa a sua igualdade frente aos demais Estados, adoptar formas não pacíficas de solução de conflitos, consentir ingerências nos assuntos internos de Portugal ou desenvolver cooperação com outros povos que não seja para a emancipação e o progresso da humanidade. Seria materialmente inconstitucional, com as consequências que decorrem dos mecanismos de fiscalização (arts. 277º e segs.), um tratado pelo qual, por exemplo, a República Portuguesa aceitasse restrições dos seus direitos soberanos em favor de outro Estado ou se propusesse fazer guerra a terceiros. Tal é a relevância constitucional específica destes princípios.¹⁴⁵

No mesmo sentido trilham Canotilho e Vital Moreira —este último, aliás, jurista que também atuou como deputado, pelo PCP, na Assembleia Constituinte. Ao comentar o art. 7º da Constituição portuguesa, afirmam que o dispositivo:

[...] contém princípios que devem presidir a **política externa** do Estado português. Não são de modo algum fórmulas vazias de relevância jurídica. Como *directiva constitucional* que é, esta norma exige cumprimento, e pode em certas circunstâncias fundamentar a invalidade de convenções internacionais ou actos do Estado que lhe sejam contrários.¹⁴⁶

Tendo em vista já estarem presentes no direito internacional, António Costa assinala que os princípios do art. 7º vinculariam o Estado português ainda que a Constituição não os mencionasse explicitamente. No entanto, aponta que a circunstância de o texto de 1976 incorporá-los está longe de ser despicienda, pois isso confere “dignidade constitucional” aos princípios, “revestindo-os assim de todas as qualidades inerentes às disposições da Constituição em sentido formal, designadamente como parâmetro de apreciação da

especialmente p. 284-285; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 82.

¹⁴⁵ MIRANDA, Jorge. **A Constituição de 1976**, cit., p. 293, grifo nosso. O autor mantém idêntico pronunciamento em MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**, cit., p. 82.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, cit., p. 78.

constitucionalidade [...] e pela relevância intersistemática que podemos assumir na interpretação de outras disposições constitucionais.”¹⁴⁷

É certo que essa linha de interpretação não é partilhada pela unanimidade da doutrina portuguesa. Jorge Bacelar Gouveia observa que, distanciando-se da corrente que visualiza o caráter “preceptivo” das normas do art. 7º, há juristas —entre os quais ele próprio— que enfatizam o caráter “pragmático” do dispositivo, negando-lhe força jurídica para impor a invalidação de atos que lhe forem contrários¹⁴⁸. De acordo com o catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa:

O enunciado dos princípios constitucionais em matéria de relações internacionais é [...] muitíssimo proclamatório e, quando muito, assumirá um relevo interpretativo adjuvante de outras disposições constitucionais específicas.¹⁴⁹

A jurisprudência, infelizmente, não lança muitas luzes sobre essa discussão. Isso porque, passados 35 anos da promulgação da Constituição, não se identifica nenhuma decisão do Tribunal Constitucional português em que o art. 7º, n. 1, tenha sido objeto de aprofundada discussão ou funcionado, efetivamente, como razão de decidir. Uma possível exceção refere-se ao acórdão 39/88, em que se debateram as normas sobre indenização a titulares de bens nacionalizados após a Revolução dos Cravos. O Tribunal invocou o princípio da solução pacífica dos conflitos internacionais, tal como inscrito no dispositivo constitucional, para corroborar o tratamento mais favorável concedido pela lei n. 80/77 às pessoas singulares ou coletivas de nacionalidade estrangeira. Afinal, nas palavras do relator, conselheiro Messias Bento:

Quando [...] se recordar que as nacionalizações de bens estrangeiros são sempre situações susceptíveis de gerar conflitos entre os Estados [...], logo se compreenderá que havia todo um conjunto de razões, designadamente de natureza política e económica, a justificar o regime de favor instituído.¹⁵⁰

¹⁴⁷ COSTA, António. A Constituição e as relações externas, cit., p. 676.

¹⁴⁸ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2005, p. 994-995. Cf. também GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995, p. 360.

¹⁴⁹ GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito constitucional**, cit., p. 996.

¹⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 39/88**. Processo n. 136/85, 2ª Secção, rel. cons. Messias Bento, decisão de 9/2/1988. As decisões do Tribunal Constitucional português estão disponíveis em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>.

O princípio do respeito aos direitos do homem, também inscrito no art. 7º, n. 1, aparece no acórdão 417/95. A sua menção, contudo, exerceu um papel secundário na argumentação do Tribunal, simplesmente para reforçar o compromisso do Estado português com os direitos do homem na esfera internacional. Tratava-se de recurso em face de decisão do Tribunal Superior de Justiça de Macau¹⁵¹ que deferira a extradição de cidadão para a República Popular da China, onde seria julgado por crime de homicídio. O Tribunal declarou inconstitucional a legislação portuguesa que autorizava a extradição na hipótese de crime punido no Estado requisitante com a pena de morte ou de prisão perpétua, se houvesse garantia de sua substituição (decreto-lei n. 437/75, art. 4º, 1, “a”). No entender da Corte, essa previsão conflitava, entre outras, com a regra constitucional que proíbe a extradição por crimes a que corresponda pena de morte (art. 33º, n. 3) —e, ao referi-la, o Tribunal recordou a existência de “normas como as dos actuais artigos 7º, n. 1, mandando reger Portugal nas relações internacionais pelo princípio ‘do respeito dos direitos do homem’”¹⁵².

O art. 7º da Constituição portuguesa aparece, ainda, em pelo menos duas outras decisões do Tribunal Constitucional.

No acórdão 531/98, em que se discutiu a proposta de referendo relativa à participação de Portugal na União Europeia, especialmente no que se refere à adesão ao Tratado de Amsterdam, o dispositivo foi apontado não apenas para demonstrar que esse empreendimento tomou vetores constitucionais, como também para realçar que, caso uma resposta negativa à pergunta do referendo pudesse ser interpretada como uma decisão de retirar Portugal da União Europeia, isso ensejaria conflito com a diretiva constitucional de integração prevista no art. 7º, n. 6¹⁵³.

Do mesmo modo, no acórdão 403/09, no qual se debateram certas disposições do Estatuto Político-Administrativo da Região Autónoma dos Açores, inclusive aquelas que possibilitavam ao Açores estabelecer uma política externa própria, o Tribunal Constitucional afirmou que o art. 7º impõe uma “unidade de sentido da política externa”, a qual “só pode ser conseguida mediante a intervenção decisória, apenas, dos órgãos de soberania que interpretam

¹⁵¹ Macau, na China, permaneceu como colônia portuguesa até 1999, quando passou a constituir uma Região Administrativa Especial da República Popular da China.

¹⁵² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 417/95**. Processo n. 374/94, Plenário, rel. cons. Guilherme da Fonseca, decisão de 4/7/1995.

¹⁵³ Id., **Acórdão 531/98**. Processo n. 756/98, Plenário, rel. cons. Maria Helena Brito, decisão de 29/7/1998.

o interesse nacional", declarando inconstitucionais os dispositivos estatutários que contradiziam essa orientação¹⁵⁴.

Embora essas quatro decisões praticamente esgotem a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o art. 7º, elas não constituem a totalidade de julgados sobre casos envolvendo relações internacionais, além dos tradicionais pronunciamentos em processos de extradição¹⁵⁵. Há cinco outras decisões que reforçam a hipótese de que também em Portugal o Judiciário, a começar pelo seu órgão de cúpula, não está completamente apartado das questões que surgem nesse domínio.

No ano de 1988, por exemplo, o Tribunal pronunciou-se duas vezes sobre temas de relações internacionais.

Na primeira (acórdão 32/88), a decisão limitou-se a não conhecer pedido de declaração de inconstitucionalidade da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n. 96, sobre agências de colocação não gratuitas, sob o argumento de que o processo de incorporação da Convenção ao direito português ainda não se completara, sendo prematuro o exercício do controle sucessivo (*a posteriori*) de constitucionalidade¹⁵⁶.

A segunda decisão proferida em 1988 (acórdão 168/88), por sua vez, é bem mais significativa para o tema da judicialização das relações internacionais. Tratava-se de pedido de declaração de inconstitucionalidade, promovido por um grupo de 28 deputados do PCP, frente a um conjunto de acordos celebrados entre Portugal e os EUA em matéria de defesa. O Tribunal Constitucional não conheceu do pedido em relação à quase totalidade dos acordos, por entender que, na maioria dos casos, haviam sido formulados prematuramente, quando os instrumentos ainda não estavam definitivamente incorporados à ordem jurídica portuguesa. No entanto, julgou *inconstitucional* um deles: o “Acordo por troca de notas entre o Governo Português e o Governo dos Estados Unidos da América, pelo qual se autoriza o Governo dos Estados Unidos da América a instalar em território nacional uma estação electro-óptica para vigilância do espaço exterior (GEODSS)”, assinado em 27/3/1984, que fora feito por meio de mera *troca de notas*, independentemente de aprovação por *decreto* (sujeito, no sistema parlamentarista português, à assinatura do Presidente da República), conforme determina o

¹⁵⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 403/09**. Processos n. 111/09, 116/09 e 320/09, Plenário, rel. cons. Benjamin Rodrigues, decisão de 30/7/2009.

¹⁵⁵ De acordo com o art. 33º, n. 7, da Constituição portuguesa, “[a] extradição só pode ser determinada por autoridade judicial”.

¹⁵⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 32/88**. Processo n. 81/85, Plenário, rel. cons. Raul Mateus, decisão de 27/1/1988.

art. 200º, n. 2, da Constituição¹⁵⁷. Como se pode observar, trata-se aqui de um caso de inconstitucionalidade formal, por violação do procedimento estabelecido para a celebração de acordos internacionais justamente com vistas a assegurar um mecanismo de pesos e contrapesos à atuação governamental no exterior.

Onze anos mais tarde, em 1999, o Tribunal Constitucional voltaria a se pronunciar sobre a matéria no acórdão 494/99. Em julgamento encontrava-se pedido de apreciação preventiva de constitucionalidade, formulado pelo Presidente da República, em face de todas as normas da Convenção sobre Segurança Social entre a República Portuguesa e a República do Chile. A Convenção fora celebrada na forma de *acordo simplificado*, sem passar pelo crivo parlamentar; de acordo com o Presidente, contudo, ela haveria de passar pelo Parlamento, seja porque tratava de matéria sujeita à competência reservada da Assembleia da República, seja porque haveria de se revestir da forma de *tratado* —e, após a Revisão Constitucional de 1997, todos os tratados haviam de ser aprovados pelo Parlamento. Ao apreciar o caso, o Tribunal afirmou que precisam assumir a forma de tratados as convenções que estabelecem uma disciplina primária análoga à das leis internas, devendo-se, todavia, perquirir a intenção das partes a este respeito. Na situação então sob exame, o Tribunal concluiu que a intenção do Governo era apenas a de dar execução a um dispositivo da Lei de Bases da Segurança Nacional, asseverando, ademais, que a Convenção apenas se destinava a promover uma coordenação entre as legislações de ambos os países. Dessa forma, decidiu “não se pronunciar pela inconstitucionalidade” das normas da Convenção¹⁵⁸.

Já em 2004, o Tribunal foi posto diante de pedido do Provedor de Justiça para declarar inconstitucional a norma do decreto-lei n. 594/74 (art. 13º, n. 2) que condicionava a “promoção e constituição de associações internacionais em Portugal” à autorização do Governo. O dispositivo foi, efetivamente, declarado inconstitucional, nos termos do acórdão 598/04. Na avaliação do Tribunal, mesmo que visasse resguardar os interesses do Estado português na área das relações internacionais, ainda assim a norma não passaria pelo crivo da proporcionalidade, por não se revelar medida “necessária”¹⁵⁹. Eis, portanto, um exemplo de

¹⁵⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 168/88**. Processo n. 194/85, Plenário, rel. cons. M. Diniz, decisão de 13/7/1988.

¹⁵⁸ Id., **Acórdão 494/99**. Processo n. 516/99, Plenário, rel. cons. Paulo Mota Pinto, decisão de 5/8/1999.

¹⁵⁹ Id., **Acórdão 598/04**. Processo n. 337/99, Plenário, rel. cons. Vítor Gomes, decisão de 6/10/2004.

argumento fundado na “razão de Estado” na ordem internacional barrado por considerações de caráter jurídico¹⁶⁰.

Finalmente, merece referência o acórdão 384/05, proferido em 2005 no âmbito de extradição requerida pela União Indiana com base na Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba. O extraditando moveu recurso ao Tribunal Constitucional, suscitando, entre outros aspectos, a inconstitucionalidade de dispositivo da Convenção que, a seu ver, abriria a possibilidade de extradição de indivíduo para países com pena de morte ou de prisão perpétua. O Tribunal rejeitou a alegação de inconstitucionalidade da norma, ao menos *quando* interpretada no sentido de que obriga Portugal à extradição por crimes a que é abstratamente aplicável a pena de morte em situações nas quais, de acordo com o ordenamento jurídico do Estado requerente, existe impossibilidade jurídica de aplicação dessa pena; ou a pena de prisão perpétua, quando o Estado requerente tiver oferecido garantia jurídico-internacionalmente vinculante de não aplicação de pena de prisão de duração superior a 25 anos¹⁶¹.

Do exame dessas decisões sobressai a constatação de que, em nenhuma delas, o Tribunal Constitucional se viu obrigado a recorrer a argumentos que afastassem a sua jurisdição ou competência sobre as questões postas em juízo. Diferentemente do que se observa nos EUA, não houve nem sequer tentativa de definir tais questões como “políticas”, ao invés de jurídicas, e tampouco alegações de que o Judiciário estaria invadindo seara que não lhe é própria. A não apreciação do mérito da demanda em um único caso (acórdão 32/88) deve-se a circunstâncias do próprio caso (incompletude do processo de incorporação do acordo internacional à ordem interna) e não a quaisquer considerações externas, atinentes ao papel do Judiciário em matéria de relações internacionais.

Por outro lado, não há como deixar de registrar que o número de decisões (nove) do Tribunal Constitucional, após mais de três décadas de vigência de um texto constitucional que elenca conjunto significativo de princípios das relações internacionais, é extremamente reduzido. A hipótese que nos parece mais plausível para explicar esse cenário é a simples ausência de provocação do Judiciário: as instâncias legitimadas, aparentemente, não vislumbram naquele Poder uma instância para a resolução de controvérsias relacionadas à atuação internacional do Estado português.

¹⁶⁰ Vide seção 3.3.1.2 infra.

¹⁶¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 384/05**. Processo n. 245/05, 2ª Secção, rel. cons. Mário Torres, decisão de 13/7/2005.

Trata-se, em realidade, de uma cultura jurídica que, a diferença do que ocorre nos EUA e mesmo no Brasil contemporâneo, evita remeter ao Judiciário aquilo que o professor José de Melo Alexandrino, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, bem caracteriza como a “concretização política da Constituição”. Confira-se:

[...] Em Portugal, tanto a jurisprudência como a doutrina (e até o legislador) cedo deixaram de acreditar na exequibilidade da metanarrativa constitucional, a tal ponto de se ter perdido (ou transformado) pelo caminho o *elemento transformador* presente no texto inicial.

Na síntese do Professor Gomes Canotilho, “[o] Tribunal Constitucional, ao discutir temas tão politicamente sensíveis como o das ‘taxas moderadoras’ dos serviços de saúde, o da ‘atualização de propinas’ do ensino superior, o da liberalização do comércio farmacêutico, nunca passou dos direitos às políticas. Por mais que fosse evidente que *law is politics* e *law is economics* e que as normas de direitos sociais, económicos e culturais traziam acoplados *direitos sociais* e *políticas públicas*, o problema era sempre o de conformação, modelação e restrição normativa de direitos fundamentais e não o de controlo de políticas públicas concretizadoras desses direitos” – para tal, fez uso de uma verdadeira *ars judicandi*, através da qual foi definida a medida jurídico-constitucional do racionamento [dos serviços e dos bens]. [...]

Quanto à jurisdição ordinária, apesar da inexistência de estudos de recorte sistemático sobre a matéria, dificilmente a conclusão poderia ser diferente. [...] De resto, mesmo em matérias que contendem com políticas mais próximas do núcleo axiológico da Constituição (como é o caso da matéria da interrupção voluntária da gravidez), a jurisprudência constitucional tem sido pautada por um evidente *self-restraint*.

Em suma, no ordenamento português, a *perspectiva dominante* é a do reconhecimento da regra de que não compete aos tribunais a concretização política da Constituição – por maioria de razão, tão-pouco lhes compete o controlo de políticas públicas não impostas pela Constituição. [...] ¹⁶²

Já no Brasil, conforme prossegue Alexandrino, “[t]udo se passa diversamente”, posto que “a doutrina e a jurisprudência ainda dominantes parecem não ver nenhum obstáculo sério na admissão de uma *regra a favor do controlo jurisdicional das políticas públicas*”¹⁶³. Vejamos, então, como esse processo se desenvolve, no caso brasileiro, no campo das relações internacionais.

¹⁶² ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, ano VII, n. Especial, p. 147-169, 2010, p. 160-162.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 162-163.

3.2.3.3. Brasil

Tradicionalmente, o Judiciário brasileiro, em matéria de relações internacionais, esteve confinado a apreciar pedidos de extradição formulados por Estados estrangeiros — competência esta que, como visto acima, é assegurada constitucionalmente ao Supremo Tribunal Federal desde a Carta de 1934¹⁶⁴. Embora no plano jurídico-formal o Judiciário sempre tenha detido, em maior ou menor escala, adicionais atribuições nesse domínio¹⁶⁵, controvérsias relevantes no plano internacional normalmente ficavam restritas às instâncias políticas do aparato estatal.

Essa realidade, contudo, vem se alterando a partir do influxo dos dois fatores já discutidos neste capítulo: modificações substanciais no perfil da política externa e o novo protagonismo assumido pelos tribunais. Novas questões atinentes às relações internacionais, além dos pedidos de extradição¹⁶⁶, começam a bater às portas do Judiciário nacional. E queiram ou não, nossos juízes terão de encontrar formas de lidar com esse desafio.

Essa crescente “judicialização das relações internacionais” pode ser constatada a partir de um conjunto de decisões judiciais proferidas desde o advento da Constituição de 1988 e que, para fins didáticos, podem ser agrupadas em três principais categorias: (1) decisões que, embora relacionadas a questões internas, produzem efeitos no plano jurídico internacional; (2) decisões emanadas no exercício do controle de constitucionalidade de atos normativos internacionais; e (3) decisões que se referem mais propriamente a questões externas, envolvendo um controle sobre a atuação do Executivo como Poder competente para conduzir as relações internacionais do Brasil.

3.2.3.3.1. Decisões com efeitos jurídicos refletidos no plano internacional

Com o desenvolvimento do direito internacional, notadamente a partir da segunda metade do século XX, é natural que diversos aspectos da vida nacional deixem de ser objeto de monopólio da regulação doméstica. Nesse contexto, decisões que até há bem pouco tempo

¹⁶⁴ Vide seção 2.2.3.1 *supra*.

¹⁶⁵ Vide seção 2.2 *supra*.

¹⁶⁶ Mesmo esta atribuição tem se intensificado recentemente. Levantamento do STF indica, por exemplo, que, entre os anos de 2000 e 2009, foram distribuídos 398 pedidos de extradição junto à Corte. Cf. CONSULTOR JURÍDICO. **STF concedeu 41% dos pedidos de extradição desde 2000** [*on line*]. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-14/stf-concedeu-41-pedidos-extradicao-ano-2000>>. Acesso em: 11 jan. 2012.

poderiam interessar exclusivamente ao Brasil agora despertam o legítimo interesse de outros países ou organizações internacionais, podendo inclusive gerar a responsabilização jurídica do Estado brasileiro no caso do descumprimento de normas internacionais.

Essa situação ficou bastante evidente no caso da proibição da importação de pneus usados, com vistas à proteção do meio ambiente e da saúde pública, estabelecida a partir da década de 1990 mediante atos normativos do Departamento de Operações de Comércio Exterior (Decex) e da Secretaria de Comércio Exterior (Secex), órgãos integrantes do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, e do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). A única exceção, criada em 2002 em decorrência de um laudo do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, é para pneus remoldados oriundos dos países integrantes do bloco. No entanto, decisões judiciais de diversas partes do Brasil começaram a permitir, muitas vezes em caráter liminar, a importação de pneus usados, inclusive quando originários de Estados outros que não os do Mercosul.

Tais decisões criavam um claro embaraço internacional para o Brasil. Isso porque o país, na qualidade de membro da OMC, está sujeito às normas do Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), incluindo o “princípio da nação mais favorecida”, que impõe tratamento comercial equânime entre todos os países membros da Organização¹⁶⁷. Ao permitir a importação de pneus apenas em alguns casos, ainda que em decorrência de ordens judiciais, o Estado incorria em violação dessa norma, sujeitando-se a sanções internacionais (medidas retaliatórias). No caso, não se tratava de mero risco teórico, posto que a União Europeia (Comunidades Europeias) dera início a um contencioso perante a OMC, em 2005¹⁶⁸, instalando-se no ano seguinte um Painel pelo Órgão de Solução de Controvérsia (OSC), que concluiu que o Estado Brasileiro estava descumprindo suas obrigações no âmbito do sistema multilateral de comércio¹⁶⁹. O Painel foi explícito ao esclarecer que:

O fato de as importações decorrerem de decisões judiciais não exonera o Brasil de sua obrigação de atender os requisitos do Artigo XX [do GATT,

¹⁶⁷ Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), cuja aplicação foi autorizada provisoriamente pelo decreto n. 313/1948, art. I. O GATT, na versão revista em 1994 por ocasião da criação da OMC (GATT 1994), integra a Ata Final que Incorpora os Resultados das Negociações Comerciais Multilaterais da Rodada Uruguai, aprovada pelo decreto legislativo n. 30/1994 e promulgada pelo decreto n. 1355/1994.

¹⁶⁸ Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres*. WTO Doc. WT/DS332/1, 25/6/2005. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

¹⁶⁹ Id. *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: report of the Panel*. WTO Doc. WT/DS332/R, 12/6/2007. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

que define as exceções gerais ao regime de livre comércio]. Pelo contrário [...], um Membro da OMC ‘tem responsabilidade pelos atos de todos os seus órgãos de governo, incluindo seu Judiciário’.¹⁷⁰

Consequentemente, solicitou ao OSC que requisitasse ao Brasil a adoção das medidas necessárias para restabelecer a conformidade com as normas da OMC¹⁷¹.

A União Europeia apresentou recurso de apelação frente ao relatório do Painel. O Órgão de Apelação, muito embora tenha revertido algumas das conclusões do Painel, declarou então que “as importações de pneus usados com base em determinações judiciais fazem com que a proibição de importação seja aplicada de uma maneira que constitui discriminação arbitrária ou injustificada”¹⁷².

Como se vê, trata-se aqui de atos que causam efeitos jurídicos no plano internacional, atraindo a responsabilidade do Estado brasileiro e interferindo, claramente, nas relações internacionais do país. No entanto, trata-se de atos do Judiciário, e não do Executivo, como sói ocorrer.

A solução para enfrentar um dilema como esse somente poderia ser buscada, portanto, no próprio Judiciário. Foi o que fez o Presidente da República, mediante o ajuizamento perante o STF de uma ADPF (101), em 2006, antes mesmo que o Painel emitisse seu relatório. Na demanda pleiteava, entre outros, a declaração de ilegitimidade e inconstitucionalidade das interpretações e decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados¹⁷³.

A decisão do STF sobreveio em 2009. Nos termos do voto da relatora, ministra Carmen Lúcia, a ADPF foi julgada parcialmente procedente, declarando “inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas [do Decex, Secex e Conama], permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL.”¹⁷⁴

¹⁷⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: report of the Panel*, cit., par. 7.305, p. 218.

¹⁷¹ *Ibid.*, par. 8.4, p. 245.

¹⁷² *Id.* *Brazil – Measures affecting imports of retreaded tyres: report of the Appellate Body*. WTO Doc. WT/DS332/AB/R, 3/12/2007, par. 258, “b”, (iv), p. 102. Disponível em: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm>. Acesso em: 28 nov. 2011.

¹⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Petição inicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=101&processo=101>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

¹⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**, cit., voto da min. rel. Carmen Lúcia. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/683_101%20CL.PDF>. Acesso em: 28 nov. 2011. Embora

Não deixa de ser curioso o fato de a decisão ter sido provocada pelo Chefe do Executivo, um Poder naturalmente avesso à intervenção do Judiciário em assuntos internacionais. De qualquer forma, ela pôs fim à concessão de autorizações judiciais para a importação de pneus usados, restabelecendo, quanto a esse aspecto, a observância das normas da OMC pelo Estado brasileiro.

Um ano mais tarde, em 2010, o STF novamente se depararia com uma situação apta a provocar efeitos jurídicos internacionalmente. Isso porque o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) valera-se também de uma ADPF (153) para questionar o art. 1º, § 1º, da lei n. 6.683/1979 —a Lei da Anistia—, requerendo que ao dispositivo fosse dada interpretação conforme à Constituição para declarar que “a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, durante o regime militar (1964/1985)”¹⁷⁵.

Aparentemente, tratava-se de uma questão eminentemente interna. Ocorre que a Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), já desenvolvera uma jurisprudência consistente no sentido de que leis de anistia emanadas no contexto de regimes ditatoriais são incompatíveis com as obrigações assumidas pelos Estados ao ratificarem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)¹⁷⁶. A repercussão (jurídica) internacional do caso era, assim, evidente.

Essa constatação, contudo, passou praticamente ao largo do STF. O único ministro a fazer referência à normativa internacional foi o ministro Celso de Mello¹⁷⁷, mas ainda assim para ressaltar, logo em seguida, que:

[...] a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente [...] a

transcorridos mais de dois anos desde o julgamento, até a data da finalização desta tese o acórdão não havia sido divulgado.

¹⁷⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Petição inicial. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=330654&tipo=TP&descricao=ADPF%2F153>>. Acesso em 28 nov. 2011.

¹⁷⁶ No Brasil, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi aprovada pelo decreto legislativo n. 27/1992 e promulgada pelo decreto n. 678/1992.

¹⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Plenário, rel. min. Eros Grau, acórdão de 29/4/2010, voto do ministro Celso de Mello, fls. 162 e 183 et seq. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁷⁸

Nesse quadro, a ADPF foi julgada improcedente, por maioria, vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

Seis meses mais tarde, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos teria oportunidade de se debruçar sobre a Lei da Anistia brasileira no julgamento do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. A demanda fora apresentada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em face do Brasil, a partir de uma petição apresentada em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares. Na sentença proferida, a Corte deixou claro que não se estava a revisar o acórdão do STF¹⁷⁹; isso não a impediu de destacar o equívoco da decisão:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.¹⁸⁰

Dessa forma, a Corte Interamericana, por unanimidade, declarou que as disposições da Lei da Anistia que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e,

¹⁷⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**, cit., voto do ministro Celso de Mello, fl. 164.

¹⁷⁹ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24/11/2010, par. 48. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/bus_fechas_result.cfm?buscarPorFechas=Buscar&fechaDeInicio=09%2F11%2F2003&fechaDeFin=11%2F28%2F2011&id_Pais=7&chkCasos=true&chkOPiniones=true&chkMedidas=true&chkSupervisiones=true>. Acesso em: 28 nov. 2011.

¹⁸⁰ Ibid., par. 177, grifo nosso.

portanto, carecem de efeitos jurídicos¹⁸¹. No que interessa ao objeto desta tese, a Corte condenou o Estado brasileiro por violação de dispositivos da Convenção, entre outras razões, pela “interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia”, pela falta de investigação dos fatos e pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis¹⁸² —fatos, infelizmente, chancelados pelo STF no julgamento da ADPF 153.

Entre as condenações impostas pela Corte Interamericana ao Estado, encontra-se a de “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”¹⁸³. Em que medida isso será possível diante da decisão do STF é uma questão em aberto que escapa aos limites desta tese.

Seja como for, o que a sentença da Corte Interamericana sinaliza é a inviabilidade de o Judiciário brasileiro continuar exercendo suas funções em isolamento ao que se passa no mundo exterior, especialmente no plano jurídico internacional, sob pena de criar constrangimentos ao Brasil e submeter o país a sanções internacionais. Que dúvida pode existir que, sob esse enfoque, o Judiciário é um ator cada vez mais relevante nas relações internacionais do Brasil?

Em realidade, os dois casos acima discutidos estão longe de representar a totalidade das situações em que o Estado brasileiro foi chamado a responder internacionalmente por causa de ações ou omissões de seus tribunais.

Em 2001, por exemplo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos conclui que o Brasil era responsável pela violação dos direitos a garantias judiciais e à proteção judicial, tal como consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em razão da demora injustificada e tramitação negligente de um caso de violência doméstica¹⁸⁴. Após anos de agressões, Maria da Penha Fernandes Maia fora vítima, em 1983, de duas tentativas de homicídio por parte de seu marido; passados 13 anos (1999), o agressor ainda não havia recebido condenação judicial definitiva e permanecia em liberdade. Entre as recomendações finais da Comissão, destaca-se a de “[c]ompletar rápida e efetivamente o processamento penal

¹⁸¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**, cit., Pontos Resolutivos, par. 3.

¹⁸² Ibid., Pontos Resolutivos, par. 5.

¹⁸³ Ibid., Pontos Resolutivos, par. 9.

¹⁸⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe 54/01: Maria da Penha. Caso 12.051 (Brasil)**. Disponível em: <<http://www.cidh.org/casos/01.sp.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

do responsável pela agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da senhora Maria da Penha Fernandes Maia”¹⁸⁵ —uma tarefa que, como se nota, cabe ao Judiciário.

3.2.3.3.2. Controle de constitucionalidade de atos normativos internacionais

As situações narradas na seção precedente são indicativas de uma necessária “internacionalização” do Judiciário, mas não representam situações em que os tribunais se debruçaram especificamente sobre atos internacionais. Normas sobre importação de pneus, Lei da Anistia, punição de ocorrências de violência doméstica —são todos atos eminentemente internos, ainda que aptos a surtir, por via reflexa, efeitos no ordenamento jurídico internacional.

Atos internacionais, contudo, seriam igualmente passíveis de controle judicial? Em pelo menos uma ocasião desde o advento da Constituição de 1988, o STF já disse que sim. Isso se deu em 1997, no julgamento do pedido de medida cautelar na ADI 1.480-3, movida em face do decreto legislativo n. 68/1992 e do decreto n. 1.855/1996, que, respectivamente, aprovou e promulgou a Convenção da OIT n. 158 (relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador)¹⁸⁶. Embora a ação fosse dirigida aos atos internos que promoveram a incorporação da Convenção ao ordenamento jurídico doméstico, a discussão de mérito girava em torno de dispositivos do instrumento internacional¹⁸⁷ —mais especificamente seus arts. 4º a 10, que, no entender dos autores, conflitavam com o disposto no art. 7º, I, da Constituição e no art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Entre as preliminares arguidas pelo Presidente da República, encontrava-se a de ausência de competência do STF para apreciar a constitucionalidade da Convenção, haja vista tratar-se de ato internacional de caráter multilateral que transcende a esfera jurídica de interesse do Estado brasileiro. O pronunciamento do ministro Celso de Mello, relator do feito,

¹⁸⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Informe 54/01...**, cit., par. 61, 1.

¹⁸⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480-3 (Medida cautelar)**. Plenário, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 4/9/1997, fl. 226. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

¹⁸⁷ Esse aspecto foi bem elucidado pelo relator, ministro Celso de Mello: “A impugnação das normas convencionais só se faz por efeito consequencial, eis que a fiscalização de constitucionalidade em causa – ao incidir, corretamente, sobre os atos de direito interno referidos – estende-se, necessariamente, às normas convencionais que, por seu intermédio, foram introduzidas no ordenamento doméstico brasileiro” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480-3 (Medida cautelar)**, cit., fl. 229, grifo nosso).

foi contundente ao afastar essa alegação, defendendo a supremacia da Constituição brasileira sobre todo e qualquer ato de direito internacional:

As normas convencionais, portanto, agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro, expõem-se, em consequência, ao pleno controle jurisdicional de constitucionalidade.

O exame desta última questão preliminar impõe reflexões que se fazem necessárias para efeito de reconhecer a possibilidade jurídica de o Supremo Tribunal Federal exercer, de maneira plena, o controle de constitucionalidade de normas de direito internacional, quando já incorporadas, definitivamente, ao sistema normativo interno do Brasil.

Na realidade, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (rectius: dos atos estatais domésticos que incorporam as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) qualifica-se, na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil, como consequência necessária que deriva da irrecusável supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro.¹⁸⁸

Como sublinhado pelo ministro, “o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional”¹⁸⁹. Pelo contrário, o ordenamento jurídico brasileiro “prestigia, de maneira incondicional, a *absoluta supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público*”¹⁹⁰. Nessa ordem de considerações, o ministro Celso de Mello rejeitou a preliminar suscitada pelo Presidente da República e reconheceu, textualmente, a “possibilidade de o Supremo Tribunal Federal efetuar o controle abstrato de constitucionalidade da Convenção n. 158/OIT”¹⁹¹.

No mérito, o STF deferiu parcialmente o pedido de medida cautelar para, em interpretação conforme a Constituição:

[...] afastar qualquer exegese, que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do Relator (Ministro Celso de Mello) e desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção n. 158 da OIT, venha a tê-las como autoaplicáveis, desrespeitando, desse modo, as regras constitucionais e infraconstitucionais que especialmente disciplinam, no

¹⁸⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480-3 (Medida cautelar)**, cit., fl. 231, grifo nosso.

¹⁸⁹ Ibid., fl. 232.

¹⁹⁰ Ibid., fl. 234, itálico nosso.

¹⁹¹ Ibid., fl. 240. Em realidade, como destacado pelo min. Moreira Alves, “o que se ataca são normas de Convenção internacional no estrito limite de sua incorporação ao direito nacional” (fl. 292).

vigente sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.¹⁹²

A decisão afasta, portanto, qualquer dúvida quanto à viabilidade do exercício do controle de constitucionalidade em relação a atos normativos internacionais já definitivamente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

A exigência de prévia incorporação, especialmente frisada pelo ministro Celso de Mello em seu voto¹⁹³, parece decorrer do fato de que, antes disso, inexistiria interesse de agir para provocar o controle de constitucionalidade em relação a normas ainda incapazes de produzir efeitos em território nacional. Entretanto, não se pode perder de vista que, já a partir da ratificação do instrumento internacional, exsurge a correspondente responsabilidade internacional do Estado¹⁹⁴. Dessa forma, embora ainda não exista interesse de agir para o questionamento da constitucionalidade do instrumento¹⁹⁵, nada impede que a conduta estatal de ratificar o tratado em questão possa ser questionada. Nesse caso, porém, o que estaria sob apreciação judicial seria o ato de ratificação de um instrumento supostamente incompatível com o texto constitucional, e não as normas que ele contém¹⁹⁶.

É de se advertir, ademais, que a competência do Judiciário para apreciar a constitucionalidade de atos normativos internacionais já havia sido firmada anteriormente à Constituição de 1988.

De fato, em 1977 o STF julgou representação (n. 803), movida pelo Procurador Geral da República, suscitando a inconstitucionalidade parcial do decreto legislativo n. 33/1964 e do decreto n. 58.826/1966, os quais haviam incorporado ao direito brasileiro a Convenção da OIT n. 110, sobre liberdade sindical. No caso, alegava-se que os arts. 62 a 70 da Convenção preconizavam a ausência de controle estatal sobre as associações de empregadores e trabalhadores, o que seria incompatível com o art. 159 da Constituição de 1967, segundo o qual a constituição de sindicatos, a representação legal nas convenções

¹⁹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.480-3 (Medida cautelar)**, cit., fl. 364.

¹⁹³ Ibid., fl. 238.

¹⁹⁴ Cf. DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

¹⁹⁵ Registre, contudo, que o ministro Gilmar Mendes, no julgamento do recurso extraordinário 349.703-1, defendeu que já o decreto legislativo que aprova o instrumento internacional é passível de controle de constitucionalidade, de “caráter preventivo”, por meio de ADI ou da ação declaratória de constitucionalidade (cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 349.703-1**. Banco Itaú S/A vs. Armando Luiz Segabinazzi, Pleno, rel. min. Ayres Britto, rel. para o acórdão min. Gilmar Mendes, acórdão de 3/12/2008, voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 714).

¹⁹⁶ Este aspecto será melhor desenvolvido na seção 3.3 infra.

coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas do poder público seriam “regulados em lei”. O relator do feito, ministro Djaci Falcão, não dispendeu mais do que dois parágrafos de seu voto para assentar a competência da Corte:

Devo assinalar, de início, que as regras acolhidas em Tratado ou Convenção, ratificadas por força de preceito constitucional (no caso art. 66, inc. I, da Constituição de 1946), passam a integrar a legislação interna e, em princípio, devem ser cumpridas na sua inteireza. Digo em princípio, porque não obstante oriundas de instrumento internacional que haja merecido ratificação, não guardam validade na órbita interna se afrontam preceito da Lei Magna.

Se por um lado compete ao Poder Legislativo conhecer de Convenção Internacional, para que se transforme em lei (art. 66, I, da Constituição de 1946, art. 44, I, da Constituição Federal vigente), por outro é irrecusável a competência do Poder Judiciário para dizer da constitucionalidade das leis (art. 119, I, letra b, da Constituição Federal). Estão, desse modo, sujeitas ao controle jurisdicional [...]¹⁹⁷

Essa linha de raciocínio foi acolhida pelos demais ministros, sem qualquer problematização, tendo a representação sido julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade de alguns dos dispositivos da Convenção n. 110¹⁹⁸.

Do mesmo modo, no julgamento do recurso extraordinário n. 109.173-8, em 1987, o STF reafirmou a supremacia da Constituição sobre tratados internacionais, ao afastar a aplicação do “princípio do tratamento nacional” inscrito no GATT¹⁹⁹ por incompatibilidade, no caso da tributação da importação de bens de capital, com o art. 23, II, § 11, do texto constitucional então vigente²⁰⁰. Alegava-se que a circunstância de se pretender aplicar o Imposto sobre a Circulação de Mercadorias (ICM) nesse tipo de operação, ao mesmo tempo em que subsistia a isenção do tributo nas saídas dos equipamentos de fabricação nacional com a mesma classificação tarifária do importado, constituía tratamento fiscal diferenciado, menos favorável, em desacordo com o regime do GATT. Ocorre que o dispositivo constitucional acima mencionado, com a redação que fora dada pela emenda n. 23/83, era explícito ao prever a incidência do ICM. E nas palavras do relator, ministro Carlos Madeira, “[c]onsagrar-se que

¹⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Representação 803**. Procurador-Geral da República vs. Congresso Nacional, Pleno, rel. min. Djaci Falcão, acórdão de 15/9/1977, publicado em: **Revista Trimestral de Jurisprudência**. Brasília, v. 84, p. 724-740, jun. 1978, voto do min. Djaci Falcão, fl. 727-728, grifo nosso. As edições da Revista Trimestral de Jurisprudência estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp>>.

¹⁹⁸ Ibid., p. 740.

¹⁹⁹ Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio (GATT), art. III.

²⁰⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 109.173-8**. Estado de São Paulo vs. Monizac Indústria e Comércio Ltda., Segunda Turma, rel. min. Carlos Madeira, acórdão de 27/2/1987.

um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.” Nessa ordem de considerações, o STF deu provimento ao recurso, negando a pretensão do autor de afastar a tributação da importação de bem de capital da Itália.

Como se vê, não faltam exemplos de decisões judiciais que efetivam um controle de constitucionalidade sobre atos normativos internacionais, ao menos, como se disse anteriormente, daqueles já incorporados ao direito brasileiro.

3.2.3.3.3. Controle de atos do Executivo em matéria de relações internacionais

Ao menos em dois tipos de situação é possível identificar tentativas de remeter ao Judiciário o controle de atos ou omissões Poder Executivo na qualidade de instância competente para conduzir as relações internacionais: na definição das exigências de ingresso de estrangeiros em território nacional e na análise de pedidos de refúgio.

Em relação ao primeiro, é emblemática a iniciativa do Ministério Público Federal de mover, em janeiro de 2004, ação cautelar inominada com vistas a determinar à União Federal que fizesse gestões junto às autoridades norte-americanas para excluir os brasileiros da obrigatoriedade de serem fotografados e deixarem suas impressões digitais ao entrarem e deixarem os EUA, bem como que exigisse dos nacionais norte-americanos, quando entrassem no Brasil, o mesmo que se estava demandando dos brasileiros que àquele país se dirigiam. O fundamento para a demanda repousava nos princípios da dignidade da pessoa humana, supostamente abalado diante do tratamento dispensado pelas autoridades migratórias dos EUA, e da reciprocidade nas relações internacionais.

O juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso não apenas recebeu a ação cautelar como acolheu liminarmente o pleito do autor, determinando que a União realizasse gestões perante os EUA e que fotografasse e recolhesse “as impressões digitais dos nacionais dos Estados Unidos da América, nos portos, aeroportos e rodovias quando entrarem em território brasileiro, sob pena de ser-lhes negada a entrada devida”, fixando multa diária de R\$ 10.000,00 em caso de descumprimento da ordem²⁰¹. No entender do magistrado, o procedimento adotado pelos EUA consideraria todo indivíduo um terrorista em potencial e, nessa toada, seria “absolutamente brutal, atentatório aos direitos humanos,

²⁰¹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação cautelar inominada 2004.36.00.000011-0**. Ministério Público Federal vs. União, 1ª Vara da Seção Judiciária do Mato Grosso, despacho de 7/1/2004.

violador da dignidade humana, xenófobo e digno dos piores horrores patrocinados pelos nazistas.”²⁰² Embora tenha reconhecido a prerrogativa dos EUA de regulamentar a forma de entrada de alienígenas em seu próprio território, consignou que:

[...] na seara do direito internacional público, vige o chamado princípio da reciprocidade, garantidor de que o mesmo tratamento dado por um Estado à determinada questão também será concretizado por outro País afetado pela decisão do primeiro. Significa dizer que a relação internacional entre países não pode se realizar de forma desigual, principalmente em se tratando de princípios norteadores da dignidade da pessoa humana e de proteção e resguardo dos direitos humanos.

Dessa forma, não se pode admitir a omissão da União Federal no trato do problema gerado na entrada e saída de brasileiros dos Estados Unidos da América. A Constituição Federal, por seus artigos 1º, III; 3º, IV; e 4º II, impõe-lhe o dever de agir no caso no sentido de excluir os brasileiros do tratamento indigno à pessoa humana e violador dos tratados/convenções internacionais protetores dos direitos humanos.

