



Revista Brasileira de Política Internacional

ISSN: 0034-7329

rbpi@ibri-rbpi.org.br

Instituto Brasileiro de Relações Internacionais
Brasil

Ferreira Couto, Estêvão

Judicialização da política externa e direitos humanos

Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 47, núm. 1, junho, 2004, pp. 140-161

Instituto Brasileiro de Relações Internacionais

Brasília, Brasil

Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=35800107>

- Como citar este artigo
- Número completo
- Mais artigos
- Home da revista no Redalyc

redalyc.org

Sistema de Informação Científica

Rede de Revistas Científicas da América Latina, Caribe, Espanha e Portugal

Projeto acadêmico sem fins lucrativos desenvolvido no âmbito da iniciativa Acesso Aberto

Judicialização da política externa e direitos humanos

ESTÊVÃO FERREIRA COUTO*

Introdução

No início deste ano, um telejornal brasileiro de grande audiência começou uma de suas edições com a seguinte pergunta: um juiz pode tomar uma medida que afete a política externa do país?¹ A reportagem referia-se à decisão de um juiz federal determinando que todos os cidadãos norte-americanos deveriam ser fotografados e identificados quando ingressassem no país, inclusive com a coleta de impressões digitais. A decisão embasou-se no princípio da reciprocidade, pois, cidadãos brasileiros nos Estados Unidos estavam sendo submetidos ao mesmo tratamento. Um representante da Associação Comercial do Rio de Janeiro apressou-se em dizer que não era atribuição da Justiça Federal praticar política externa brasileira. A celeuma em torno da questão deveu-se principalmente à demora que a medida ocasionava na entrada dos turistas no país. E a reportagem se encerrou com a velocidade característica dos programas televisivos: os brasileiros não teriam a mesma tecnologia dos americanos!

O argumento deste artigo é que o juiz não apenas pode tomar medidas, como, na prática, o Judiciário tem se tornado cada vez mais um ator relevante na formulação da política externa. Esse processo não ocorre somente no âmbito interno, mas possui também uma face internacional ainda desconhecida, principalmente (não exclusivamente) em matéria de direitos humanos.

De uma forma geral e de acordo com os parâmetros tradicionais do Direito Internacional Público, normas internacionais regulamentam as relações entre Estados soberanos no cenário internacional.² As normas internacionais relativas a direitos humanos, porém, visam regular as relações entre indivíduos e um determinado Estado e, portanto, enfrentam o paradoxo de portar uma natureza internacional precisando ser eficazes no plano interno.³

Na doutrina tradicional, quando um Estado exerce proteção diplomática em relação a um nacional seu, ele está na verdade assumindo os interesses desse indivíduo como se fossem os seus. Está afirmando que seus interesses estão sendo lesados por outro Estado e que essa lesão deve ser reparada pelo ente estatal

Rev. Bras. Polít. Int. 46 (1): 140-161 [2004]

* Doutorando em Relações Internacionais da Universidade de Brasília.

violador.⁴ O Direito Internacional dos Direitos Humanos – DIDH amplia enormemente essas noções. Não é mais necessário que o indivíduo seja um nacional do Estado, presente em um Estado estrangeiro. Passa a existir a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por atos praticados até mesmo contra seus próprios cidadãos, se tais atos constituírem uma violação das normas de direitos humanos.

Torna-se, então, extremamente relevante, a estrutura interna do Estado e as medidas adotadas internamente para o cumprimento dos compromissos assumidos internacionalmente. Essa preocupação não escapa ao Direito Internacional tradicional, mas em matéria de direitos humanos, o cálculo do Poder Executivo, geralmente o responsável principal pela condução das relações exteriores do Estado, precisa ser muito mais metuculoso, pois, aumentam as chances do Estado ser condenado a pagar reparações, bem como aumentam os custos políticos da publicidade de situações constrangedoras.

O cálculo de política externa consiste em pesar as vantagens e desvantagens de se vincular ao mecanismo internacional de proteção aos direitos humanos e em avaliar a efetiva capacidade de dar respostas aos questionamentos que venham a ocorrer. A clássica divisão tripartite do poder estatal, juntamente com as instâncias governamentais regionais e locais dos Estados federados, são elementos complicadores do cálculo do Poder Executivo.

O presente trabalho tem como objetivo fornecer uma base teórica para a compreensão desse processo que provoca na política externa o que será denominado ao longo do artigo uma “judicialização”. Para isso, partindo do pressuposto de que o Executivo sempre teve uma grande medida de liberdade na condução das relações exteriores, o trabalho procurará revisitar marcos que levaram o Legislativo e o Judiciário a contrabalançar e limitar a discricionariedade do Executivo.

Em seguida, o artigo concentrar-se-á na delimitação do conceito de “judicialização da política”, tentando, em um momento posterior, aplicá-lo à política externa. Na parte final do trabalho, será feito um exercício preliminar de análise de cinco casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos que permitem antever possíveis caminhos da judicialização da política externa.

Poder Executivo: discricionariedade versus *horizontal accountability* na condução das relações exteriores

Já na formulação pioneira de Locke, o Poder Executivo gozava de liberdade para conduzir as relações exteriores do Estado. Ao Poder Legislativo incumbia a criação de leis. Como na visão de Locke, basta pouco tempo para fazer leis, o Legislativo não precisaria estar sempre em funcionamento. Eis o cerne da separação de poderes: o Legislativo é um poder intermitente, enquanto o Executivo precisa ser permanente.