De outro giro, enquanto perdurarem os atos norte-americanos discriminatórios quanto aos brasileiros, pelo princípio da reciprocidade, está autorizada a República Federativa do Brasil a impor aos cidadãos dos Estados Unidos as mesmas exigências que estão sendo materializadas aos nacionais aqui nascidos. Não há qualquer impedimento legal. Ao contrário a Magna Carta não compactua com a omissão das autoridades brasileiras nesse sentido, porquanto lhes confere o dever de agir nos exatos limites ditados pelo princípio da reciprocidade.²⁰³

Curiosamente, a reação jurídica à decisão proveio não dos EUA ou da própria União, mas sim de um município —o do Rio de Janeiro— que temia prejuízos à vinda de turistas norte-americanos. Apresentou, então, ao Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, pedido de suspensão de segurança para obstar os efeitos da decisão liminar. O presidente do Tribunal, a quem compete monocraticamente apreciar essa modalidade recursal, deferiu o pedido, apenas dois dias após a concessão da ordem. Além de afirmar que inexistiria motivo plausível para que o Estado brasileiro adotasse procedimento análogo ao dos EUA, como pretendido pelo Ministério Público Federal, a decisão na suspensão de segurança apoiou-se firmemente no tradicional entendimento de que não cabe ao Judiciário pronunciar-se sobre questões afetas às relações internacionais. Observe-se:

9 - [...] não me parece crível que o Poder Judiciário possa proferir decisão de caráter, eminentemente, político-administrativo, nem interferir nas relações internacionais que o País mantenha no cenário mundial para não implicar

²⁰² BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação cautelar inominada 2004.36.00.000011-0**, cit.

²⁰³ Ibid., grifo nosso.

ingerência na aferição dos critérios de oportunidade e conveniência, ínsitos ao Poder Executivo.

[...]

11 - Não é só; a solução da pendenga cabe ao Poder Executivo por meio diplomático, mediante gestão junto ao governo norte-americano, não ao Poder Judiciário, que estaria a usurpar competência e, assim, a causar grave lesão à ordem jurídica e ao princípio da separação dos poderes inserto na Constituição Federal.²⁰⁴

Quatro anos mais tarde, o mesmo Ministério Público promoveria ação civil pública com propósito bastante semelhante: impelir a União a adotar procedimentos de controle de ingresso de espanhóis no território nacional, em reciprocidade ao tratamento restritivo e humilhante alegadamente dispensado pela Espanha a brasileiros que se dirigiam àquele país²⁰⁵.

A ação, entretanto, teve menor sorte do que sua antecessora. Já ao apreciar a petição inicial, o Juízo da 19ª Subseção Judiciária – Guarulhos extinguiu o processo, sem julgamento de mérito, por impossibilidade jurídica do pedido²⁰⁶. Na visão da magistrada oficiante, o pleito não poderia prosperar sem que houvesse “afronta direta ao princípio constitucional da separação dos poderes, além de incontestável invasão do judiciário à plena soberania do Estado.”²⁰⁷ Apesar de reconhecer que o tratamento ofertado pelos espanhóis a brasileiros deportados era notoriamente desumano, violando o princípio da dignidade humana, e que cabia ao Estado brasileiro defender seus nacionais onde quer que se encontrem, argumentou que “a adoção ou não do Princípio da Reciprocidade [...] é competência exclusiva do Poder Executivo”²⁰⁸. E prosseguiu:

²⁰⁴ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Suspensão de segurança 2004.01.00.000206-8**. Município do Rio de Janeiro vs. Juízo Federal da 1ª Vara - MT, rel. des. Catão Alves, decisão de 9/1/2004, grifo nosso. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=200401000002068>>. Acesso em: 5 dez. 2011. O Ministério Público apresentou a ação principal em 28/1/2004, mas o processo foi extinto, sem julgamento de mérito, em razão do indeferimento da inicial; aparentemente, não houve recurso por parte do autor (cf. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Ação cautelar nominada 2004.36.00.000011-0**, cit., Movimentação. Disponível em: <<http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=2004.36.00.000748-6&secao=MT&enviar=Pesquisar>>. Acesso em: 8 dez. 2011).

²⁰⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ação civil pública 2008.61.19.002070-2**. Ministério Público Federal vs. União, Seção Judiciária de São Paulo, 19ª Subseção Judiciária – Guarulhos. Petição inicial. Disponível em: <http://www.fadipa.br/pdf/inicial_ACP_reciprocidadeespanha08.pdf>. Acesso em: 14 dez. 2011.

²⁰⁶ Ibid., Sentença de 1/4/2008. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/administrativo/NUCS/decisoes/2008/080402Entradaespanhois.pdf>>. Acesso em: 14 dez. 2011.

²⁰⁷ Ibid.

²⁰⁸ Ibid.

Qualquer decisão deste juízo extravasa claramente o âmbito e a competência do Judiciário – uma vez que normas legais sobre a entrada e permanência de estrangeiros em território nacional pertencem claramente à esfera de atribuições do Poder Executivo federal, através do Ministério das Relações Exteriores.²⁰⁹

Essa mesma ordem de considerações imperou originalmente no STF quando a Corte se deparou com decisões do Poder Executivo relativas a pedidos de refúgio, o segundo tipo de situação em que atos do Executivo, na qualidade de órgão competente para a condução das relações internacionais, têm sido remetidos ao Judiciário.

O caso Colômbia *vs.* Collazos é emblemático a esse respeito. Em 2005, o Governo da Colômbia formulou pedido de extradição em face de Francisco Antonio Cadena Collazos, nacional colombiano que exerceria funções de direção das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (Farc) e era acusado da prática de diversos crimes²¹⁰. Durante a tramitação da demanda perante o STF, o Ministro da Justiça informou que o Comitê Nacional para os Refugiados (Conare), órgão integrante da estrutura do Ministério da Justiça com competência para reconhecer a condição de refugiado²¹¹, atribuíra essa condição a Collazos²¹². O art. 33 da lei n. 9.474/1997, contudo, determina que esse reconhecimento —fundado, *in casu*, em fatos que guardavam pertinência com o “relevo político” da instauração, pelo Estado requerente, da persecução penal em face do extraditando²¹³— obsta o seguimento de qualquer pedido de extradição. O STF foi posto, assim, diante do primeiro caso de extradição em face de estrangeiro a quem fora concedido, por ato de órgão integrante do Poder Executivo, o *status* de refugiado.

Ocorre que, nos termos do art. 102, I, “g”, do texto constitucional, a competência para processar e julgar o pedido de extradição compete ao STF, que deverá denegar o pleito se (a seu juízo, pressupõe-se) o fato constituir crime político ou de opinião²¹⁴. Dessa forma, uma aplicação automática da regra do art. 33 da lei n. 9.474/1997, nos casos em que o refúgio foi oferecido com base em perseguição de caráter político, poderia implicar em um

²⁰⁹ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Ação civil pública 2008.61.19.002070-2**, cit.

²¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.008-5**. Governo da Colômbia *vs.* Francisco Antonio Cadena Collazos, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, acórdão de 21/3/2007.

²¹¹ Cf. lei n. 9.474/1997, art. 12, I.

²¹² Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.008-5**, cit., relatório do ministro Gilmar Mendes, fl. 224.

²¹³ *Ibid.*, voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 233.

²¹⁴ Cf. CF/88, art. 5º, LII, e lei n. 6.815/1980, art. 77, VII.

esvaziamento da atribuição constitucionalmente assegurada à Corte. Isso porque a decisão do Conare estaria impedindo e substituindo a avaliação do próprio STF.

Essa circunstância foi percebida pelo relator do feito, ministro Gilmar Mendes, que conseqüentemente levantou questão de ordem para propor que ao art. 33 da lei fosse conferida interpretação conforme a Constituição Federal para que a extradição somente fosse obstada “nos casos em que se impute ao extraditando ‘crime político ou de opinião ou ainda quando as circunstâncias subjacentes à ação do estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada’”²¹⁵, assegurando à Corte, assim, a prerrogativa de dar a palavra final sobre a configuração política da demanda.

Não vem ao caso, aqui, examinar o acerto, ou não, dessa proposição. O que importa salientar é que ela implicava, ainda que indiretamente, em uma afirmação do poder de controle do Judiciário sobre atos do Executivo em matéria de relações internacionais.

O relator, contudo, não foi acompanhado por nenhum dos demais ministros participantes do julgamento, os quais, em julgamento de março de 2007, manifestaram-se favoravelmente à constitucionalidade do art. 33 da lei n. 9.474/1997. Certamente não faltam argumentos a defender essa linha de interpretação, mas é curioso o fato de que a maioria se alinhou à ideia de que o ato que reconhece o *status* de refugiado está relacionado à esfera das relações internacionais para, então, sustentar o seu “caráter político” e a sua pertinência praticamente exclusiva ao campo de atribuições do braço executivo do Estado. Como afirmou o ministro Sepúlveda Pertence, “O deferimento do refúgio é questão da *competência política* do Poder Executivo, condutor das relações internacionais do País.”²¹⁶

Trechos dos votos proferidos por outros dois ministros no julgamento são significativos dessa mesma visão. Confirmam-se, inicialmente, os dizeres do ministro Joaquim Barbosa:

[...] Acredito que, uma vez reconhecido o status de refugiado pelo órgão competente do Executivo, órgão constitucional que detém a competência em matéria constitucional, ao Supremo Tribunal Federal, a meu ver, a Constituição não reserva um papel de destaque nessa matéria de molde a conceder-lhe uma posição de proeminência nesse campo das relações internacionais.²¹⁷

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.008-5**, cit., voto do ministro Gilmar Mendes, fl. 249-250.

²¹⁶ Ibid., voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 256, itálico nosso.

²¹⁷ Ibid., voto do ministro Joaquim Barbosa, fl. 260, grifo nosso.

Ainda mais assertivo foi o voto do ministro Ricardo Lewandowski, conforme revela o excerto a seguir:

[...] o ato do CONARE, mais do que um mero ato administrativo, tem um cunho político-administrativo exercido dentro da competência que a Constituição defere ao Presidente da República em matéria de relações internacionais. Como tal, caracteriza-se pela ampla discricionariedade e, em princípio, não pode ser examinado, quanto ao seu mérito, salvo em circunstâncias excepcionais, pelo Poder Judiciário.²¹⁸

Com base nessas ponderações, o pedido de extradição deixou de ser conhecido, extinguindo-se o processo sem julgamento do mérito.

Embora adotada pela quase unanimidade dos ministros do STF, a decisão no caso Colômbia vs. Collazos rompeu com a prática adotada por instâncias judiciais inferiores. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, ao menos desde 2004 vinha efetuando a revisão de decisões do Conare atinentes ao reconhecimento da condição de refugiado sem maiores entraves.

Em Dias vs. Ministro de Estado da Justiça (2004), o STJ denegou ordem de *habeas corpus* requerida por cidadão angolano em face de ato ministerial que mantivera a decisão do Conare negando-lhe o *status* de refugiado, sob o argumento de que o paciente jamais havia sido perseguido por razões de ordem política e sua região de origem, Huila, não era considerada localidade de risco²¹⁹. Ingressou, portanto, no exame do mérito, não se sentindo constrangido pelo fato de o pedido já ter sido apreciado pela instância governamental competente.

Do mesmo modo, em Malmqvist vs. Ministro de Estado da Justiça (2006) o autor pleiteava a revisão do ato do Ministro de Estado da Justiça que confirmara o não reconhecimento da condição de refugiado. Potenciais óbices como o princípio da separação de poderes nem sequer foram mencionados no acórdão do STJ, que denegou a segurança pleiteada apenas em vista da constatação de que o “ato de indeferimento da concessão de

²¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.008-5**, cit., voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 269, grifo nosso.

²¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 36.033**. Manuel Dias vs. Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Francisco Falcão, acórdão de 13/12/2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

refúgio encontra-se absolutamente revestido de todos os requisitos legais exigidos para que seja tido como perfeito e acabado: competência, finalidade, motivo e objeto.”²²⁰

Antecede igualmente ao julgado do STF a decisão do STJ em *Niggli vs. Ministro de Estado da Justiça* (2007). Verificando o respeito aos princípios constitucionais do contraditório, devido processo legal e ampla defesa na decisão ministerial que rejeitara recurso em face de ato do Conare negatório de *status* de refugiado, e identificando na lei n. 9.474/1997 óbice ao reconhecimento dessa condição a cidadãos brasileiros, o STJ denegou mandado de segurança requerido por brasileiro naturalizado²²¹.

Mesmo em maio de 2008, alguns meses após a decisão do STF em *Colômbia vs. Collazos*, o STJ manteve essa linha de análise. No julgamento de *Ortiz vs. Ministro de Estado da Justiça*, a Corte ingressou explicitamente no mérito da demanda para verificar que “a verdadeira razão de ser para a saída do Requerente de seu país e o ingresso, com sua família, no Brasil é o empenho de José Ortiz em buscar melhores condições de vida para ele, sua esposa e filhos”. Concluiu, então, que “a legislação pátria não autoriza a concessão de reconhecimento de *status* de refugiado para estrangeiro que busca, no Brasil, a melhoria de suas condições de vida”, e, conseqüentemente, denegou a segurança²²².

Contudo, em 2010, essa jurisprudência do STJ sofreria uma ruptura. Um ano antes, o TRF da 4ª Região confirmara sentença que reconheceu a qualidade de refugiado a cidadão israelense à luz dos conflitos armados constantemente ocorridos no território de Israel, revertendo assim decisão do Conare (confirmada pelo Ministro da Justiça) em sentido contrário²²³. Ao apreciar recurso especial interposto pela União, o STJ, pelo voto do ministro Herman Benjamin, concluiu que:

²²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 11.417**. Claus Malmqvist vs. Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. José Delgado, acórdão de 11/10/2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

²²¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 12.510**. Mike Niggli vs. Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Denise Arruda, acórdão de 8/8/2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

²²² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança 13.383**. José Fredy Ortiz vs. Ministro de Estado da Justiça, Primeira Seção, rel. min. Carlos Fernando Mathias, acórdão de 28/5/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

²²³ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação/Reexame necessário 2008.70.00.000303-8**. Jaser Khuri vs. União Federal, Quarta Turma, rel. juiz federal João Batista Lazzari, acórdão de 21/1/2009. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011. Cabe registrar que, já em 2007, o TRF da 1ª Região dera parcial provimento à apelação em mandado de segurança para anular decisão do Conare, denegatória de *status* de refugiado, que fora proferida sem a devida fundamentação (BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação em mandado de segurança 2002.34.00.012910-5**. Leonardo Abel Sinopoli Azcoaga vs. União Federal, Quinta Turma, rel. des. fed. Selene Maria de Almeida, acórdão de 12/12/2007. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011).

[...] o Poder Judiciário apenas limita seu conhecimento às questões de legalidade referentes ao procedimento de análise de pedido de concessão de refúgio e sua revisão; jamais reaprecia o acerto ou não de decisão feita por autoridade governamental sobre a política de imigração.²²⁴

De acordo com a decisão, tão somente ao Executivo competiria medir a gravidade da situação de política externa em relação à violação de direitos humanos em Israel e, eventualmente, se pronunciar; o Judiciário “não possui legitimidade para interferir nos assuntos pertinentes às posturas assumidas no plano político internacional”²²⁵.

Após esse pronunciamento, não surpreende que o próprio TRF da 4ª Região — que, como visto, em 2009 sentiu-se plenamente autorizado a reverter decisão do Conare e do Ministro de Estado da Justiça em matéria de concessão de refúgio—, apenas um ano mais tarde (e poucos dias depois da decisão do STJ), novamente num caso que tinha a situação em Israel como pano de fundo, tenha concluído que a matéria era cometida “à autoridade do Poder Executivo com elevado grau de discricionariedade”, e que o controle da permanência ou saída compulsória de estrangeiros caracterizava “exercício típico de soberania”²²⁶. Nem mesmo os compromissos internacionais do Brasil com a proteção dos direitos humanos autorizaria o Judiciário, de acordo com a Terceira Turma do TRF, a “sobrepular a conveniência da Administração”:

A ação diplomática – a par de atribuída com exclusividade ao Chefe do Executivo – tem sempre presente a soberania do Estado: daí novamente o exercício da discricionariedade.²²⁷

O que aparentemente passou despercebido tanto pelo STJ como pelo TRF da 4ª Região é que, já a partir de agosto de 2009, o assunto havia retornado à pauta do STF, e num caso de grande repercussão internacional: *Itália vs. Battisti*. Cuidava-se de pedido de

²²⁴ Cf. DIREITONET. **Não cabe ao Judiciário analisar permissão de asilo a estrangeiro no Brasil** [on line]. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/noticias/exibir/12777/Nao-cabe-ao-Judiciario-analisar-permissao-de-asilo-a-estrangeiro-no-Brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2010. Vide também BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Judiciário limita-se a analisar apenas legalidade de pedido de asilo no Brasil**. Disponível em: <http://stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=448&tmp.texto=99739>. Acesso em: 8 dez. 2011. Embora a decisão do STJ, Segunda Turma, seja de 4/11/2010, até o momento da finalização desta tese o inteiro teor do acórdão ainda não havia sido publicado.

²²⁵ Cf. DIREITONET. **Não cabe ao Judiciário...**, cit.

²²⁶ Cf. BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação cível 2007.70.00.029163-5**. Milad Yacob e outros vs. União Federal, Terceira Turma, rel. juiz federal João Pedro Gebran Neto, acórdão de 23/11/2010. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 8 dez. 2011.

²²⁷ Ibid.

extradição formulado pelo Estado italiano em face de Cesare Battisti, ex-militante do movimento Proletários Armados pelo Comunismo e condenado pela prática de quatro homicídios na Itália, na década de 1970. Embora o Conare houvesse lhe recusado a condição de refugiado, o Ministro de Estado da Justiça, no curso do processo de extradição, reformara essa decisão, concedendo o *status* a Battisti por entender que ele estaria sujeito a perseguição de caráter político caso retornasse à Itália.

Em decisão proferida em 16/12/2009, o STF, pela maioria (5x4) de seus membros, afastou-se do precedente firmado em Colômbia *v.* Collazos e declarou que a concessão de refúgio é ato vinculado (e não discricionário), cuja legalidade pode ser verificada, inclusive de ofício, no processo de extradição²²⁸ —afinal, “só o ato administrativo *legal* de concessão de refúgio pode produzir esse efeito jurídico específico de impedir deferimento da extradição”²²⁹. De acordo com a Corte, a mera circunstância de se tratar de ato de relações internacionais, de competência do Executivo, não funciona como impeditivo para o controle judicial²³⁰. Nesse sentido, o voto do relator, ministro Cezar Peluso, dialoga com a decisão no caso colombiano para afirmar que:

Conquanto reconhecido e até sublinhado, na ocasião daquele julgamento, o caráter político-administrativo da decisão concessiva de refúgio, não me parece, revendo agora os termos e o alcance da lei à luz sistêmica da ordem jurídica, que tal asserto deva [ser] entendido ou tomado em acepção demasiado estrita, nem tampouco que o fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtraia, de modo absoluto, os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade (*judicial review*). Esta é, aliás, a única interpretação concebível capaz de sustentar a admissibilidade de juízo de constitucionalidade, em especial daquela norma específica, sob o prisma da regra da separação de poderes. Ademais, a presunção de inteireza da Lei n. 9.474/97 não dá, ao propósito, margem a outras considerações que não a do pressuposto da necessidade de rigorosa obediência aos requisitos positivos e negativos que ela mesma estatui. A União não age aqui, nem alhures, *a legibus soluta*.

[...]

Em suma, a decisão do Senhor Ministro da Justiça não escapa ao controle jurisdicional sobre eventual observância dos requisitos de legalidade, sobretudo à aferição de correspondência entre sua motivação necessária declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos, até para averiguar

²²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**. Governo da Itália *vs.* Cesare Battisti, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, acórdão de 16/12/2009.

²²⁹ *Ibid.*, voto do ministro Cezar Peluso, fl. 25.

²³⁰ *Ibid.*

se não terá sido usurpada, na matéria de extradição, competência constitucional exclusiva do Supremo Tribunal Federal.²³¹

Com base nessas premissas, o STF ingressou na análise do mérito do ato concessivo de refúgio a Battisti para estabelecer que:

[...] a natureza dos delitos pelos quais o extraditando foi condenado, marcados sobremaneira pela absoluta carência de motivação política, intensa premeditação, extrema violência e grave intimidação social, não se afeiçoa de modo algum ao modelo conceptual de delito político que impede a extradição de súditos estrangeiros.²³²

Consequentemente, declarou nulo o ato do Ministro de Estado da Justiça que reconheceu o *status* de refugiado e deferiu o pedido de extradição.

A mudança de rumos é sensível. Observe-se que mesmo ministros que haviam frisado, em Colômbia *vs.* Collazos, a discricionariedade do Poder Executivo na condução das relações internacionais —e, portanto, na avaliação de requerimentos de refúgio— e a insindicabilidade desse ato ao controle jurisdicional alteraram radicalmente seu posicionamento. É o caso do ministro Ricardo Lewandowski, que no novo julgamento refutou eventual enquadramento do ato do Ministro da Justiça, ao referendar ou rever as decisões do Conare, como “ato de soberania”, asseverando tratar-se de:

[...] mero ato administrativo, de caráter vinculado – e não discricionário –, por isso mesmo passível de exame pela Justiça quanto à correspondência entre a sua motivação e o substrato legal ou fático que lhe serve de arrimo.²³³

Uma vez deferida a extradição, suscitou-se no julgamento uma adicional questão: a decisão da Corte vinculava o Presidente da República, ou este poderia, inobstante a decisão do STF, optar por não extraditar Battisti à Itália? Já tendo colidido com o Executivo ao anular a decisão do Ministro de Estado da Justiça, a Corte parece ter se resguardado de um adicional embate ao estabelecer, em placar novamente apertado (5x4)²³⁴, que a decisão no processo de

²³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**, cit., voto do ministro Cezar Peluso, fls. 21-22, grifo nosso.

²³² Ibid., voto do ministro Cezar Peluso, fl. 142.

²³³ Ibid., voto do ministro Ricardo Lewandowski, fl. 254.

²³⁴ A maioria se deu graças ao voto do ministro Ayres Britto, que, embora tivesse acompanhado os ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes para afirmar competência da Corte para rever o ato concessivo de refúgio, juntou-se aos ministros Eros Grau, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio para estabelecer que a decisão favorável à extradição não vincula o Presidente da República.

extradição não vinculava o Presidente, uma vez que caberia a ele a condução das relações internacionais. Entretanto, proposta da ministra Carmen Lúcia no sentido de declarar que o ato final do Presidente seria “discrecionário” não vingou, tendo o STF esclarecido que o Chefe do Executivo deveria agir nos termos do ato normativo aplicável²³⁵ (no caso, o Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, regularmente incorporado ao ordenamento jurídico pátrio²³⁶).

À luz desse pronunciamento, o Presidente Luís Inácio Lula da Silva, literalmente na véspera de encerrar seu segundo mandato, decidiu não extraditar Battisti²³⁷. Para tanto, valeu-se de hipótese de recusa de extradição prevista no Tratado para os casos em que houver “razões ponderáveis” para supor que a pessoa reclamada será “submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de [...] opinião política [...], ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos mencionados”²³⁸.

A similitude dessa hipótese com a do refúgio pleiteado por Battisti (“fundados temores de perseguição por motivos de [...] opiniões políticas”²³⁹) é evidente. Ocorre que, como visto, o STF já havia claramente afastado a sua ocorrência ao declarar nulo o ato do Ministro da Justiça que concedera o *status* de refugiado ao extraditando. O voto do relator, ministro Cezar Peluso, foi enfático ao refutar a existência de perigo de perseguição política na Itália, afirmando que “tal receio tem por único objeto *desdobramentos legais* da persecução penal executória, e não, agravos imaginários de perseguição política, de cujo risco não consta nem um só e pálido indício”²⁴⁰. Adiantando-se à controvérsia gerada pela decisão presidencial, o relator chegou a sublinhar que não seria possível “invocar de maneira formal, informal, direta ou indireta, os mesmos fatos invocados para a concessão do refúgio, já considerado ilegal, para aplicar alguma cláusula do Tratado”, notadamente para “assentar que República italiana não tem hoje condições de garantir, na execução da pena, os direitos fundamentais do extraditando.”²⁴¹ Entretanto, discussões semânticas à parte²⁴², foi exatamente isso o que fez o Presidente da República.

²³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**, cit.

²³⁶ Aprovado pelo decreto legislativo n. 78/1992 e promulgado pelo decreto n. 863/1993.

²³⁷ A decisão do Presidente da República, publicada no Diário Oficial da União, edição de 31/12/2010 (Seção 1 – Edição Extra, p. 11) foi tomada com base no parecer AGU/AG-17/2010, aprovado pelo Advogado-Geral da União, conforme despacho de 29/12/2010 (processo n. 08000.003071/2007-51).

²³⁸ Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, art. III, 1, “f”.

²³⁹ Lei n. 9.474/1997, art. 1º, I.

²⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**, cit., voto do ministro Cezar Peluso, fl. 71.

²⁴¹ Ibid., esclarecimento do ministro Cezar Peluso, fl. 540.

Diante da decisão presidencial, Battisti requereu ao STF a expedição de alvará de soltura. O Estado italiano não apenas se opôs a essa solicitação, como moveu reclamação arguindo que a decisão descumpria o acórdão da Corte de 2009²⁴³. Assim, no mês de junho de 2011, a Corte viu-se diante de novo capítulo na disputa entre os poderes Judiciário e Executivo para estabelecer quem tinha a palavra final e definitiva sobre o caso.

Considerando os termos da decisão alcançada em 2009, bem como o fato de que a extradição de um cidadão italiano para a Itália, exatamente da mesma forma como ocorre com o reconhecimento da condição de refugiado, é matéria regulada juridicamente, era de se esperar que o STF verificasse a legalidade da decisão presidencial que negara a extradição. A Corte, porém, evitou criar um novo desgaste com o Presidente da República. Por maioria de 6x3²⁴⁴, não conheceu da reclamação sob o argumento de que a jurisdição do STF esgota-se com o julgamento da extradição. Nos termos do voto vencedor, do ministro Luiz Fux, a extradição é ato de soberania²⁴⁵, e cabe exclusivamente ao Presidente representar o Estado no plano internacional —motivo pelo qual os atos assim praticados seriam infensos ao controle judicial²⁴⁶. Não bastasse isso, a decisão sugere que o Poder Judiciário não teria condições institucionais para apreciar a matéria:

O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas [sic] na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente

²⁴² O Advogado-Geral da União valeu-se da terminologia distinta empregada pela lei n. 9.474/1997 (que exige a presença de “fundados temores” de perseguição política para autorizar a concessão do refúgio) e pelo Tratado (que permite a negativa de extradição se a parte requerida tiver “razões ponderáveis para supor” que a pessoa será submetida a perseguição) para alegar que “aqui não se invade o terreno já delimitado pela Suprema Corte ao apreciar o instituto do refúgio. Aqui se cogita, nos termos do tratado, de ‘razões ponderáveis para supor’ a possibilidade de agravamento de situação pessoal. Circunstância de cunho eminentemente subjetivo” (despacho de 29/12/2010, par. 14).

²⁴³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**. República Italiana vs. Presidente da República, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, acórdão de 8/6/2011. Ressalte-se que também foram propostas uma ADI (4.538) em face do parecer da Advocacia-Geral da União que fundamentou a decisão presidencial e uma ação popular (ação cível originária 1.722) contra o Presidente da República; o STF negou seguimento a ambas ações, sob o argumento de que as questões nelas levantadas seriam apreciadas no incidente processual gerado pela petição avulsa do extraditando e pela reclamação da Itália.

²⁴⁴ Votaram contrariamente ao conhecimento da reclamação os ministros Luiz Fux, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Carmen Lúcia, vencidos os ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Cezar Peluso (os ministros Celso de Mello e Dias Toffoli não participaram do julgamento). Como se vê, a diferença do posicionamento do STF nesta segunda decisão no caso *Itália vs. Battisti* deve-se à circunstância de que dois dos ministros (Ayres Britto e Ricardo Lewandowski) alinharam-se a tendência oposta àquela a que aderiram no primeiro julgamento, bem como ao ingresso do ministro Luiz Fux na Corte.

²⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., p. 5.

²⁴⁶ Ibid., p. 6.

da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior [...] ²⁴⁷

Como se pode observar, o STF analisou o caso sob a perspectiva de uma lide política entre o Estado italiano e o Estado brasileiro, e não como uma questão —mais modesta e quiçá melhor afeiçoada à atividade jurisdicional— da aplicação de um instrumento jurídico que, apesar de origem internacional, já fora regularmente incorporado ao ordenamento interno. Em verdade, este aspecto parece ter passado despercebido pelo relator do acórdão, que chegou a afirmar que o eventual descumprimento do Tratado de Extradicação geraria consequências apenas no âmbito internacional, “nunca no plano interno” ²⁴⁸. Nesse diapasão, não surpreende que o ministro Fux tenha sugerido que a competência para a resolução da disputa seria da Corte Internacional de Justiça, e não do STF ²⁴⁹.

É inclusive interessante notar que o voto vencedor relativiza a força da anterior decisão da Corte no mesmo caso, ao estipular que “a conclusão a que chegou o Pretório Excelso, pela inexistência de caráter político nos crimes cometidos, deve ser compreendida como *mero conselho ou admoestação*” ²⁵⁰, já que essa avaliação competiria ao Presidente da República no exercício de sua competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros ²⁵¹. Igualmente significativo é que o voto, embora traga referências aos princípios das relações internacionais do art. 4º da Constituição, concentra-se naqueles que favorecem a rejeição do pleito italiano (independência nacional e igualdade entre os Estados) ²⁵², nem sequer contrastando-os com postulados outros que conduziriam a decisão da Corte em sentido contrário (cooperação entre os povos, por exemplo) ²⁵³.

²⁴⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., p. 7.

²⁴⁸ Ibid., voto do ministro Luiz Fux, p. 30. O voto do ministro Luiz Fux está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085LF.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2011. De acordo com o ministro, “a existência de Tratado de extradicação entre Brasil e Itália não faz surgir uma obrigação de direito interno, que possa ser imposta judicialmente ao Executivo, mas apenas uma obrigação internacional, com consequências estritamente políticas para as relações entre os Estados” (p. 38).

²⁴⁹ Ibid., voto do ministro Luiz Fux, p. 25.

²⁵⁰ Ibid., voto do ministro Luiz Fux, p. 29, *itálico* nosso.

²⁵¹ Nas palavras do ministro Fux: “[c]ompete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Luiz Fux, p. 32-33).

²⁵² Ibid., voto do ministro Luiz Fux, p. 40.

²⁵³ Cabe registrar, por outro lado, que o ministro Gilmar Mendes enfatizou em seu voto que “não se justifica a restrição da cooperação internacional pela República Federativa do Brasil, resguardada no art. 4º, IX, da Carta Magna, em razão de regramentos típicos de âmbito interno, aplicados analogicamente, como reservas

O que mais chama atenção, contudo, é o fato de que a segunda decisão do STF no caso *Itália vs. Battisti* parece um exemplo, entre nós, de “contabilidade de dupla entrada”²⁵⁴. Isso porque, apesar de afirmar que a Corte que não ingressaria no mérito da decisão presidencial, sob pena de gerar um “conflito institucional”²⁵⁵, o relator não hesitou em declarar que “o ato presidencial objeto da presente Reclamação é constitucional e legal”²⁵⁶ (*sic*). A contradição é flagrante: se a própria Corte se declarou impedida de analisar o ato, como chegar a uma conclusão desse porte?

Nada impede, como se verá adiante, que o STF reconheça espaços de discricionariedade para o Presidente da República na prática de atos de relações internacionais e declare a sua constitucionalidade ou legalidade, uma vez constatado que determinado ato não extrapola os limites dessa discricionariedade (o que não significa que tenha de concordar com o teor do ato presidencial)²⁵⁷. Essa, porém, é uma decisão de mérito, que *pressupõe* o conhecimento da demanda posta à apreciação judicial. Como, no caso ora em comento, o STF deliberou por não conhecer da reclamação da Itália, não poderia ter emitido juízo acerca da correção jurídica do ato presidencial.

O que transparece do julgado é que a Corte valeu-se da circunstância de a questão versar sobre relações internacionais para utilizar esse aspecto como um “trunfo”, ao estilo de parte da jurisprudência norte-americana²⁵⁸, para bloquear automaticamente qualquer possibilidade de controle jurisdicional. Tendo o Presidente da República supostamente atuado ao abrigo de sua competência para conduzir internacionalmente o Estado brasileiro, isso é o que bastaria para reconhecer, *a priori*, a licitude do ato. O trecho de voto do relator, a seguir transcrito, parece não autorizar outra conclusão:

Em face do princípio da separação dos Poderes (art. 2º CFRB), não compete ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito da decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional atribui a este, e não ao Egrégio Tribunal, a função de representação externa do país. Assim, ao se considerar os princípios da separação dos poderes e da soberania, bem como as previsões constitucionais de competência privativa do Presidente da República

de iniciativa, distribuição de competências internas, ritos e procedimentos legislativos etc.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., p. 55).

²⁵⁴ Vide seção 3.2.3.1 *supra*.

²⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Luiz Fux, p. 25-26.

²⁵⁶ *Ibid.*, voto do ministro Luiz Fux, p. 29.

²⁵⁷ Vide seção 3.3.2.2 *infra*.

²⁵⁸ Vide seção 3.2.3.1 *supra*.

(especialmente o tantas vezes citado art. 84, inciso VII), o ato presidencial objeto da presente Reclamação é constitucional e legal.²⁵⁹

O efeito dessa linha de raciocínio é evidente: permitir que o Presidente da República atue livre dos constrangimentos constitucionais e legais em matéria de relações internacionais. Afinal, qualquer ação sua nesse domínio será, invariavelmente, “constitucional e legal”. Não é à toa que o voto do ministro Ricardo Lewandowski, que integrou a maioria vencedora no julgamento, trouxe à tona inclusive o antigo conceito de “razão de Estado” para legitimar as escolhas —quaisquer escolhas, desde que voltadas à sobrevivência do Estado— do dirigente no plano externo. Confira-se:

À tal suposição, motivadamente expressa pelo Chefe do Executivo, que consubstancia verdadeira *raison d'État*, não se afigura lícito, segundo penso, contrapor-se outra, em sentido diverso, emanada do Judiciário, qual seja, a de que a situação pessoal do extraditando não seria agravada no país de origem.

Essa razão qualificada, denominada pelos italianos de *ragione di stato*, permite aos governantes, até, se necessário for, ‘violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas’, segundo assentam Bobbio, Mateucci e Pasquino, recordando que o conceito tem origem em vetustas considerações que visavam à preservação da segurança do próprio Estado.²⁶⁰

A minoria naturalmente insurgiu-se contra entendimentos desse tipo. Após chamar atenção para o fato de que o Executivo não poderia simplesmente desconsiderar a interpretação estabelecida pelo STF “sobre as normas do ordenamento jurídico interno (inclusive os tratados internacionais, considerados como leis internas)” ou as declarações pela Corte emitidas “sobre os fatos jurídicos envolvidos no processo de extradição” —até porque constituem “coisa julgada material”—, o ministro Gilmar Mendes recordou que:

A autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de

²⁵⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Luiz Fux, p. 29, grifo nosso.

²⁶⁰ Ibid., voto do ministro Ricardo Lewandowski, p. 6, grifo nosso. O voto do ministro Ricardo Lewandowski está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085RL.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2011.

acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional.²⁶¹

De acordo com o mesmo ministro, “o pedido de extradição apoiado em acordo internacional não comporta recusa arbitrária pelo Estado brasileiro”²⁶². Dessa forma, prosseguiu o magistrado:

[...] o cumprimento do Tratado de Extradição em exame revela-se obrigação internacional assumida pelo Brasil, pela qual pode ser responsabilizado, e sua incorporação à ordem jurídica interna o convola em parâmetro normativo aferível, também, internamente.²⁶³

Todavia, essa tese não foi a que prevaleceu no julgamento da reclamação movida pelo Estado italiano. Assim, embora o reconhecimento da condição de refugiado, “conquanto se revele, sem dúvida, uma manifestação da soberania brasileira, pode ser sindicável junto ao Judiciário, na qualidade de ato administrativo” —conforme estabeleceu expressamente o STJ, em 2011 (um ano após a decisão relatada pelo ministro Herman Benjamin, acima mencionada, em sentido contrário), ressaltando ser essa a “conclusão a que chegou o Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradição n. 1.085, com superação do precedente que informava a matéria anteriormente (caso Padre Medina) [Colômbia vs. Collazos]”²⁶⁴ —, o ato presidencial que recusa a extradição, embora partilhe daquelas mesmas características, não é apto a esse controle.

O que esse recorrido pelas decisões judiciais em matéria de requisitos de ingresso de estrangeiro em território nacional e, sobretudo, de concessão de *status* de refugiado revela é, em primeiro lugar, a inexistência de um entendimento jurisprudencial consolidado a respeito do papel do Judiciário no controle dos atos do Executivo no domínio das relações internacionais. Isso é perceptível nos pronunciamentos dos tribunais inferiores mas, também, no *case law* do próprio STF. Em um intervalo de pouco mais de três anos, a Corte alterou três vezes —em 2008 (Colômbia vs. Collazos), 2009 (primeira decisão em Itália vs. Battisti) e 2011 (segunda decisão no caso Battisti)— o seu entendimento sobre a possibilidade da

²⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Gilmar Mendes, p. 32.

²⁶² Ibid., voto do ministro Gilmar Mendes, p. 61.

²⁶³ Ibid., voto do ministro Gilmar Mendes, p. 74.

²⁶⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Agravo regimental no mandado de segurança 17.612**. Ali Maqsood vs. União, Primeira Seção, rel. min. Mauro Campbell Marques, acórdão de 9/11/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Default.asp?registro=201102310512&dt_publicacao=18/11/2011>. Acesso em: 16 dez. 2011.

revisão de atos do Executivo na qualidade de Poder competente para manter relações com Estados estrangeiros.

Em segundo lugar, esse vai e vem jurisprudencial reflete, em realidade, uma divisão no interior do próprio STF a respeito do tema. Nenhuma das decisões acima mencionadas foi adotada por unanimidade, e mesmo alguns ministros externaram, individualmente, posições cambiantes no período. Esse é o caso, por exemplo, do ministro Ricardo Lewandowski, que adotou uma postura abdicacionista em *Colômbia vs. Collazos*, migrou para a corrente favorável ao controle jurisdicional na primeira decisão da Corte em *Itália vs. Battisti* para, mais tarde, retornar a uma posição de maior deferência ao Executivo no julgamento da reclamação movida pelo Estado italiano. Inclusive o ministro Luiz Fux, que conduziu a maioria do STF nesta última decisão, aparentemente tinha uma visão menos refratária à revisão da conduta do Executivo no plano externo, quando integrava o STJ — tanto é assim que, na já citada decisão em *Dias vs. Ministro de Estado da Justiça* (2004), o ministro proferiu voto-vista pelo qual reconheceu que o paciente não necessitava de proteção internacional, ingressando no exame do mérito da demanda para indeferir liminar em *habeas corpus* impetrado contra ato que negara reconhecimento da condição de refugiado²⁶⁵.

Em terceiro lugar, sobressai da análise desse conjunto de decisões que o Judiciário procura evitar confrontos com o Executivo —algo que, embora seja natural na atuação cotidiana dos magistrados, parece ficar mais saliente quando se trata de relações internacionais, denotando um receio do Judiciário de acabar sendo visto como um Poder que dificulta a promoção no interesse nacional no plano externo. Essa postura o tem levado a adotar inequívocos “pactos faustianos”. A primeira decisão do STF em *Itália vs. Battisti* é um exemplo característico desse comportamento: embora tenha declarado nula a decisão do Executivo que reconheceu condição de refugiado para, assim, deferir o pedido extradicional do Estado italiano, revertendo um precedente da própria Corte, logo em seguida definiu que a decisão não vinculava o Presidente da República. Avançam-se as fronteiras da atuação judicial ao custo de se prestar maior deferência à autoridade presidencial.

Em suma: o controle judicial de atos do Executivo em matéria de relações internacionais ainda é controverso, errático e cauteloso no Brasil.

Isso não impede, como visto, que controvérsias relacionadas à condução internacional do país sejam levadas a juízo. Tudo indica, ademais, que esse fenômeno tende a

²⁶⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus 36.033**, cit., voto-vista do ministro Luiz Fux, p. 5-7.

crescer no futuro próximo, alcançando mesmo atos “puramente” internacionais, ou seja, que não são materializados por atos de direito interno (como é o caso da concessão de *status* de refugiados para indivíduos estrangeiros).

Um exemplo nesse sentido, e que será melhor discutido no quinto capítulo desta tese, refere-se à iniciativa de uma ONG brasileira de oferecer representação ao Ministério Público Federal, tendo por objeto a posição assumida pelo Estado brasileiro (abstenção) na votação do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH) a respeito da situação dos direitos humanos na República Democrática Popular da Coreia. A representação deu origem a um procedimento extrajudicial que, apesar das tentativas do MRE de justificar a postura do Brasil, redundou no estabelecimento de uma recomendação oficial do Ministério Público ao Secretário-Geral das Relações Exteriores para que:

[...] em sua atuação perante o Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Brasil, independentemente de outros mecanismos de efetivação, se abstenha de adotar posições que, direta ou indiretamente, isentem qualquer membro da referida Organização de suas obrigações e responsabilidades em matéria de direitos humanos.²⁶⁶

Com um protagonismo internacional do Brasil cada vez mais acentuado, é bem provável que demandas com essas características não fiquem mais limitadas a mecanismos extrajudiciais, direcionando-se aos próprios tribunais nacionais.

3.3. Revisitando a separação de poderes: o Judiciário nas relações internacionais

Diante da crescente transposição para a arena judicial da discussão de questões internacionais, é preciso que o Judiciário consiga oferecer à sociedade respostas mais consistentes do que aquelas até aqui apresentadas. Disso depende, em larga medida, sua legitimidade social.

Para que esse desafio seja alcançado, duas tarefas necessitam ser realizadas. A primeira é verificar em que medida os óbices geralmente invocados à atuação judicial são efetivamente válidos. Se não o forem, resta então uma adicional tarefa: estabelecer critérios para que o Judiciário possa desempenhar seu papel em harmonia com o princípio da

²⁶⁶ BRASIL, Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Estado de São Paulo, Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. **Recomendação 03/2010**. Documento extraído do procedimento Peças Informativas nº 1.34.001.008931/2009-59.

separação de poderes, evitando sobrepor-se ao Executivo como Poder constitucionalmente habilitado a tomar decisões em matéria de relações internacionais. Esses são os propósitos das próximas seções.

3.3.1. *Teses contrárias à justiciabilidade dos atos de relações internacionais*

No Brasil, as teses invocadas pelos refratários à ideia do controle judicial de atos do Executivo no campo das relações internacionais são, fundamentalmente, quatro: (1) a de que atos de relações internacionais constituem manifestações da *soberania*, representada pela voz unívoca do Presidente da República; (2) a de que, no plano externo, *razões de Estado*, para além dos (e sobre os) parâmetros normativos internos, conduzem as decisões do Chefe de Estado; (3) a de que, nos termos do art. 84, VII, da Constituição, é de *competência exclusiva do Presidente da República* manter relações com Estados estrangeiros, o que automaticamente exclui qualquer possibilidade de ingerência do Judiciário nesse domínio; e (4) a de que atos de relações internacionais são *atos políticos* e, nessa qualidade, impassíveis de controle judicial.

Todas essas teses, em maior ou menor medida, foram expostas no segundo julgamento do STF no caso *Itália vs. Battisti*. Por esse motivo, e pela circunstância de essa ser a mais recente manifestação da Corte a respeito do tema aqui analisado, serão preferencialmente enfrentadas tal como presentes naquela decisão.

3.3.1.1. Soberania

Como visto acima, ao decidir a reclamação movida pelo Estado italiano, a maioria do STF afirmou que a extradição seria um “ato de soberania”, praticado por aquele a quem compete, com exclusividade, representar o Brasil no plano externo —o Presidente da República—, para então concluir que estaria ela infensa ao controle judicial. O trecho abaixo desse julgado bem sintetiza a ideia:

18. A extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradição, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da

República e, consequentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso.²⁶⁷

Ao sugerir que a soberania é exercida, no domínio internacional, pelo Chefe de Estado sem se submeter aos freios e contrapesos que vigoram no âmbito doméstico, a tese acaba por associar a soberania à própria pessoa do Presidente da República. Soberano passa a ser o Chefe de Estado, e não o povo, como declara o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal. Afinal, a partir do momento em que se interditam os mecanismos de controle da atuação do Executivo, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário, oferta-se um cheque em branco ao Presidente da República, que pode impunemente substituir a vontade expressa na Constituição ou na lei pela sua vontade individual. Os resquícios de ideais monárquicos, aqui, são mais do que evidentes.

Ora, a soberania é uma²⁶⁸ tanto no plano doméstico como no internacional. Da mesma forma que isso não impede o controle recíproco dos três poderes quando o Estado atua no domínio interno, não deve servir como desculpa para fazê-lo nas situações em que o Estado se projeta internacionalmente.

Do ponto de vista externo, soberania significa não mais do que a não sujeição a outra instância de poder²⁶⁹; jamais a não sujeição ao *próprio* direito. Em um Estado de Direito —e com ainda mais razão em um Estado *Democrático* de Direito, como proclama o artigo inicial do texto constitucional brasileiro— ninguém, nem mesmo o Chefe de Estado, está acima da ordem jurídica, especialmente da Constituição. Como afirmou o ministro Gilmar Mendes em seu voto, “[a] autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno”²⁷⁰.

Quando o ato em xequê envolve questões atinentes a direitos humanos, a invocação da soberania como forma de bloquear o exame judicial é ainda mais inconsistente. Isso porque, se nessa seara a soberania não impede nem mesmo a atuação de instituições

²⁶⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., p. 6, grifo nosso.

²⁶⁸ Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 81.

²⁶⁹ Ibid., p. 83. Nas palavras de Dallari, “Afirmado o poder soberano, isto significa que, dentro dos limites territoriais do Estado, tal poder é superior a todos os demais, tanto dos indivíduos quanto dos grupos sociais existentes no âmbito do Estado. E com relação aos demais Estados a afirmação de soberania tem a significação de independência, admitindo que haja outros poderes iguais, nenhum, porém, que lhe seja superior.”

²⁷⁰ Ibid., voto do ministro Gilmar Mendes, p. 32.

internacionais de proteção dos direitos humanos²⁷¹, com ainda mais razão não teria o poder de fazê-lo diante de instituições internas ao Estado.

Não se nega, evidentemente, que a sujeição do Presidente da República ao controle por parte dos demais poderes, em especial pelo Judiciário, pode causar embaraços internacionais ao Chefe de Estado. Essa afirmação, porém, deve ser atenuada com algumas ponderações.

Em primeiro lugar, não se pode olvidar que o suposto constrangimento ocorre também no plano doméstico²⁷², haja vista ser recorrente a revisão judicial de atos internos do Executivo, inclusive aqueles praticados diretamente pelo Presidente da República (decretos, por exemplo). Esse aspecto, ao invés de minar a autoridade do Presidente, é sinal da independência do Poder Judiciário e, em última instância, de vitalidade institucional da democracia brasileira.

Em segundo lugar, o embaraço —se e quando existente— é o ônus *político* decorrente da afirmação *jurídica* da supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público, na linha do decidido pelo próprio STF no julgamento da ADI 1.480-3. Um ônus, como se vê, circunstancial e relativamente leve em vista dos benefícios, potencialmente muito mais duradouros, que a contenção do poder promovida pelo constitucionalismo é capaz de promover em termos de proteção a direitos. Desejassem os constituintes brasileiros um arranjo diferente para essa equação e teriam seguido o exemplo português, no qual a Constituição estabelece que a inconstitucionalidade de tratados internacionais “não impede a aplicação de suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental”²⁷³.

²⁷¹ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7 ed. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 9. Como salienta a autora, “[a] partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileira fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido” (p. 40-41).

²⁷² É o que recorda Henkin, ao pontuar que “[a] court expresses ‘lack of respect’ to a coordinate branch and creates potential embarrassment daily when it scrutinizes political actions to assure that they are within constitutionally granted authority and that they do not infringe individual rights” (HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**..., cit., p. 89).

²⁷³ Constituição da República Portuguesa, art. 277º, n. 2.

Ademais, em terceiro lugar, constrangimentos internacionais, por vezes, podem decorrer justamente da *ausência* de controle judicial. Aliás, foi exatamente isso o que ocorreu no caso *Itália vs. Battisti*, em que o Estado italiano, em sinal de protesto, convocou o seu embaixador de volta à Itália imediatamente após a decisão do STF de não conhecer da reclamação, mantendo a decisão presidencial que negara a extradição de Cesare Battisti²⁷⁴.

Em quarto lugar, recorde-se que já está assentada na jurisprudência da Corte a viabilidade do controle de constitucionalidade de tratados. Instrumentos internacionais assinados e ratificados pelo Chefe de Estado em nome da República Federativa do Brasil podem, assim, ser declarados incompatíveis com o texto constitucional, minando seus efeitos em território nacional. Não há dúvidas de que isso pode causar, igualmente, tanto ou mais embaraço junto aos demais Estados que são partes do instrumento *vis-à-vis* a negativa de um mero pedido extradicional, por exemplo; esta circunstância, contudo, não tem servido de óbice ao escrutínio judicial. Argumentos baseados na soberania não impedem, por qualquer forma, a atuação do Poder Judiciário.

Finalmente, em quinto lugar, recorde-se que a revisão judicial de atos do Executivo praticados no exercício da competência para conduzir as relações internacionais não implica necessariamente na reversão do ato. Pelo contrário, como se verá adiante²⁷⁵, o Judiciário necessita ter razões muito fortes para poder rejeitar a avaliação do Executivo, substituindo-a pelo seu próprio juízo. Em grande parte das situações, é possível antever que o Judiciário limitar-se-á a verificar se o Executivo atuou dentro da margem de discricionariedade que lhe cabe, respeitando a conduta adotada ainda que vislumbre uma alternativa a seu ver mais adequada constitucionalmente. As situações em que o controle pode causar algum embaraço internacional, portanto, tendem a ser excepcionais.

3.3.1.2. Razão de Estado

A segunda das teses levantadas contrariamente à revisão jurisdicional de atos de relações internacionais defende que os motivos que orientam a atuação do Presidente da

²⁷⁴ Cf. NETTO, Andrei. Embaixador italiano em Brasília é convocado de volta a Roma. **O Estado de S. Paulo**, Radar Político, 10 jun. 2011. Disponível em: <<http://blogs.estadao.com.br/radar-politico/2011/06/10/embaixador-italiano-em-brasilia-e-convocado-de-volta-a-roma/>>. Acesso em: 21 dez. 2011. Registre-se que o embaixador italiano já havia sido chamado anteriormente, por ocasião do ato do Ministro da Justiça que concedera o *status* de refugiado a Battisti (cf. CHADE, Jamil. Itália chama embaixador de volta. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 29 jan. 2009, p. A4).

²⁷⁵ Vide seção 3.3.2 infra.

República no cenário internacional consubstanciariam “verdadeira *raison d’État*”, como sugeriu o ministro Ricardo Lewandowski em seu voto na segunda decisão do STF em *Itália vs. Battisti*²⁷⁶. Como no plano externo o que estaria em jogo seria a “preservação da segurança do próprio Estado”, essa qualificada razão autorizaria o Chefe de Estado, no limite, a violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas²⁷⁷.

O tema da razão de Estado é antigo, tendo possivelmente sido empregado pela primeira vez na obra de Giovanni della Casa, no século XVI, e ganhado autonomia teórica com o tratado *Da Razão de Estado* (1589), de Giovanni Botero²⁷⁸. Seu objeto primordial é a conservação do Estado²⁷⁹, postulando que qualquer ação supostamente necessária a essa finalidade —ou mesmo meramente útil ou conveniente— seria legítima²⁸⁰. Como esclarece Friedrich:

[...] razão de Estado é nada mais do que a doutrina de que o que quer que seja requerido para assegurar a sobrevivência do Estado deve ser feito pelos indivíduos por ele responsáveis, pouco importando o quão repugnante um tal ato pode lhes parecer em sua capacidade privada como homens decentes e morais.²⁸¹

Nesse contexto, o recurso ao segredo, antes de ser algo condenável ou excepcional, passaria a constituir um instrumento central da ação política²⁸². E foi justamente a união desses dois elementos —o fim da utilidade e o meio do segredo— que favoreceu o desenvolvimento do absolutismo e a separação entre o político e o direito, segundo a precisa análise de Pedro Barbas Homem²⁸³. A doutrina da razão de Estado pressupõe, assim, “uma atuação dos governantes *acima* do direito positivo estabelecido”²⁸⁴.

Ocorre que, como também assinala o ilustre catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, “[a] política do segredo, dos mistérios e máximas de Estado

²⁷⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

²⁷⁷ Ibid., voto do ministro Ricardo Lewandowski, p. 6.

²⁷⁸ Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. **História da relações internacionais**: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2009, p.134.

²⁷⁹ Ibid., p. 137.

²⁸⁰ Ibid., p. 138.

²⁸¹ FRIEDRICH, Carl Joachim. **Constitutional reason of state**. Providence: Brown University Press, 1957, p. 4-5 (no original: “[...] reason of state is nothing but the doctrine that whatever is required to insure the survival of state must be done by the individuals responsible for it, no matter how repugnant such an act may be to them in their private capacity as decent and moral men”).

²⁸² Cf. HOMEM, António Pedro Barbas. **História da relações internacionais...**, cit., p. 138.

²⁸³ Ibid., p. 138.

²⁸⁴ Ibid., p. 139, itálico nosso.

defendida pelos teóricos da razão de Estado é considerada contrária ao projecto de uma comunidade cosmopolita”, motivo pelo qual é combatida desde os grandes teóricos do liberalismo, como Kant ou Bentham²⁸⁵. Trata-se um ideário frontalmente contrário e, portanto, incompatível com o projeto de uma democracia constitucional, como aquele desenhado no Brasil pela Constituição de 1988.

A sobrevivência do Estado de Direito reclama, fazendo-se novamente uso das lições de Friedrich, “mais do que a mera autopreservação”: “[s]e a manutenção da liberdade constitucional, das liberdades civis ou direitos básicos está implícita na meta de sobrevivência, então sua supressão torna-se paradoxal.”²⁸⁶ Nos dias de hoje, portanto, não há mais espaço para uma legítima atuação do Estado à margem do direito.

Essa constatação, por si só, evidencia a impropriedade de recorrer à doutrina da razão de Estado para pretender justificar ou mesmo isolar os atos de relações internacionais do escrutínio jurisdicional. No entanto, duas adicionais considerações reforçam ainda mais essa conclusão.

A primeira tem a ver com a circunstância de que, no cotidiano das relações internacionais, são claramente excepcionais as situações que, efetivamente, podem colocar em xeque a segurança ou preservação do Estado —algo que é especialmente aplicável no caso brasileiro, tendo em vista a tradição pacifista do país e a ausência de significativas ameaças externas. Pressupor, portanto, que o Chefe do Estado ou qualquer outro representante do Brasil atua no plano internacional amparado, invariavelmente, por “razões de Estado”, ou mesmo admitir invocações dessa ordem de modo a automaticamente obstar a revisão jurisdicional de condutas nesse domínio equivaleria a tomar por ordinário aquilo que é extraordinário (e que, portanto, requer demonstração)²⁸⁷.

Além disso, não se pode olvidar que até mesmo a reação do Estado diante de situações de ameaça efetiva à sua conservação —as chamadas “situações de emergência”—

²⁸⁵ HOMEM, António Pedro Barbas. **História da relações internacionais...**, cit., p. 160.

²⁸⁶ FRIEDRICH, Carl Joachim. **Constitutional reason of state**, cit., p. 113-114 (no original: “more than mere self-preservation [...] If the maintenance of constitutional freedom, of civil liberties or basic rights is implicit in the goal of survival, then their suppression becomes paradoxical.”).

²⁸⁷ Como afirma Franck, “[j]udges [...] are not immune to the popular perception that we live in a dangerous world in which the nation’s well-being and security may depend on a willingness to engage in a conduct that would not be tolerated domestically. This attitude may take the form of courts overlooking political conduct they would not permit in another context. This attitude might be understandable in extremis if the nation’s very survival was at stake, and the courts certainly have shown leniency in such conditions. However, leniency, in the form of abdicating the responsibility to review executive and legislative conduct for violations of due process, has not always been confined to extraordinary circumstances” (FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 50).

são ditadas, no regime constitucional, pela própria Constituição. A solução nessa hipótese é jurídica, e não extrajurídica. Observe-se, por exemplo, o que ocorre no Brasil: a decretação de “estado de defesa”, para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social em casos de instabilidade institucional ou calamidades na natureza; ou a instalação de “estado de Sítio”, em face de comoção grave de repercussão nacional ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira —situações que autorizam a adoção de medidas excepcionais, inclusive de restrição a direitos— são especificamente reguladas pelo texto constitucional, tanto no que se refere à determinação de competências quanto às diretrizes que devem ser observadas nesses períodos de emergência²⁸⁸. O ordenamento jurídico segue regulando a ação dos agentes públicos, motivo inclusive pelo qual a Constituição prevê a responsabilização daqueles envolvidos em eventuais “ilícitos cometidos” nesse interregno. Do mesmo modo, a preocupação com a operacionalidade dos freios e contrapesos inerentes à separação de poderes é patente, como ilustra, entre outras disposições, a previsão de uma comissão do Congresso Nacional para “acompanhar e fiscalizar a execução das medidas referentes ao estado de defesa e ao estado de sítio”²⁸⁹, a não inclusão do direito de acesso à justiça do rol daqueles que podem ser suspensos²⁹⁰ ou, ainda, a expressa referência à competência do Judiciário para rever a correção de determinados atos, como a prisão por crime contra o Estado²⁹¹.

No que se refere à atuação do Judiciário nesses períodos de emergência, cumpre notar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu, em 1987, uma opinião consultiva esclarecendo que a garantia de *habeas corpus* e, mais amplamente, direito à proteção judicial não podem, em hipótese alguma, ser objeto de suspensão²⁹². O Judiciário permanece, portanto, servindo como guardião da legalidade e da constitucionalidade mesmo em cenários em que o Estado se vê sob ameaça.

Se diante de estados de emergência oficialmente declarados nenhum agente público é autorizado a conduzir-se sem observância das prescrições do ordenamento jurídico, como imaginar que isso possa ocorrer em contextos de normalidade institucional, na plena vigência dos direitos e garantias fundamentais?

²⁸⁸ Cf. CF/88, arts. 136 et seq.

²⁸⁹ Ibid., art. 140.

²⁹⁰ Ibid., arts. 136, § 1º, I; e 139.

²⁹¹ Ibid., art. 136, § 3º, I e III.

²⁹² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Advisory opinion OC-8/87*. January 30, 1987, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. A) No. 8 (1987). Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/b_11_4h.htm>. Acesso em: 23 dez. 2011.

A doutrina da razão de Estado, por criar exatamente essa insuperável contradição, já deveria ter se tornado, há muito, um fóssil jurídico. Assim como argumentos baseados na soberania, ela não possui, no Estado Democrático de Direito, aptidão para frear o controle jurisdicional de atos de relações internacionais.

3.3.1.3. Separação de poderes

A separação de poderes, fundada na lógica de controle recíproco entre os poderes (nas palavras de Montesquieu: “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”²⁹³), deveria sugerir uma presunção de justiciabilidade dos atos do Executivo, inclusive aqueles praticados no âmbito das relações internacionais. No entanto, como visto por ocasião das decisões judiciais referentes aos requisitos de ingresso de estrangeiros no Brasil e, no âmbito do STF, do segundo julgamento no caso envolvendo Cesare Battisti, o princípio inscrito no art. 2º da Constituição prestou-se justamente ao contrário: blindar o Poder Executivo de qualquer interferência jurisdicional nesse domínio²⁹⁴. O voto do relator, ministro Luiz Fux, nesta última decisão bem sumariza a tese:

Em face do princípio da separação dos Poderes (art. 2º CFRB), não compete ao Supremo Tribunal rever o mérito da decisão do Presidente da República [...], tendo em vista que o texto constitucional atribui a este, e não ao Egrégio Tribunal, a função de representação externa do país.²⁹⁵

A Constituição, de fato, é clara ao atribuir ao Presidente a condução de relações com Estados estrangeiros, entre outras prerrogativas nessa matéria²⁹⁶. E essa disposição precisa ser levada a sério: a princípio, decisões no campo das relações internacionais não de ser tomadas pelo Executivo. A “faculdade de estatuir”, para valermos-nos novamente da terminologia de Montesquieu²⁹⁷, cabe aqui ao Executivo.

²⁹³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 166.

²⁹⁴ Vide seção 3.2.3.3.3 supra.

²⁹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., voto do ministro Luiz Fux, p. 29.

²⁹⁶ Vide seção 2.3.1 supra.

²⁹⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**, cit., p. 172. De acordo com o autor, “[c]hamo de *faculdade de estatuir* ao direito de ordenar por si mesmo, ou de corrigir o que foi ordenado por outrem. Chamo *faculdade de impedir* ao direito de anular uma resolução tomada por outrem [...]”.

Não obstante, como já foi verificado no presente trabalho²⁹⁸, a Constituição revela uma preocupação com os freios e contrapesos também no âmbito das relações internacionais. Em 12 das 22 competências estabelecidas, há expressa determinação para uma atuação complementar do Executivo e do Legislativo. Além disso, o Judiciário exsurge com a titularidade de oito competências nessa seara —tudo para indicar que este domínio jamais foi pensado como de exclusividade do Executivo.

Se assim é, por qual razão o controle jurisdicional de atos do Executivo seria diferente, aqui, em relação ao que ocorre com outras prerrogativas que também são atribuídas, primordialmente, ao Executivo? O próprio art. 84 da Constituição, que remete ao Presidente da República a manutenção das relações internacionais, estabelece, por exemplo, que cabe à mesma autoridade “exercer [...] a direção superior da administração federal”. O fato de isso se tratar de uma competência privativa do Presidente não funciona como obstáculo para a revisão judicial de atos praticados no seu exercício, nos mais diversos domínios (educação, meio ambiente, saúde etc.). Da mesma forma, não deveria fazê-lo quando se está diante de atos de relações internacionais. Cabem aqui as mesmas considerações feitas por Henkin a respeito da situação nos EUA:

Os tribunais são não mais competentes, mas também não menos competentes, para interpretar um ato do Congresso relacionado a assuntos externos do que eles são, digamos, em relação à legislação referente à economia nacional ou ao meio ambiente nacional. E o Congresso, o qual —inevitavelmente— deixa a interpretação das leis para o Executivo, também —inevitavelmente— deixa a revisão da interpretação do Executivo para os tribunais, nos assuntos externos como em qualquer outro.²⁹⁹

Ao consagrar a inafastabilidade do controle jurisdicional³⁰⁰, sempre que necessário à proteção de direitos, bem como inscrever ações judiciais que permitem o controle objetivo da atuação do Executivo (ação popular³⁰¹, ação civil pública³⁰² e ADPF³⁰³, por exemplo), sem quaisquer restrições quanto ao caráter doméstico ou internacional do ato, a

²⁹⁸ Vide seção 2.3.1 supra.

²⁹⁹ HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 72 (no original: “Courts are no more competent, but no less competent, to construe an act of Congress relating to foreign affairs than they are, say, laws relating to the national economy or the national environment. And Congress, which —inevitably— leaves the interpretation of statutes to the executive, also —inevitably— leaves review of executive interpretation to the courts, in foreign affairs as elsewhere.”).

³⁰⁰ Cf. CF/88, art. 5º, XXXV.

³⁰¹ Ibid., art. 5º, LXXIII.

³⁰² Ibid., art. 129, III.

³⁰³ Ibid., art. 102, § 1º.

Constituição atribuiu ao Judiciário competência para conhecer eventuais demandas formuladas em juízo, ao menos nessas hipóteses. Não há qualquer base constitucional para, de antemão, suprimir os atos de relações internacionais dessa esfera de controle.

Como será examinado mais abaixo³⁰⁴, a competência do Presidente da República para conduzir as relações internacionais do Brasil corresponde a um princípio que pode e deve ser levado em consideração para determinar a *extensão* da cognição jurisdicional, mas não a possibilidade desta. Ele oferece uma forte razão para o Judiciário respeitar a decisão adotada pelo Executivo no plano externo; os princípios constitucionais eventualmente violados pelo ato, contudo, em conexão com aqueles que atribuem competência ao Judiciário para rever a conduta do Executivo, *podem* oferecer razões ainda mais fortes que justifiquem a censura jurisdicional. Esse sopesamento só pode ser feito em cada caso concreto, inexistindo fundamento constitucional para determinar, *a priori*, o encaminhamento a ser conferido aos casos que vierem a ser levados a juízo.

A alternativa a isso é conferir à competência para a condução das relações internacionais o caráter de trunfo, na linha do quanto defendido pelo ministro Luiz Fux no julgamento da reclamação 11.243: basta a sua alusão para, independentemente de uma avaliação para verificar se o Executivo agiu dentro da margem de discricionariedade constitucionalmente conferida, frustrar o controle jurisdicional.

Adverte Franck que essa dualidade de encaminhamentos reflete, no fundo, duas visões distintas sobre o que significam os limites constitucionais à revisão jurisdicional decorrentes da separação de poderes. De acordo com uma visão, se na avaliação *do Judiciário* o Executivo atuou dentro do âmbito de discricionariedade que a Constituição lhe assegura, o Judiciário não deve substituir o julgamento político de um outro Poder pelas suas próprias preferências. A outra visão, porém, defende algo bastante diverso: se na opinião *do Executivo* (ou de qualquer dos poderes políticos do Estado) ele é autorizado constitucionalmente a realizar determinado ato, o Judiciário não deve substituir a apreciação do Executivo quanto à constitucionalidade do ato³⁰⁵.

A consequência da primeira visão é submeter as ações do Presidente, normalmente, à revisão jurisdicional. A segunda, por sua vez, traz impactos mais sérios:

³⁰⁴ Vide seção 3.3.2.2 infra.

³⁰⁵ FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 31.

“situa os atos dos poderes políticos fora do alcance da função arbitral dos tribunais”³⁰⁶. Como enfatiza o ex-professor da Faculdade de Direitos da Universidade de Nova York, “[o] efeito da primeira versão é submeter os poderes políticos ao direito —incluindo, por óbvio, as normas da Constituição— enquanto o efeito da segunda é exonerá-los do controle do direito.”³⁰⁷

Em um regime constitucional que atribui ao STF a “guarda da Constituição”³⁰⁸ e que, de modo mais amplo, confere ao Poder Judiciário o papel de “dizer o direito” como instância superior (note-se que nem mesmo o Legislativo, no Brasil, possui condições de reverter, via emenda constitucional, decisões judiciais que contrastem com a leitura que uma maioria parlamentar qualificada faz da Constituição, já que o STF declarou-se competente, inclusive, para rever a constitucionalidade de emendas³⁰⁹), seria claramente contraditória uma acolhida da segunda visão na jurisprudência nacional. Nesse sentido, a segunda decisão do STF em *Itália vs. Battisti* representou um evidente retrocesso *vis-à-vis* o primeiro pronunciamento da Corte, em que se entendera legitimada a apreciar o ato do Executivo que concedera o *status* de refugiado a Cesare Battisti.

Em verdade, o próprio STF já decidiu que o princípio da separação de poderes “não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal”³¹⁰. E mais:

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição,

³⁰⁶ FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers...**, cit., p. 31-32 (no original: “to place acts of the political branches beyond the reach of the courts’ umpiring function.”).

³⁰⁷ Ibid., p. 32 (no original: “The effect of the first version is to subject the political branches to law—including, of course, the law of the Constitution—while the effect of the second is to exonerate them from the control of law.”).

³⁰⁸ Cf. CF/88, art. 102.

³⁰⁹ No julgamento da ADI (939-7) movida contra a autorização para criação do Imposto Provisória sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), o STF afirmou sua competência para o controle de constitucionalidade de emenda constitucional, muito embora a Constituição mencione apenas “leis ou ato normativo federal ou estadual” entre os objetos passíveis de controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, “a”). Para uma crítica dessa decisão e da falta de debate público em torno dela, vide MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, especialmente p. 146-147.

³¹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança 23.452**. Luiz Carlos Barretti Junior vs. Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 16/9/1999.

desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República.³¹¹

Concluiu então a Corte que “[o] regular exercício da função jurisdicional [...] não transgredir o princípio da separação de poderes.”³¹²

Mesmo a afirmação de que “O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional”, ventilada pelo ministro Fux em seu voto na reclamação 11.243, parece conter um duplo equívoco.

O primeiro consiste no *pressuposto* de que a decisão do STF seria “política”, algo que apenas ocorreria caso a Corte deixasse de pautar o seu julgamento pelo discurso jurídico, baseado na Constituição e na lei, para centrar-se em considerações de ordem propriamente políticas³¹³.

O segundo equívoco é o de que o Judiciário, ao ingressar no exame do ato, passaria a assumir o papel de formulador de política externa, sobrepondo-se ao Poder constitucionalmente autorizado para essa função. Acontece que, ao atuar como instância revisora de atos dos demais poderes, o Judiciário exerce apenas a sua “faculdade de impedir” condutas eventualmente contrárias ao direito, nada recomendando que avoque também para si a “faculdade de estatuir”, própria do Executivo, nessa matéria³¹⁴. Risco de uma indevida ampliação de funções, naturalmente, existe; ele não é, contudo, maior do que o que ocorre no controle jurisdicional de atos puramente domésticos.

Em suma: razão assiste ao ministro Cesar Peluso quando afirma que o fato de a representação do país nas relações internacionais competir ao Executivo *não* subtrai “os respectivos atos jurídico-administrativos ao ordinário controle jurisdicional de legalidade

³¹¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança 23.452**, cit.

³¹² Ibid.

³¹³ Vide seção 3.2.2.2 supra.

³¹⁴ Vide nota 297 supra. Aplicam-se aqui as considerações de Queiroz a respeito da justiça constitucional: “a sua participação-colaboração no processo de determinação da função política não se processa nos mesmos moldes nem obedece aos mesmos objectivos dos outros órgãos constitucionais. De forma diferente destes últimos, esta não se materializa em actividades de ‘estímulo’ ou de ‘impulso’, antes se sedia numa actitude de cariz ‘negativista’, de *correção* e por vezes até de *paralisação*, de actos e comportamentos jurídico-públicos que lhe sejam desconformes. Em caso algum se lhe atribui um ‘direito de iniciativa’ quanto ao processo de formação da vontade política. De igual modo, não se pronuncia nem toma posição sobre a ‘razoabilidade’ ou ‘oportunidade’ das medidas tomadas pelo legislador na sua liberdade política de conformação. Quer dizer: jamais lhe será lícito imiscuir-se nas funções do governo ou do parlamento, posto que apesar de deter a última palavra – as suas decisões em matéria de recurso são percebidas como *finais* – permanece de igual modo *vinculada à constituição*, sem possibilidade de se lhe substituir. [...]” (QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito**: o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990, p. 168).

(*judicial review*)”. “A União” —prossegue acertadamente o magistrado— “não age aqui, nem alhures, *a legibus soluta*.”³¹⁵

3.3.1.4. Teoria dos atos políticos

A objeção que ressurge com maior intensidade ao controle jurisdicional de atos de relações internacionais é aquela que caracteriza os atos praticados pelo Executivo no exercício da competência inscrita no art. 84, VII, da Constituição como “atos políticos” ou, na linguagem da decisão do STF na reclamação 11.243, “atos político-administrativos”³¹⁶. Uma vez que se lhes outorga essa configuração, é natural que se cerrem as portas para o escrutínio jurisdicional, posto que o Judiciário “não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas”³¹⁷.

O problema aqui reside na premissa adotada: atos de relações internacionais são, realmente, meros “atos políticos”? O que essa conceituação pretende significar? Tendo em vista que o próprio STF parece não ter muita clareza a respeito da tese —e tanto é assim que, por exemplo, o reconhecimento da condição de refugiado, considerado ato político em *Colômbia vs. Collazos*, deixou de sê-lo a partir de *Itália vs. Battisti*, sem que houvesse qualquer alteração legislativa nesse interregno—, é preciso examinar com maior profundidade a teoria dos atos políticos no Brasil.

Odete Medauar define o ato político ou “de governo” como aquele “[...] emanado da autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo, em especial no relacionamento com outros poderes, com outros Estados, com organismos internacionais ou na tomada de decisões de alto relevo político.”³¹⁸

De acordo com a professora titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, essa espécie de ato teria, portanto, três características: (1) provir da autoridade ou órgão mais elevado do Executivo; (2) envolver, “sobretudo”, o relacionamento com outros poderes, países ou organismos internacionais; e (3) externar “decisões de alto relevo” para o país, o estado-membro ou município³¹⁹.

³¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**, cit., voto do ministro Cezar Peluso, fls. 21-22.

³¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**, cit., p. 8.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 7.

³¹⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 156.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 156.

Na mesma linha segue Maria Sylvia Di Pietro, para quem ato político é “aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais”³²⁰.

Celso Bastos, por sua vez, associa atos políticos àqueles em que “o Poder Executivo goza de uma discricionariedade maior na sua prática do que a discricionariedade comum”³²¹. No entender do jurista, contudo, isso não decorreria de qualquer característica específica do ato, mas da circunstância —já apontada acima por Di Pietro— de que “normalmente, vem neles implícita a peculiaridade de que não são causadores a lesão de direitos individuais ou coletivos”³²².

Qualquer que seja a concepção adotada, sua utilização parece ter um objetivo primordial: afastar o ato do controle jurisdicional³²³. Afinal, como chegou a estabelecer a Constituição brasileira de 1934, “[é] vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.”³²⁴

Trata-se de uma consequência muito séria para decorrer de um conceito cuja inconsistência é aparente. A concepção subjetiva, baseada na circunstância de o ato emanar da máxima autoridade governamental, não pode ser levada a sério, a não ser que se considere que o Chefe de Estado estaria *acima* do Direito³²⁵. A concepção objetiva, por outro lado, é extremamente genérica e, por essa razão, inapta a delimitar uma fronteira entre atos administrativos e atos políticos: “decisões de alto relevo” ou que dizem respeito “a interesses superiores da nação”, presume-se, englobam a quase totalidade dos atos praticados pela autoridade ou órgão mais elevado do Poder Executivo. Juntar ambas em uma concepção mista, por outro lado, não faz com que as fragilidades de cada qual sejam superadas.

Do mesmo modo, sugerir que atos políticos seriam aqueles que não causam lesão a direitos individuais ou coletivos é de questionável adequação, a menos para fim de imunização frente ao controle jurisdicional. A ausência ou não de ofensa a direitos só pode ser

³²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 745.

³²¹ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 492-493.

³²² *Ibid.*, p. 492-493.

³²³ Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, cit., p. 409-410; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**, cit., p. 745; BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 492-493.

³²⁴ CF/34, art. 68.

³²⁵ Não é à toa que, conforme esclarece Barbas Homem, “[p]ara os autores mais favoráveis ao absolutismo, as acções do príncipe em que é invocada a razão de Estado, a sua conveniência ou utilidade, não podiam ser escrutinadas pelo direito nem pelos tribunais, precisamente porque os actos políticos não eram susceptíveis de impugnação judicial” (HOMEM, António Pedro Barbas. **História das relações internacionais...**, cit., p. 138).

verificada após a apreciação do ato, e não *ex ante*. Essa abordagem toma como pressuposto, portanto, justamente aquilo que se pretende demonstrar.

Em realidade, a teoria dos atos políticos —se é que é possível falar em uma “teoria” completa e acabada no Brasil³²⁶— parece exercer a função de permitir ao Judiciário uma saída pretensamente honrosa para esquivar-se, casuisticamente, de embates potencialmente fortes com o Executivo. Em situações desse tipo, é menos desgastante ao Judiciário qualificar o ato como “político” e autolimitar a sua cognição do que ingressar no exame do mérito da conduta questionada: uma decisão favorável ao Executivo pode ser vista como sinal de excessiva deferência àquele Poder; uma contrária, de estopim para uma eventual crise entre os poderes.

A teoria tem, portanto, a sua utilidade. No entanto, ela dificilmente é compatível com a ordem constitucional vigente no Brasil, aproximando-se mais de uma acrítica importação de ideais alienígenas para o sistema jurídico brasileiro —e, vale notar, de ideais que perderam força em seus próprios países de origem.

De fato, é possível identificar uma dupla inspiração para a teoria dos atos políticos. Uma, já discutida no presente trabalho³²⁷, é a doutrina das *political questions* norte-americana —ela própria uma tentativa, controversa, de replicar nos EUA conceitos desenvolvidos na Inglaterra para uma realidade política completamente distinta (monarquia parlamentar). A outra é a doutrina dos “atos de governo”, surgida a partir da jurisprudência do Conselho de Estado francês.

Quanto à *political questions doctrine*, não é necessário repetir, aqui, as considerações feitas anteriormente, inclusive quanto ao fato de ela ter caído em desuso nos EUA nas últimas décadas, ao menos na discussão de questões domésticas. É suficiente trazer à luz, uma vez mais, o pensamento de Henkin, para quem a doutrina não possui a mais remota base na Constituição norte-americana³²⁸. Observem-se as palavras do ex-professor da Universidade de Columbia:

[...] Acredito que se recusar a decidir com fundamento na doutrina da questão política equivale essencialmente, em muitos casos, à negativa de jurisdição. Ao denominar uma reivindicação uma questão política os tribunais promovem a percepção de que ela não é uma questão

³²⁶ A escassez de monografias a respeito do tema é o sinal mais evidente desta realidade.

³²⁷ Vide seção 3.2.3.1 *supra*.

³²⁸ HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 87.

constitucional e estimulam o exercício do poder político sem consideração às restrições e determinações constitucionais.

Se não é uma traição à Constituição, a doutrina da questão política pode trair o constitucionalismo. Quando aplicada a questões constitucionais, a doutrina é um abandono, pelo Judiciário, de sua função de monitor do sistema constitucional. Ao aplicar a doutrina nesses casos, os tribunais anuem com uma quebra na barreira dos freios e contrapesos ou com uma violação de direitos individuais e incentivam a ilegalidade [*lawlessness*].³²⁹

Se isso é verdade para o caso norte-americano, no qual a Constituição não traz maiores diretrizes para a conduta externa dos EUA, com ainda mais razão o é para o caso brasileiro, em que o texto constitucional oferece um amplo conjunto de normas conformadoras das relações internacionais³³⁰. Se lá “um tribunal não pode se esconder atrás de uma ausência de parâmetros reveláveis e manejáveis”³³¹, aqui esse problema, se e quando existente, é significativamente menor.

A outra vertente da teoria dos atos políticos é, como apontado acima, francesa. O conceito de “ato de governo” desenvolveu-se por obra do Conselho de Estado, órgão incumbido da jurisdição administrativa na França³³². Sem independência em seu estágio inicial de funcionamento, o Conselho viu-se forçado a “conceder a determinados actos do governo uma imunidade *total* de jurisdição”, como anota Cristina Queiroz³³³. Contudo, a

³²⁹ HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 87-88 (no original: “[...] I think that to refuse to decide on the ground of the political question doctrine is in many instances in essence the same as not to take jurisdiction. By calling a claim a political question courts foster the perception that it is not a constitutional question and encourage the exercise of political power without regard to constitutional prescriptions and restraints.”; “If it is not treason to the Constitution, the political question doctrine may betray constitutionalism. As applied to constitutional questions, the doctrine is an abandonment by the judiciary of its role as monitor of the constitutional system. By applying the doctrine in such cases, the courts condone a breach in the wall of checks and balances or the violation of individual rights and encourage lawlessness.”).

³³⁰ Vide seção 2.3.2 supra e COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa..., cit., p. 146. De acordo com Oliver P. Field, “a verdadeira base da questão política é a falta de princípios jurídicos para serem aplicados pelos tribunais na apreciação de casos envolvendo certos tipos de matéria, atribuindo a decisão final aos poderes políticos do governo” (*apud* QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito...**, cit., p. 132).

³³¹ HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., p. 89 (no original: “a court cannot hide behind a lack of discoverable and manageable standards”).

³³² No período pré-revolucionário francês, os parlamentos reuniam as funções legislativa e jurisdicional, notando Queiroz que “os *parlementaires* adquiriram a reputação de interferirem com demasiada frequência nas actividades dos outros órgãos, sendo por isso acusados de abuso arbitrário do poder”. A construção de uma categoria de atos insidiáveis tinha por escopo, assim, firmar a autonomia do Executivo frente à Justiça (QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito...**, cit., p. 109). Como observa Gonçalves, o intento era o de “vitalizar a moral administrativa francesa” (GONÇALVES, William Couto. **Atos políticos ou de governo no Brasil e sua judiciabilidade**. Relatório de direito constitucional (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, p. 7).

³³³ QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito...**, cit., p. 116-117. Nas palavras de Gonçalves, “o *Conselho de Estado* optou por limitar a sua própria jurisdição em favor dos tribunais e do

partir de sua emancipação, em 1872, foi se desenvolvendo gradualmente uma teoria com base no alargamento da técnica do “recurso por excesso de poder” cujo resultado é o seguinte:

Actos anteriormente considerados como puramente discricionários, anteriormente designados como ‘actos de governo’, perdem agora essa qualificação em virtude de sua submissão ao contencioso administrativo.³³⁴

Com efeito, em um primeiro momento, de 1822 a 1875³³⁵, o elemento central que definia os atos de governo era a *motivação*: bastava alegar que determinado ato era motivado por razões de ordem política para que se tornasse imune ao controle³³⁶.

Posteriormente (1875-1958)³³⁷, essa distinção passou a ter contornos objetivos (concepção *objetivista* dos atos de governo), “retirando-se às autoridades executivas a ‘prerrogativa’ de delimitação da linha de separação entre governo e jurisdição”³³⁸. Ainda assim, a caracterização é feita de modo *ad hoc* pelo Conselho: são atos de governo aqueles assim considerados pela jurisprudência do órgão³³⁹ —e já o primeiro catálogo (1889) de atos de governo, elaborado por Julien Laferrière, inclui os atos relativos à segurança externa do Estado e ao domínio das relações internacionais³⁴⁰. Não é sem razão, prossegue Queiroz, que Gaston Jéze fala de uma *théorie empirique des actes de gouvernement*³⁴¹. De qualquer modo, fica evidente que se trata de critérios empíricos e casuísticos, representando nada mais do que “uma sistematização escandalosa da velha razão de Estado”³⁴².

A completar esse percurso, a consolidação do regime constitucional na França “terá como resultado uma redução assinalável das categorias de ‘actos de governo’ como actos juridicamente insindicáveis”³⁴³:

A progressiva autonomização da norma constitucional, por um lado, e a correlativa superação da concepção ‘legalista’ ou ‘administrativa’ do Estado

poder político, a ser eliminado pelo *novo regime*” (GONÇALVES, William Couto. **Atos políticos ou de governo no Brasil**..., cit., p. 9).

³³⁴ QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito**..., cit., p. 117.

³³⁵ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política”..., cit.

³³⁶ Cf. QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito**..., cit., p. 118.

³³⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política”..., cit.

³³⁸ Cf. QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito**..., cit., p. 119.

³³⁹ *Ibid.*, p. 120.

³⁴⁰ *Ibid.*, p. 121, nota 58.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 121.

³⁴² *Ibid.*, p. 121.

³⁴³ *Ibid.*, p. 126.

de direito, por outro, levam ao afastamento do conceito de ‘político’ como domínio constitucionalmente desvinculado.³⁴⁴

Nesse quadro, e após notar que “a juspublicística mais recente tem vindo a negar a existência dos ‘actos de governo’ como categoria jurídica autónoma definidos em função da sua imunidade de jurisdição”³⁴⁵, a conclusão de Queiroz não poderia ser mais clara e direta:

[...] o ‘acto de governo’ como categoria jurídica autónoma, pura e simplesmente, não existe. Todos esses actos são afinal objectos de um ‘direito judicial de controle’, desde que para tanto se proceda a uma interpretação jurídico-constitucional ‘adequada’ das normas de competência das diferentes jurisdições.³⁴⁶

Independentemente disso, o que se percebe é que, assim como ocorrera com a *political questions doctrine* nos EUA, a doutrina dos atos de governo foi construída na França, *assistematicamente*³⁴⁷, em resposta a circunstâncias políticas específicas vividas por aquele país. Ademais, se mesmo lá ela vem paulatinamente perdendo espaço, qual o sentido de pretender revigorá-la extemporaneamente em solo brasileiro?

A questão assume redobrada perplexidade quando se atenta à evolução jurisprudencial do tema. A teoria dos atos políticos foi introduzida no Brasil, em 1892, por ocasião da decisão do STF que negou *habeas corpus* impetrado por Rui Barbosa no interesse de um conjunto de cidadãos que haviam sido detidos ou desterrados durante estado de sítio decretado pelo Presidente da República³⁴⁸. Após notar que “o exercício desta extraordinária faculdade a Constituição confiou ao critério e prudente discricção do Presidente da República, responsável por ela, pelas medidas de exceção que tomar, e pelos abusos que à sombra delas possa cometer”, a Corte declarou que:

[...] não é da índole do Supremo Tribunal Federal envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo;

³⁴⁴ QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito...**, cit., p. 126. De acordo com Comparato, haveria hoje apenas duas exceções à justiciabilidade dos atos de governo: atos que dizem respeito à relação entre órgãos estatais, fora da Administração, e atos concernentes às relações internacionais. “No entanto, mesmo em relação a essas duas exceções, a posição de recusa de julgamento não é absoluta” (COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política”..., cit.). No mesmo sentido, vide PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **Os actos políticos em direito comparado...**, cit., p. 9-10.

³⁴⁵ QUEIROZ, Cristina M. M. **Os actos políticos no Estado de Direito...**, cit., p. 126.

³⁴⁶ Ibid., p. 127.

³⁴⁷ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política”..., cit.

³⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 300**. Pleno, Eduardo Wandenkolk e outros vs. Presidente da República, rel. min. Aquino e Castro, acórdão de 27/4/1892.

[...] estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política, que os envolve e compreende [...]³⁴⁹

No entanto, há mais de cinquenta anos, em 1951, o STF teve a oportunidade de se afastar desse precedente. Ao apreciar mandado de segurança impetrado contra um ato da Mesa da Câmara dos Deputados, decidiu a Corte que:

As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las. Mas a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais. O antigo critério jurisprudencial norte-americano (merely, purely, exclusively political questions) foi superado.³⁵⁰

Em 1963, o STF iria então deixar assente a sindicabilidade dos atos políticos, bastando para isso a mera *alegação* da violação de direitos individuais:

Desde que se recorra ao Judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, máxime após ter ela inscrito, entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.³⁵¹

A literatura jurídica também é farta ao declarar a possibilidade de atuação do Judiciário diante dos chamados “atos quase políticos” ou “não exclusivamente políticos”, conceituados por Di Pietro como aqueles que “embora dizendo respeito a interesses superiores do Estado, da nação, da sociedade, afetam também direitos individuais”³⁵². Mas

³⁴⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 300**, cit., grifo nosso.

³⁵⁰ Id., **Mandado de segurança 1.423**. Carlos Castilho Cabral vs. Mesa da Câmara, Pleno, rel. min. Luiz Gallotti, acórdão de 22/5/1951, grifo nosso.

³⁵¹ Id., **Recurso de mandado de segurança 11.140**. União Democrática Nacional e outros vs. Assembleia Legislativa do Estado, Pleno, rel. min. Luiz Gallorri, acórdão de 10/6/1963.

³⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**, cit., p. 745. Cf. também MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**, cit., p. 409-410; e BASTOS, Celso. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 492-493. De acordo com Gonçalves, quando o ato político ou de governo afeta direitos constitucionais, “não se questiona a sua *judiciabilidade*” (GONÇALVES, William Couto. **Atos políticos ou de governo no Brasil...**, cit., p. 47).

não só: mesmo em relação aos “atos exclusivamente políticos” o controle jurisdicional não é mais afastado peremptoriamente, haja vista a previsão de ações constitucionais para a defesa de direitos e interesses coletivos (ação civil pública, por exemplo), independentemente da lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais³⁵³.

Assim, a própria conceituação de ato político é colocada, atualmente, questionada. É Celso Bastos quem afirma:

[...] esta resistência do exame dos *atos políticos* é apenas um ressaibo de caráter histórico advindo da Constituição de 1937 [1934?], que, de fato, os excluía da apreciação do Poder Judiciário. Hoje, no nosso direito não temos referência nenhuma ato político e essa própria categoria de ato é muito evanescente. Não possui contornos precisos no sentido de que se por ato político se entende um ato praticado fora do balizamento, evidentemente que atos desta ordem nós não temos no Estado de Direito.³⁵⁴

De nossa parte, acreditamos não ser conveniente sacrificar completamente o conceito. No entanto, é imprescindível melhor delimitar seus contornos. Tem-se, assim, que ato político é termo cujo emprego deve ser reservado aos *atos que se situam fora do espectro jurídico*, ou seja, aqueles que, por não ser objeto de regulação pelo direito, não produzem efeitos jurídicos³⁵⁵ quando isoladamente considerados³⁵⁶. Um exemplo, na esfera das relações internacionais, são as meras declarações do Presidente da República quando em visita a países estrangeiros —ato de consequências puramente políticas.

Por outro lado, todos os atos juridicamente relevantes são, necessariamente, atos *jurídicos*, ainda que os seus reflexos políticos sejam tão ou mais significantes. O voto do Estado brasileiro em uma instância internacional como o CDH, por exemplo, gera reflexos jurídicos (aprovação ou rejeição de resolução, e.g.). Nessa qualidade, como ocorre com o restante dos atos jurídicos estatais, pode ser submetido ao crivo judicial, observadas as eventuais limitações postas pela ordem jurídica internacional, conforme se verá adiante³⁵⁷.

A distinção ora defendida tem a vantagem de reconhecer que nem todo o universo das relações internacionais está abrangido pelo direito, havendo espaços de exclusiva

³⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**, cit., p. 745.

³⁵⁴ BASTOS, Celso. **Curso de direito administrativo**, cit., p. 492-493.

³⁵⁵ Agradeço ao professor Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari, que, por ocasião da primeira banca de qualificação do projeto que deu origem à tese, sugeriu esta abordagem.

³⁵⁶ A ressalva tem a ver com a circunstância de que, especialmente no plano do direito internacional, atos que a princípio não surtiriam efeitos jurídicos podem vir a fazê-lo na hipótese de, conjuntamente com outros, constituírem um costume.

³⁵⁷ Vide seção 3.3.3.1 infra.

incidência da política. Até onde o jurídico alcança, contudo, não há motivo para, *a priori*, tolher a atuação do Poder encarregado de zelar pela sua observância: o Judiciário.

“Que os juízes se arvorem em ‘guardiães’ do processo político do poder, e que nesses termos desenvolvam uma actividade com fortes implicações políticas (intervenção na ‘balance of powers’)”, assevera Queiroz, “é o preço que o moderno Estado de direito teve de pagar pela *supremacia da sua constituição*, pela sua *primazia hierárquica* e pela sua *vinculatividade*.”³⁵⁸ O STF já estabeleceu, enfaticamente, a supremacia da Constituição brasileira sobre todo e qualquer ato de direito internacional público³⁵⁹; não pode pretender livrar-se, agora, do ônus que essa afirmação traz consigo.

3.3.2. A justiciabilidade dos atos de relações internacionais

Superados os óbices tradicionalmente postos à revisão jurisdicional de atos de relações internacionais, é preciso agora explicitar se, e como, esse tipo de atuação pode ser desempenhado pelo Judiciário.

O ponto de partida para essa empreitada é a teoria dos princípios, tal como formulada por Alexy³⁶⁰. Os motivos para essa eleição ficarão claros nas seções seguintes, mas desde logo é possível apresentá-los de modo geral.

Em primeiro lugar, a teoria dos princípios permite compreender as diferenças — qualitativas, e não meramente de grau de abstração e generalidade³⁶¹ — entre os dois tipos básicos de normas presentes na ordem jurídica: *princípios* e *regras*. Princípios, na visão de Alexy, correspondem a “mandamentos de otimização”, ordenando que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes³⁶². Já as regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não são satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos.”³⁶³ Essa é uma

³⁵⁸ QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no Estado de Direito...*, cit., p. 165.

³⁵⁹ Vide seção 3.2.3.3.2 supra.

³⁶⁰ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁶¹ Ibid., p. 91. Cf. também SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44-45; e SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30-32.

³⁶² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...**, cit., p. 90.

³⁶³ Ibid., p. 91.

distinção valiosa³⁶⁴, posto que, no âmbito das relações internacionais, está-se a lidar sobretudo com normas que possuem a estrutura de princípios.

Além disso, Alexy aponta que normas definidoras de competência também possuem a estrutura de princípios. Trata-se dos chamados *princípios formais*, que, diversamente do que ocorre com os princípios materiais, não determinam conteúdo, apenas informando *quem* deve definir conteúdos³⁶⁵. Encarada como princípio, a norma que remete ao Presidente da República a condução das relações internacionais oferece boas razões, *prima facie*, para que as decisões por ele adotadas sejam respeitadas pelo Judiciário. No entanto, como todo e qualquer princípio, em determinadas condições pode perder preferência para outros princípios de maior peso no caso concreto.

Essa afirmação remete, então, à terceira ideia relevante no pensamento de Alexy para a presente tese. Trata-se da noção de que, nas hipóteses de conflito entre princípios, um deles haverá que ceder. Como esclarece o autor, “o que ocorre é que um dos princípios tem *precedência* em face do outro *sob determinadas condições*. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”³⁶⁶ O conflito entre princípios ocorre, pois, na dimensão de “peso”³⁶⁷, e não de validade, demandando do intérprete um *sopesamento* com os princípios que lhe são colidentes³⁶⁸. Diante daqueles que poderiam sugerir que essa lógica abriria margem ao arbítrio, subjetivismo ou mesmo decisionismo dos juízes, Alexy replica:

Essas objeções são procedentes se com elas se quiser dizer que o sopesamento não é um procedimento que conduza, em todo e qualquer caso, a um resultado único e inequívoco. Mas elas não são procedentes quando daí se conclui que o sopesamento é um procedimento não-racional ou irracional. [...]

[...] No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação. [...] um

³⁶⁴ Distinção semelhante já fora apresentada por Dworkin em *Taking rights seriously* (cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 24). No entanto, como observa o próprio Alexy, sua teoria distingue-se da Dworkin “em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização.” Além disso, o autor alemão não distingue entre princípios e políticas, como prefere Dworkin, tratando esses dois tipos de normas indistintamente como princípios (cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**..., cit., p. 91, nota 27; e p. 116).

³⁶⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**..., cit., p. 615.

³⁶⁶ Ibid., p. 93, grifo nosso.

³⁶⁷ Ibid., p. 94.

³⁶⁸ Ibid., p. 117. Sob esse enfoque, perde sentido cogitar de eventual “antinomia” entre os princípios elencados no art. 4º da Constituição Federal, como sugere Lafer (LAFER, Celso. Prefácio. In: DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e relações exteriores**, cit., p. XXII).

sopesamento é racional quando o enunciado de preferência, ao qual ele conduz, pode ser fundamentado de forma racional. [...]³⁶⁹

Virgílio Afonso da Silva reforça esse entendimento ao afirmar que “[o] problema da insegurança jurídica fica, pelo menos em parte, afastado a partir da possibilidade de algum grau de racionalidade no sopesamento”. Após lembrar que mesmo o método de subsunção — próprio das regras, mas não dos princípios— abre espaço para o subjetivismo do intérprete, prossegue o professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

[...] Se *segurança jurídica* puder ser traduzido, entre outras coisas, com um mínimo de previsibilidade na atividade jurisdicional, a forma mais segura de alcançá-la não passa apenas pela definição de métodos que possibilitem controle intersubjetivo – nesse ponto, tanto a subsunção como o sopesamento possibilitam tal controle. A verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional. *Tal acompanhamento é tarefa precípua da doutrina jurídica*. É papel dos juristas exercer um controle social da atividade jurisdicional. [...] É a partir da cobrança de consistência e coerência em suas decisões e do conhecimento da história jurisprudencial do Tribunal que cada um de seus membros ficará sempre compelido a ser coerente – e, por conseguinte, mais previsível – em suas decisões. [...]³⁷⁰

Feitos esses esclarecimentos preliminares, é hora de desenvolvê-los para o objeto de estudo específico desta tese.

3.3.2.1. A competência decisória do Executivo em matéria de relações internacionais

A Constituição brasileira é inequívoca ao atribuir ao Presidente da República a competência para “manter relações com Estados estrangeiros”³⁷¹. No exercício dessa competência, o Chefe de Estado há, naturalmente, de observar as normas conformadoras das relações internacionais³⁷², notadamente aquelas constantes do art. 4º —normas que possuem, em sua ampla maioria, a estrutura de princípios³⁷³.

³⁶⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**..., cit., p. 164-165.

³⁷⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**..., cit., p. 149.

³⁷¹ CF/88, art. 84, VII.

³⁷² Vide seção 2.3.2 supra.

³⁷³ Mas não só. Entre as normas conformadoras da política externa há aquelas que possuem estrutura de regra, como a que veda a extradição de brasileiros (art. 5º, LI) e de estrangeiros por crime político ou de opinião (art. 5º, LII).

Esse arranjo confere dois tipos de discricionariedade ao Presidente da República: uma discricionariedade *estrutural* e outra, *epistêmica*³⁷⁴.

3.3.2.1.1. Discricionariedade estrutural

A discricionariedade estrutural refere-se às condutas que não são impostas e nem vedadas pelas normas do texto constitucional³⁷⁵. Embora Alexy identifique três variantes desse tipo de discricionariedade, duas são as que interessam mais de perto à análise ora em curso³⁷⁶.

Em primeiro lugar, há a *discricionariedade para escolher meios*. Ela surge diante de normas que não apenas proíbem intervenções, mas também exigem ações positivas³⁷⁷, como é o caso dos princípios do art. 4º da Constituição. Diferentemente do que ocorre diante de deveres negativos, em que restam interditas *todas* as condutas que levem ao resultado previsto na norma, no caso de deveres positivos haverá, normalmente, uma pluralidade de meios que levam ao fim prescrito; o dever é cumprido mediante o emprego de *qualquer* um deles³⁷⁸. Confira-se o exemplo do autor:

[...] Se é obrigatório salvar alguém que se afoga, e se isso é possível tanto por meio de um salvamento direto a nado, quanto por meio do lançamento de uma bóia de salvamento, quanto com o auxílio de um bote, então, do dever de salvar não decorre a obrigação de se utilizar dessas três possibilidades. O dever é cumprido se o salvamento é alcançado por meio de um dos três caminhos. O caso dos deveres negativos é diferente. A proibição de matar inclui a proibição de toda e qualquer ação homicida.³⁷⁹

No caso dos princípios das relações internacionais, em que a Constituição deixa, muitas vezes, em aberto os meios que o Executivo pode se valer para atender às finalidades ali indicadas (prevalência dos direitos humanos, defesa da paz, cooperação entre os povos

³⁷⁴ Alexy trata da discricionariedade do *Legislativo* em face de normas (princípios) de direitos fundamentais. A teoria, contudo, parece perfeitamente adaptável para compreender o papel do Executivo como instância responsável pelas relações internacionais.

³⁷⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...**, cit., p. 584.

³⁷⁶ A terceira variante é a *discricionariedade para definir objetivos*, que ocorre quando uma norma “contiver uma autorização de intervenção [restrição] que ou deixe em aberto as razões para a intervenção ou, embora mencione essas razões, apenas permita, mas não obrigue, a intervenção se essas razões estiverem presentes” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...**, cit., p. 585). As normas conformadoras da política externa não seguem esse padrão.

³⁷⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...**, cit., p. 586.

³⁷⁸ Ibid., p. 586.

³⁷⁹ Ibid., p. 586.

etc.), existe, portanto, um amplo espaço para a eleição das estratégias que o Chefe de Estado julgar adequadas.

A discricionariedade para a eleição de meios pressupõe, evidentemente, a equivalência dos meios postos sob consideração. Caso isso não ocorra, ou seja, “nos casos em que os diversos meios fomentarem a finalidade em graus distintos, ou se for incerto em que grau eles o fazem, ou se tiverem efeitos negativos em diferentes graus nas outras finalidades ou em outros princípios ou, ainda, se for incerto em que grau isso ocorre”, a decisão dependerá de “sopesamentos e da possibilidade de identificar os respectivos graus de fomento e de prejuízo em relação a outras finalidades e princípios.”³⁸⁰

A segunda variante de discricionariedade estrutural é a *discricionariedade para sopesar*. Ela surge em situações de conflitos entre princípios nas quais, no sopesamento, a intensidade da restrição de um deles é equivalente à importância da razão para a restrição, ofertada pelo outro. Trata-se de casos de “impasse no sopesamento”³⁸¹, que autorizam a instância decisória —o Executivo, *in casu*— a eleger discricionariamente a conduta a seguir, dando precedência a um ou outro princípio.

3.3.2.1.2. Discricionariedade epistêmica

O outro tipo de discricionariedade apontado por Alexy é a discricionariedade epistêmica, que surge quando é “incerta a cognição daquilo que é obrigatório, proibido ou facultado”³⁸².

A discricionariedade epistêmica pode decorrer, em primeiro lugar, da insegurança nas premissas *empíricas*, ou seja, de uma incerteza quanto aos pressupostos fáticos subjacentes à decisão. A exigência de uma convicção absoluta nesse domínio limitaria significativamente o raio de atuação da instância competente, razão pela qual lhe é reconhecida uma “discricionariedade em relação à cognição dos fatos relevantes”³⁸³, inclusive no que se refere à previsão dos efeitos futuros de medidas presentes (prognósticos)³⁸⁴.

No campo das relações internacionais, muitas vezes não será possível antecipar, por exemplo, se efeitos almejados por um ato do Presidente da República virão a ser

³⁸⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais...**, cit., p. 586-587.

³⁸¹ Ibid., p. 603.

³⁸² Ibid., p. 612.

³⁸³ Ibid., p. 612.

³⁸⁴ Ibid., p. 465.

efetivamente concretizados. Nesse sentido, uma eventual decisão de se abster na votação de uma resolução no CDH que condena a situação dos direitos humanos em determinado país, adotada como forma de promover o maior engajamento do país em questão no sistema multilateral e, assim, atender ao princípio inscrito no art. 4º, IX, da Constituição, pode se basear numa avaliação incerta sobre a reação desse país à postura brasileira. A circunstância de o Chefe de Estado deter competência para conduzir as relações internacionais, no entanto, lhe confere, *prima facie*, discricionariedade para agir sob esse julgamento.

Nas situações em que o ato implicar em restrição a um outro princípio, porém, a certeza das premissas empíricas que fundamentam a restrição deverá ser “tão maior quanto mais intensa for a intervenção [restrição]”³⁸⁵. A discricionariedade epistêmica empírica diminui, portanto, à medida que se intensifica a restrição que o ato promove em um princípio concorrente³⁸⁶.

Paralelamente a ela existe a discricionariedade epistêmica decorrente da incerteza quanto às premissas *normativas*. Apresenta-se nos casos de insegurança quanto à quantificação dos próprios princípios em jogo —“os pesos dos princípios em colisão são incertos”³⁸⁷—, levando ao reconhecimento de uma área no interior da qual a instância competente “pode tomar decisões com base em suas próprias valorações.”³⁸⁸ O próprio Alexy registra, porém, que em muitos casos esse tipo de discricionariedade estará excluída, posto que “é certo ou suficientemente certo como deve ser realizado o sopesamento”³⁸⁹.

3.3.2.2. A competência do Judiciário para rever atos de relações internacionais

Como visto na seção precedente, o Executivo não apenas é a instância competente para conduzir as relações internacionais como, no exercício dessa competência, possui significativos espaços de discricionariedade, especialmente no que se refere à definição dos meios e dos fatos relevantes para as tomadas de decisão, incluindo o estabelecimento de prognósticos. O texto constitucional, entretanto, não é livre de princípios (formais) que ofereçam razões para a submissão dos atos de relações internacionais à revisão do Judiciário.

³⁸⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**..., cit., p. 617.

³⁸⁶ Esta é a “segunda lei do sopesamento”, descrita por Alexy nos seguintes termos: “[q]uanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia” (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 617).

³⁸⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 625.

³⁸⁸ Ibid., p. 612.

³⁸⁹ Ibid., p. 621.

O primeiro e mais importante deles é aquele inscrito no art. 5º, XXXV: o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sempre que houver a possibilidade de lesão ou ameaça a direito. Como já decidiu o STF, é suficiente a alegação de violação a direitos individuais para que ato de outro Poder seja sindicável, pouco importando a sua eventual natureza política —assertiva esta que encontra, ademais, confortável acolhida na doutrina jurídica nacional³⁹⁰.

Além disso, é preciso notar que a Constituição traz também a previsão de determinadas ações que permitem um controle objetivo de atos do Poder Público, independentemente da lesão a direitos específicos. Esse é o caso da ação popular³⁹¹, da ação civil pública³⁹² e da ADPF³⁹³. A nosso ver, essas disposições também merecem ser interpretadas como princípios formais que, *prima facie*, representam razões para a revisão de atos de relações internacionais ainda que não se cogite, no caso concreto, ofensa a direitos de indivíduos ou grupos determinados³⁹⁴.

Desse modo, em ambas as hipóteses (violação de direitos e manejo de ações constitucionais)³⁹⁵ a questão que se apresenta, parafraseando Alexy, não é a de *se* o Judiciário possui competência de controle no domínio das relações internacionais, “mas apenas qual é a sua *extensão*”³⁹⁶.

Caberá ao Judiciário verificar se o Executivo, no caso concreto, agiu dentro da margem de discricionariedade, estrutural e epistêmica, que lhe cabe. Em caso positivo, não restará outra saída que não a de confirmar a constitucionalidade do ato impugnado, independentemente de concordar ou não com as escolhas do Chefe de Estado.

Para que o Poder Judiciário possa dar um passo além, e reverter o ato, será necessário algo a mais do que a simples afirmação da competência revisional inscrita em princípios constitucionais formais. Como adverte Alexy, “Princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais [...] se *conectados* a outros princípios materiais.”³⁹⁷ Na

³⁹⁰ Vide seção 3.3.1.4 *supra*.

³⁹¹ Cf. CF/88, art. 5º, LXXIII.

³⁹² *Ibid.*, art. 129, III.

³⁹³ *Ibid.*, art. 102, § 1º.

³⁹⁴ Como visto acima, essa é a conclusão de Di Pietro ao defender a possibilidade da apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos (seção 3.3.1.4 *supra*).

³⁹⁵ Eventuais iniciativas de ampliar essas hipóteses teriam de ser realizadas por meio de emenda constitucional, pois o princípio formal de competência do Executivo para conduzir as relações internacionais sobrepor-se-ia à legislação infraconstitucional, retirando-lhe eficácia.

³⁹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 546.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 625.

prática, isso significa que será necessário demonstrar, no sopesamento do caso concreto, que o princípio formal da competência revisional do Judiciário, em conexão com o(s) princípio(s) reclamado(s) em juízo, assume maior peso *vis-à-vis* o princípio formal da competência decisória do Executivo, em conexão com o princípio que ampara a conduta estatal. Uma tarefa complexa e difícil, logo se vê, mas não impossível, como será demonstrado mais adiante na presente tese³⁹⁸.

Nessa tarefa, o Judiciário deve pautar-se pelas duas “leis do sopesamento”, inerentes à teoria dos princípios.

A primeira denota que “[q]uanto maior foi o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância do outro”³⁹⁹. Ela indica “o que deve ser fundamentado para se justificar o enunciado de preferência que representa o resultado do sopesamento: enunciados sobre graus de afetação e de importância”⁴⁰⁰.

A segunda lei do sopesamento postula que “[q]uanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental [princípio], tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia”⁴⁰¹. Nesse sentido, “o peso concreto de um *princípio* [...] cresce na medida em que o grau de incerteza empírica no âmbito da realização do princípio colidente também cresce”⁴⁰². A intensidade do controle jurisdicional será, assim, tão mais forte quanto mais frágeis ou incertas forem as premissas empíricas utilizadas pelo Executivo para sustentar seu ato⁴⁰³.

3.3.3. A tutela judicial

Na seção precedente, cuidou-se de demonstrar a justiciabilidade dos atos de relações internacionais. Nos casos em que restar caracterizada a inconstitucionalidade da conduta do Executivo, contudo, que remédios poderiam ser determinados pelo Judiciário?

³⁹⁸ Vide capítulo 5 infra.

³⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 167.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 171.

⁴⁰¹ Ibid., p. 617.

⁴⁰² Ibid., p. 618.

⁴⁰³ Alexy destaca a técnica do Tribunal Constitucional alemão de diferenciar três níveis de intensidade de controle: um *controle intensificado de conteúdo*, um *controle de plausibilidade* e um *controle por evidência*, conforme a intensidade da intervenção e o grau de certeza das premissas empíricas que a sustentam (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 619).

3.3.3.1. Os limites da ordem jurídica internacional

A questão assume relevância em função de uma peculiaridade que grande parte dos atos de relações internacionais ostenta: a circunstância de serem atos praticados sob a égide do direito internacional público, e não (exclusivamente) do direito interno. O estabelecimento de relações diplomáticas, a celebração de um tratado, a participação em votação no âmbito de uma organização internacional, enfim, são todos exemplos de atos regulados pelo direito internacional.

Isso não significa, evidentemente, a exclusão da incidência de normas de direito interno. Pelo contrário, é no ordenamento jurídico doméstico que se encontram as normas definidoras de competência para a prática de atos internacionais em nome do Estado brasileiro, bem como os princípios e regras que balizam essa conduta. Para o direito internacional, contudo, essas disposições são em geral irrelevantes. Como esclarece a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados:

Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.⁴⁰⁴

Além disso, o Judiciário brasileiro carece, por óbvio, de jurisdição para apreciar diretamente atos de direito internacional público.

Por esses motivos, a não ser que se esteja diante de atos internos que *também* produzam efeitos jurídicos internacionais, como é o caso do reconhecimento da condição de refugiado, é possível antever que, em inúmeras situações, não estará ao alcance do Judiciário nacional a consequência naturalmente esperada frente a condutas que conflitam com a Constituição: a anulação pura e simples do ato.

3.3.3.2. Estratégias para o efetivo controle judicial

Nesse contexto, poder-se-ia imaginar que a atuação jurisdicional não possui maior utilidade, sendo o caso de contentar-se com a submissão dos atos de relações internacionais

⁴⁰⁴ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 46, 1. No Brasil, a Convenção foi aprovada pelo decreto legislativo n. 496/2009 e promulgada pelo decreto n. 7.030/2009.

ao controle exclusivamente político do Legislativo. Não é, contudo, o que se passa, havendo um amplo conjunto de tutelas ao alcance do Judiciário de forma a conferir efetividade às normas constitucionais aplicáveis à matéria.

3.3.3.2.1. Declaração de inconstitucionalidade

O “mero” pronunciamento do Judiciário declarando inconstitucional determinado ato praticado pelo Chefe de Estado no exercício da competência inscrita no art. 84, VII, da Constituição já é capaz de produzir, por suposto, efeitos simbólicos (reprovação judicial) e pedagógicos (orientação para condutas futuras) significativos. Ocorre, porém, que a demonstração de interesse *jurídico* é uma das condições de qualquer ação judicial⁴⁰⁵, não bastando a formulação de um interesse político ou de outra ordem. Sem isso, o processo seria extinto, sem resolução de mérito.

A declaração de inconstitucionalidade, no entanto, pode ter implicações jurídicas em, ao menos, duas hipóteses.

Uma é quando o ato, por qualquer razão, causa ofensa a direitos individuais ou coletivos. Nesse caso, as vítimas possuem o interesse jurídico na caracterização da ilicitude da conduta estatal, inclusive a fim de reclamar indenização pelos prejuízos materiais e morais daí advindos.

Outra, de ocorrência potencialmente mais frequente, é quando o ato internacional resultado da participação do Estado brasileiro produz efeitos (jurídicos) em território nacional, como é o caso, por exemplo, de resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU) que estabelecem embargos comerciais a determinados países. Aqui, a declaração de inconstitucionalidade teria o natural efeito de tornar *ineficaz* o ato em solo brasileiro⁴⁰⁶.

Não se desconhece, evidentemente, que, neste último caso, o Brasil poderia vir a ser responsabilizado perante instâncias externas pelo descumprimento de obrigações internacionalmente assumidas. Esse ônus, quando não passível de contorno por meio de

⁴⁰⁵ Cf. Código de Processo Civil, lei n. 5.869/1973, art. 267, VI.

⁴⁰⁶ É o que ocorre também em Portugal, conforme esclarece Gouveia (GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia. 3 ed. atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008, p. 464). Tanto é assim que, por exemplo, na já mencionada decisão do Tribunal Constitucional que apreciou acordos na área de defesa firmados entre Portugal e os EUA (acórdão 168/88), a Corte limitou-se a “[d]eclarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral”, de um dos pactos (cf. seção 3.2.3.2 supra).

recurso à técnica de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade⁴⁰⁷, é o preço cobrado pela afirmação da supremacia da Constituição sobre todo e qualquer ato de direito internacional público, na linha da jurisprudência do STF⁴⁰⁸.

3.3.3.2.2. Obrigação de fazer ou não fazer

O reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada conduta de relações internacionais, ainda que seja inapto a promover o restabelecimento do *status quo ante*, pode ser acompanhado de uma tutela de efeitos mandamentais, condenando-se o Estado a uma obrigação de fazer ou não fazer que vise pôr fim à situação conflitante com a Constituição, quando isso for cabível, de reparar os eventuais danos causados e de evitar a repetição de nova inconstitucionalidade no futuro.

Para esse fim, há pelo menos duas ações constitucionais que podem ser utilizadas no âmbito do controle objetivo da atuação do Executivo: a ação civil pública e a ADPF. A lei que disciplina a primeira (lei n. 7.347/1985) dispõe claramente que a “[a] ação civil pública poderá ter por objeto [...] o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”⁴⁰⁹. Já a ADPF é voltada a “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”⁴¹⁰, estando o STF autorizado a determinar qualquer medida que apresenta relação com a matéria objeto de questionamento⁴¹¹.

3.3.3.2.3. Questionamento de atos preparatórios internos

Uma alternativa à impugnação judicial de atos internacionais —os quais, como visto, suscita inclusive problemas relacionados à ausência de jurisdição dos tribunais locais— consiste em identificar a cadeia de atos *internos* que antecede a conduta final do Estado brasileiro no cenário externo⁴¹² e dirigir a eles o questionamento. Afinal, em geral a exposição

⁴⁰⁷ Vide lei n. 9.868/99, art. 27: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” Disposição análoga encontra-se na lei n. 9.882/1999, que regula a ADPF.

⁴⁰⁸ Vide seção 3.2.3.3.2 *supra*.

⁴⁰⁹ Cf. lei n. 7.347/1985, art. 3º.

⁴¹⁰ Cf. lei n. 9.882/1999, art. 1º.

⁴¹¹ *Ibid.*, art. 5º, § 3º.

⁴¹² Como esclarece Seidenfus, “[a] ação externa de um Estado pode ser comparada com a parte visível de um iceberg. A que se extrai da água, visível para todos, sustenta-se, em definitivo, na parte que se encontra

das posições brasileiras nos fóruns internacionais segue comandos emitidos por autoridades locais, notadamente o Ministro de Relações Exteriores⁴¹³, atuando normalmente sob a égide do ordenamento jurídico doméstico.

É evidente que, no caso de atos internacionais já consumados, essa estratégia terá sua utilidade limitada à eventual responsabilização do agente público⁴¹⁴. No entanto, ela também pode ser manejada *preventivamente*, de modo a acautelar ou até mesmo impedir a prática de atos conflitantes com a Constituição.

3.3.3.2.4. Promoção de publicidade

O questionamento de atos preparatórios internos, ao menos em seu viés preventivo, pressupõe a disponibilidade de informações a respeito da agenda internacional do Estado brasileiro e das posições que pretende manifestar nas instâncias externas. Como notado nesta tese, porém, essas informações nem sempre estão disponíveis⁴¹⁵.

Dessa forma, uma adicional alternativa de litígio em matéria de relações internacionais corresponde à formulação de demandas para obrigar o Estado a disponibilizar informações relevantes, amparadas no direito fundamental de acesso à informação consagrado no art. 5º, XXXIII, da Constituição⁴¹⁶.

3.3.3.2.5. Responsabilização de agentes públicos

Independentemente das alternativas acima aventadas, não se pode desconsiderar que o ordenamento jurídico permite ainda a responsabilização dos agentes públicos que

submersa, já que somente esta é capaz de fornecer os instrumentos necessários à *construção de uma decisão*.” É assim que “[o] surgimento de uma questão externa implica a participação de um número considerável de intervenientes durante o processo de definição. Vários setores do poder público podem ser chamados a opinar, mas também interesses privados são auscultados, inclusive ponderações de formadores de opinião pública ou de representantes de organizações privadas não-governamentais” (cf. SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**, cit., p.11).

⁴¹³ Este aspecto foi elucidado ao autor pelo prof. Celso Lafer, que, além de titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, exerceu em duas ocasiões (1992 e 2001-2002) o posto de Ministro das Relações Exteriores. A ele, pois, meu agradecimento.

⁴¹⁴ Vide seção 3.3.3.2.5 infra.

⁴¹⁵ Vide seção 3.1.3 supra.

⁴¹⁶ A recém-promulgada lei n. 12.527/2011 regula o acesso a informações assegurado constitucionalmente, tendo representando um importante avanço na promoção da publicidade do Estado. No entanto, é preocupante que a lei considere “imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado, e portanto, passíveis de classificação”, *quaisquer* informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam “prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País” (art. 23, II).

eventualmente concorreram para a prática de atos de relações internacionais ao arrepio das disposições da Constituição. Esta pode ser, portanto, uma eficiente estratégia para se instituir um maior controle sobre a atuação internacional, principalmente nos casos em que o desfazimento do ato não mais é viável.

Nesse sentido, note-se, em primeiro lugar, que o Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União (lei n. 8.112/1990) reforça ser um dever de todo e qualquer indivíduo investido em cargo público “observar as normas legais e regulamentares”⁴¹⁷, prevendo penas disciplinares que variam da advertência à demissão⁴¹⁸, conforme a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provenham para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais⁴¹⁹. Dessa forma, no âmbito administrativo, qualquer cidadão ou organização pode apresentar denúncia de violação dos deveres funcionais, e a autoridade que dela tiver ciência “é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar”⁴²⁰.

Outra das vias disponíveis é a responsabilização por improbidade administrativa, nos termos da lei n. 8.429/1992. A lei caracteriza como ato de improbidade aquele que “atenta contra os princípios da administração pública”⁴²¹, sujeitando os responsáveis a sanções como a perda da função pública ou o pagamento de multa civil, entre outras⁴²². Embora a titularidade para a promoção da ação de improbidade seja restrita ao Ministério Público e à pessoa jurídica interessada, assegura-se a “qualquer pessoa” a possibilidade de oferecer representação à autoridade administrativa competente⁴²³ ou, diretamente, ao Ministério Público⁴²⁴.

Finalmente, vale recordar a possibilidade de, em situações extremas, responsabilizar Ministros de Estado e até mesmo o Presidente da República por crime de responsabilidade em função de ato que atente contra a Constituição. A lei n. 1.079/1950 tipifica como crime diversas condutas de relações internacionais, como “cometer ato de hostilidade contra nação estrangeira”⁴²⁵, “permitir o Presidente da República, durante as sessões legislativas e sem autorização do Congresso Nacional, que forças estrangeiras

⁴¹⁷ Lei n. 8.112/1990, art. 116, III.

⁴¹⁸ Ibid., art. 127.

⁴¹⁹ Ibid., art. 128.

⁴²⁰ Ibid., art. 143.

⁴²¹ Lei n. 8.429/1992, art. 11, *caput*.

⁴²² Ibid., art. 12, III.

⁴²³ Ibid., art. 14.

⁴²⁴ Ibid., art. 22.

⁴²⁵ Lei n. 1.079/1950, art. 5º, 3.

transitem pelo território do país”⁴²⁶ ou mesmo “violar tratados legitimamente feitos com nações estrangeiras”⁴²⁷. Trata-se, contudo, de um julgamento político, processado perante o Senado Federal⁴²⁸, sob comando do Presidente do STF⁴²⁹. Não obstante, a lei consagra a qualquer cidadão o direito de “denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade”⁴³⁰.

3.4. Conclusões preliminares

Este capítulo demonstrou que a judicialização das relações internacionais é um movimento ainda incipiente, mas que tende a se acentuar em virtude do ganho de relevância da política externa na vida dos países, aliado à ampliação dos espaços de protagonismo judicial. Na ausência de uma sistematização que confira maior clareza ao papel que pode e deve ser desempenhado pelo Judiciário nesse novo contexto, o risco de pronunciamentos contraditórios e incoerentes é perceptível, como foi evidenciado a partir da jurisprudência dos EUA e do Brasil, minando a legitimidade de nossos tribunais. Revisitar a governança das relações internacionais é, pois, um assunto premente.

Procurou-se responder a esse desafio em três passos. O primeiro, ao se discutir e demonstrar as fragilidades das quatro principais teses que, normalmente, são invocadas para barrar o controle jurisdicional dos atos de relações internacionais. O segundo, ao se analisar o significado da competência do Executivo para manter relações com Estados estrangeiros —e as zonas de discricionariedade que daí decorrem— para, então, verificar o cabimento e extensão da atuação do Judiciário como instância responsável por assegurar a integridade do ordenamento jurídico, afirmando-se a justiciabilidade de atos de relações internacionais; ficou expressado que isso não significa uma substituição ou sobreposição do Executivo pelo Judiciário como Poder legitimado a decidir os rumos da atuação externa do Brasil. O terceiro, ao se investigar estratégias que permitam ao Judiciário, não obstante os limites representados pelo direito internacional, disponibilizar tutelas que sejam efetivamente úteis para uma maior sintonia da política externa aos ditames constitucionais.

⁴²⁶ Lei n. 1.079/1950, art. 5º, 10.

⁴²⁷ Ibid., art. 5º, 11.

⁴²⁸ Cf. CF/88, art. 52, I e II.

⁴²⁹ Ibid., art. 52, parágrafo único.

⁴³⁰ Lei n. 1.079/1950, art. 14.

No próximo capítulo, a tese buscará melhor compreender as exigências de um desses ditames —o princípio da prevalência dos direitos humanos— para, em seguida, no capítulo 5, examinar a sua aplicação a casos práticos.

4. O PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

4.1. A prevalência dos direitos humanos: uma imposição lógico-jurídica

De acordo com Ronald Dworkin, uma comunidade política —ou, ao menos, aquelas em que, como no Brasil, a autoridade coercitiva do Estado há de ser exercida conforme o direito— é geralmente pautada por determinados ideais ou virtudes centrais, como a *equidade* (*fairness*), voltada a assegurar que cada indivíduo tenha iguais oportunidades de influenciar as decisões políticas que afetam a sua vida; a *justiça*, que orienta tais decisões no sentido de um resultado moralmente aceitável, principalmente no que se refere à distribuição de recursos materiais e à proteção das liberdades civis; e o *devido processo procedimental*, visto como uma preocupação em garantir procedimentos adequados para julgar um indivíduo pela eventual violação das normas assim estabelecidas¹. Ao lado dessas, contudo, Dworkin enumera uma quarta virtude, perceptível, segundo ele, na própria política cotidiana: a *integridade*, expressa na ideia de que casos semelhantes devem receber tratamento semelhante:

Ela demanda que o governo fale com uma única voz, atue com base em princípios e de maneira coerente em relação a todos os seus cidadãos, estenda a cada um deles os parâmetros substantivos de justiça ou equidade que ele utiliza para alguns.²

Esse ideal de integridade está intimamente associado a um outro ponto importante da teoria do jusfilósofo norte-americano. Refere-se ele à ideia de que direitos, principalmente aqueles que os cidadãos possuem em face do Estado, não são unicamente os direitos expressados em atos legislativos ou precedentes judiciais (*legal rights*). Diversamente, defende Dworkin que um indivíduo é titular de todos os direitos que decorram dos princípios que justificam a prática jurídica de uma determinada comunidade (*moral rights*), mesmo que tais direitos ainda não tenham sido oficialmente enunciados³.

¹ DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 165.

² Ibid., p. 165 (no original: “It requires government to speak with one voice, to act in a principled and coherent manner toward all its citizens, to extend to everyone the substantive standards of justice and fairness it uses for some.”).

³ Ibid., p. 211. Como se vê, essa postulação põe em xeque a rígida separação entre o direito e a moralidade pública (ou a política) que a escola positivista propagou ao defender a existência de um critério específico que pudesse ser utilizado para distinguir, no universo de regras sociais, aquelas passíveis de caracterização

Portanto, a proposição que descreve um direito —e esta é a terceira das principais ideias de Dworkin relevantes para a análise em curso— constitui um *argumento de princípio*⁴. Trata-se de um parâmetro que reclama aplicação devido a uma exigência de equidade, justiça ou qualquer outra dimensão da moralidade, independentemente da eventual circunstância de favorecer ou prejudicar a consecução de algum interesse coletivo (*collective goal*) de caráter econômico, político ou social⁵. Este é, sem dúvida, o caso dos direitos humanos, fundados naquilo que Dworkin denomina “um dos mais fundamentais de todos os princípios morais”: o princípio da humanidade compartilhada, segundo o qual toda vida humana possui um valor intrinsecamente relevante e igual⁶.

Isso não significa, evidentemente, que direitos são absolutos, no sentido de que devem invariavelmente triunfar; afinal, isso conflitaria com a própria noção dworkiana de princípios —noção que, neste aspecto, é compartilhada por Alexy⁷—, os quais, diferentemente de regras, não funcionam sob a lógica do tudo-ou-nada⁸. No entanto, notadamente quando se está diante de direitos em face do Estado, o “peso” que tais prerrogativas assumem *vis-à-vis* outros objetivos políticos é especialmente forte. O próprio Dworkin consegue aventar unicamente três hipóteses em que um direito dessa natureza poderia sofrer alguma limitação: quando se demonstrar que os valores protegidos pelo direito não estão realmente ameaçados; quando ele puder prejudicar o exercício de um outro direito de importância equivalente; ou, finalmente, quando a sua concretização seja capaz de gerar um custo totalmente excepcional e elevado à comunidade⁹.

Em suma: quando direitos humanos estão em jogo, a presunção é por sua *prevalência* sobre considerações de outra ordem. Esta própria constatação equivale a um princípio sem o qual não há como se compreender —e, quanto menos, justificar— a prática política de uma comunidade que resolveu incorporar seriamente o ideal dos direitos humanos.

Percebe-se, assim, que o princípio da prevalência dos direitos humanos é *logicamente* anterior à sua consagração explícita no texto constitucional de 1988. Ainda que a

como “jurídicas”. Cf., a respeito, DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17.

⁴ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, cit., p. 90.

⁵ Ibid., p. 22 e 91.

⁶ Id., Terror & the attack on civil liberties. **The New York Review of Books**. New York, v. 50, n. 17, 6 nov. 2003.

⁷ Vide seção 3.3.2 *supra*.

⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, cit., p. 24.

⁹ Ibid., p. 200. Para Alexy, como visto, a legitimidade da restrição de um direito fundamental depende do atendimento da máxima da proporcionalidade (cf. seção 3.3.2 *supra*).

Constituição fosse silente a esse respeito, não haveria como compatibilizar os compromissos assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos, tanto no plano doméstico quanto internacional, sem se fazer referência a esse postulado.

A incorporação do princípio em um artigo que dispõe especificamente sobre a inserção internacional do Estado brasileiro teve, não obstante, o efeito de chamar atenção para um aspecto intrínseco à noção de direitos humanos que, por vezes, pode passar despercebido. Como tais prerrogativas são inerentes à simples condição de ser humano, não dependem da filiação da pessoa a uma determinada cidadania¹⁰ e, nessa medida, podem ser consideradas universais e parte de uma “ordem moral internacional”¹¹. Por essa razão, obrigações em matéria de direitos humanos são devidas não apenas frente aos nacionais de um determinado Estado, mas também a toda e qualquer pessoa —ainda que situada em território estrangeiro— que possa vir a ser afetada por atos dessa comunidade política¹².

É possível antever, assim, que o princípio da prevalência dos direitos humanos consagrado no art. 4º, II, da Constituição Federal expressa a noção de que os direitos humanos, de brasileiros ou estrangeiros, passaram a ser um tema de legítimo interesse nacional¹³ e não podem ser ordinariamente subjugados em favor de objetivos políticos de outra natureza, mesmo naquelas situações em que isso permitiria avançar interesses coletivamente relevantes sob o ponto de vista econômico, político ou social¹⁴.

¹⁰ É o que destaca, por exemplo, trecho do preâmbulo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Terror & the attack on civil liberties*, cit.

¹² É interessante notar que essa ideia já se encontra incorporada na seção 721 do *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, que traz uma interpretação autorizada do direito norte-americano: “As disposições da Constituição dos Estados Unidos que protegem direitos individuais geralmente controlam o governo dos Estados Unidos na condução de suas relações externas tanto quanto em assuntos domésticos, e geralmente limitam a autoridade governamental seja ela exercida nos Estados Unidos ou seja no exterior, e seja tal autoridade exercida unilateralmente ou por acordo internacional.” Após chamar atenção para esse aspecto, Henkin é claro ao afirmar que “Em princípio [...] a Carta de Direitos [*Bill of Rights*] e outras garantias constitucionais para os indivíduos aplicam-se e devem ser efetivadas nas relações internacionais tanto quanto em assuntos domésticos” (cf. HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University Press, 1990, p. 103).

¹³ Cf. MAGNOLI, Demétrio. O Brasil contra os direitos humanos. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-35, jul.-set. 2008, p. 34.

¹⁴ Cf. CONECTAS DIREITOS HUMANOS, **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2007**. São Paulo: Conectas, 2008, p. I; e MAGNOLI, Demétrio, cit., p. 34. Cf. também HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**, cit., cap. 4.

4.2. Sentido e alcance do princípio da prevalência dos direitos humanos

No capítulo precedente, já se teve a oportunidade de ressaltar que princípios jurídicos são tomados, aqui, como mandamentos de otimização, ou seja, como determinações para que *algo* seja realizado na maior medida possível dentro das *possibilidades jurídicas e fáticas* existentes¹⁵. É preciso agora, portanto, melhor esclarecer a que se referem esses três fatores no caso específico do princípio da prevalência dos direitos humanos.

4.2.1. Suporte fático do princípio da prevalência dos direitos humanos

Para compreender que condutas do Estado são devidas em função do princípio do art. 4º, II, da Constituição, é fundamental partir do conceito de suporte fático. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, ele corresponde a “aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica.”¹⁶

No caso dos direitos fundamentais a ações negativas, o suporte fático é composto por dois elementos: o *âmbito de proteção* e a *intervenção* do Estado constitucionalmente não fundamentada¹⁷. O primeiro corresponde aos atos, fatos, estados ou posições jurídicas protegidos pela norma, ou seja, os “bens protegidos”¹⁸. O segundo, a qualquer conduta que cause embaraço, afetação ou eliminação do bem protegido¹⁹, sem uma correspondente fundamentação constitucional. Uma vez preenchido, o suporte fático ativa a consequência jurídica da norma, dando origem a um direito definitivo (e não mais *prima facie* apenas) à cessação da intervenção indevida.

¹⁵ Vide seção 3.3.2 supra.

¹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67-68. Trata-se do conceito de suporte fático “abstrato”. O suporte fático concreto, por sua vez, “é a ocorrência concreta, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou” (p. 68).

¹⁷ Embora Alexy refira-se apenas a dois elementos do conceito de suporte fático — âmbito de proteção e intervenção — (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 303), Virgílio Afonso da Silva propõe um modelo alternativo em que ausência de fundamentação constitucional é alçada a um terceiro elemento, intimamente ligado à intervenção (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 74-75). Embora esta alternativa realmente pareça mais adequada, preferimos referir a apenas dois elementos no conceito de suporte fático, posto que a ausência de fundamentação constitucional *qualifica* a intervenção, não se apresentando como um elemento autônomo.

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, p. 72.

¹⁹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 303.

Em se tratando de direitos fundamentais a ações positivas, a lógica do raciocínio é basicamente a mesma. O diferencial é que, aqui, o âmbito de proteção passa a ser as “ações estatais que *fomentem* a realização desse direito”²⁰, invertendo-se igualmente o conceito de intervenção para denotar o “não agir ou agir de forma insuficiente”, sem fundamentação de índole constitucional²¹.

Vejamos se essa mesma racionalidade pode ser aplicada no caso do princípio da prevalência dos direitos humanos.

4.2.1.1. Âmbito de proteção

O art. 4º, II, da Constituição não abre margem a dúvidas quanto ao bem protegido pela norma: os direitos humanos. Essa constatação imediatamente suscita, porém, duas indagações: *quais* direitos humanos? e *de quem*?

4.2.1.1.1. Sentido da expressão “direitos humanos”

O primeiro aspecto a se considerar é que o texto constitucional usa muito raramente a expressão “direitos *humanos*”. Em geral, quando se refere às prerrogativas de indivíduos e grupos frente ao Estado, o texto utiliza o termo “direitos e garantias *fundamentais*”, como exemplifica a denominação de seu Título II, que engloba uma ampla gama de direitos civis, sociais e políticos. “Direitos humanos”, por sua vez, é reservado às disposições que remetem à esfera internacional. Com efeito, além de no já mencionado art. 4º, II, a expressão aparece em outras três oportunidades: no art. 5º, § 3º, que estabelece que os tratados e convenções internacionais sobre “direitos humanos” que forem aprovados por quórum qualificado terão *status* de emenda constitucional; no art. 109, que prevê a competência dos juízes federais para julgar as causas “relativas a direitos humanos” (inc. V) cuja competência tenha sido deslocada para a Justiça Federal, “com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte” (§ 5º); e no art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de acordo com o qual “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 77.

²¹ Ibid., p. 77.

“Direitos humanos”, como assinala José Afonso da Silva, “é expressão preferida nos documentos internacionais”²², e os dispositivos acima mencionados confirmam que foi essa, igualmente, a leitura do legislador constituinte.

Dessa forma, pode-se concluir que os direitos humanos aos quais alude o art. 4º, II, da Constituição correspondem ao conjunto de prerrogativas asseguradas nos instrumentos internacionais que conformam o chamado *direito internacional dos direitos humanos*. Cuida-se dos direitos humanos tal como reconhecidos nesses instrumentos e compreendidos pelos respectivos órgãos de monitoramento.

Em verdade, assim como ocorre no art. 7º da Constituição portuguesa, os princípios do art. 4º da Carta brasileira são produções do direito internacional. Nada mais natural, portanto, do que interpretá-los —como defende amplamente a literatura jurídica lusófona— à luz dessa normativa²³.

É evidente, por outro lado, que se incluem no escopo do princípio da prevalência dos direitos humanos apenas os instrumentos internacionais definitivamente incorporados à ordem jurídica brasileira, mediante processo de aprovação legislativa e promulgação presidencial. Imaginar o oposto não faria sentido, já que se estaria a impor ao Estado brasileiro, na sua conduta internacional, parâmetros mais rigorosos do que aqueles vigentes em território nacional. Considerando que o Brasil já aderiu aos principais instrumentos de direitos humanos, tanto do sistema da Organização das Nações Unidas (ONU) quanto da Organização dos Estados Americanos (OEA), essa constatação não traduz consequências de maior gravidade.

Delimitado o conceito de direitos humanos, não se pode perder de vista que essas prerrogativas demandam, geralmente, tanto ações negativas (abstenções) quanto positivas (prestações) por parte do Estado.

No âmbito da teoria dos princípios, Virgílio Afonso da Silva tratou de bem demonstrar essa assertiva, revelando que a diferença básica entre normas que garantem liberdades públicas ou direitos políticos, de um lado, e aquelas que asseguram direitos sociais, de outro, residem no plano empírico-jurídico, e não no plano jurídico-analítico: no primeiro

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

²³ Vide seção 3.2.3.2 supra.

caso, as condições fáticas para a sua produção de efeitos já existem, enquanto no outro não, e é por isso que dão a (falsa) impressão de que apenas aqui seria necessária a atuação estatal²⁴.

Também no campo do direito internacional dos direitos humanos, não é outra a conclusão que se chega a partir das análises de tipologia das obrigações do Estado, inicialmente elaborada por Henry Shue²⁵, desenvolvida, mais especificamente para o campo dos direitos humanos, por Asbjørn Eide²⁶ e adotada por órgãos internacionais de monitoramento, como o Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU²⁷. De acordo com essa teoria, o reconhecimento de um direito humano dá luz a deveres para o Estado em três diferentes níveis: (1) um *dever de respeitar* os recursos individuais, permitindo aos indivíduos satisfazer suas necessidades por si próprios; (2) um *dever de proteger* os indivíduos de interferência de outros sujeitos no exercício de sua liberdade de ação; e (3) um *dever de ajudar e satisfazer* aqueles que não possuem recursos suficientes para fazer frente às suas necessidades²⁸. Tanto a categoria dos direitos civis e políticos quanto a dos direitos econômicos, sociais e culturais demandam uma atuação positiva do Estado a fim de serem plenamente realizadas, especialmente nos níveis secundário e terciário de deveres. Como o autor da presente tese já teve oportunidade de consignar:

Constitui uma simplificação inadequada sustentar que os direitos civis e políticos podem ser satisfeitos apenas pela legislação, assim como que os direitos econômicos, sociais e culturais *sempre* demandam um papel ativo por parte dos governos.²⁹

Se assim ocorre no campo dos direitos humanos, a outra conclusão não se pode chegar, no que toca ao princípio da prevalência dos direitos humanos, que não a de que ele, igualmente, reclama ações negativas e positivas do Estado brasileiro. No primeiro caso,

²⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 231-240.

²⁵ SHUE, Henry. **Basic rights: subsistence, affluence and US foreign policy**. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

²⁶ EIDE, Asbjørn. Economic, social and cultural rights as human rights. In: EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; e ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 9-28.

²⁷ Vide, por exemplo, Comentário Geral 14 (2000), sobre o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **General Comment 14: the right to the highest attainable standard of health**. UN Doc. E/C.12/2000/4, 11/8/2000. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 29 dez. 2011.

²⁸ Cf. PANNUNZIO, Eduardo. O Poder Judiciário e o direito à educação. In: RANIERI, Nina (coord.). **Direito à educação: aspectos constitucionais**. São Paulo: Edusp, 2009, p. 61-88.

²⁹ Ibid., p. 67.

impõe-se que, na condução das relações internacionais, o Chefe de Estado ou aqueles que atuem em seu nome abstenham-se de adotar qualquer medida que possa causar o embaraço, afetação ou eliminação de direitos humanos. No segundo caso, o princípio da prevalência dos direitos humanos exige do Estado a adoção de ações que fomentem, promovam, os direitos humanos no cenário internacional.

Frise-se que a teoria dos princípios exige a adoção de um conceito de suporte fático *amplo*. Tudo “que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’” dos direitos humanos deve ser considerado como abrangido pelo âmbito de proteção do princípio da prevalência dos direitos humanos³⁰. Qualquer exclusão, *a priori*, seria inconsistente com essa premissa teórica.

4.2.1.1.2. Alcance dos direitos humanos

Em vista do quanto exposto até este momento, é evidente que qualquer conduta internacional do Estado brasileiro que possa restringir os direitos humanos de brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional é, *prima facie*, vedada. Afinal, em relação a esses indivíduos³¹ o próprio texto constitucional trata de assegurar uma proteção que inclui todos os direitos “decorrentes [...] dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”³². O que o princípio da prevalência dos direitos humanos explicita, no caso desse conjunto de pessoas, é que todos os direitos que possuem em relação ao Estado aplicam-se mesmo em relação a atos de relações internacionais. Possuem eles, portanto, um direito *prima facie* a que o Estado atue internacionalmente com plena observância de seus direitos humanos.

O que dizer, contudo, dos direitos humanos de estrangeiros não residentes em território nacional? Pode o Estado brasileiro simplesmente ignorá-los ou desprezá-los em sua atuação internacional?

Parte da resposta a essa questão já foi dada acima, quando se salientou que a positivação do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais deixa claro que obrigações em matéria de direitos humanos são devidas não apenas frente aos

³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 109. Cf. também ALEXYY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 322.

³¹ Cf. CF/88, art. 5º, *caput*.

³² *Ibid.*, art. 5º, § 2º.

nacionais, mas também a toda e qualquer pessoa que possa vir a ser afetada por atos do Estado, onde quer que se encontre³³.

Há instrumentos internacionais de direitos humanos, contudo, que parecem sugerir o contrário. O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), por exemplo, incorpora uma disposição que aparentemente determina que as obrigações dos Estados são devidas exclusivamente aos indivíduos dentro de seu “território” e “jurisdição”³⁴. Uma análise mais aprofundada, porém, demonstra que a inserção de limites territoriais e/ou jurisdicionais está ligada, apenas, a uma preocupação com a capacidade dos Estados de dar cumprimento a suas obrigações³⁵. O exame dos trabalhos preparatórios do próprio PIDCP³⁶ revela que o raciocínio subjacente ao disposto em seu art. 2º, 1, era o de que, se uma situação está fora do território e jurisdição do Estado, este seria, ao menos a princípio, *incapaz* de assegurar direitos naquele caso específico e, portanto, não poderia ser responsabilizado por violações correlatas³⁷. Foi com base nessas constatações que o autor afirmou, em trabalho anterior, que:

Certamente [...] esses limites não foram pensados para liberar os Estados de suas obrigações em situações nas quais, na verdade, têm eles plenas condições de proteger ou, ao menos, abster-se de violar os direitos de uma pessoa no exterior.³⁸

Outro não é o entendimento do Comitê de Direitos Humanos da ONU, órgão encarregado de monitorar o PIDCP. Em dois casos envolvendo sequestro e tortura praticados

³³ Vide seção 4.1 supra.

³⁴ PIDCP, art. 2º, 1. No Brasil, o PIDCP foi aprovado pelo decreto legislativo n. 226/1991 e promulgado pelo decreto n. 592/1992.

³⁵ Cf. PANNUNZIO, Eduardo. **A responsabilidade do Estado por violações de direitos econômicos, sociais e culturais além de suas fronteiras**: o caso das corporações transnacionais operando no exterior. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues. **Direito do trabalho e direitos humanos**. São Paulo: BH Editora, 2006, p. 159-224, especialmente p. 203-210.

³⁶ Vide BOSSUYT, Marc J. **Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987; e NOWAK, Manfred. **U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary**, Kehl: N.P. Engel, 1993.

³⁷ Como Marc Bossuyt aponta, “afirmava-se que não era possível a um Estado proteger os direitos de pessoas sujeitas a sua jurisdição quando elas estivessem fora de seu território; nestes casos, ações seriam possíveis apenas por meio de canais diplomáticos” (BOSSUYT, Marc J. **Guide to the “travaux préparatoires”**..., cit., p. 54).

³⁸ PANNUNZIO, Eduardo. **A responsabilidade do Estado**..., cit., p. 204.

por agentes de segurança uruguaio no exterior³⁹, o Comitê, reconhecendo a responsabilidade do Uruguai por aquelas violações, declarou que:

[...] seria impensável interpretar o artigo 2º do Pacto de modo a permitir que um Estado pudesse perpetrar violações do Pacto no território de outro Estado, violações estas que ele não poderia perpetrar em seu próprio território.⁴⁰

Também em instrumentos regionais de direitos humanos que contêm disposições limitando o alcance das obrigações dos Estados, estas foram interpretadas de modo a se aplicarem a situações fora do território nacional⁴¹. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem, por exemplo, restringe o alcance das obrigações estatais a “qualquer pessoa dependente da sua [i.e., das “Altas Partes Contratantes”] jurisdição”⁴²; não obstante, em *Cyprus v. Turkey*, a Comissão Europeia de Direitos Humanos indicou que a responsabilidade por violações não era limitada ao território; pelo contrário, os Estados tinham o dever de garantir os direitos humanos a “todas as pessoas [incluindo os nacionais de outros Estados] que estejam atualmente sob a sua autoridade e responsabilidade, seja tal autoridade exercida junto ao seu próprio território ou no exterior.”⁴³

No caso de instrumentos que não trazem qualquer limitação quanto ao alcance das obrigações estatais, como é o caso do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais

³⁹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Humanos. *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*. Communication n. R.12/52. UN Doc. Supp. n. 40 (A/36/40) at 176 (1981). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session36/12-52.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2012; e ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Humanos. *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*. Communication n. R.13/56, UN Doc. Supp. n. 40 (A/36/40) at 185 (1981). Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/undocs/session36/13-56.htm>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

⁴⁰ UNITED NATIONS, Human Rights Committee. *Sergio Euben Lopez Burgos v. Uruguay*, cit., par. 12.3; e UNITED NATIONS, Human Rights Committee. *Lilian Celiberti de Casariego v. Uruguay*, cit., par. 10.3 (no original: “it would be unconscionable to so interpret the responsibility under article 2 of the Covenant as to permit a State party to perpetrate violations of the Covenant on the territory of another State, which violations it could not perpetrate on its own territory.”). O voto do membro do Comitê Dr. Christian Tomuschat ressalta que “To construe the words ‘within its territory’ pursuant to their strict literal meaning as excluding any responsibility for conduct occurring beyond the national boundaries would [...] lead to utterly absurd results. [...] it was the intention of the drafters, whose sovereign decision cannot be challenged, to restrict the territorial scope of the Covenant in view of such situations where enforcing the Covenant would be likely to encounter exceptional obstacles.” Sempre que tais “exceptional obstacles” não existam, resta concluir, as obrigações dos Estados não são confinadas a seu território.

⁴¹ Cf. PANNUNZIO, Eduardo. *A responsabilidade do Estado*..., cit., p. 205-206.

⁴² Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 1º.

⁴³ CONSELHO DA EUROPA, Comissão de Direitos Humanos. *Cyprus v. Turkey*. Yearbook of the European Convention on Human Rights, 1975, p. 82-124, *apud* GIBNEY, Marc; TOMASEVSKY, Katarina; VEDSTED-HANSEN, Jens. Transnational state responsibility for violations of human rights. *Harvard Human Rights Journal*, n. 12, p. 267-296, 1999.

e Culturais (Pidesc), essa dimensão extraterritorial é ainda mais inconteste⁴⁴. Um reflexo disso pode ser encontrado em relação à conduta que se espera dos Estados no âmbito de organizações internacionais que integram. Há mais de uma década, as *Orientações de Maastrich sobre Violações de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* —documento produzido por um conjunto de mais de 30 especialistas que se reuniram na cidade de Maastrich, em 1997—, assinalaram que:

As obrigações dos Estados de proteger os direitos econômicos, sociais e culturais estendem-se também em relação a sua participação em organizações internacionais, onde eles atuam coletivamente. É particularmente importante que os Estados usem de sua influência para assegurar que programas e políticas das organizações das quais eles são membros não resultem em violações.⁴⁵

Essa tem sido, igualmente, a abordagem adotada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU⁴⁶. Na Observação Geral n. 12, centrada no direito à alimentação, o Comitê observou que uma violação pode surgir do “fracasso de um Estado de levar em consideração suas obrigações jurídicas internacionais relacionadas ao direito à alimentação quando celebra acordos com outros Estados ou com organizações internacionais.”⁴⁷ Ademais, a Observação Geral n. 13, sobre o direito à educação, estabelece que os Estados “têm uma obrigação de assegurar que suas ações como membros de organizações internacionais, incluindo instituições financeiras internacionais, levem em conta o direito à educação.”⁴⁸ Uma disposição similar é também encontrada na Observação Geral n. 14, dedicada ao direito à saúde⁴⁹.

⁴⁴ CF. PANNUNZIO, Eduardo. **A responsabilidade do Estado...**, cit., p. 206-209.

⁴⁵ Maastrich Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights. Maastrich, 22-26 jan., 1997, par. 19. Disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/Maastrichtguidelines_.html>. Acesso em: 4 jan. 2012 (no original: “The obligations of States to protect economic, social and cultural rights extend also to their participation in international organizations, where they act collectively. It is particularly important for States to use their influence to ensure that violations do not result from the programmes and policies of the organizations of which they are members.”).

⁴⁶ CF. PANNUNZIO, Eduardo. **A responsabilidade do Estado...**, cit., p. 208.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **General Comment 12: the right to adequate food**. UN Doc. E/C.12/1999/5, 12 mai. 1999, par. 19. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/420/12/PDF/G9942012.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

⁴⁸ Id., **General Comment 13: the right to education**. UN Doc. E/C.12/1999/10, 8 dez. 1999, par. 56. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/462/16/PDF/G9946216.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 4 jan. 2012.

⁴⁹ Id., **General Comment 14...**, cit., par. 39.

O Comitê tem também enfatizado essa obrigação em suas observações finais sobre os relatórios periódicos submetidos pelos Estados⁵⁰. Ao examinar o quarto relatório submetido pela Suécia, por exemplo, o Comitê conclamou o país a “fazer de tudo o que possa para assegurar que as políticas e decisões estejam em conformidade com as obrigações dos Estados partes do Pacto, em particular as obrigações contidas nos artigos 2.1, 22 e 23, relativos à assistência e cooperação internacional.”⁵¹ Como o impacto dessas políticas e decisões será sentido notadamente pelas pessoas que vivem em *outros* países, a noção de que um Estado deve levar em consideração as disposições do Pidesc quanto atua junto a organizações internacionais implicitamente reconhece que as obrigações do Estado estendem-se em relação a pessoas vivendo no exterior.

Não são necessárias maiores delongas para confirmar aquilo que já foi sugerido acima: as obrigações que os Estados possuem em matéria de direitos humanos *não* se limitam aos indivíduos dentre de seu território, mas também se estendem àqueles no exterior.

O princípio inscrito no art. 4º, II, da Constituição confere *substrato constitucional* a essa ideia —afinal, em uma interpretação do § 2º do art. 5º à luz da literalidade do *caput* do mesmo dispositivo, os estrangeiros não residentes em território nacional não seriam por ele alcançados. Dessa forma, também os nacionais de outros países possuem um direito *prima facie* a que o Estado brasileiro atue internacionalmente com plena observância de seus direitos humanos. Esse é, possivelmente, o impacto mais forte e radical da constitucionalização do princípio da prevalência dos direitos humanos.

Assim, por exemplo, ao participar do exame da situação dos direitos humanos em determinado país, no âmbito do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH), indivíduos naquele país possuem um direito *prima facie*, fundado na Constituição brasileira, a que o Brasil atue de forma a protegê-los de violações atuais ou potenciais de direitos humanos, abstando-se de tomar qualquer posição que atenuie as responsabilidades internacionais do Estado em questão. É evidente, por outro lado, que, como princípio, esse direito *prima facie* apenas se transformará em direito definitivo se as possibilidades fáticas e jurídicas da situação concreta assim autorizarem, como se verá a seguir.

⁵⁰ CF. PANNUNZIO, Eduardo. **A responsabilidade do Estado...**, cit., p. 208-209.

⁵¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Sweden**. 30 nov. 2001. UN Doc. E/C.12/1/Add.70, par. 24. Disponível em: <[http://www.fn.se/PageFiles/7184/ESK%20Forhor%20och%20slutsatser%20\(2001\).pdf](http://www.fn.se/PageFiles/7184/ESK%20Forhor%20och%20slutsatser%20(2001).pdf)>. Acesso em: 4 jan. 2012.

Como se pode notar, embora o princípio da prevalência dos direitos humanos pareça, numa primeira leitura, uma norma meramente objetiva, ela é a base para a atribuição de um direito de nível constitucional. Como adverte Alexy, “toda norma objetiva que seja vantajosa para um sujeito de direito” —e não há dúvidas de que a norma ora comento encaixa-se perfeitamente nessa categoria— “é, em princípio, uma candidata a uma subjetivação.”⁵² A peculiaridade do direito atribuído ao art. 4º, II, da Constituição é a de que uma sua violação será, invariavelmente, *conexa* à violação de um ou mais direitos humanos específicos do indivíduo.

Nesses casos, a possibilidade de judicializar a questão é reforçada, tendo em vista a disposição do art. 5º, XXXV, da Constituição. No entanto, essa não é uma condição *sine qua non* para o controle jurisdicional, tendo em vista a existência de ações constitucionais que permitem um controle objetivo da atuação do Poder Público, independentemente da demonstração de lesões individuais⁵³.

4.2.1.2. Intervenção

Em virtude dos deveres de abstenção, eventuais intervenções do Estado brasileiro prejudiciais aos direitos humanos em qualquer parte do globo e que não sejam acompanhadas de uma fundamentação constitucional podem ocasionar o surgimento de um dever definitivo de interromper ou remediar a conduta violadora, passível de controle jurisdicional (notadamente, como visto, se a conduta causar violação de direitos individuais).

Do mesmo modo, eventuais omissões não amparadas por justificativa constitucional podem, em razão dos deveres de prestação, dar azo a um dever definitivo, exigível judicialmente.

Note-se, ademais, que, assim como ocorre com o conceito de suporte fático, o conceito de intervenção também é *amplo*, para incorporar toda potencial restrição ao âmbito de proteção do princípio da prevalência dos direitos humanos⁵⁴.

⁵² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 445.

⁵³ Vide seção 3.3.2.2 *supra*.

⁵⁴ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 111-112.

4.2.2. Proporcionalidade

É a existência de uma fundamentação constitucional, como visto, que determinará se uma determinada intervenção estatal —aqui considerada em sentido amplo, para englobar tanto ações quanto omissões— consiste em mera *restrição* (legítima) do princípio da prevalência dos direitos humanos ou, ao revés, remonta a uma *violação* desse postulado⁵⁵. No entanto, como saber se se está diante de uma fundamentação válida?

A solução para essa indagação consiste em submeter a intervenção, em cada caso concreto, ao teste —ou “máxima”, para usar a terminologia de Alexy⁵⁶— da proporcionalidade:

[...] a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, e essa implica aquela. Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. [...]⁵⁷

Os testes da adequação e da necessidade, como esclarece o teórico germânico, “decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*”⁵⁸. A adequação tem a ver, conforme complementa Virgílio Afonso da Silva, com a aptidão da intervenção para fomentar o objetivo perseguido⁵⁹. Um ato é necessário, por sua vez, “caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental [ou princípio] atingido”⁶⁰.

Já o teste da proporcionalidade em sentido estrito —o sopesamento— “decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*”, de acordo com Alexy⁶¹. Trata-se de identificar se a importância dos princípios conflitantes supera, ou não, a intensidade da

⁵⁵ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 110.

⁵⁶ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 116 et seq.

⁵⁷ Ibid., p. 116-117.

⁵⁸ Ibid., p. 118.

⁵⁹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 170.

⁶⁰ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002, p. 38, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...**, cit., p. 171.

⁶¹ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 117.

intervenção no princípio da prevalência dos direitos humanos: em caso positivo, supondo-se que a intervenção já passou pelos testes de adequação e necessidade, estar-se-á diante de uma intervenção legítima, ou seja, uma restrição; em caso negativo, o que ocorre é uma violação do princípio.

Nesse sopesar de princípios, é preciso ter em conta que o princípio da prevalência dos direitos humanos, justamente por consistir em um argumento de princípio (Dworkin) calcado na moralidade, possui um peso *abstratamente* superior a princípios de outra ordem, relativos a “meros” interesses coletivos (econômicos, políticos ou mesmo sociais). Essa leitura é corroborada pela própria Constituição, que determina expressamente a “prevalência” dos direitos humanos em relação a outros interesses de política externa —e o texto constitucional precisa ser levado a sério. É apenas no sopesamento, contudo, que essa correlação de forças poderá ser determinada concretamente, a fim de determinar qual o princípio que deve prevalecer na situação sob exame.

4.3. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Cumpre, agora, verificar como a Suprema Corte brasileira, o STF, tem interpretado o princípio do art. 4º, II, da Constituição.

Para esse fim foram pesquisadas as decisões colegiadas do STF no período compreendido entre 1988 e 2011, a partir do portal eletrônico do STF na internet⁶², com base nos mecanismos de busca ali disponíveis. Tendo em vista as naturais limitações desse método, os resultados obtidos não têm a pretensão de constituir um levantamento exaustivo das decisões da Corte, embora constituam um material certamente representativo das posições por ela adotadas.

4.3.1. Acórdãos identificados

Utilizando-se como parâmetro de seleção a *referência expressa* ao dispositivo constitucional em qualquer trecho da decisão, foram localizados exatos 29 acórdãos, relativos

⁶² <<http://www.stf.jus.br>>.

a 30 processos⁶³. A tabela abaixo traz a relação dos processos identificados, classificados em ordem cronológica de julgamento:

Tabela 1: acórdãos com referência expressa ao art. 4º, II				
N. do processo	Tipo	Demandante	Demandado	Data de julgamento
633-9	Extradição	Governo da Rep. Popular da China	Qian Hong	28/8/1996
1.497-8	ADI	Confederação Nac. dos Trab. da Saúde	Congresso Nacional	9/10/1996
793-1	Extradição	Governo da França	Jean-Marc Scarparo	17/10/2001
783-1	Extradição (2ª questão de ordem)	Governo dos Est. Unidos Mexicanos	Gloria de Los Ángeles Treviño Ruiz	28/11/2001
833-1	Extradição	Governo de Portugal	Rui Jorge Crujo da Silva Fonseca	18/9/2002
830-7	Extradição	Governo dos Estados Unidos da América	Peter Franklin Paul	11/12/2002
82.424-2	Habeas corpus	Siegfried Ellwanger (paciente)	STJ	17/9/2003
841-2	Extradição	Governo da Alemanha	Wilhelm Just	23/10/2003
866-8	Extradição	Governo de Portugal	José Benedito Hortelão Bonifácio	17/12/2003
855-2	Extradição	Governo do Chile	Mauricio Fernandez Norambuena	26/8/2004
897-8	Extradição	Governo da República Tcheca	Radomír Cespiva	23/9/2004
986-9	Extradição	Governo da Bolívia	John Axel Rivero Antero	15/8/2007
1.008-5	Extradição	Governo da Colômbia	Francisco Antonio Cadena Collazos	21/3/2007
91.657-1	Habeas corpus	Freddy E. Rincon Valencia (paciente)	Relator da PPR n. 588 do STF	13/9/2007
932-0	Extradição	Governo da Itália	Corso Domenico Pantaleo	10/10/2007
1.074-3	Extradição	Governo da Alemanha	Mike Büttner	27/3/2008
90.450-5	Habeas corpus	Demétrios Nicolaos Nikolaidis (paciente)	Presidente do STJ	23/9/2008
91.361-0	Habeas corpus	Renato Dias da Silva (paciente)	STJ	23/9/2008

⁶³ A diferença deve-se ao fato de que a ADI 4.277 e a ADPF 132 foram julgadas conjuntamente, em razão da regra da prevenção e do julgamento simultâneo de processos em que haja “coincidência total ou parcial de objetos” (cf. Regimento Interno do STF, art. 77-B).

Tabela 1: acórdãos com referência expressa ao art. 4º, II				
N. do processo	Tipo	Demandante	Demandado	Data de julgamento
94.695-0	Habeas corpus	Angela Nicola (paciente)	Tribunal Superior do Trabalho	23/9/2008
92.474-3	Habeas corpus	Miguel Felmanas (paciente)	Relatora do HC n. 90.697 do STJ	2/12/2008
87.585-8	Habeas corpus	Alberto de R. Ramos Costa (paciente)	STJ	3/12/2008
349.703-1	Recurso extraordinário	Banco Itaú S/A	Armando Luiz Segabinazzi	3/12/2008
466.343-1	Recurso extraordinário	Banco Bradesco S/A	Luciano Cardoso dos Santos	3/12/2008
1.085	Extradição	Governo da Itália	Cesare Battisti	16/12/2009
389.808	Recurso extraordinário	G.V.A. Indústria e Comércio S/A	União	15/12/2010
4.277*	ADI	Procuradoria-Geral da República	Presidente da República e outros	5/5/2011
132*	ADPF	Governador do Estado do Rio de Janeiro	A.L. do Estado do Rio de Janeiro e outros	5/5/2011
1.195	Extradição	Governo da Finlândia	Juha Pekka Köykkä	12/5/2011
11.243	Reclamação	República Italiana	Presidente da República	8/6/2011
1.254	Extradição (Questão de ordem)	Governo da Romênia	Killian Walter	6/9/2011

* Julgamento conjunto em um único acórdão.

Entre os 29 acórdãos identificados, é importante registrar, ademais, que em dois grupos de decisões —aquelas relativas (1) aos *habeas corpi* 90.450-5, 91.361-0 e 91.695-0 e (2) aos recursos extraordinários 349.703-1 e 466.343-1 e *habeas corpus* 87.585-8— a decisão proferida em um caso foi praticamente repetida nos demais, razão pela qual, para fins de análise, pode-se considerá-las como uma única decisão. Nesse contexto, o número de decisões selecionadas cai para 25.

Desse universo, nada menos do que 16 (64%) decisões referiam-se a processos de extradição e quatro (16%), de *habeas corpus*; os demais correspondiam a feitos que tinham por objeto recurso extraordinário (2; 8%), ação direta de inconstitucionalidade (ADI)/arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) (2; 8%) e reclamação (1; 4%). Quando se considera que um *habeas corpus* (91.657-1) e a reclamação estavam associados a pedidos de extradição, verifica-se que, em realidade, casos de extradição equivaleram a 72% das decisões colegiadas em que o princípio da prevalência dos direitos humanos apareceu.

No que se relaciona ao ano de julgamento, é possível observar que a menção ao princípio é recente no STF: 23 (92%) dos acórdãos identificados foram proferidos no período relativo aos últimos 11 anos (2001-2011), sendo que mais da metade (14; 56%) é produto de decisões dos últimos cinco anos (2007-2011).

4.3.2. *Situações que atraíram a aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos*

A primeira vez que o princípio da prevalência dos direitos humanos figura em um acórdão do STF foi, em 1996, quando se apreciou pedido de extradição movido pelo Governo da República Popular da China em face de Qian Hong, acusado da prática do crime de “defraudação” previsto no Código Penal chinês e passível de pena de morte. Após colocar em dúvida a sinceridade do compromisso do Estado requerente de comutar a pena capital para pena privativa de liberdade, em função de precedentes nesse sentido⁶⁴, o relator, ministro Celso de Mello, notou que a norma do Código Penal chinês “veicula preceito primário de incriminação excessivamente aberto e perigosamente desprovido da necessária, precisa e clara definição dos elementos que lhe compõem a estrutura normativa”, tornando inviável verificar, no caso, a ocorrência do requisito extradicional da dupla tipicidade⁶⁵. Não bastasse isso, o relator acentuou que o pleito chinês era movido por razões de ordem essencialmente política⁶⁶ e, sobretudo, que o sistema processual vigente na China não assegurava um julgamento justo, posto que caracterizado pela “clara prevalência dos interesses persecutórios do Estado sobre as garantias outorgadas ao réu nos processos penais condenatórios”⁶⁷. Muito embora o processo extradicional constitua meio efetivo para a saudável cooperação entre os Estados, o ministro Celso de Mello então asseverou que:

A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns [...] não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o Supremo Tribunal Federal – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial

⁶⁴ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 633-9**. Governo da República Popular da China vs. Qian Hong, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 28/8/1996, voto do ministro Celso de Mello, fls. 120 et seq.

⁶⁵ Ibid., voto do ministro Celso de Mello, fls. 131 et seq.

⁶⁶ Ibid., voto do ministro Celso de Mello, fls. 133 et seq.

⁶⁷ Ibid., voto do ministro Celso de Mello, fls. 150 et seq.

dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law.⁶⁸

O fundamento constitucional para essa primazia conferida aos direitos humanos do extraditando foi oferecido um pouco mais à frente pelo relator:

[...] em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal não pode e nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime de garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).⁶⁹

Com base nessas ponderações, o ministro Celso de Mello então votou pelo indeferimento do pedido do Governo da República Popular da China. Ao assim proceder, implicitamente conferiu precedência ao princípio da prevalência dos direitos humanos sobre outros princípios do art. 4º, como o da cooperação entre os povos⁷⁰ e o da igualdade entre os Estados⁷¹, posto que a soberania do Estado chinês não funcionou como óbice para uma avaliação do sistema processual vigente naquele país⁷².

O relator foi acompanhado por todos os demais ministros da Corte, tendo o ministro Marco Aurélio igualmente enfatizado que o deferimento da extradição acabaria por “mitigar o que previsto, quanto às relações internacionais, no artigo 4º desta mesma Constituição: ‘II – prevalência dos direitos humanos’.”⁷³

A partir desse julgamento, o princípio da prevalência dos direitos humanos passou a ser invocado, nos processos de extradição, sempre com vistas a favorecer a rejeição do

⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 633-9**, cit., voto do ministro Celso de Mello, fl. 160.

⁶⁹ Ibid., voto do ministro Celso de Mello, fl. 165, grifo nosso.

⁷⁰ CF/88, art. 4º, IX.

⁷¹ Ibid., art. 4º, V.

⁷² O ministro Celso de Mello apontou que “o Estado estrangeiro, qualquer que ele seja, ao requerer a sua extradição ao Governo do Brasil, submete-se, por efeito de sua própria deliberação – especialmente naqueles casos em que inexistente tratado bilateral – ao conjunto das prescrições internas do ordenamento doméstico e, sobretudo, aos princípios fundamentais que estruturam o nosso sistema jurídico e informam a própria idéia de Direito entre nós prevalescente” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 633-9**, cit., voto do ministro Celso de Mello, fl. 164). O ministro Francisco Rezek, embora tenha acompanhado o relator no indeferimento do pedido, manifestou o seu desconforto com a avaliação feita em relação à China: “Receio cometer injustiça na avaliação severa de uma soberania estrangeira que nos pede extradição, sendo ao mesmo tempo indulgente com nossas próprias instituições” (voto do ministro Francisco Rezek, fl. 181).

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 633-9**, cit., voto do ministro Marco Aurélio, fl. 186.

pedido ou o condicionamento da extradição naqueles casos em que a entrega do extraditando coloque em risco seus direitos humanos.

Foi isso o que ocorreu, em 2001, no julgamento da extradição 793-9, requerida pelo Governo da França em face de Jean-Marc Scarparo. O relator, ministro Maurício Corrêa, notando que o extraditando estaria sujeito à pena de prisão perpétua na França, propôs que se exigisse do Estado requerente o compromisso de que a sanção que fosse eventualmente imposta ao extraditando não superasse trinta anos, haja vista a vedação, trazida pela Constituição brasileira⁷⁴, da pena perpétua⁷⁵. A jurisprudência do STF, àquela altura, não incorporava essa exigência, restrita pelo teor da Lei de Extradição às hipóteses de pena corporal ou de morte. O ministro Sepúlveda Pertence manifestou, então, sua indignação com essa exegese, nos seguintes termos:

O que me impressiona é tanto entusiasmo para sustentar a disposição restritiva da Lei de Extradição, vinda uma do Estado Novo, outra do Regime de 69, quando a Constituição de 1988 estabelece, no art. 4º – “Dos Princípios Fundamentais”, que teimamos em não considerar – que:

‘Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I -

II – prevalência dos direitos humanos;’

Não tenho dúvida de que, na nossa declaração de direitos humanos, a vedação da pena perpétua, da pena de banimento e da pena cruel são direitos humanos.⁷⁶

Nesse momento, contudo, a tese foi minoritária, tendo acompanhado o relator, além do ministro Pertence, apenas os ministros Celso de Mello, Néri da Silveira e Marco Aurélio.

Quase três anos mais tarde, porém, no julgamento da extradição 855-2, o STF finalmente reverteu sua jurisprudência e passou a exigir, no caso de extradição de indivíduo que estivesse sujeito à pena de prisão perpétua, o compromisso do Estado requerente no sentido de comutar a sanção em pena de prisão temporária, em conformidade com o disposto no art. 5º, XLVII, da Constituição. A fim de acompanhar, quanto a esse aspecto, o relator, ministro Celso de Mello, o princípio da prevalência dos direitos humanos foi expressamente

⁷⁴ Cf. CF/88, art. 5º, LXLVII, “b”.

⁷⁵ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 793-9**. Governo da França vs. Jean-Marc Scarparo, Pleno, rel. min. Maurício Corrêa, acórdão de 17/10/2001, voto do ministro Maurício Corrêa, fls. 30 et seq.

⁷⁶ Ibid., voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 39.

pronunciado por dois dos demais integrantes da Corte. Veja-se trecho do voto do ministro Carlos Ayres Britto:

O Procurador-Geral da República lembrou bem que o primeiro princípio da ordem internacional das relações internacionais do Brasil é o do respeito aos direitos humanos. Este princípio ocupa uma posição de centralidade na Constituição Federal e acho que a decisão do Relator homenageia exatamente a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil.⁷⁷

Nesse mesmo sentido trilhou o voto do ministro Sepúlveda Pertence:

[...] a propósito da descaracterização do terrorismo como crime político, invocaram-se apropriadamente os princípios regentes das relações internacionais do Brasil, do repúdio ao terrorismo e ao racismo. Mas, no mesmo dispositivo da Constituição, o art. 4º, se encontra o princípio da ‘prevalência dos direitos humanos’, que compreendem, para a ordem jurídica brasileira, o repúdio à pena de morte e à de prisão perpétua.⁷⁸

Outra situação que motivou alusão ao princípio da prevalência dos direitos humanos, também em casos de extradição, refere-se a questões ligadas à prisão preventiva do extraditando até o julgamento final do pedido extradicional, conforme o disposto nos arts. 81 e 84 da lei n. 6.815/1980.

No julgamento de questão de ordem na extradição 783-1 (Segunda questão de ordem), tratava-se de decidir se a suspensão do processo extradicional, motivado pela apresentação de pedido de refúgio pela extraditanda —a cantora mexicana Gloria Trevi—, autorizava a sua libertação ou transferência para prisão domiciliar, considerando-se que se encontrava ela grávida. O princípio da prevalência dos direitos humanos foi mencionado pelo ministro Carlos Velloso; não, contudo, para atender o pleito da extraditanda, mas tão somente para ressaltar que ela merecia cuidados especiais no próprio local onde se encontrava presa⁷⁹.

Já no *habeas corpus* 91.657-1, discutiu-se se a prisão preventiva do extraditando deveria continuar a ser compreendida como medida inexorável no processo extradicional. O ministro Gilmar Mendes propôs que a jurisprudência do STF a respeito fosse revista, tendo o

⁷⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 855-2**. Governo do Chile vs. Mauricio Fernandez Norambuena, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 26/08/2004, voto do ministro Ayres Britto, fl. 97.

⁷⁸ Ibid., voto do ministro Sepúlveda Pertence, fl. 107.

⁷⁹ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 783-1 (Segunda questão de ordem)**. Governo dos Estados Unidos Mexicanos vs. Gloria de Los Ángeles Treviño Rui, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, acórdão de 28/11/2001, voto do ministro Carlos Velloso, fl. 1557,

ministro Ayres Britto invocado o art. 4º, II, da Constituição brasileira justamente para se alinhar a esta nova posição⁸⁰. O *habeas corpus* foi, afinal, concedido por maioria dos ministros que participaram do julgamento.

O mesmo entendimento prevaleceu no julgamento de questão de ordem na extradição 1.254, em que se determinou a revogação da prisão preventiva de Killian Walter, cuja extradição fora solicitada pelo Governo da Romênia. O ministro Ayres Britto sopesou o princípio da cooperação entre os povos com o da prevalência dos direitos humanos, conferindo precedência a este último⁸¹. Concluiu, assim, que:

[...] não se pode fazer da prisão preventiva para extradição uma dura e fria negativa de acesso aos direitos e garantias processuais de base constitucional, além de enfaticamente proclamados em Tratados Internacionais de que o Brasil faz parte.⁸²

Outro grupo de decisões em processos de extradição refere-se àquele no qual o STF reafirma o seu papel de, à luz do princípio da prevalência dos direitos humanos, resguardar as prerrogativas do extraditando mas, por entender que nenhuma delas está comprometida no caso concreto, defere a extradição.

Assim, ao apreciar a extradição 833-1, solicitada pelo Governo de Portugal em face de Rui Jorge Crujo da Silva Fonseca, o princípio do art. 4º, II, da Constituição foi mencionado indiretamente, quando o relator, ministro Celso de Mello, transcreveu a ementa da decisão do STF na extradição 633-9 para enfatizar que, no processo extradicional, a Corte controla a legalidade meramente extrínseca do pedido, “ressalvadas, no entanto, as hipóteses de alegação de ofensa aos direitos básicos da pessoa humana”⁸³. Como, no entender do relator, não era disso que se tratava, o pedido foi deferido.

Emprego idêntico foi dado ao princípio da prevalência no julgamento da extradição 866-8, movida também pelo Governo de Portugal em face de José Benedito

⁸⁰ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 91.657-1**. Freddy Eusébio Rincon Valencia vs. Relator da PPE n. 588 do Supremo Tribunal Federal, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, acórdão de 13/9/2007, voto do ministro Ayres Britto, fl. 322.

⁸¹ Id., **Extradição 1.254 (Questão de ordem)**. Governo da Romênia vs. Killian Walter, Segunda Turma, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 6/9/2011, voto do ministro Ayres Britto, fls. 85-86.

⁸² Ibid., voto do ministro Ayres Britto, fls. 85-86.

⁸³ Id., **Extradição 833-1**. Governo de Portugal vs. Rui Jorge Crujo da Silva Fonseca, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 18/9/2002, voto do ministro Celso de Mello, fls. 68-69.

Hortelão Bonifácio⁸⁴; e da extradição 897-8, em que o Governo da República Tcheca buscou a extradição de Radomír Cespiva⁸⁵.

Outrossim, no exame da extradição 986-9, em que o Governo da Bolívia requeria a entrega de John Rivero Antero, o princípio foi mencionado indiretamente pelo ministro Gilmar Mendes, que afirmou ser essencial que, nas decisões concessivas de extradição, “sejam mantidos e observados os parâmetros do devido processo legal, do estado de direito e dos direitos humanos, fundamentalmente.”⁸⁶ Reforçou esse entendimento o ministro Ayres Britto:

O Ministro Gilmar Mendes traz à baila artigos, versículos constitucionais da maior importância e cobra de todos nós uma nova ponderação de valores. Se é verdade que figura do art. 4º da Constituição, a propósito das relações internacionais do Brasil, o dever de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, não é menos certo que desse artigo também consta a prevalência dos direitos humanos, em letras garrafais. É o inciso II do art. 4º.⁸⁷

Por compreender que, no caso, as iniciais suspeitas de comprometimento da independência do Judiciário haviam sido afastadas⁸⁸, entretanto, o ministro Gilmar Mendes votou favoravelmente à extradição, no que foi acompanhado pela unanimidade dos demais ministros.

Finalmente, há aplicações mais individualizadas do princípio da prevalência dos direitos humanos nos adicionais sete processos de extradição identificados, sempre relacionadas ao papel do STF de guardião dos direitos humanos do extraditando.

No julgamento da extradição 830-7, em que o Governo dos Estados Unidos da América requereu a extradição de Peter Franklin Paul, o princípio foi invocado pelo ministro Celso de Mello para impor restrição mais ampla em relação aos crimes pelos quais o extraditando poderia ser entregue⁸⁹. Isso em função de as autoridades norte-americanas terem

⁸⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 866-8**. Governo de Portugal vs. José Benedito Hortelão Bonifácio, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 17/12/2003, voto do ministro Celso de Mello, fls. 35-36.

⁸⁵ Id. **Extradição 897-8**. Governo da República Tcheca vs. Radomír Cespiva, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2004, voto do ministro Celso de Mello, fl. 30.

⁸⁶ Id. **Extradição 986-9**. Governo da Bolívia vs. John Axel Rivero Antero, Pleno, rel. min. Eros Grau, acórdão de 15/8/2007, voto do ministro Gilmar Mendes, fls. 40 et seq.

⁸⁷ Ibid., voto do ministro Ayres Britto, fl. 57.

⁸⁸ Ibid., voto do ministro Gilmar Mendes, fls. 53 et seq.

⁸⁹ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 830-7**. Governo dos Estados Unidos vs. Peter Franklin Paul, Pleno, rel. min. Ellen Gracie, acórdão de 11/12/2002, voto do ministro Celso de Mello, fls. 105-106.

se valido de declarações obtidas do extraditando justamente sob o compromisso de que não seriam utilizadas em juízo⁹⁰. O ministro, contudo, não foi acompanhado por nenhum dos demais julgadores.

Na extradição 841-2, movida pelo Governo da Alemanha em face de Wilhelm Just, o ministro Ayres Britto referiu-se ao princípio da prevalência dos direitos humanos apenas para conjecturar que, se houvesse prova de que o extraditando residisse no Brasil, o pedido haveria de ser indeferido, pois, como não estava claro se havia processo penal regularmente instaurado na Alemanha, a extradição ofenderia o direito ao devido processo legal previsto no art. 5º, LIV, da Constituição a brasileiros e estrangeiros aqui residentes⁹¹.

Na extradição 1.008-5, por sua vez, o princípio da prevalência dos direitos humanos foi referido pelo ministro Ayres Britto⁹² e pelo ministro Celso de Mello⁹³, mas sem que maiores consequências tenham sido extraídas dessas referências, a não ser a de destacar o desafio de “extrair, das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como o Estatuto dos Refugiados, a sua máxima eficácia”⁹⁴.

É o ministro Ayres Britto quem, novamente, na extradição 932-0, ampara-se no princípio da prevalência dos direitos humanos para defender a não extradição de Corso Domenico Pantaleo para a Itália, sob o argumento de que o extraditando estava acometido de doença mental⁹⁵ —no que, contudo, foi vencido.

Do mesmo modo, na extradição 1.074-3, embora tenha acompanhado os demais integrantes da Corte para deferir a extradição do alemão Mike Büttner, o ministro Britto trouxe referência ao princípio da prevalência dos direitos humanos para externar a sua preocupação com a adequação da extradição de caráter instrutório ao princípio da presunção de inocência, bem como o seu “incômodo” com a postura do STF de admitir a extradição de quem possui família no Brasil, haja vista a proteção concedida pela Constituição, em seus arts. 226 e 227, à família e à criança⁹⁶.

⁹⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 830-7**, cit., voto do ministro Celso de Mello, fls. 107-108.

⁹¹ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 841-2**. Governo da Alemanha vs. Wilhelm Just, Pleno, rel. min. Carlos Velloso, acórdão de 23/10/2003, voto do ministro Ayres Britto, fl. 153.

⁹² Id., **Extradição 1008-5**. República da Colômbia vs. Francisco Antonio Cadena Collazos, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, rel. para o acórdão min. Sepúlveda Pertence, fl. 291.

⁹³ Ibid., fl. 292.

⁹⁴ Ibid., fl. 290.

⁹⁵ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 932-0**. Governo da Itália vs. Corso Domenico Pantaleo, Pleno, rel. min. Joaquim Barbosa, acórdão de 10/10/2007, fls. 67, 72 e 111.

⁹⁶ Id., **Extradição 1.074-3**. Governo da Alemanha vs. Mike Büttner, Pleno, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 27/3/2008, voto do ministro Ayres Britto, fl. . Observe-se que o relator também mencionou indiretamente o princípio da prevalência dos direitos humanos (fl. 67).

No julgamento da extradição 1.085, movido pelo Governo da Itália em face de Cesare Battisti, o ministro Britto então sustentou que a guarda do princípio da prevalência dos direitos humanos é uma das razões centrais pelas quais a extradição passa pelo crivo do STF⁹⁷. Em realidade, conforme afirmou mais à frente, é basicamente “para efetivar um dos princípios do inciso II do artigo 4º: ‘prevalência dos direitos humanos’” que se justifica a presença do Judiciário no processo extradicional⁹⁸. Isso para concluir que a decisão da Corte, em matéria extradicional, vincula o Presidente da República apenas quando indefere o pedido, mas não quando o autoriza.

Finalmente, na reclamação 11.243, é igualmente o ministro Ayres Britto quem faz referência ao princípio, destacando que “nenhum tratado bilateral será celebrado e executado sem que prevaleçam os direitos humanos, como determina o inciso II do art. 4º da Constituição Federal”⁹⁹. É por essa razão que entendeu inviável conferir, *in casu*, “interpretações desfavorecedoras do extraditando”¹⁰⁰ —o que ocorreria, a seu ver, caso o Judiciário pretendesse rever a exegese dada ao Tratado de Extradição entre o Brasil e a Itália, pelo Presidente da República, para não efetivar a extradição de Battisti.

Em todos os demais acórdãos em que o princípio da prevalência dos direitos humanos foi mencionado está-se diante de questões puramente domésticas.

Esse é o caso, em primeiro lugar, da decisão na ADI 1.497-8, de 1996, em que se discutiu a constitucionalidade da emenda constitucional n. 12/1996, que autorizara a União a instituir contribuição provisória sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira (CPMF). O princípio foi invocado pelo ministro Carlos Velloso, juntamente com outros postulados do art. 4º e com os fundamentos (art. 1º) e objetivos fundamentais da República brasileira (art. 3º), para consignar que todas essas normas “constituem a moldura do quadro que, no ponto — direitos fundamentais — o constituinte originário pintou e emprestou a proteção máxima do art. 60, § 4º, IV”¹⁰¹ —isso

⁹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição 1.085**. Governo da Itália vs. Cesare Battisti, Pleno, rel. min. Cezar Peluso, acórdão de 16/12/2009, fl. 398.

⁹⁸ Ibid., fls. 552-553. Há, ainda, uma terceira menção ao princípio da prevalência dos direitos humanos pelo ministro Ayres Britto, sem maiores consequências práticas, quando faz a distinção entre refúgio e asilo político (fls. 267-268).

⁹⁹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 11.243**. República Italiana vs. Presidente da República, Pleno, rel. min. Gilmar Mendes, rel. para o acórdão min. Luiz Fux, acórdão de 8/6/2011, voto do ministro Ayres Britto, fl. 128.

¹⁰⁰ Ibid., voto do ministro Ayres Britto, fl. 130.

¹⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.497-8**. Pleno, rel. min. Marco Aurélio, acórdão de 9/10/1996, voto do min. Carlos Velloso, fl. 69.

para concluir que a emenda constitucional em referência não ofendia qualquer direito fundamental protegido como cláusula pétrea¹⁰².

Em segundo lugar, ao apreciar o *habeas corpus* 82.424-2 —impetrado em favor de Siegfried Ellwanger, responsável pela edição, distribuição e venda ao público de obras anti-semitas—, o princípio chegou a ser mencionado, *en passant* e sem maiores implicações, pelo ministro Maurício Corrêa¹⁰³, tão somente para reforçar a condição de preceito fundamental dos direitos do homem.

Também sobre questões domésticas versavam, em terceiro lugar, os três *habeas corpi* julgados em 23/9/2008 (90.450-5, 91.361-0 e 91.695-0). Os feitos giravam em torno da viabilidade da prisão do depositário infiel, a qual, embora autorizada pela Constituição, não encontra respaldo em instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. O ministro Celso de Mello fundamentou-se, entre outros, no princípio do art. 4º, II, da Constituição para defender a tese de que tais instrumentos possuem hierarquia constitucional:

[...] uma abordagem hermenêutica fundada em premissas axiológicas que dão significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico – constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da ‘prevalência dos direitos humanos’ permitirá, a esta Suprema Corte, rever a sua posição jurisprudencial quanto ao relevantíssimo papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos no plano doméstico e infraconstitucional do ordenamento positivo do Estado brasileiro.¹⁰⁴

A posição do ministro foi acolhida pela Segunda Turma da Corte nos três casos, invalidando-se as ordens judiciais de prisão civil.

No entanto, quando a questão chegou ao Pleno do STF —nos recursos extraordinários 349.703-1 e 466.343-1 e no *habeas corpus* 87.585—, menos de três meses mais tarde, a tese da hierarquia constitucional não prevaleceu, vencendo o entendimento pelo caráter “supralegal” dos instrumentos internacionais de direitos humanos (o que, vale notar, também constitui um avanço em relação à jurisprudência até então dominante). O princípio do

¹⁰² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 1.497-8**, cit., voto do ministro Carlos Velloso, fls. 74-75.

¹⁰³ Id., **Habeas corpus 82.424-2**. Siegfried Ellwanger vs. STJ, Pleno, rel. min. Moreira Alves, rel. para o acórdão min. Maurício Corrêa, acórdão de 17/9/2003, voto do ministro Maurício Corrêa, fl. 583.

¹⁰⁴ Cf., por todos, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 90.450-5**. Segunda Turma, rel. min. Celso de Mello, acórdão de 23/9/2008, voto do ministro Celso de Mello, fl. 393.

art. 4º, II, da Constituição, é mencionado não apenas no voto do ministro Celso de Mello¹⁰⁵, na linha do que já afirmara perante a Segunda Turma, como também do relator original do recurso extraordinário 349.703-1, ministro Ilmar Galvão¹⁰⁶, que igualmente partilhava da tese da hierarquia constitucional.

Em quarto lugar, no julgamento do *habeas corpus* 92.474, a menção ao princípio da prevalência dos direitos humanos foi feita pelo ministro Ayres Britto, em um comentário paralelo sobre o papel central desse postulado nos processos de extradição¹⁰⁷. Isso porque, muito embora a prisão discutida nos autos não decorresse de pedido extradicional —tratava-se de suposto crime praticado no Brasil—, o mesmo paciente era alvo de pleito de extradição formulado pelo Governo dos Estados Unidos e obtivera, nesse outro processo, prisão preventiva relaxada pelo STF.

Em quinto lugar, o ministro Marco Aurélio assinalou, rapidamente, o princípio do art. 4º, II, do texto constitucional por ocasião do julgamento do recurso extraordinário 389.808. O caso versava sobre o sigilo de dados bancários, e a menção à norma deu-se apenas para melhor definir o contexto em que se situa o direito fundamental ao sigilo de dados¹⁰⁸.

A sexta e última situação em que o princípio da prevalência foi relacionado, em temas domésticos, corresponde ao julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132. O STF estabeleceu interpretação conforme ao art. 1.723 do Código Civil para reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar. O princípio consta do voto do ministro Gilmar Mendes, que dele se valeu para, juntamente com outros dispositivos constitucionais, atribuir à Constituição um direito ao “autodesenvolvimento”, ou seja, ao “livre desenvolvimento de sua personalidade”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cf., por todos, BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário 349.703-1**. Pleno, rel. min. Ilmar Galvão, rel. para o acórdão min. Gilmar Mendes, acórdão de 3/12/2008, voto do ministro Celso de Mello, fl. 807.

¹⁰⁶ Ibid., fl. 679.

¹⁰⁷ Cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 92.474-3**. Miguel Felmanas vs. Relatora do HC n. 90.697 do STJ, Primeira Turma, rel. min. Ricardo Lewandowski, acórdão de 2/12/2008, voto do ministro Ayres Britto, fls. 1151-1152.

¹⁰⁸ Id., **Recurso extraordinário 389.808**. G.V.A. Indústria e Comércio S/A vs. União, Pleno, rel. min. Marco Aurélio, acórdão de 15/12/2010, voto do ministro Marco Aurélio, fl. 223.

¹⁰⁹ Id., **ADPF 132**. Pleno, rel. min. Ayres Britto, acórdão de 5/5/2011, voto do ministro Gilmar Mendes, fls. 172 e 193.

4.3.3. *Análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

O primeiro aspecto que transparece dos julgados acima apresentados é o número relativamente reduzido de decisões (29) em que o princípio da prevalência dos direitos humanos é mencionado, mais de duas décadas após a sua positivação na Constituição de 1988. Esse é um dado extremamente significativo, principalmente quando se atenta à elevação quantitativa e qualitativa das relações internacionais travadas pelo Brasil nos últimos anos, conforme já pontuado neste trabalho¹¹⁰. A eventual insuficiência de mecanismos processuais adequados para promover o controle de atos de relações internacionais parece não explicar, por si só, esse quadro, cabendo cogitar a hipótese de que a Corte simplesmente não tem sido provocada a se manifestar sobre a matéria.

Essa circunstância torna-se ainda mais crítica tendo em vista que, dos 29 acórdãos localizados, 11 tratavam de assuntos predominantemente domésticos. Dessa forma, é possível afirmar que, em realidade, apenas 18 acórdãos referiam-se ao princípio da prevalência dos direitos humanos na esfera propriamente internacional.

Mais ainda: a maioria dessas 18 decisões —emanadas, invariavelmente, em processos direta ou indiretamente relacionados a pedidos de extradição— *não* envolvia um controle judicial sobre atos do Poder Executivo no contexto das relações internacionais. As duas únicas exceções, como visto, ocorreram no caso Itália vs. Battisti: primeiro, quando o STF declarou nulo o ato do Ministro de Estado que reconheceu a condição de refugiado ao extraditando (extradição 1.085); segundo, quando a Corte absteve-se de apreciar reclamação movida pela República Italiana diante da decisão do Presidente da República que deixou de efetivar a extradição autorizada pelo próprio STF (reclamação 11.243). Em ambas, porém, o princípio foi utilizado *em favor* do Executivo, seja para declarar que a primeira decisão da Corte não vinculava o Presidente da República, seja para evitar, na segunda decisão, rever a interpretação que o Presidente conferiu aos termos do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Itália.

É possível afirmar, assim, que a pesquisa não logrou identificar nenhum acórdão em que o art. 4º, II, tenha sido invocado para por em xeque a constitucionalidade de atos do Executivo praticados no exercício de sua competência para conduzir as relações

¹¹⁰ Vide seção 3.2.1 *supra*.

internacionais. Permanece uma incógnita, portanto, a maneira como o STF irá proceder nessas situações.

Um segundo aspecto que merece ser destacado, a partir do conjunto de decisões localizadas, é a ausência de um entendimento da Corte sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos. Isso porque, quando se lhe faz referência, isso ocorre de forma isolada no voto de um ou outro ministro, sem que os demais manifestem concordância ou discordância explícita com a abordagem adotada e, assim, melhor contribuam para o desenvolvimento de um pensamento crítico e de uma verdadeira jurisprudência institucional do STF sobre esse postulado.

Se esse, então, é um dado importante, ao menos para se avaliar o posicionamento adotado pelos integrantes do STF e traçar possíveis prognósticos em votos futuros, não é exagero assinalar que as referências ao princípio da prevalência dos direitos humanos foram feitas por oito ministros (quatro dos quais não mais integram a Corte¹¹¹): Celso de Mello (12 acórdãos), Ayres Britto (11 acórdãos), Carlos Velloso (2 acórdãos), Gilmar Mendes (2 acórdãos), Marco Aurélio (2 acórdãos), Sepúlveda Pertence (2 acórdãos), Maurício Corrêa (1 acórdão) e Ilmar Galvão (1 acórdão). Como se nota, são os ministros Celso de Mello e Ayres Britto que têm relevado maior preocupação em dar efetividade ao princípio.

Além disso —e esse é o terceiro aspecto que cabe sublinhar—, em todas as decisões o princípio do art. 4º, II, da Constituição é invocado, juntamente com outros dispositivos constitucionais, mais para reforçar uma certa leitura jurídica do caso sob exame do que, efetivamente, para funcionar como *ratio decidendi* autônoma. Não fica claro nesse sentido, se a decisão da Corte ou o voto do ministro que nele se apoia seria diferente caso o princípio não houvesse sido positivado no texto constitucional de 1988.

Esse fato é compreensível pois, como se demonstrou acima, o princípio da prevalência dos direitos humanos há de ser considerado, invariavelmente, em conexão com uma ou mais normas de direitos humanos específicos¹¹². Além disso, como a quase totalidade dos casos envolvia um brasileiro ou estrangeiro residente no Brasil —em relação a quem a Constituição não deixa dúvidas quanto à titularidade de direitos (fundamentais) em face do Estado brasileiro—, é natural que os ministros concentrassem seus votos nas próprias normas de direitos que reclamavam aplicação.

¹¹¹ São eles: Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Sepúlveda Pertence.

¹¹² Vide seção 4.2.1.1.2 *supra*.

Entretanto, houve ao menos um caso em que o recurso ao princípio da prevalência dos direitos humanos, com o sentido e alcance que lhe são atribuídos nesta tese, poderia ter conduzido o voto de um dos ministros em sentido diverso. Trata-se da extradição 841-2, na qual, como apontado, o ministro Ayres Britto receava de uma violação do direito ao devido processo legal do extraditando; contudo, como inexistia, nos autos, prova de que ele residisse no Brasil, deixou de votar pelo indeferimento do pedido, aparentemente entendendo que o extraditando não faria jus àquela prerrogativa.

Esse tipo de exegese deve-se ao fato —que corresponde ao quarto aspecto relevante desta análise— de que os ministros do STF, geralmente, compreendem que o princípio da prevalência dos direitos humanos remete, unicamente, aos direitos fundamentais inscritos na Constituição¹¹³. Ocorre que, de acordo com o quanto já se enfatizou ao longo deste trabalho, não é isso o que ocorre: o princípio remete, primordialmente, aos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é parte —sem prejuízo, no caso de brasileiros e estrangeiros residentes, de se lhes agregar *também* os direitos fundamentais. Ademais, os deveres do Estado brasileiro, em relação a esse conjunto de direitos consagrados na esfera internacional, aplicam-se em relação a *qualquer* pessoa que possa vir a ser afetada por seus atos, onde quer que esteja.

Dessa forma, no caso da extradição 841-2, considerando que o direito ao devido processo (*fair trial*) é assegurado em diversos instrumentos internacionais, a começar pelo PIDCP¹¹⁴, o ministro deveria ter examinado se a extradição, *in casu*, poderia violar essa prerrogativa do extraditando, ao invés de colocar a questão de lado sob a escusa de que não havia prova de sua residência no Brasil.

Por fim, cabe menção a um quinto aspecto que transparece dos julgados do STF envolvendo o princípio do art. 4º, II: o fato de que, nas situações em que ele entrou conflito com outros princípios do mesmo dispositivo, em especial com o princípio da cooperação entre os povos, foi-lhe assegurada precedência. Ao mesmo tempo em que comprova o especial peso que o princípio da prevalência dos direitos humanos assume *vis-à-vis* outros princípios constitucionais, isso demonstra que não houve uma única situação concreta em que aquele

¹¹³ Essa visão ficou explícita no voto do ministro Ayres Britto no julgamento do *habeas corpus* 91.657-1, quando mencionou que o princípio do art. 4º, II, refere-se aos direitos humanos “que o artigo 5º da Constituição proclama, às expressas, assim para os brasileiros como para os estrangeiros residentes no país” (cf. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 91.657-1**, cit., fl. 3222).

¹¹⁴ PIDCP, art. 9º.

postulado, uma vez identifica a sua relevância para a decisão, teve de ceder a primazia que abstratamente a Constituição lhe confere.

4.4. Conclusões preliminares

O presente capítulo buscou deitar luzes sobre o princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, buscando compreender as exigências que ele coloca para o Estado brasileiro na condução de suas relações internacionais.

Demonstrou-se, inicialmente, que o princípio é uma decorrência lógica-jurídica dos compromissos assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos, tanto local quanto internacionalmente. Numa perspectiva dworkiana de direito como integridade, a prevalência dos direitos humanos é uma exigência que se impõe ainda que a Constituição fosse silente a esse respeito.

Do mesmo modo, partiu-se da teoria dos princípios para esclarecer o suporte fático do princípio. Ficou assente que o suporte fático engloba tanto ações negativas quanto positivas voltadas à proteção, ao respeito e à promoção dos direitos humanos tal como estabelecidos nos instrumentos internacionais dos quais o Brasil é parte. Portanto, qualquer intervenção não justificada que seja prejudicial aos direitos humanos, onde quer que ocorra, independentemente da nacionalidade ou local de residência dos possíveis prejudicados, é inconstitucional e pode autorizar o exercício do controle jurisdicional. Para avaliar se as justificativas eventualmente apresentadas pelo Executivo são válidas, é preciso, para manter a coerência com a teoria dos princípios, aplicar o teste da proporcionalidade, com suas três sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Isso nada mais é do que dar consequência à conceptualização dos princípios como mandamentos de otimização.

Por fim, investigou-se a jurisprudência do STF. Os resultados dessa pesquisa revelam que ainda são raros os casos em que o princípio da prevalência dos direitos humanos é invocado, consubstanciando mais a visão individual dos ministros que o verbalizam do que uma jurisprudência institucional da Corte. Embora, mesmo nesses casos, o princípio aparentemente não tenha funcionado como fundamento autônomo para a decisão, esse fato se explica pela própria estrutura da norma do art. 4º, II, que sempre demanda aplicação em conexão com uma norma de direitos humanos. No entanto, chamou-se atenção para uma interpretação indevidamente restritiva que os ministros têm, via de regra, imposto ao princípio, na medida em que o associam apenas às disposições de direitos fundamentais da Constituição brasileira, e não àquelas constantes dos instrumentos internacionais de direitos

humanos dos quais o Brasil é parte. De toda forma, no sopesamento com outros princípios das relações internacionais, o STF tem assegurado a precedência daquele inscrito no inciso II do art. 4º.

O que a pesquisa jurisprudencial não logrou identificar são casos nos quais o princípio da prevalência dos direitos humanos funcione como parâmetro para aferir a constitucionalidade de atos de relações internacionais do Executivo. Nos limites de um trabalho acadêmico, contudo, é possível fazer um exercício de reflexão para *supor* como isso poderia se realizar, sempre tendo por base as premissas até aqui fincadas. Esse é o escopo do próximo capítulo.

5. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS: ESTUDO DE CASOS

Cumpra, neste ponto, aplicar as ideias desenvolvidas nos capítulos precedentes a dois casos concretos da política externa brasileira, de modo a testar a utilidade prática desta tese. A escolha dos casos foi pautada pelo seu potencial de impacto para os direitos humanos, bem como pela disponibilidade de informações a respeito.

No primeiro caso, o exercício tem por escopo verificar se o princípio da prevalência dos direitos humanos serve como parâmetro para a crítica da postura assumida pelo Estado brasileiro no âmbito de uma organização internacional. No segundo, o objetivo é um pouco mais ousado, buscando examinar se um ato de relações internacionais, igualmente praticado pelo Brasil como integrante de uma organização internacional, poderia ser levado à apreciação do Judiciário e, em caso positivo, como esse exame poderia se dar e qual tutela estaria ao alcance do tribunal.

5.1. Situação dos direitos humanos no Sudão

O primeiro caso corresponde à decisão do Brasil, em 2006, de se abster na votação de uma resolução do Conselho de Direitos Humanos da ONU (CDH) em relação à situação dos direitos humanos no Sudão, o maior país da África em termos geográficos, mais especificamente na região de Darfur.

Desde 2003, Darfur era o palco de um conflito em que, de um lado, situava-se o governo sudanês e uma milícia árabe conhecida como Janjaweed e, de outro, um conjunto variado de grupos rebeldes, principalmente o Movimento pela Libertação do Sudão e o Movimento Justiça e Igualdade. Relatos davam conta de que o governo não apenas provia ajuda e financiamento para a Janjaweed, como teria participado de ataques contra comunidades negras nas quais os grupos rebeldes se apoiavam. Pesavam ainda contra o governo acusações de detenção e assassinato de testemunhas, destruição de provas e obstrução do trabalho de jornalistas, entre outras.

Em 2004, a situação foi caracterizada como genocídio e como a pior crise humanitária do século XXI pelo Secretário de Estado norte-americano. Estimava-se que entre 200 e 450 mil pessoas haviam sido mortas no conflito, sendo que mais de 2,5 milhões de pessoas foram obrigadas a deixar as suas casas.

No mês de novembro de 2006, o assunto foi objeto de consideração pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, do qual o Brasil era integrante. Discutia-se, então, o texto de uma decisão da Comissão sobre a situação dos direitos humanos no Sudão, a partir de uma proposta apresentada pela Argélia em nome do chamado Grupo Africano. Em relação especificamente ao governo sudanês, a proposta se limitava a celebrar a colaboração estabelecida com o Relator Especial para a Situação dos Direitos Humanos no Sudão, bem como instar o governo a continuar e a intensificar sua cooperação com o Conselho e seus mecanismos¹.

Nesse contexto, o Canadá e a Finlândia, em nome da União Europeia, formularam uma proposta de emenda ao texto a fim de, como não poderia deixar de ser, enfatizar a obrigação primária do Governo do Sudão de proteger todos os indivíduos contra violações de direitos humanos e do direito humanitário internacional, destacando também a importância de se pôr um fim à impunidade por todos os graves crimes ali cometidos².

Para surpresa de alguns, o Brasil absteve-se de votar favoravelmente à proposta de emenda, que acabou sendo rejeitada por 22 votos contrários, 20 favoráveis e quatro abstenções. Questionado pelo Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa, o Ministério das Relações Exteriores (MRE) brasileiro deixou evidente a sua estratégia de buscar um alinhamento político com os países africanos, justificando a abstenção com base no seguinte argumento: “[e]m vista da necessidade de se obter a colaboração da África para a melhoria da situação do Darfur, o Brasil decidiu abster-se e preservar espaço diplomático de interlocução com os africanos, adotando atitude construtiva.”³

A posição brasileira gerou forte reação contrária por parte de organizações não governamentais de direitos humanos⁴ e chegou a ser objeto de crítica em editorial de um dos principais jornais do Brasil⁵.

¹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Direitos Humanos. *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council” – Algeria (on behalf of the African Group): draft decision – 2006/...* Darfur. UN Doc. A/HRC/2/L.44, 3/10/2006. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/2/L.44>. Acesso em: 8 jan. 2008.

² Id., *Implementation of General Assembly Resolution 60/251 of 15 March 2006 entitled “Human Rights Council” – Canada and Finland (on behalf of the European Union): amendment to draft decision L.44*. UN Doc. A/HRC/2/L.48, 27/11/2006. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/HRC/2/L.48>. Acesso em: 8 jan. 2008.

³ BRASIL, Governo Federal, Ministério das Relações Exteriores, Diretora do Departamento de Direitos Humanos e Temas Sociais. [Ofício] 7 dez. 2006, Brasília [para] Secretária Executiva do Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa. 1 p. Resposta a solicitação de informação.

⁴ Cf., entre outros, CHADE, Jamil. Anistia acusa Brasil de omissão no massacre de Darfur. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2006. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index2.php?option=com_

Realmente, quando se atenta à dimensão e gravidade da situação dos direitos humanos em Darfur, algo parece errado na decisão dos diplomatas brasileiros de contribuir para se evitar uma responsabilização mais contundente do governo sudanês. Onde, no entanto, reside a causa para esse aparente desconforto? Pode o Itamaraty ser efetivamente censurado por adotar uma postura pragmática (e, eventualmente, até mais eficiente) na condução da política externa brasileira em matéria de direitos humanos?

Diante das premissas estabelecidas no precedente capítulo desta tese, fica mais evidente a problemática própria à postura do Brasil de se abster na votação da proposta de emenda ao texto sobre a situação dos direitos humanos em Darfur. A constatação vem à tona imediatamente: o Estado brasileiro apoiou-se não em um argumento de princípio, mas em um *argumento de política (policy)* —centrado na declarada estratégia de buscar uma aproximação com os países africanos— para justificar um posicionamento que colocou em segundo plano os direitos humanos das vítimas do conflito no Sudão. A circunstância de essa estratégia ser, no entender dos diplomatas brasileiros, supostamente mais adequada à própria melhoria da situação em Darfur não altera tal constatação; um argumento que visa promover um *interesse coletivo* (e não há nada que impeça que os próprios direitos humanos sejam vistos também sob este prisma) será sempre um argumento de política, pois verdadeiros argumentos de princípio estão ligados a *objetivos políticos individualizados* (direitos), e não coletivos⁶.

É certo que, como visto acima, em algumas situações direitos podem ter de ceder lugar a outras considerações de maior peso, inclusive argumentos de política (quando, por exemplo, os custos sociais para a realização de um direito forem desproporcionalmente elevados à coletividade). No entanto, trata-se de hipótese claramente excepcional, que demanda ampla e sólida justificativa por parte do Estado —algo que, a toda evidência, está longe de ocorrer na resposta oferecida pelo MRE para tentar explicar seu posicionamento no caso em tela.

O que se tem aqui, portanto, é um exemplo de intervenção —omissão— do Estado brasileiro numa situação em que o princípio da prevalência dos direitos humanos exigia-lhe uma ação positiva, de fomentar os direitos humanos no Sudão. Como essa

content&do_pdf=1&id=2343>. Acesso em: 8 jan. 2008; e CHADE, Jamil. Brasil se livra de saia-justa na ONU. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 14 dez. 2006, p. A9. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/51297/1/noticia.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2008.

⁵ Cf. FOLHA DE S. PAULO. O Itamaraty reincide. Editorial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 dez. 2006, p. A2. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1512200702.htm>>. Acesso em: 8 jan. 2008.

⁶ Cf. DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**, op. cit, p. 91.

intervenção não foi constitucionalmente justificada —em realidade, o MRE nem mesmo chegou a invocar algum postulado constitucional em sua resposta—, o resultado é um violação do princípio inscrito no art. 4º, II, da Constituição.

A postura pragmática adotada pelo Brasil traz, a um só tempo, duas consequências sérias.

Uma delas é a de que, ao assim proceder, sinalizou, querendo ou não, que os indivíduos vítimas de violações de direitos humanos em Darfur não são dignos da mesma atenção e respeito dedicados aos demais seres humanos; julgou legítimo aliviar o governo sudanês de sua da responsabilidade imediata pela proteção dos direitos humanos dessas pessoas e pela responsabilização de todos os envolvidos nos crimes praticados —como, a princípio, exige o direito internacional dos direitos humanos—, impondo a elas o ônus de ver sua própria dignidade humana aviltada em prol de articulações políticas de motivações duvidosas e resultados incertos.

O drama que essa atitude representa para as vítimas foi verbalizado por um ativista sudanês:

Nós, as vítimas de Darfur, tínhamos muita esperança de que este novo Conselho de Direitos Humanos nos desse uma voz e fizesse uma diferença. [...] Entretanto o genocídio continua, e parece que tudo o que este conselho faz é pedir mais relatórios.⁷

Outra consequência tem a ver com a fragmentação do ideal de integridade sobre o qual está alicerçado o Estado brasileiro. Afinal de contas, que coerência pode haver entre, de um lado, a prática do Brasil de assinar e ratificar todos os principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, garantir em seu texto constitucional um amplo leque de prerrogativas da mesma natureza e até mesmo, como ressaltado, explicitar o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e, de outro, contribuir para que um país possa se furtar às suas responsabilidades nessa seara?

O descompasso dessa postura com a moralidade pública que inspira o compromisso brasileiro com o ideal dos direitos humanos é evidente. Como bem retratado em editorial do jornal *Folha de S. Paulo*:

⁷ Cf. NINIO, Marcelo. ONU ameniza críticas ao governo do Sudão. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 dez. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft1412200708.htm>>. Acesso em 8 jan. 2008.

O Brasil deve manter relações e fazer negócios com todos os países, independentemente da natureza dos regimes. Mas em fóruns como o Conselho de Direitos Humanos não há motivo para afastar-se tanto da lógica dos princípios.⁸

O ideal de integridade pressupõe que os diplomatas brasileiros atuam em nome de uma comunidade formada por todos os brasileiros, carregando, pois, uma responsabilidade que todos nós, em última instância, compartilhamos. Isso, nas palavras de Dworkin, “reforça e sustenta o caráter de culpa coletiva, o nosso senso de que devemos sentir vergonha e indignação quando eles agem injustamente.”⁹

Se isso é correto, no caso da decisão do Brasil de abster-se na votação da proposta de emenda ao texto sobre a situação dos direitos humanos em Darfur, nós brasileiros temos razões de sobra para nos envergonharmos e nos indignarmos.

Como se vê, a circunstância de o princípio da prevalência dos direitos humanos estar redigido em termos “abstratos” não impede que se faça um juízo acerca das exigências que dele decorrem, principalmente quando se adota uma visão do “direito como integridade” tal como proposta por Dworkin. No caso em questão, isso foi feito com base na preocupação de fazer, nos limites desta tese, a melhor leitura possível do dispositivo constitucional, considerando o conjunto das práticas políticas nacionais. Imaginar que essa leitura possa ser considerada unanimidade, porém, equivaleria a negar que o direito é um conceito interpretativo —um equívoco que Dworkin cuidou de bem demonstrar em sua obra¹⁰.

5.2. Situação dos direitos humanos na Coreia do Norte

Em 2009, frequentes denúncias davam conta da existência de violações de direitos humanos sistemáticas, disseminadas e graves na República Democrática Popular da Coreia (RDPC ou Coreia do Norte). Embora seja parte de alguns dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos (PIDCP, Pidesc, CDC e Cedaw), a RPDC — uma ditadura sob o comando de Kim Jong-il, filho e herdeiro de Kim Il-sung — recusava-se a permitir investigações independentes por parte da comunidade internacional.

⁸ FOLHA DE S. PAULO. O Itamaraty reincide, cit.

⁹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, cit., p. 175 (no original: “this reinforces and sustains the character of collective guilt, our sense that we must feel shame as well as outrage when they act unjustly.”).

¹⁰ Ibid., p. 87.

No âmbito da ONU, a situação vinha sendo objeto de atenção desde, ao menos, o ano de 2003, quando a extinta Comissão de Direitos Humanos adotou a resolução n. 2003/10, na qual manifestava sua preocupação com as denúncias e com a indisponibilidade do governo em colaborar para o seu esclarecimento¹¹. Em 2004, a Comissão apontou um relator especial para o país (resolução n. 2004/13)¹² e, em 2005, reiterou novamente suas preocupações (resolução n. 2005/11)¹³. No ano de 2006, com a substituição da Comissão pelo atual CDH, o mandato do relator especial foi renovado (decisão n. 1/102)¹⁴, o mesmo ocorrendo em 2007 (resolução n. 5/1)¹⁵. Em 2008, o Conselho aprovou uma resolução reforçando a inquietação com a situação, além de prorrogar novamente o mandato do relator (resolução n. 7/15)¹⁶. Não bastasse isso, o assunto também foi objeto de manifestação da Assembleia Geral da ONU em 2005 (resolução n. 60/173)¹⁷, 2006 (resolução n. 61/174)¹⁸, 2007 (resolução n. 62/167)¹⁹ e 2008 (resolução n. 63/190)²⁰.

O Brasil votou *favoravelmente* a todas essas deliberações, com exceção —e aqui se deu uma súbita mudança do posicionamento brasileiro— da resolução da Assembleia Geral n. 63/190, de 18 de dezembro de 2008, em relação à qual se absteve. Cabe destacar que esta alteração de posicionamento ocorreu pouco tempo após a decisão do Brasil de criar uma embaixada na RDPC, veiculada pelo decreto n. 6.587, de 29 de setembro de 2008.

¹¹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Comissão de Direitos Humanos. *Report on the fifty-ninth session (17 March-24 April 2003)*. UN Doc. E/CN.4/2003/135.

¹² Id., *Report on the sixtieth session (15 March-23 April 2004)*. UN Doc. E/CN.4/2004/127.

¹³ Id., *Report on the sixty-first session (14 March-22 April 2005)*. UN Doc. E/CN.4/2005/135.

¹⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Human Rights Council: first session (19-30 June 2006): first special session (5-6 July 2006): second special session (11 August 2006)*. UN Doc. A/61/53.

¹⁵ Id., *Report of the Human Rights Council: second session (18 September-6 October and 27-29 November 2006): third session (29 November-8 December 2006): fourth session (12-30 March 2007): fifth session (11-18 June 2007): first organization session (15 November 2006): fourth special session (12-13 December 2006)*. UN Doc. A/62/53.

¹⁶ Id., *Report of the Human Rights Council: sixth session (10-28 September and 10-14 December 2007): seventh session (3-28 March and 1 April 2008): eighth session (2-18 June 2008): fifth special session (2 October 2007): sixth special session (23-24 January 2008): seventh special session (22 May 2008)*. UN Doc. A/63/53.

¹⁷ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Assembleia Geral. *Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea: resolution adopted by the General Assembly n. 60/173*. UN Doc. A/RES/60/173.

¹⁸ Id., *Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea: resolution adopted by the General Assembly n. 61/174*. UN Doc. A/RES/61/174.

¹⁹ Id., *Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea: resolution adopted by the General Assembly n. 62/167*. UN Doc. A/RES/62/167.

²⁰ Id., *Situation of human rights in the Democratic People's Republic of Korea: resolution adopted by the General Assembly n. 63/190*. UN Doc. A/RES/63/190.

5.2.1. Ato objeto de análise

Na 10ª sessão do CDH, realizada de 2 a 27 de março de 2009, os representantes da República Tcheca (em nome da União Europeia) e o Japão apresentaram nova proposta de resolução sobre a situação dos direitos humanos na RDPC²¹. A proposta não trazia nenhum conteúdo inédito em relação a resoluções anteriores (que, recorde-se, haviam recebido o voto favorável do Brasil): em linhas gerais, registrava profunda preocupação com as denúncias de violações de direitos humanos no país, lamentava a recusa do governo de reconhecer o mandato e de colaborar com os trabalhos do relator especial, reafirmava a responsabilidade do Estado norte-coreano de assegurar os direitos humanos de sua população e renovava, uma vez mais, o mandato do relator especial.

O Brasil *absteve-se* na votação. Muito embora tenha enfatizado, em sua manifestação perante o CDH, que estava extremamente preocupado com a situação dos direitos humanos na RDPC e que a falta de colaboração do governo ameaçava a eficiência do órgão e teria efeitos indesejáveis para os direitos humanos, o país justificou a abstenção com o propósito de oferecer uma “janela de oportunidade” para a Coreia do Norte colaborar com os mecanismos de proteção dos direitos humanos da ONU²² (em breve, o país seria submetido ao mecanismo de Revisão Periódica Universal – RPU).

Em posterior manifestação apresentada ao Ministério Público Federal, no curso de procedimento instaurado a partir de representação formulada por uma organização não governamental brasileira²³, o MRE melhor desenvolveu essa justificativa, que pode ser agrupada em quatro argumentos centrais: (1) a abstenção seria mais *eficaz para ensinar a colaboração da RDPC* com os mecanismos da ONU, posto que criaria um “ambiente político-diplomático” favorável a tanto; (2) essa estratégia seria *compatível com o art. 4º* da Constituição, no qual, ao lado do princípio da prevalência dos direitos humanos, figuram os princípios da “igualdade entre os Estados” e da “cooperação entre os povos”; (3) o RPU seria um *mecanismo mais adequado* para avaliar a situação de direitos humanos em países, evitando-se a “politização” ou “seletividade” inerente à adoção de mecanismos especiais; e

²¹ Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Human Rights Council on its tenth session*. UN Doc. A/HRC/10/29.

²² A manifestação da representante do Brasil encontra-se disponível, em vídeo, na página eletrônica do Conselho de Direitos Humanos da ONU referente à 10ª sessão do órgão: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/10session/>>. Acesso em: 13 jun. 2011.

²³ Cf. BRASIL, Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Estado de São Paulo, Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão. **Peças Informativas nº 1.34.001.008931/2009-59**.

(4) o CDH não é um órgão jurisdicional ou quase-jurisdicional, mas sim um *órgão político*, que não tem competência para condenar Estados²⁴.

5.2.2. *Simulação de controle judicial do ato*

A simulação de um controle judicial do ato requer o enfrentamento de três conjuntos de problemas: (1) questões prévias relacionadas ao modo de apresentação do caso ao Judiciário; (2) potenciais preliminares que impediriam o conhecimento da demanda (não justiciabilidade); e (3) modelo para análise do mérito.

5.2.2.1. Questões prévias a serem decididas

Os votos proferidos pelo Estado brasileiro no âmbito de organizações internacionais seguem, em geral, orientações específicas do Ministro das Relações Exteriores, consubstanciadas na forma de telegramas ou emails. A primeira questão a ser decidida, portanto, é quanto ao *ato* que será submetido ao exame judicial: o ato do Ministro (orientação) ou o ato que constitui a sua concretização (voto proferido pelo representante brasileiro no âmbito do CDH)? A primeira alternativa é mais simples, pois, como se trata de um ato *interno* (ainda que com efeitos internacionais), diminui o risco de eventuais discussões relacionadas à (ausência de) jurisdição brasileira sobre a matéria. No entanto, mesmo quando isso não for possível, o argumento relacionado à jurisdição parece frágil diante do fato de o voto ter sido proferido por agente público atuando sob controle do Estado.

A segunda questão prévia tem a ver com o objeto da demanda: que *pedido* formular ao Judiciário? No caso, é possível cogitar três tipos de tutela: (1) *meramente declaratória*, destinada a declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato; (2) *declaratória com efeitos mandamentais*, caso se pretenda que o Judiciário determine alguma conduta futura ao Executivo (por exemplo, que o MRE decline pública e formalmente os fundamentos que justifiquem a abstenção ou votação contrária a propostas de resoluções, no CDH, que reconheçam a responsabilidade da RPDC por violações de direitos humanos); e (3) *declaratória com responsabilização do agente público* (por exemplo, por improbidade

²⁴ Cf. BRASIL, Ministério das Relações Exteriores, Secretário-Geral das Relações Exteriores. **[Ofício] 11 fev. 2010, Brasília [para] Ministério Público Federal, Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão no Estado de São Paulo, Procurador Regional dos Direitos do Cidadão**. 20 p. O documento integra os autos das Peças Informativas nº 1.34.001.008931/2009-59, cf. nota 23 *supra*.

administrativa pela ofensa aos princípios da Administração Pública). Esta terceira alternativa demandaria que o ato tivesse sido praticado com má-fé (dolo), o que, além de improvável, seria de difícil comprovação. Restam, assim, as duas primeiras alternativas. Como será visto abaixo, todavia, a segunda alternativa é a preferível de ser utilizada.

A terceira questão prévia está relacionada à eleição da *via processual* adequada à formulação da demanda. Considerando que a proposta de resolução foi afinal aprovada, apesar da abstenção brasileira, dificilmente as vítimas de violações de direitos humanos na Coreia do Norte possuiriam interesse de agir judicialmente no Brasil. Dessa forma, o universo de alternativas é mais restrito. O ordenamento jurídico dispõe de três vias aptas a instaurar um controle objetivo de atos da Administração Pública de caráter não normativo: a ação popular, a ação civil pública e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). A primeira, posta que voltada à *anulação* do ato, não se mostra adequada ao caso. A ADPF, por sua vez, é cabível apenas quando inexistente qualquer outro meio eficaz para apreciar o caso. Como, a princípio, há a ação civil pública —com um campo de legitimados inclusive mais amplo do que o da ADPF—, esta mostra-se a opção adequada²⁵. Note-se, ademais, que a ação civil pública, ao mesmo tempo em que, de modo geral, não se presta a tutelas meramente declaratórias, permite a condenação à obrigação de fazer ou não fazer. Isso faz com que a eleição dessa via processual resolva também a questão do pedido a ser formulado.

5.2.2.2. Preliminar: justiciabilidade do ato

O principal risco à demanda ora simulada é o de o Judiciário entender por bem não conhecê-la, sob a escusa de que, em matéria de relações internacionais, não possui competência para interferir nas escolhas do Executivo. Em linguagem processual, isso corresponderia ao reconhecimento da *impossibilidade jurídica* de qualquer pedido com esse escopo, levando à extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Um cenário como esse decorreria da aceitação de, ao menos, uma das quatro teses “abdicacionistas” geralmente veiculadas²⁶: (1) atos de relações internacionais constituem

²⁵ É certo que admitir o emprego da ação civil pública implica reconhecer que um juiz individual, em primeira instância, poderia controlar atos de relações internacionais do Brasil. Isso não deixa de ser problemático (o autor agradece o prof. Virgílio Afonso da Silva por chamar-lhe atenção para este aspecto). O STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, é um foro bem mais adequado para essa tarefa. Sob esse ponto de vista, o manejo da ADPF é preferível. No entanto, na ausência de uma vedação constitucional ou legal expressa, não há porque excluir, de antemão, a ação civil pública.

²⁶ Vide seção 3.3.1 supra.

manifestação da *soberania* do Estado brasileiro, sendo por isso imunes ao controle judicial; (2) no campo externo, o comportamento estatal é orientado por *razões de Estado*, intrinsecamente infensas ao escrutínio do Judiciário; (3) eventual intervenção judicial constituiria violação do princípio da *separação de poderes*, já que compete ao Executivo conduzir as relações internacionais; e (4) atos nessa esfera são *atos políticos*, insuscetíveis de revisão judicial.

Uma vez aceitas, essas teses funcionariam como trunfos: bastaria a sua mera invocação —ou mesmo reconhecimento de ofício— nos autos para que fosse obstado o conhecimento da demanda. Ocorre, porém, que todas elas são equivocadas, conforme já se teve a oportunidade de demonstrar amplamente no presente trabalho²⁷.

Com efeito, quanto à primeira, basta recordar que soberania, no plano externo, significa a não sujeição a *outra* instância de poder, e não a não sujeição ao *próprio* direito. Em um Estado de Direito, ninguém, nem mesmo o Chefe de Estado, está acima da ordem jurídica, especialmente da Constituição.

No que se refere à segunda tese, dois contra-argumentos se impõem. A ideia de razão de Estado está associada àquelas situações em que a própria conservação do Estado vê-se ameaçada, o que autorizaria o governo a fazer uso de medidas sem os normais constrangimentos da ordem jurídica. Ocorre que, no cotidiano das relações internacionais, essas situações são excepcionais, notadamente no caso brasileiro —e no caso sob exame, ademais, essa ameaça nem sequer está ventilada. Ainda que assim não fosse, a conduta do Estado em situações de emergência é hoje regulada constitucionalmente e, portanto, amena a um controle jurisdicional.

Em relação à terceira tese, cumpre notar que a circunstância de competir ao Executivo a condução das relações internacionais não significa um óbice ao conhecimento da demanda. Há muito, e com muita frequência, que o Judiciário revê atos dos demais poderes, praticados no exercício de uma competência que lhes é privativa ou exclusiva, sem que isso, por si só, seja visto como interferência indevida em domínios que lhe são alheios. Isso não significa que a separação de poderes ou a distribuição constitucional de competências em matéria de relações internacionais será irrelevante para a resolução do caso. Como *princípios formais*, eles podem e devem ser levados em consideração para determinar a *extensão* da cognição judicial, mas não a sua possibilidade.

²⁷ Vide seção 3.3.1 *supra*.

Por fim, a tese que caracteriza como atos políticos os atos de relações internacionais para, dessa forma, concluir pela não justiciabilidade do caso precisa ser igualmente rejeitada. Isso porque a própria teoria dos atos políticos, surgida em outras partes do mundo em função de condições históricas específicas, é pouco consistente, pois não oferece um critério definitivo para a distinção dos atos que assim poderiam ser qualificados. Para o propósito de afastar a atuação judicial, *políticos* devem ser considerados apenas os atos que não surtem efeitos jurídicos. Todos os atos que são juridicamente relevantes —e esse é o caso da abstenção do Brasil quando da votação no CDH— são *atos jurídicos*, ainda que com *reflexos* políticos.

5.2.2.3. Mérito

Afirmada a competência do Judiciário para examinar o ato em questão, surge o desafio principal: como proceder a uma análise racional conduta do MRE sob um prisma constitucional? Como outrora explicitado, propõe-se enfrentar esse desafio com apoio na teoria dos princípios, tal como formulada por Alexy.

5.2.2.3.1. Princípio da prevalência dos direitos humanos

A adoção da teoria dos princípios leva a compreender o princípio da prevalência dos direitos humanos como um *mandamento de otimização*. Isso significa, por exemplo, que no domínio internacional o MRE deve fomentar ações sintonizadas com as exigências dos direitos humanos —ou, melhor, do direito internacional dos direitos humanos²⁸— na maior medida possível, diante das condições fáticas e jurídicas existentes. Como mandamento de otimização, esse é um dever *prima facie*, que pode ser restringido em função de possibilidades não apenas fáticas mas também jurídicas (princípios colidentes).

De outro lado, observe-se que, no direito internacional dos direitos humanos, está bem assente a ideia da responsabilidade do Estado (qualquer Estado) por violações de direitos humanos em seu território, daí decorrendo uma obrigação de investigar essas violações, punir os responsáveis e reparar as vítimas.

Diante de uma proposta de resolução que reconhece a responsabilidade da RPDC pelas violações de direitos humanos perpetradas em solo norte-coreano, o Brasil, como

²⁸ Vide seção 4.2.1.1 supra.

membro do CDH, tinha três alternativas de ação: (1) votar contrariamente, (2) abster-se ou (3) votar favoravelmente²⁹. Exclusivamente do ponto de vista do princípio da prevalência dos direitos humanos, não há dúvidas de que a terceira alternativa é a que está, como visto, mais sintonizada com o direito internacional dos direitos humanos³⁰. Dessa forma, é possível afirmar que o Brasil tinha, sempre *prima facie*, um dever de votar favoravelmente à proposta de resolução sob análise.

5.2.2.3.2. Princípios colidentes e proporcionalidade

Ocorre que, como pontuou o MRE em suas manifestações, havia outros princípios do art. 4º da Constituição em jogo, nomeadamente o da igualdade entre Estados e o da cooperação entre os povos. Por trás da abstenção na votação da proposta de resolução está, pois, implícito um sopesamento entre, de um lado, o princípio da prevalência dos direitos humanos e, de outro, os princípios da igualdade entre os Estados e o da cooperação entre os povos. A decisão pela abstenção revela que, no entender do MRE, a importância da satisfação destes justificaria, no caso concreto, a restrição daquele.

De acordo com a teoria dos princípios, a análise da constitucionalidade da decisão demanda a aplicação da regra da proporcionalidade, em suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Quanto à *adequação*, é preciso considerar que o prognóstico feito pelo Brasil, no sentido de que a não adoção da resolução promoveria um maior engajamento da RPDC nos mecanismos de proteção de direitos humanos da ONU era, na melhor das hipóteses, controverso. O Estado brasileiro não declinou qualquer fato ou evidência que indicasse uma disposição da RPDC de se afastar de seu histórico de não cooperação com a comunidade internacional. Além disso, a alegação de que a abstenção se dava como forma de evitar uma indevida seletividade ou politização do CDH, contrária ao princípio da igualdade entre Estados, simplesmente não era crível, pois, na mesma sessão do órgão o Brasil anuiu com outras resoluções sobre a situação de direitos humanos em países específicos (Burma, e.g.).

²⁹ Essas alternativas se dão, evidentemente, diante do texto final da proposta. É certo, porém, que antes disso havia ainda a possibilidade de negociação do próprio texto que seria levado a votação.

³⁰ Princípios que conferem razões para *ações positivas*, como é o caso do princípio da prevalência dos direitos humanos, geralmente atribuem ao Estado uma discricionariedade para a eleição dos *meios* aptos a satisfazer a norma. Essa discricionariedade, porém, pressupõe uma equivalência nos resultados a serem alcançados. No caso presente, como se demonstrou, isso não ocorre.

Caso a abstenção pudesse superar o teste da adequação, contudo, ela provavelmente também superaria o da *necessidade*. Afinal, diante das alternativas disponíveis na votação da proposta de resolução, a abstenção era menos onerosa ao princípio da prevalência dos direitos humanos do que o voto contrário (algo que, em termos diplomáticos, poderia ser interpretado como uma espécie de “salvo conduto” à RPDC).

Finalmente, no que toca à *proporcionalidade em sentido estrito* (sopesamento), trata-se de avaliar se a importância da satisfação dos princípios da igualdade entre Estados e da cooperação entre os povos justificava uma restrição ao princípio da prevalência dos direitos humanos. Nesse exame, é preciso ter em conta que a Constituição, ao determinar que considerações de direitos humanos devem, *prima facie*, ter “prevalência” em relação a outras razões de decidir, atribui um ônus argumentativo forte àqueles que desejam impor restrições ao princípio do art. 4º, II. Não bastasse isso, esse ônus é reforçado, no caso concreto, pela circunstância de que a abstenção implica o afastamento de precedentes consistentemente estabelecidos³¹ (no passado, diante de condições semelhantes, o MRE sempre deu precedência ao princípio da prevalência dos direitos humanos ao votar favoravelmente às propostas de resolução relativas à situação na RPDC); cumpria ao MRE, portanto, esclarecer o que fez com que, *neste caso*, a importância de se satisfazer os princípios da igualdade entre Estados e da cooperação entre os povos justificasse a restrição do princípio da prevalência dos direitos humanos. Isso poderia ser feito, por exemplo, mediante a *demonstração* de que uma abstenção interviria apenas levemente neste último (principalmente diante do alegado propósito brasileiro de examinar a situação norte-coreana no âmbito do RPU), mas teria o potencial de trazer ganhos relativamente elevados —ou, quando menos, equivalentes³²— em termos de prestígio do CDH e/ou de cooperação da RPDC. A mera *suposição* desses impactos, desacompanhada de maiores justificativas, não é suficiente para o MRE desobrigar-se daquele ônus argumentativo.

Por falhar no teste da adequação ou, subsidiariamente, da proporcionalidade em sentido estrito, a abstenção brasileira corresponde a uma intervenção desproporcional no princípio da prevalência dos direitos humanos e é, portanto, inconstitucional.

³¹ Cf. ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 556.

³² Neste caso, estar-se-ia diante de um impasse. Nenhuma decisão que viesse a ser adotada pelo MRE seria, nessa hipótese, desproporcional e o órgão teria, pois, uma *discrecionariedade estrutural* para decidir.

5.2.2.3.3. Extensão do exame judicial

Raramente há certeza quanto aos efeitos ou à intensidade dos efeitos de uma medida, ou seja, quanto ao prognóstico sobre o que ocorrerá se ela for adotada. É difícil saber, por exemplo, se a RPDC aproveitaria, ou não, a “janela de oportunidade” que o Brasil desejava lhe abrir. Em situações de incerteza empírica, a adoção da teoria dos princípios implica reconhecer, em função do que se poderia chamar de um *princípio formal* da competência do Executivo para conduzir as relações internacionais³³, uma discricionariedade relativa à “cognição dos fatos relevantes” para suas decisões (“discricionariedade epistêmica de tipo empírico”)³⁴.

No caso concreto, isso significa que, *prima facie*, cabe ao MRE —e não ao Judiciário— avaliar se, e em que medida, a abstenção na votação da proposta de resolução perante o CDH levaria a um maior prestígio do órgão e/ou a uma maior cooperação por parte da RPDC.

Observe-se, porém, que o princípio formal, como todo e qualquer princípio, é restringível. Para avaliar a extensão da cognição judicial, é preciso, pois, incluí-lo no sopesamento: de um lado, está o princípio da prevalência dos direitos humanos, em conexão com o princípio formal da competência do Judiciário para efetuar, por meio de ações previstas constitucionalmente, o controle de atos da Administração Pública; de outro, o princípio formal da competência do Executivo em conexão com os princípios da igualdade entre Estado e da cooperação entre os povos. Caso o peso deste segundo grupo de princípios seja maior do que o do princípio da prevalência dos direitos humanos, o Judiciário deve se recusar a examinar o ato do MRE, ainda que entenda que ele não seja o mais adequado; em outras palavras, deve reconhecer que o MRE agiu dentro dos limites de sua discricionariedade, atestando a constitucionalidade da conduta.

Nessa tarefa, é preciso atentar que, devido à “segunda lei do sopesamento”, “o peso concreto de um princípio cresce na medida em que o grau de incerteza empírica no âmbito da realização do princípio colidente também cresce”³⁵. Assim, quanto mais incerta fosse considerada a premissa de que a não aprovação da proposta de resolução conduziria a um maior prestígio do CDH ou envolvimento da RPDC, em favor dos princípios colidentes da

³³ Cf. CF/88, art. 84, VII.

³⁴ Vide seção 3.3.2.1.2 supra.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, cit., p. 618. Vide seção 3.3.2.2 supra.

igualdade entre Estados e da cooperação entre os povos, maior seria o peso do princípio da prevalência dos direitos humanos e, conseqüentemente, as razões para uma revisão judicial daquelas premissas.

Ora, no caso concreto as premissas adotadas pelo MRE eram, na melhor das hipóteses, controversas, como salientado acima. Uma delas —a de que a abstenção tinha por escopo evitar a politização do CDH— não poderia nem sequer ser levada a sério. Nesse contexto, o peso do princípio da prevalência dos direitos humanos, que já era alto, é fortalecido em função da segunda lei do sopesamento. Assume ele, desse modo, precedência em relação ao grupo de princípios colidentes, determinando a ampla sindicabilidade do ato pelo Judiciário, inclusive no que se refere às premissas empíricas.

5.2.2.3.4. Tutela judicial

Não cabe cogitar, evidentemente, da *anulação* do ato em questão, posto que, na perspectiva do direito internacional, ele foi válido. Dessa forma, além da *declaração* da sua inconstitucionalidade —o que teria efeitos simbólicos extremamente relevantes—, o Judiciário poderia determinar ao MRE obrigações no sentido de diminuir os riscos de uma interferência inconstitucional (violação) do princípio da prevalência dos direitos humanos no futuro (*efeito mandamental*). Um exemplo, nesse sentido, seria a determinação, ao MRE, de declinar pública e formalmente a justificativa constitucional para eventuais abstenções ou votações contrárias a novas propostas de resolução, no CDH, que reconhecem a responsabilidade da RPDC por violações de direitos humanos em seu território.

A justificativa para eventual nova abstenção ou voto contrário, evidentemente, teria de guardar coerência com a fundamentação da decisão judicial, não podendo o MRE simplesmente replicar a justificativa que já foi declarada inconstitucional. Caso contrário, abrir-se-ia a possibilidade de cogitar de dolo do agente público a quem o ato possa ser atribuído (Ministro das Relações Exteriores), sujeitando-o à responsabilização, aí sim, por improbidade administrativa em nova ação judicial.

5.2.2.4. Considerações finais

A teoria dos princípios permite reconhecer espaços de discricionariedade, tanto empírica quanto epistêmica, para o Executivo na condução da política externa. Caso o MRE tivesse apresentado evidências que permitissem supor, ainda que com natural nível de

incerteza, que a RPDC estaria disposta a colaborar com a ONU, por exemplo, o deslinde do caso poderia ser outro. O mesmo se diga diante da hipótese de o MRE adotar uma postura coerente de abstenção sistemática diante de propostas de resoluções sobre países específicos, fora do RPU. Nesses cenários, ainda que o Judiciário discordasse da posição adotada pelo Executivo, poderia reconhecer que este atuou dentro da margem de discricionariedade que constitucionalmente lhe é conferida.

A justiciabilidade de atos de relações internacionais, portanto, não necessariamente levaria a um “ativismo judicial” nesse campo.

6. CONCLUSÃO

Esta tese procurou, em primeiro lugar, sistematizar a evolução do tratamento conferido às relações internacionais nas constituições brasileiras. Demonstrou-se no capítulo 2, que o principal diferencial da Constituição de 1988 em relação àquelas que lhe antecederam foi o de trazer um conjunto bem mais amplo e inédito de normas conformadoras da política externa (limites, princípios e diretrizes). Com isso, as relações internacionais passaram, definitivamente, a constituir um tema jurídico-constitucional, com todas as implicações daí decorrentes, em especial a possibilidade de submeter os atos estatais praticados nesse domínio ao controle jurisdicional.

Para tanto, contudo, é preciso rever os alicerces de uma cultura político-jurídica que assegura ao Executivo, no plano externo, uma relativa imunidade frente aos mecanismos de freios e contrapesos que operam no âmbito doméstico. Foi isso o que se procurou fazer no capítulo 3. Superar essa cultura é, ademais, uma exigência que, conforme ali evidenciado, decorre do fato de questões internacionais *já* estarem sendo remetidas, com crescente intensidade, ao Judiciário —que, na ausência de uma abordagem mais clara e consistente sobre o papel que lhe cumpre nesse domínio, tem revelado, até aqui, um comportamento controverso, errático e cauteloso. Isso é especialmente constatável no caso brasileiro, a começar pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cuja jurisprudência em matéria de relações internacionais ainda está longe de ser pacífica.

Os argumentos jurídicos que, normalmente, são utilizados para obstar o controle jurisdicional —soberania, razão de Estado, separação de poderes ou teoria dos atos políticos— não subsistem, como visto no terceiro capítulo, a uma análise um pouco mais rigorosa. Isso não significa, conforme se buscou também enfatizar, que o Judiciário possa se sobrepor ao Executivo como instância competente para conduzir as relações internacionais do Brasil. No exercício dessa competência, o Executivo possui significativos espaços de discricionariedade, especialmente no que se refere à definição dos meios aptos a realizar os princípios constitucionais e ao estabelecimento das premissas empíricas sobre as quais atua, inclusive no que se refere à fixação de prognósticos. Cabe ao Judiciário, contudo, verificar, em cada situação concreta trazida a sua apreciação, se esses espaços não foram extrapolados e se eventuais restrições aos princípios que incidem sobre as relações internacionais foram acompanhado de fundamentações constitucionais válidas.

Essa constatação, por outro lado, deixa patente o ônus argumentativo que recai sobre o Executivo para legitimar a adoção de atos que importem em restrição a quaisquer dos

princípios constitucionais. Sem essa disposição —que ainda é incipiente no âmbito da diplomacia brasileira, como este trabalho também pontuou—, eventuais restrições não passarão de encobertas violações aos comandos constitucionais, autorizando o recurso ao Judiciário como Poder competente para assegurar a integridade do ordenamento jurídico brasileiro, a começar por sua Constituição.

Um dos princípios que mais facilmente pode ser objeto do desrespeito estatal é o da prevalência dos direitos humanos. Afinal, na esfera internacional, o apelo a outros interesses nacionais (aumento do comércio internacional, por exemplo) costuma remeter para um plano secundário, quando muito, considerações de direitos humanos. Ocorre que, consoante explicitado no capítulo 4 da tese, o princípio do art. 4º, II, da Constituição impõe ao Estado brasileiro o dever de adotar uma postura sempre coerente com as exigências postas nos instrumentos internacionais de direitos humanos dos quais é parte. Não se trata, além disso, de zelar apenas pelos direitos humanos de brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional; esse dever há de ser observado em relação a qualquer indivíduo que possa ser afetado por atos do Estado brasileiro, onde quer que se encontre, conforme já reconhece o direito internacional dos direitos humanos. O princípio da prevalência dos direitos humanos confere, assim, base constitucional para conferir caráter *erga omnes* às obrigações brasileiras em matéria de direitos humanos.

Infelizmente, conforme igualmente exposto no quarto capítulo, ainda é difícil falar em uma jurisprudência específica do STF sobre o princípio. A Corte ainda não teve a oportunidade de discutir, com alguma profundidade, suas implicações para o Estado brasileiro, tendo alguns ministros feito uso mais recorrente dele para exprimir visões individuais a respeito —visões estas que, por vezes, aparentam ser excessivamente restritivas, por associar os direitos humanos apenas aos direitos fundamentais constantes do texto constitucional. De mais a mais, não se identificou nenhuma decisão do STF em que o princípio da prevalência dos direitos humanos tenha sido efetivamente utilizado como parâmetro para colocar em xeque um ato do Executivo adotado no âmbito das relações internacionais.

No estudo de casos, promovido no capítulo 5 desta tese, demonstrou-se que um controle, nesses moldes, é absolutamente viável —muito embora, evidentemente, não constitua tarefa simples.

Espera-se que, assim, o argumento central da tese —o de que atos estatais de relações internacionais podem ser objeto de controle jurisdicional, especialmente à luz do

princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos— tenha sido devidamente expresso e fundamentado.

Não obstante, ainda há muito a avançar neste campo. Dos inúmeros desafios que a presente tese apenas logrou sugerir, é possível destacar três, a título de conclusão e estímulo a trabalhos futuros.

Em primeiro lugar, devido à importância conferida pela Constituição de 1988 às relações internacionais do Brasil, bem como ao destacado papel que a política externa ocupa atualmente no conjunto das atividades estatais, é fundamental que a ciência jurídica dedique uma maior atenção às normas constitucionais nessa matéria. A construção de um *direito constitucional das relações internacionais*, que oriente e sirva como fonte para a crítica da atuação internacional do Estado brasileiro, revela-se uma tarefa valiosa.

Com este trabalho, procurou-se dar dois iniciais passos nesse sentido. Primeiro, ao esboçar um critério para a identificação do objeto desse campo especializado de estudo: as normas que regulam atos cuja prática expressa uma *interatividade* com o ambiente internacional, surtindo efeitos jurídicos em relação a entes (Estados estrangeiros, organizações internacionais, indivíduos etc.) *no* ou *em fluxo de/para* o exterior. Segundo, ao elaborar uma primeira sistematização dessas normas nas Constituições brasileiras, permitindo verificar como se deu o seu desenvolvimento ao longo da história. Como abordagens iniciais que não constituíam o objeto central da tese, contudo, certamente merecem uma revisão aprofundada para confirmar a adequação do rumo a seguir.

Um adicional desafio cuja resposta, aqui, ainda está longe de ser satisfatória refere-se às tutelas capazes de serem dispensadas pelo Judiciário no controle de atos de relações internacionais. Como a atuação do Judiciário pode ser efetivamente útil neste domínio?

A questão se coloca porque, como visto, em grande parte dos casos a decisão judicial não tem condições de anular o ato impugnado; do ponto de vista do direito internacional, ele é e continua sendo válido. Em um contexto como esse, que medidas poderiam ser determinadas pelo Judiciário local diante de eventuais inconstitucionalidades ou ilegalidades constatadas? A tese tentou apontar algumas alternativas nesse sentido, especialmente no que se refere (1) à possibilidade do estabelecimento de obrigações de fazer ou não fazer que conduzam à eliminação da situação antijurídica, quando isso for cabível, à reparação dos eventuais danos causados e/ou à prevenção de nova ilicitude no futuro; e (2) à responsabilização dos agentes públicos envolvidos.

No entanto, este aspecto processual merece um olhar mais atento, seja no sentido de melhor explorar as alternativas que o sistema processual brasileiro já oferece, seja no de propor a criação de mecanismos mais aptos a esse tipo de controle. O que se espera, como já afirmou Virgílio Afonso da Silva, não é estimular nem a omissão e nem a ação isolada e irracional de juízes ou tribunais, mas o desenvolvimento de espaços para um verdadeiro “diálogo constitucional fundado [nas] premissas de comunicação intersubjetiva entre os Poderes estatais e a comunidade.”¹

Finalmente, resta um terceiro desafio, que não é dirigido propriamente aos juristas mas, mais amplamente, à sociedade: se várias são as situações em que se suspeita que o Estado brasileiro atua internacionalmente em descumprimento às obrigações que a Constituição lhe impõe, é preciso levá-las ao conhecimento do Judiciário. Como os tribunais não possuem poder de iniciativa, é apenas mediante provocação que poderão ter a oportunidade de dar consequência aos princípios das relações internacionais que o texto constitucional de 1988, coerentemente, soube inscrever.

Resta esperar, nessa hipótese, que o Judiciário nacional não incorra nos mesmos erros do Executivo, evitando adotar um pragmatismo que simplesmente negue a existência de direitos humanos naquelas circunstâncias em que tais prerrogativas possam ser eventualmente desfavoráveis a outros interesses coletivos e, tampouco, optando por uma atitude passiva de prestar deferência automática à interpretação dos diplomatas sobre qual o melhor caminho a seguir nas relações internacionais.

Se os nossos tribunais estiverem dispostos a tomar os direitos humanos a sério, esse é o desafio que os aguarda.

¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 256. Nesse sentido, é animador o anteprojeto de lei que “Institui processo especial para o controle e intervenção em Políticas Públicas pelo Poder Judiciário e dá outras providências”, elaborado pelos professores Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, com a colaboração dos pesquisadores do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej) e de professores e alunos do Curso de Mestrado em Políticas Públicas da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). O anteprojeto encontra-se disponível em: <www.tj.sp.gov.br/Handlers/FileFetch.ashx?id_arquivo=33859>. Acesso em: 9 jan. 2012.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDENUR, Roberto. Brasil precisa corrigir algumas distorções e equívocos. **Valor Econômico**, São Paulo, 4 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/828115/brasil-precisa-corrigir-algumas-distorcoes-e-equivocos>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ALCÂNTARA, Lúcio. Os parlamentos e as relações internacionais. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 44, n. 1, p. 13-21, 2001.

ALEXANDRE, Cristina Vieira Machado. **O Congresso brasileiro e a política externa (1985-2005)**. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. Controlo jurisdicional das políticas públicas: regra ou exceção? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**. Porto, ano 7, n. especial, p. 147-169, 2010.

_____. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Principia, 2007.

_____. **A estruturação do sistema de direitos, liberdade e garantias na Constituição portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2006, 2 v.

ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Pensamento e ação da diplomacia de Lula: uma visão crítica. **Política Externa**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 20-31, set.-nov. 2010.

_____. A estrutura constitucional das relações internacionais e o sistema político brasileiro. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, ano 6, n. 12, p. 53-69, jul.-dez. 1990.

_____. As relações internacionais na ordem constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 26, n. 101, p. 47-70, jan.-mar. 1989.

_____. Relações exteriores e constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 24, n. 94, p. 109-120, abr.-jun. 1987.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **A solução de controvérsias na OMC**. São Paulo: Atlas, 2008.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do (org.). **O artigo XX do Gatt, meio ambiente e direitos humanos**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Retrospectiva 2008: espaço do Supremo em assuntos constitucionais aumentou. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/static/text/73214,1>>. Acesso em: 7 jan. 2009.

_____. 20 anos da Constituição Brasileira de 1988: A Constituição foi capaz de limitar o poder? In: MORAES, Alexandre de. **Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 125-137.

AMORIM, Celso. Dedo acusador pode render aplauso, mas raramente salva. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 15 ago. 2010.

_____. No novo mapa do mundo, o país está maior. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 9 ago. 2010, Especial p. H9.

_____. O Brasil e os direitos humanos: em busca de uma agenda positiva. **Política externa**, São Paulo, v. 18, n. 2, set.-nov. 2009.

ARAMBULO, Kitty. **Strengthening the supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**: theoretical and procedural aspects. Antwerpen/Hart: Intersentia, 1999.

ARAÚJO, Antonio de. Relações entre o direito internacional e o direito interno: limitação dos efeitos do juízo de constitucionalidade. In: COSTA, José Manuel M. Cardoso da (org.). **Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 11-40.

ASANO, Camila Lissa; NADER, Lucia. Reflexões sobre a política externa em direitos humanos do Governo Lula. In PAULA, Marilene de (org.). **“Nunca antes na história desse país”...? um balanço das políticas do Governo Lula**. São Paulo: Heinrich Böll Stiftung, 2011, p. 116-133.

ASANO, Camila Lissa; NADER, Lucia; VIEIRA, Oscar Vilhena. O Brasil no Conselho de Direitos Humanos da ONU: a necessária superação de ambiguidades. **Política externa**, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 77-87, set.-nov. 2009.

BAEHR, Peter R. The Netherlands Advisory Committee on Human Rights and Foreign Policy: a retrospective. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, Utrecht, v. 18, n. 2, p. 183-193, 2000.

BAPTISTA, Eduardo Correia. O controlo efectivo sobre organizações internacionais como fundamento da desconsideração da sua personalidade. In: **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha**. Lisboa: Almedina, 2005, p. 275-286.

_____. **O poder público bélico em direito internacional**: o uso da força pelas Nações Unidas em especial. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

_____. **Direito internacional público**: conceito e fontes. Vol. 1, Lisboa: Lex, 1998.

_____. **Limites do controlo judicial da actividade administrativa**. Relatório de mestrado em direito administrativo – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1992.

BARBOSA, Rubens. Projeção externa do Brasil. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 22 jun. 2010, p. A2.

BARBOSA, Salomão Almeida. As relações internacionais na Constituição da Argentina. **Universitas/Jus**, Brasília, n. 10, p. 145-156, 2004.

BARROS, Sebastião do Rego. A execução da política externa brasileira: um balanço dos últimos 4 anos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 42, n. 2, p. 18-28, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial** [*on line*]. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2010.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Cadernos da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região**, Porto Alegre, n. 13, 2009. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/cadernos/263-caderno-13?start=6>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BELLI, Benoni. **A politização dos direitos humanos**. São Paulo: Perspectiva, 2009.

BEZERRA, Paulo Renato Guedes; SOARES, Rafael Rodrigues. **Considerações acerca dos princípios constitucionais regente das relações internacionais do Brasil** [*on line*]. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8541>>. Acesso em: 30 dez. 2008.

BIEBER, Roland. Democratic control of European Foreign Policy. **European Journal of International Law**, Firenze, v. 1, n. 1-2, p. 148-173, 1990.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 3 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. São Paulo: Polis; Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOSON, Gerson de Britto Mello. **Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional, direito constitucional brasileiro: os caminhos da paz**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

BOSSUYT, Marc J. **Guide to the “travaux préparatoires” of the International Covenant on Civil and Political Rights**. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.

BRANDÃO, Marco Antônio Diniz; PEREZ, Ana Cândida. A política externa de direitos humanos. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista6-mat4.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2011.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Direitos humanos e política externa**: compromissos aos candidatos à Presidência da República Federativa do Brasil. Brasília, Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa, 2010.

_____. **Comitê Brasileiro de Direitos Humanos e Política Externa**: informações institucionais [*on line*]. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/cdhm/ComBrasDirHumPolExt/Comite.html/view>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

BRASIL, Osvaldo. Os princípios constitucionais das relações internacionais brasileiras: uma análise dos preceitos do *caput* do artigo 4º da Constituição Federal de 1988. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 63-74.

BRASIL, Presidência da República. **Discurso do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, durante sessão do Conselho de Direitos Humanos**. Genebra, 15 jun. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/discursos/Discurso_Lula_Genebra.pdf>. Acesso em 30 dez. 2011.

BROTTONS, Antonio Remiro. **La acción exterior del Estado**. Madrid: Tecnos, 1984.

BROWNLIE, Ian. **Principles of public international law**. 5 ed. New York: Oxford University Press, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-14.

_____. As políticas públicas e o direito administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 13, p. 134-144, 1996.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e politização da justiça**: tópicos para uma intervenção sobre o Poder Judiciário. Supremo Tribunal de Justiça, Lisboa, 26 abr. 2007. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/jspp_gomescanotilho.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contribuição para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3 ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

_____. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARDOSO, Arnaldo Francisco. Entre constrangimentos e oportunidades: as escolhas de política exterior do Brasil. In: DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Relações internacionais – Múltiplas dimensões**. São Paulo: Aduaneira, 2004, p. 235-286.

CASSESE, Antonio. **Parliamentary control over foreign policy**: legal essays. Kluwer Law International, 1980.

CASTAÑEDA, Jorge G. El legado de Lula. **El Tiempo**, Bogotá, 26 set. 2010. Disponível em: <<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-7986766>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. Not ready for prime time: why including emerging powers at the helm would hurt global governance. **Foreign affairs**, Nova York, v. 89, n. 5, , p. 109-122, set.-out. 2010.

_____. Los países emergentes y el derecho internacional. **El País**, Madri, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.elpais.com/articulo/opinion/paises/emergentes/derecho/internacional/elpepiopi/20100826elpepiopi_4/Tes>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. Reshuffling the geopolitical order. **Los Angeles Times**, Los Angeles, 26 ago. 2010. Disponível em: <<http://articles.latimes.com/2010/aug/26/opinion/la-oe-castaneda-world-20100826>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

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.

CELLI JÚNIOR, Umberto. A Constituição, o Parlamento e a política externa brasileira. In: PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 553-556.

CERVO, Amado Luiz. **A política externa brasileira, 1822-1985**. São Paulo: Ática, 1986.

_____. **O Parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889)**. Brasília: Editora UNB, 1981, 254 p.

CERVO, Amado Luiz; BUENO, Cloadoaldo. **História da política exterior do Brasil**. Brasília: Editora UnB, 2002.

COLLINS, Lawrence. Foreign relations and the judiciary. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 51, p. 485-510, jul. 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. COMPARATO, Fábio Konder. **A “questão política” nas medidas provisórias: um estudo de caso.** Disponível em: <http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/Artigo_questaopolitica.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2011.

_____. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 1994

_____. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. **O Brasil no Conselho de Direitos Humanos da ONU: necessidade de mudança e de superação de ambiguidades.** Carta aberta, São Paulo, 15 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.conectas.org/politica-externa/visita-do-presidente-lula-ao-conselho-de-direitos-humanos-da-onu-cdh->>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2009/10.** São Paulo: Conectas, 2010.

_____. **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2008/09.** São Paulo: Conectas, 2009.

_____. **Direitos humanos: o Brasil na ONU – 2007.** São Paulo: Conectas, 2008.

_____. **Política externa e direitos humanos: o Brasil na Comissão de Direitos Humanos da ONU [on line].** Disponível em: <http://www.iddh.org.br/artigos_files/1130447008_pt.zip>. Acesso em: 20 nov. 2006.

COSTA, António. A Constituição e as relações externas. In: COELHO, Mário Baptista (coord.). **Portugal: O sistema político e constitucional.** Lisboa: Instituto de Ciências Sociais, 1989, p. 675-682.

COUTO, Estevão Ferreira. Judicialização da política externa e direitos humanos. **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 140-161, 2004.

COUTO, Leandro Freitas; JULIÃO, Taís Sandrim. **Política externa e o debate eleitoral [on line].** Disponível em: <<http://mundorama.net/2010/09/21/politica-externa-e-o-debate-eleitoral-por-lendro-freitas-couto-tais-sandrim-juliao/>>. Acesso em 6 mai. 2011.

CRAVEN, Matthew. **The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: a perspective on its development.** Oxford: Oxford University Press, 1995.

DAIBERT, Paula. O Brasil em cima do muro. **Le Monde Diplomatique Brasil**, São Paulo, 3 jan. 2010. Disponível em: <<http://diplomatique.uol.com.br/artigo.php?id=605&PHPSESSID=aff3b0cf6ea77d1e432ba4eb2d7079a5>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Elementos de teoria geral do Estado.** 25 ed. São Paulo: Saraiva.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. **Constituição e tratados internacionais.** São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Constituição e relações exteriores**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DAREMBLUM, Jaime. Brazil's post-Lula foreign policy. **Real Clear World**, s. l., 18 out. 2010. Disponível em: <http://www.realclearworld.com/articles/2010/10/18/brazil_post-lula_foreign_policy_99236.html>. Acesso em: 30 dez. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito administrativo**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Arthur José. As relações internacionais da República Federativa do Brasil na Constituição de 1988. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, vol. 33, n. 33, p. 39-73, 1991.

DINIZ, Simone; RIBEIRO, Claudio. The role of the Brazilian Congress in foreign policy: an empirical contribution to the debate. **Brazilian Political Science Review**, Rio de Janeiro, v. 3, 2008. Disponível em: <http://socialsciences.scielo.org/pdf/s_bpsr/v3nse/a06v3nse.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

DONNELLY, Jack. Human rights and foreign policy. **World Politics**, Princeton, v. 34, n. 4, p. 574-595, jul. 1982.

DWORKIN, Ronald. Terror & the attack on civil liberties. **The New York Review of Books**, New York, v. 50, n. 17, seção 2, 6 nov. 2003.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

EIDE, Asbjørn. Economic, social and cultural rights as human rights. In EIDE, Asbjørn; KRAUSE, Catarina; ROSAS, Allan. **Economic, social and cultural rights: a textbook**. 2 ed. Haia: Kluwer Law International, 2001, p. 9-28.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições**. Tradução: Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. Tradução: Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O futuro dos direitos humanos após a globalização econômica. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: Edusp, 1999, p. 55-73.

_____. Globalização econômica e reforma constitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 86, v. 736, p. 11-19, fev. 1997.

_____. **Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros, 1996.

FAUSTO, Sérgio. Direitos humanos às escuras. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 22 ago. 2010, p. A2.

FELDMAN, Luiz. Pesos e medidas da política externa brasileira. **Valor Econômico**, São Paulo, 27 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/arquivo/820821/pesos-e-medidas-da-politica-externa-brasileira>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Marcos Alan. A política externa brasileira no campo dos direitos humanos: perspectiva histórica e os novos desafios. **Revista da ESPM**, v. 18, ano 17, ed. 2, p. 100-105, mar.-abr. 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional**. 30 ed. São Paulo Saraiva: 2003.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FLORENCIO, Sérgio Abreu e Lima. Direitos humanos: o debate internacional e o Brasil. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 36-45, jul.-set. 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. Política externa. Editorial. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 1 out. 2010, p. A2.

_____. Diplomacia fragmentada. Editorial. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 1 jun. 2008, p. A2.

FRANCK, Thomas M. **Political questions, judicial answers**: does the rule of law apply to foreign affairs? Princeton: Princeton University Press, 1992.

_____. Courts and foreign policy. **Foreign Policy**, Washington, n. 83, p. 66-86, verão 1991.

FRANCK, Thomas M. et al. The role of the judiciary in foreign policy litigation. **Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)**, Washington, v. 86, p. 211-223, 1-4 abr. 1992.

FRIEDRICH, Carl Joachim. **Constitutional reason of state**. Providence: Brown University Press, 1957.

FRANÇA, Cássio; SANCHEZ, Michelle Ratton. A horizontalização da política externa brasileira. **Valor Econômico**, São Paulo, 24-26 abr. 2009, p. A14.

GABINETE DE ASSESSORIA JURÍDICA A ORGANIZAÇÕES POPULARES (GAJOP). **Feed-back seminário GAJOP 2010 Mesa da manhã**. Recife, 15 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.monitoramentodhi.org/noticia.php?cod=26>>. Acesso em: 25 jun. 2010.

GARCIA, Marco Aurélio. **Política externa e estratégia de desenvolvimento**. Entrevista concedida a Silvio Caccia Bava. São Paulo: Le Monde Diplomatique Brasil, 1 out. 2010.

Disponível em: <<http://diplomatie.uol.com.br/artigo.php%3Fid%3D783>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

GIBNEY, Marc; TOMASEVSKY, Katarina; VEDSTED-HANSEN, Jens. Transnational state responsibility for violations of human rights. **Harvard Human Rights Journal**, Cambridge, v. 12, p. 267-296, 1999.

GOFFREDO JR., Gustavo Sénéchal de. **Tradição, normas e a política externa brasileira para os direitos humanos**. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

GONÇALVES, William Couto. **Atos políticos ou de governo no Brasil e sua judiciabilidade**. Relatório de direito constitucional (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de direito internacional público**: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia. 3 ed. atual. e ampl. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Manual de direito constitucional**. Vol. II, Coimbra: Almedina, 2005.

_____. **Os direitos fundamentais atípicos**. Lisboa: Aequitas, 1995.

GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo**: estudos e pareceres. 2 ed. São Paulo: DPJ Editora, 2009, p. 36-57.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **The federalist papers**. London: Penguin Books, 1987.

HART, Herbert. **The concept of law**. 2 ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University Press, 1990.

_____. Foreign affairs and the Constitution. **Foreign Affairs**, v. 66, n. 2, p. 285-310, Winter 1987-1988.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

HIRST, Monica; LIMA, Maria Regina Soares de. Contexto internacional, democracia e política externa. **Política Externa**, São Paulo, v. 11, n. 2, p. 78-98, set.-nov. 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Penguin, 1985.

HOMEM, António Pedro Barbas. **O espírito das instituições**: um estudo de história do Estado. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **História das relações internacionais:** o direito e as concepções políticas na Idade Moderna. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Judex perfectus:** função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal: 1640-1820. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1999.

HUNT, Paul. **Reclaiming social rights:** international and comparative perspectives. Aldershot: Ashgate Publishing Limited, 1996.

HURRELL, Andrew. Os bárbaros estão chegando. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 9 ago. 2010, Especial p. H12.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução: João Baptista Machado. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado.** Tradução: Luís Carlos Borges. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KRAMER, Dora. Nem gregos nem troianos. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 5 ago. 2010, p. A6.

LAFER, Celso. Diplomacia brasileira, novas variações críticas. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 20 jun. 2010, p. A2.

_____. **A internacionalização dos direitos humanos:** Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005.

_____. Política externa e política interna. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 20 nov. 2005, p. A2.

_____. **A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira:** passado, presente e futuro. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional:** uma visão brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Direitos humanos e democracia no plano interno e internacional. **Política Externa**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 68-76, set.-nov. 1994.

_____. Diplomacia e transparência: o arquivo do Itamaraty. **Acervo – Revista do Arquivo Nacional**, Brasília, v. 4, n. 2, e v.5, n. 1, p. 35-44, jul.-dez. 1989 e jan.-jun. 1990.

_____. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMPREIA, Luiz Felipe. **Direitos humanos e diplomacia.** Brasília, Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: <<http://www.dc.mre.gov.br/imagens-e-textos/revista6-mat1.pdf>>. Acesso em: 6 mai. 2011.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Tradução: Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2004.

LEAL, Edson Pereira Bueno. **Política externa brasileira**: 2003 a julho de 2010. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/informe-se/artigos/politica-externa-brasileira-2003-a-julho-de-2010/47026/>>. Acesso em: 5 ago. 2010.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Globalização, regionalização e soberania**. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2004.

LIMA, Maria Regina Soares de Lima. Instituições democráticas e política exterior. **Contexto internacional**. Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 265-303, jul.-dez. 2002.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução: Julio Fischer. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **The second treatise of government and a letter concerning toleration**. Mineola: Dover Publications, 2002.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, São Paulo, n. 57, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452002000200006&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 jun. 2010.

MAGALHÃES, José Calvet. **Breve história diplomática de Portugal**. 3 ed. Mem Martins: Europa-América, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAGNOLI, Demétrio. O Brasil contra os direitos humanos. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-35, jul.-set. 2008.

MALTEZ, José Adelino. **Curso de relações internacionais**. Cascais: Principia, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis. **Ação civil pública**: Lei n. 7.347, 15 anos. São Paulo: RT, p. 707-751, 2001.

MANZANO, Gabriel. O emergente pede passagem. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 9 ago. 2010, Especial H2.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. In: SALLES, Carlos Alberto de. **Processo civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: RT, 2003, p. 191-198.

_____. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, 237 p.

MATTOS, Adherbal Meira. **Direito e relações internacionais**. Belém: Ed. Cesupa, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos e relações internacionais**. Campinas: Agá Juris, 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 14 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Atualização do direito dos tratados**. In: MEDEIROS, Antônio Cachapuz de. **Desafios do direito internacional** contemporâneo: jornadas de direito internacional público no Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2007, p. 133-207. Disponível em: <http://www.direitointernacional.org/arquivos/20100603044657_arquivo.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

_____. **O Poder Legislativo e os tratados internacionais**. Porto Alegre: LPM, 1983.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 14 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Direito constitucional internacional: uma introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. O direito constitucional internacional na Constituição de 1988. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, p. 9-21, jul.-dez. 1988.

_____. Constituição e relações internacionais. In: DOLINGER, Jacob. **A nova Constituição e o direito internacional**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1987, p. 19-37.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

_____. **Controle de constitucionalidade**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

MENEZES, Henrique Zeferino; LIMA, Thiago. A política externa nas eleições presidenciais de 2010: temas e diferenças. **Mundorama**, Brasília, 5 out. 2010. Disponível em: <<http://mundorama.net/2010/10/05/a-politica-externa-nas-eleicoes-presidenciais-de-2010-temas-e-diferencas-por-henrique-zeferino-de-menezes-thiago-lima/>>. Acesso em: 30 dez. 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. III. 7 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. As relações entre ordem internacional e ordem interna na actual constituição portuguesa. In: **Ab Vno Ad Omens: 75 anos da Coimbra Editora 1920-1995**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 275-301.

_____. **A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais**. Lisboa: Petrony, 1978.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa anotada**. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MIZNE, Denis; MACK, Daniel. Quem te viu e quem te vê, Itamaraty. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 11 jun. 2008, p. A3.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Tradução: Cristina Murachco. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NICZ, Alvacir Alfredo. Princípios constitucionais regentes das relações internacionais. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman. **O direito constitucional internacional após a Emenda 45/04 e os direitos fundamentais**. São Paulo: Lex Editora, 2007, p. 7-20.

NOVAIS, António Jorge Pina dos Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito**: do Estado de Direito liberal ao Estado Social e Democrático de Direito. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Lisboa: Almedina, 2006.

_____. **Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa**. Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

_____. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOWAK, Manfred. **U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary**, Kehl: N.P. Engel, 1993.

OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. Legislativo e política externa: das (in)conveniências da abdicação. **Working Papers CAENI**, n. 3, São Paulo: Centro de Estudos das Negociações Internacionais, nov. 2003.

OLIVEIRA, Miguel Darcy de. **Cidadania e globalização**: a política externa brasileira e as ONGs. Brasília: Instituto Rio Branco – Fundação Alexandre Gusmão – Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Relações internacionais**: estudos de introdução. Curitiba: Juriá, 2001.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição**. São Paulo: RT, 2004.

PANNUNZIO, Eduardo. O Poder Judiciário e o direito à educação. In: RANIERI, Nina (coord.). **Direito à educação**: aspectos constitucionais. São Paulo: Edusp, 2009, p. 61-88.

_____. **Poder Legislativo e política externa**: o caso da presença do Brasil no Haiti. Trabalho apresentado como requisito para conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito Internacional, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

_____. **A responsabilidade do Estado por violações de direitos econômicos, sociais e culturais além de suas fronteiras:** o caso das corporações transnacionais operando no exterior. In: FREITAS JR., Antonio Rodrigues. **Direito do trabalho e direitos humanos.** São Paulo: BH Editora, 2006, p. 159-224.

PEREIRA, André Gonçalves. O direito internacional na Constituição de 1976. In: MIRANDA, Jorge (org.). **Estudos sobre a Constituição.** V. 1, Lisboa: Petrony, 1977, p. 37-47.

PIOVESAN, Flávia. Comentários ao art. 4º da Constituição Federal de 1988. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (orgs.). **Comentários à Constituição Federal de 1988.** Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 39-44.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional:** desafios do direitos constitucional internacional. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernandes de Freitas. **Os actos políticos em direito comparado atual.** Relatório apresentado à disciplina Direito Constitucional (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003.

PUYO, Gonzalo Fernandez. La Constitución de 1993: derecho internacional y política exterior. **Revista Peruana de Derecho Internacional,** Lima, v. 43, n. 104, jul.-dez. 1994.

QUEIROZ, Cristina. **Os actos políticos no Estado de Direito:** o problema do controle jurídico do poder. Coimbra: Almedina, 1990.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais.** 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 574 p.

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. **O Estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo da pessoa para o exercício da cidadania, pela via da educação.** Tese (livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009

_____. Direitos humanos e comércio internacional: a tutela do direito à educação nas negociações internacionais. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zenóide. **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPG, 2005, p. 58-70.

_____. “Um conceito mais amplo de liberdade: desenvolvimento, segurança e direitos humanos para todos”: multilateralismo e cidadania mundial. **Política Externa,** São Paulo, v. 14, n. 2, p. 25-39, set.-nov. 2005.

_____. A Constituição europeia e a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo,** São Paulo, v. 7, n. 14, p. 325-330, jul.-dez. 2004.

_____. Estado e nação: novas relações. **Política Externa,** São Paulo, v. 13, n. 1, p. 29-38, jun.-ago. 2004.

_____. **Educação superior, direito e Estado na Lei de Diretrizes e Bases (Lei n. 9.394/96)**. São Paulo: EDUSP: FAPESP, 2000.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RICÚPERO, Rubens. Carisma e prestígio: a diplomacia do período Lula de 2003 a 2010. **Política Externa**, São Paulo, v. 19, n. 1, p. 27-42, jun.-ago. 2010.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **Política externa federativa**: análise de ações internacionais de Estados e municípios brasileiros. Rio de Janeiro: Centro Brasileiro de Relações Internacionais (Cebri), s.d.. Disponível em: <http://www.cebri.org.br/pdf/315_PDF.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2009

ROMANO, Roberto. Carta à esquerda. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 4 ago. 2010, p. A2.

SAFATLE, Vladimir. Direitos humanos para todos. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 2 ago. 2010, p. A3.

SANCHEZ, Michelle Ratton; FRANÇA, Cássio. A horizontalização da política externa brasileira. **Valor Econômico**, São Paulo, 24-26 abr. 2009, p. A14.

SANCHEZ, Michelle Ratton et al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 27, p. 125-143, nov. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**: o caso português. 2 ed. Porto: Afrontamento, 1996.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações internacionais**. Barueri: Manole, 2004.

SHUE, Henry. **Basic rights**: subsistence, affluence and US foreign policy. 2 ed. Princeton: Princeton University Press, 1996.

SILVA, Elaini Cristina Gonzaga da; SPÉCIE, Priscila; VITALE, Denise. Um novo arranjo institucional para a política externa brasileira. **Textos para discussão Cepal – Ipea**, Brasília, n. 3, 2010. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_1521.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Controle de constitucionalidade: variações sobre o mesmo tema. **Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 25, p. 13-20, mai.-jun. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 115-143.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, p. 607-630, 2003.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SMOUTS, Marie-Claude. Da soberania à competência do Estado. In: SMOUTS, Marie-Claude (org.). **As novas relações internacionais**: práticas e teorias. Tradução Georgete M. Rodrigues. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2004, p. 35-55.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2002.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **Consenso e tipos de Estado no Ocidente**. Porto Alegre: Editora Sagra Luzzatto, 2002.

SOUZA NETO, Danilo Marcondes de. A política externa brasileira nos oitos anos do Governo Lula: legados e lições para a inserção do Brasil no mundo. In PAULA, Marilene de (org.). **“Nunca antes na história desse país”...?** Um balanço das políticas do Governo Lula. São Paulo: Heinrich Böll Stiftung, 2011, p. 99-115.

STRENGER, Irineu. **Relações internacionais**. São Paulo: LTr, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direito global**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático. Tradução: Eduardo Brandão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Democracy in America**. Tradução: Harvey C. Mansfield; Delba Winthrop. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, 2 v.

_____. A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 27-54, jul.-dez. 1993.

VERDUZCO, Alonso Gomez Robledo. Elevación a rango constitucional de los principios de política exterior. **Boletim Mexicano de Derecho Comparado**, Cidade do México, v. 21, n. 63, p. 1165-1167, set.-dez. 1988.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos humanos a sério. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 25 ago. 2010, p. A2.

_____. **A Constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

VILLA, Marco Antonio. Navegando entre princípios e negócios. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 9 ago. 2010, Especial p. H11.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, New Haven, n. 115, p. 1346-1406, 2006.

APÊNDICE A

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

248

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
Fluxo de pessoas (cidadania, entrada e expulsão de estrangeiros, imigração e emigração)	Autorizar brasileiros a aceitar pensão, emprego ou comissão remunerados de governo estrangeiro	Imperador; sem a autorização, o indivíduo perde os direitos de cidadão brasileiro (art. 7º, II)	Poder Executivo federal; sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 71, § 2º, "b")	Presidente (art. 56, § 16); sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 107, "b")	Presidente (art. 74, "m"); sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 116, "b")	Presidente (art. 87, XV); sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 130, II)	Presidente (art. 83, XVI); sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 141, II)	Presidente (art. 81, XVIII); sem a autorização, o brasileiro perde a nacionalidade (art. 146, II)	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>			
	Julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, assim como as causas referentes à nacionalidade e à naturalização	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Juizes federais (art. 119, X)	Juizes federais (art. 125, X; v. tb. art. 146, § único)	Juizes federais (art. 109, X)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>			X
	Legislar sobre nacionalidade, naturalização, entrada e expulsão de estrangeiros, imigração e emigração	Os requisitos para naturalização devem ser estabelecidos em lei (art. 6º, V), mas quem a concede é o Imperador (art. 102, X)	Compete ao Congresso Nacional estabelecer "leis uniformes sobre a naturalização" (art. 34, 24º) e "animar" a imigração (art. 35, 2º)	União (art. 5º, XIX, "g")	União (art. 16, III)	União (art. 5º, XV, "n" e "o"; v. tb. art. 137)	União (art. 8º, XVII, "o" e "p")	União (art. 8º, XVII, "o" e "p")	União (art. 22, XIII e XV)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
Comércio internacional	Autorizar a obtenção de empréstimo externo por entes públicos	Assembleia Geral (art. 15, XIII, sem menção a "externo")	Congresso Nacional (art. 34, 2º, sem menção a "externo")	Senado Federal para os empréstimos externos de Estados, DF e municípios (arts. 19, V; e 90, "b")	Conselho Federal para os empréstimos externos de Estados, DF e municípios (art. 35, "c")	Senado Federal para os empréstimos externos de Estados, DF e municípios (arts. 33 e 63, II)	Senado Federal para empréstimos, operações ou acordos externos de Estados, DF e municípios (art. 45, II)	Senado Federal para empréstimos, operações ou acordos externos de Estados, DF e municípios (art. 42, IV)	Senado Federal para operações externas de natureza financeira de qualquer dos entes da Federação (art. 52, V). Compete também ao Senado dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo dos entes e demais entidades controladas pelo Poder Público federal (art. 52, VII), e sobre os limites para concessão de garantia da União em operações de crédito externo (art. 52, VIII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>		X	
	Cobrar taxa de entrada, saída e estadia de navios e aeronaves	n/a	Compete à União decretar "direitos" de entrada, saída e estadia de navio (art. 7º, 2º)	União (art. 6º, II)	União (art. 20, II)	n/a	n/a	n/a	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>			
	Criar e manter alfândegas e entrepostos	n/a	n/a	União (art. 5º, X)	União (art. 15, VIII)	n/a	n/a	n/a	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>			

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

249

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
	Instituir impostos sobre exportação	n/a	Estados (art. 9º, I)	Estados (art. 8º, I, "f"); Senado pode autorizar o aumento do limite de 10% (art. 8º, § 3º)	Estados (art. 23, I, "e"); Conselho Federal pode autorizar o aumento do limite de 10% (art. 23, § 3º)	União sobre lubrificantes e combustíveis (art. 15, III); Estados quanto aos demais produtos (art. 19, V), sendo que o Senado Federal pode autorizar aumento do limite de 5% até 10% (art. 19, § 6º)	União (art. 22, II)	União (art. 21, II)	União (art. 153, II)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Instituir impostos sobre importação	n/a	União (art. 7º, I); Estados podem tributar, mas têm de enviar o produto da arrecadação ao Tesouro federal (art. 9º, § 3º)	União (art. 6º, I, "a")	União (art. 20, I, "a")	União (art. 15, I e III)	União (art. 22, I, VIII e IX)	União (art. 21, I)	União (art. 153, I)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Regular a transferência de fundos para o exterior	n/a	n/a	Compete à União legislar (art. 5º, XIX, "i") e instituir impostos sobre transferências (art. 6º, I, "d")	União (art. 20, I, "d")	União (arts. 5º, XV, "k"; e 15, V)	União (art. 8º, XVII, "k")	União (art. 8º, XVII, "l")	União (art. 22, VII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Regular o comércio internacional	Compete ao Imperador nomear agentes comerciais (art. 102, VI) e celebrar tratados de comércio, podendo levá-los ao "conhecimento" da Assembleia Geral (art. 102, VIII)	Congresso Nacional (art. 34, 5)	União (art. 5º, XIX, "i"); Senado deve "colaborar" com a Câmara na elaboração de leis sobre a matéria (art. 91, I, "g")	União (art. 16, VII); projetos de lei têm início no Conselho Federal (art. 54, "a"); Estados têm obrigação de adotar medidas para a execução de tratados comerciais feitos pela União, sob pena de esta competência legislativa retornar à União (art. 10)	União (art. 5, XV, "k")	União (art. 8º, XVII, "k")	União (art. 8º, XVII, "l")	União (art. 22, VII), sendo que a fiscalização e o controle cabem ao Ministério da Fazenda (art. 237)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
Contencioso com aspectos internacionais	Conceder <i>exequatur</i> às cartas rogatórias de justiças estrangeiras	n/a	n/a	Presidente da Corte Suprema (art. 77)	Presidente do STF (art. 102)	Presidente do STF (art. 102)	Presidente do STF (art. 115, § único, "d"); compete aos juízes federais a execução das cartas rogatórias, após o <i>exequatur</i> (art. 119, X)	Presidente do STF (art. 119, § 3º, "d"); compete aos juízes federais a execução das cartas rogatórias, após o <i>exequatur</i> (art. 125, X)	STJ (art. 105, I, "i", com redação dada pela EC 45/2004; antes era STF); compete aos juízes federais a execução de cartas rogatórias (art. 109, X)	<i>Nova disciplina a matéria já regulada em Constituições anteriores</i>			X
	Homologar sentenças estrangeiras	n/a	n/a	Corte Suprema (art. 76, I, "g")	STF (art. 101, I, "f")	STF (art. 101, I, "g")	STF (art. 114, I, "g"); compete aos juízes federais a execução das sentenças estrangeiras, após a homologação (art. 119, X)	STF (art. 119, I, "g"); compete aos juízes federais a execução das sentenças estrangeiras, após a homologação (art. 125, X)	STJ (art. 105, I, "i", com redação dada pela EC 45/2004; antes era STF); compete aos juízes federais a execução de sentenças estrangeiras (art. 109, X)	<i>Nova disciplina a matéria já regulada em Constituições anteriores</i>			X

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

250

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
	Julgar ações fundadas em contrato ou tratado celebrado pelo Brasil	n/a	Juízes e tribunais federais, em relação às ações movidas por estrangeiros (art. 60, "F"); compete ao STF julgar recurso contra decisão de Tribunal estadual que questiona a validade ou aplicação de tratado (art. 59, § 1º, "a")	Juízes federais (art. 81, "f"); compete à Corte Suprema julgar recurso extraordinário de decisão contrária a literal disposição de tratado (art. 76, 2, III, "a")	Compete ao STF julgar recurso extraordinário de decisão contrária à letra de tratado (art. 101, III, "a")	Compete ao STF julgar recurso ordinário nas causas fundadas em tratado (art. 101, II, "b") e extraordinário de decisão contrária a dispositivo de tratado (art. 101, III, "a")	Juízes federais (art. 119, III; inclusive os crimes previstos em tratados, cf. inciso V); compete ao STF julgar recurso extraordinário de decisão que negar vigência ou declarar a inconstitucionalidade de tratado (art. 114, III, "a" e "b")	Juízes federais (art. 125, III; inclusive os crimes previstos em tratados, cf. inciso V); compete ao STF julgar recurso extraordinário de decisão que negar vigência ou declarar a inconstitucionalidade de tratado (art. 119, III, "a" e "b")	Juízes federais (art. 109, III, inclusive os crimes previstos em tratados, cf. inciso V); compete ao STF julgar recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado (art. 102, III, "b") e ao STJ julgar recurso especial de decisão que contrariar tratado ou negar-lhe vigência (art. 105, III, "a"); nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República pode suscitar, perante o STJ, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (art. 109, § 5º, com redação dada pela EC 45/2004)	<i>Nova disciplina a matéria já regulada em Constituições anteriores</i>			X
	Julgar litígios entre Estados estrangeiros/organizações internacionais e a União/Estados/municípios	n/a	STF (art. 59, I, "d")	Corte Suprema (art. 76, I, "e")	STF (art. 101, I, "d")	STF (art. 101, I, "d")	STF, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 114, I, "c")	STF, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 119, I, "c")	STF, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 102, I, "e"), com exceção de ações movidas contra municípios, quando a competência é dos juízes federais (art. 109, II), com recurso ordinário ao STJ (art. 105, II, "c")	<i>Nova disciplina a matéria já regulada em Constituições anteriores</i>			X
	Julgar litígios entre Estados estrangeiros/organizações internacionais e particulares	n/a	Juízes e tribunais federais (art. 60, "e")	Juízes federais (art. 81, "d" e "e")	n/a	n/a	Juízes federais, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 119, II); compete ao STF julgar recurso ordinário (art. 114, II, "b")	Juízes federais, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 125, II); compete ao STF julgar recurso ordinário (art. 119, II, "a")	Juízes federais, inclusive aqueles envolvendo organizações internacionais (art. 109, II); cabe ao STJ julgar recurso ordinário (art. 105, II, "c")	<i>Nova disciplina a matéria já regulada em Constituições anteriores</i>			X
Controle judicial de atos da política externa	Julgar chefes de missão diplomática	Supremo Tribunal de Justiça, a quem compete julgar os empregados no Corpo Diplomático (art. 164, II)	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 59, I, "b")	Corte Suprema, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 76, I, "b")	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 101, I, "b")	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 101, I, "c")	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 114, I, "b")	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 119, I, "b")	STF, tanto nos crimes comuns quanto de responsabilidade (art. 102, I, "c")	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>			X

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

251

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
Diplomacia ordinária	Celebrar tratados, convenções e demais atos internacionais	Imperador, "levando-os depois de concluídos ao conhecimento da Assembléia Geral, quando o interesse e segurança do Estado permitirem"; a aprovação da Assembleia é imprescindível apenas para cessão ou troca de território ou possessões do Império (art. 102, VIII)	Presidente conduz as negociações e celebra, <i>ad referendum</i> do Congresso (art. 48, 16); compete ao Congresso resolver definitivamente sobre tratados e convenções (art. 34, 12)	União (art. 5º, I); trata-se de competência privativa do Presidente, <i>ad referendum</i> do Legislativo (art. 56, § 6); compete ao Legislativo "resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras" (art. 40, "a"); vide tb. art. 91, I, "f", sobre atribuição do Senado de colaborar com a Câmara na elaboração de leis sobre a matéria	União (art. 15, I); trata-se de competência privativa do Presidente, <i>ad referendum</i> do Legislativo (art. 74, "d"); no entanto, o Presidente pode "determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isto o aconselharem os interesses do País" (art. 74, "n"); projetos de lei sobre a matéria têm início no Conselho Federal (art. 54, "a")	União (art. 5, I); trata-se de competência privativa do Presidente, <i>ad referendum</i> do Congresso (art. 87, VII); compete ao Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República" (art. 66, I)	União (art. 8º, I); trata-se de competência privativa do Presidente, <i>ad referendum</i> do Congresso (art. 83, VIII); compete ao Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República" (art. 47, I); os tratados assinados pelo Presidente devem ser enviados ao Congresso em até 15 dias (art. 47, par. único)	União (art. 8º, I); trata-se de competência privativa do Presidente, <i>ad referendum</i> do Congresso (art. 81, X); compete ao Congresso "resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República" (art. 44, I)	Trata-se de competência privativa do Presidente, estando os atos sujeitos a referendo do Congresso Nacional" (art. 84, VIII); compete ao Congresso "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49, I)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Extraditar	n/a	Congresso Nacional "regula os casos de extradição entre os Estados" (art. 34, 32)	Corte Suprema (art. 76, I, "g"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 5º, XIX, "g")	STF (art. 101, I, "f"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 16, III)	STF (art. 101, I, "g"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 5º, XV, "n")	STF (art. 114, I, "g"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 8º, XVII, "p")	STF (art. 119, I, "g"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 8º, XVII, "p")	STF (art. 102, I, "g"); compete à União legislar sobre a matéria (art. 22, XV)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>			X
	Manter relações com Estados estrangeiros	Imperador (art. 102, VII); os membros do Conselho de Estado têm de ser "ouvidos" nas negociações com nações estrangeiras (art. 142)	Presidente (art. 48, 14)	União (art. 5, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 56, § 5º)	União (art. 15, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 74, "c"), a quem incumbe dirigir a política externa (art. 73)	União (art. 5, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 87, VI)	União (art. 8º, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 83, VII)	União (art. 8º, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 81, IX)	União (art. 21, I); trata-se de competência privativa do Presidente (art. 84, VII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X		
	Nomear representantes diplomáticos	Imperador (art. 102, VI)	Presidente, sujeitando (no caso de "ministros diplomáticos") a nomeação ao Senado (art. 48, 12 e 13)	União (art. 5, I); compete ao Senado aprovar a designação de chefes de missões diplomáticas no exterior (art. 90, "a")	União (art. 15, I); compete ao Conselho Federal aprovar a designação (art. 55, "a")	Compete ao Senado aprovar a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 63, I)	Compete ao Senado aprovar a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 45, I)	Compete ao Senado aprovar a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 42, III)	Compete ao Senado aprovar a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente (art. 52, IV)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Participar de organizações internacionais	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	União (art. 8º, I)	União (art. 8º, I)	União (art. 21, I)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

252

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
Segurança externa	Declarar a guerra e celebrar a paz	Imperador, "participando à Assembléia as comunicações que forem compatíveis com os interesses e segurança do Estado" (art. 102, IX); os membros do Conselho de Estado têm de ser "ouvidos" (art. 142)	Presidente (art. 48, 7), mediante autorização do Congresso (art. 34, 11), salvo nos casos de invasão ou agressão estrangeira (art. 48, 8)	União (art. 5º, III); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Legislativo (art. 56, §§ 9º e 10); em caso de invasão e agressão estrangeira, estando a Câmara dos Deputados ausente, a autorização de guerra cabe à Seção Permanente do Senado Federal (art. 56, § 9º); compete também ao Presidente a direção política da guerra (art. 160); acordo de paz é sujeito ao referendo do Legislativo (art. 56, § 10); vide tb. art. 91, 1, "e", sobre atribuição do Senado em colaborar com a Câmara na elaboração de leis sobre a matéria	União (art. 15, II); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Legislativo ou, sem esta, no caso de invasão ou agressão estrangeira (art. 74, "g" e "h"); compete também ao Presidente a direção geral da guerra (art. 163); acordo de paz é sujeito ao referendo do Legislativo (art. 74, "h")	União (art. 5º, II), que pode também decretar impostos extraordinários em caso de guerra (art. 15, § 6º); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Congresso ou, sem esta, no caso de agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas (arts. 66, II, e 87, VIII e IX); compete também ao Presidente a condução política da guerra (art. 178); acordo de paz é sujeito ao referendo do Congresso (art. 87, IX)	União (art. 8º, II); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Congresso ou, sem esta, no caso de agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas (arts. 47, II, e 83, IX e X); a paz pode ser feita "com autorização ou <i>ad referendum</i> do Congresso Nacional" (art. 83, X)	União (art. 8º, II); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Congresso ou, sem esta, no caso de agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas (arts. 44, II, e 81, XI e XII); a paz pode ser feita "com autorização ou <i>ad referendum</i> do Congresso Nacional" (art. 81, XII)	União (art. 21, II); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização ou, no caso de agressão estrangeira no intervalo das sessões legislativas, referendo do Congresso (arts. 49, II, e 84, XIX e XX); a paz pode ser feita com autorização ou referendo do Congresso (art. 84, XX); o Conselho de Defesa Nacional deve opinar na declaração de guerra e celebração da paz (art. 91, § 1º, I)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
	Permitir o ingresso de forças estrangeiras em território nacional	Assembleia Geral (art. 15, XII)	Congresso Nacional (art. 34, 19)	União (art. 5, II); trata-se de competência do Presidente, mediante autorização do Legislativo (art. 56, § 11); vide tb. art. 91, 1, "e", sobre atribuição do Senado em colaborar com a Câmara na elaboração de leis sobre a matéria	Presidente, mediante autorização do Legislativo (art. 74, "i")	União (art. 5, V); trata-se de competência do Presidente (art. 87, X), mediante autorização do Congresso (art. 66, III), salvo durante o intervalo das sessões legislativas (art. 87, X)	União (art. 8º, V); trata-se de competência do Presidente (art. 83, XI), mediante autorização do Congresso (art. 47, II)	União (art. 8º, VI); trata-se de competência do Presidente (art. 81, XIII), mediante autorização do Congresso (art. 44, II)	União (art. 21, IV); trata-se de competência do Presidente (art. 84, XXII), mediante autorização do Congresso (art. 49, II)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	

**Distribuição de competências em matérias relacionadas às relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

253

Matéria	Competência	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988	EXE	LEG	JUD
	Zelar pela segurança externa	Imperador, a quem compete "prover a tudo" que for concernente à segurança externa (art. 102, XV; vide tb. art. 148)	Presidente, que exerce o comando das Forças Armadas "quando forem chamadas às armas em defesa interna ou externa da União (art. 48, § 3º); compete ao Congresso "adotar o regime conveniente à segurança das fronteiras" (art. 34, § 16)	União (art. 5º, V); "[t]odas as questões relativas à segurança nacional serão estudadas e coordenadas pelo Conselho Superior de Segurança Nacional" (art. 159); as Forças Armadas destinam-se a defender a Pátria (art. 162), estando sob a chefia suprema do Presidente (art. 56, § 7º)	União (arts. 15, IV, e 16, II); "[t]odas as questões relativas à segurança nacional serão estudadas pelo Conselho de Segurança Nacional" (art. 162); as Forças Armadas estão sob a chefia suprema do Presidente (art. 74, "e")	União (art. 5º, IV); "[o]s problemas relativos à defesa do País serão estudados pelo Conselho de Segurança Nacional" (art. 179); as Forças Armadas destinam-se a defender a Pátria (art. 177), estando sob o comando supremo do Presidente (art. 87, XI)	União (art. 8º, IV e VII, "a" e "c"); "[o] Conselho de Segurança Nacional destina-se a assessorar o Presidente da República na formulação e na conduta da segurança nacional" (art. 90; vide tb. art. 91); as Forças Armadas destinam-se a defender a Pátria (art. 92, § 1º), estando sob o comando supremo do Presidente (art. 83, XII)	União (art. 8º, V e VIII, "a" e "c"); "[o] Conselho de Segurança Nacional é o órgão de mais alto nível na assessoria direta do Presidente da República, para formulação e execução da política de segurança nacional" (art. 87; vide tb. art. 89); as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria (art. 91), estando sob o comando supremo do Presidente (art. 81, XIV)	União, a quem compete "assegurar a defesa nacional" (art. 21, III) e legislar sobre "defesa territorial, defesa aerospacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional" (art. 22, XXVIII; v. tb. art. 144, § 1º, I e III); o Conselho de Defesa Nacional -- do qual participam os presidentes da Câmara e do Senado (art. 91, II e III) -- é órgão de consulta do Presidente nos assuntos relacionados com a soberania nacional (art. 91); as Forças Armadas destinam-se à defesa da Pátria (art. 142), estando sob o comando supremo do Presidente (art. 84, XIII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
Território	Resolver sobre os limites do território	n/a	Congresso Nacional (art. 34, 10)	União (art. 5º, IV)	União (art. 15, III)	Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República (art. 65, VIII)	Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República (art. 46, VI)	Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República (art. 43, VI)	Congresso Nacional, com sanção do Presidente da República (art. 48, V)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>	X	X	
Número de competências - Total		11	19	23	22	20	23	23	22		13	13	8

APÊNDICE B**Normas conformadoras das relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

**Normas conformadoras das relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

255

Matéria	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988
Arbitragem e solução pacífica de controvérsias	n/a	A guerra pode ser declarada "se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento" (art. 34, 11)	"O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento [...]" (art. 4º)	n/a	"O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe [...]" (art. 4º)	"Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe." (art. 7º)	"Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe." (art. 7º)	O Brasil é uma sociedade "comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias" (preâmbulo); um dos princípios das relações internacionais é o da "solução pacífica dos conflitos" (art. 4º, VII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>
Autodeterminação dos povos	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, III)	<i>Matéria inédita</i>
Concessão de asilo político	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, X)	<i>Matéria inédita</i>
Cooperação entre os povos para o progresso da humanidade	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, IX)	<i>Matéria inédita</i>
Defesa da paz	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, VI)	<i>Matéria inédita</i>
Expulsão de estrangeiros	n/a	n/a	"A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País" (art. 113, 15)	n/a	"O Governo federal poderá expulsar do território nacional o estrangeiro nocivo à ordem pública, salvo se o seu cônjuge for brasileiro, e se tiver filho brasileiro [...] dependente da economia paterna" (art. 143)	n/a	n/a	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>
Extradição	n/a	n/a	"Não será concedida a Estado estrangeiro extradição [...], em caso algum, de brasileiro" (art. 113, 31)	"[N]enhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro" (art. 122, 12)	"Não será concedida a extradição [...], em caso nenhum, [...] de brasileiro" (art. 141, § 33)	"Não será concedida a extradição [...] em caso algum, [...] de brasileiro." (art. 150, § 19)	"Não será concedida a extradição [...] em caso algum, [...] de brasileiro." (art. 153, § 19)	"[N]enhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei" (art. 5º, LI)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>
	n/a	n/a	"Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião [...]" (art. 113, 31)	n/a	"Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião [...]" (art. 141, § 33)	"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião [...]" (art. 150, § 19)	"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião [...]" (art. 153, § 19)	"[N]ão será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião" (art. 5º, LII)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>
Guerra de conquista	n/a	"Os Estados Unidos do Brasil, em caso algum, se empenharão em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação" (art. 88)	"O Brasil [...] não se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação" (art. 4º)	n/a	"O Brasil [...] em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado." (art. 4º)	"É vedada a guerra de conquista." (art. 7º, § único)	"É vedada a guerra de conquista." (art. 7º, § único)	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>
Igualdade entre os Estados	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, V)	<i>Matéria inédita</i>

**Normas conformadoras das relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

256

Matéria	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988
Imigração	n/a	O Congresso Nacional deve animá-la (art. 35, 2º)	A imigração pode ser proibida em razão da procedência (art. 5º, XIX, "g"); ademais, "[a] entrada de imigrantes [...] sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos" (art. 121, § 6º); é ainda "vedada a concentração de imigrantes em qualquer ponto do território da União, devendo a lei regular a seleção, localização e assimilação do alienígena" (art. 121, § 7º)	A lei poderá regular a entrada, distribuição e fixação de imigrantes, sendo que a corrente imigratória anual de cada país não excederá a 2% do número total de nacionais fixados no Brasil nos últimos 50 anos (art. 151)	A lei poderá regular a seleção, entrada, distribuição e fixação de imigrantes, à luz do interesse nacional (art. 162)	n/a	n/a	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>
Independência nacional	O Império do Brasil é uma "Nação livre e independente, que não admite com qualquer outra laço de união, ou federação, que se oponha à sua Independência" (art. 1º)	Ao tomar posse, o Presidente deve prometer, entre outros, que sustentará a independência da República (art. 44)	Ao tomar posse, o Presidente deve prometer, entre outros, que sustentará a independência do Brasil (art. 53)	A independência é afirmada no preâmbulo, sendo que o poder político deve ser exercido em nome, entre outros, da independência do povo (art. 1º); ademais, é prevista pena de morte a quem "a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; c) tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição" (art. 122, 13)	Ao tomar posse, o Presidente deve prometer, entre outros, que sustentará a independência do Brasil (art. 83)	Ao tomar posse, o Presidente deve prometer, entre outros, que sustentará a independência do Brasil (art. 78, § 1º)	Ao tomar posse, o Presidente deve prometer, entre outros, que sustentará a independência do Brasil (art. 76)	A soberania é um dos fundamentos da República (art. 1º, I); a independência nacional é um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, I); ademais, ao tomar posse, o Presidente e o Vice-Presidente devem prestar o compromisso, entre outros, de sustentar a independência do Brasil (art. 44)	<i>Disciplina semelhante à de Constituições anteriores</i>

**Normas conformadoras das relações internacionais:
evolução constitucional no Brasil**

257

Matéria	Constituição 1824	Constituição 1891	Constituição 1934	Constituição 1937	Constituição 1946	Constituição 1967	Constituição 1969	Constituição 1988	Análise - CF/1988
Integração dos povos	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	"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." (art. 4º, § único)	<i>Matéria inédita</i>
Não intervenção	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, IV)	<i>Matéria inédita</i>
Prevalência dos direitos humanos	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, II)	<i>Matéria inédita</i>
Relações internacionais com a Santa Sé	n/a	n/a	"É mantida a representação diplomática junto à Santa Sé" (art. 176)	n/a	"É mantida a representação diplomática junto à Santa Sé" (art. 196)	n/a	n/a	n/a	<i>Matéria não mais regulada constitucionalmente</i>
Repúdio ao terrorismo e ao racismo	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	Um dos princípios das relações internacionais (art. 4º, VIII)	<i>Matéria inédita</i>
Tribunal internacional	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	n/a	"O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão." (art. 5º, § 4º, incluído pela EC 45/2004); "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos" (art. 7º do ADCT)	<i>Matéria inédita</i>
<i>Número de princípios e diretrizes - Total</i>	<i>1</i>	<i>4</i>	<i>8</i>	<i>3</i>	<i>8</i>	<i>5</i>	<i>5</i>	<i>14</i>	