Prosseguindo no raciocínio do filósofo inglês, uma vez prontas as leis, não convém que os membros do Legislativo se encarreguem de executá-las, pois, podem ficar tentados a desobedecê-las. A execução das leis (poder executivo) deveria, então, ser confiada a outras pessoas, um segundo poder. Um terceiro poder (federativo) seria responsável pela relação da comunidade civil como um todo com o restante da humanidade. Como esses dois últimos poderes exigem a força da sociedade para serem exercidos, seria conveniente que eles fossem colocados nas mãos das mesmas pessoas, ou seja, o detentor do poder executivo deveria ser também responsável pelo poder federativo. O interessante, porém, é que Locke confere lógicas distintas para estes dois poderes, nos seguintes termos:

Estes dois poderes, executivo e federativo, embora sejam realmente distintos em si, o primeiro compreendendo a execução das leis internas da sociedade sobre todos aqueles que dela fazem parte, e o segundo implicando na administração da segurança e do interesse do público externo, com todos aqueles que podem lhe trazer benefícios ou prejuízos, estão quase sempre unidos. E ainda que este poder federativo, faça ele uma boa ou má administração, apresente uma importância muito grande para a comunidade civil, ele se curva com muito menos facilidade à direção de leis preexistentes, permanentes e positivas; por isso é necessário que ele seja deixado a cargo da prudência e da sabedoria daqueles que o detêm e que devem exercê-lo visando o bem público. As leis que dizem respeito aos súditos entre eles, uma vez destinadas a reger seus atos, é melhor que os precedam. Mas a atitude adotada diante dos estrangeiros depende em grande parte de seus atos e da flutuação de seus projetos e interesses; portanto, devem ser deixados em grande parte à prudência daqueles a quem foi confiado este poder, a fim de que eles o exerçam com o melhor de sua habilidade para o benefício da comunidade civil.⁵

Além de não definir um papel próprio para o Poder Judiciário (por razões específicas da sociedade inglesa⁶), Locke outorgava uma grande dose de independência e discricionariedade ao responsável pela política externa, cujo único limite era o bem público. Montesquieu estabelece mais claramente o papel do Judiciário, mas não resolve a questão do controle dos atos de política externa. Para o pensador francês, as leis elaboradas pelo Legislativo visavam regular relações internas ao país. Por sua vez, o Judiciário é concebido somente como um poder para julgar conflitos (também internos), não alcançando a dimensão internacional da ação do Estado, competência do Executivo.⁷

A idéia de democracia vem reforçar no Poder Legislativo o papel de controle do Poder Executivo⁸, inclusive no que se refere à condução da política externa. O menor papel do Judiciário decorreria da tradição *lockeana* de ressaltar a imbricação das funções administrativa e judiciária⁹ e da especialização contida no pensamento de Montesquieu (que restringe o poder de julgar às questões criminais

e às disputas civis¹⁰), constituindo prováveis razões para a resistência dos tribunais em pronunciar juízos de valor sobre os critérios políticos (internos e externos).

A decisão da Suprema Corte Norte-americana no caso *Marbury versus Madison* constitui uma transição fundamental das relações entre os poderes estatais, passando o Judiciário a desempenhar um papel político não somente no controle do Executivo, mas também do Legislativo.¹¹ Conforme explica Schwartz (1999):

Chief Justice John Marshall treated the case as a test of the rule of law, despite its heavily political aspects. In the Court's first great decision and opinion [U.S. Supreme Court decision in *Marbury v. Madison* in 1803], Marshall established the basic principle that the executive is accountable to a court of law for an alleged failure to obey 'particular acts of Congress and the general principles of law' (emphasis added) to the detriment of a person's individual rights. The Court went further, however, and applied this same principle to the legislature. Insisting that the Constitution is 'a fundamental and paramount law, established by the people to limit the powers of the diverse branches of government including most particularly the legislature', the Court declared that a legislative act 'repugnant' to the 'fundamental paramount law' is 'void' and does not bind the courts.¹²

E o sistema judicial brasileiro se inspira no modelo norte-americano, apesar de depois evoluir para um sistema misto e peculiar.¹³ Todo esse quadro é importante para a compreensão do papel do Poder Judiciário no Brasil atual e do tema desse artigo, a saber, a judicialização da política externa.

A sanha legislativa do Executivo, que historicamente começa a ser traçada a partir do estabelecimento do Estado do Bem-Estar Social,¹⁴ e a falta de um papel mais ativo do Legislativo, permitindo indiscriminadamente acordos em forma simplificada que não passam pelo seu crivo,¹⁵ ressuscitam e reforçam a discricionariedade do Poder Executivo na condução da política externa na linha de interpretação de Locke e Montesquieu.

Formalmente, o Legislativo consagrou o papel de controle da atuação externa do Estado. Isso está patente, por exemplo, na disposição do art. 4º da Constituição da República que estabelece os princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil. No entanto, esses próprios princípios são, de acordo com algumas interpretações, meras formalizações de um modo de conduzir a política externa gestado na prática do Poder Executivo.¹⁶ Ora, é de convir que, se essa origem tem algum fundamento e se ela não inibe o exercício potencial de controle, ela também não permite a identificação de uma linha de atuação independente como forma de aferir o efetivo funcionamento de um sistema de freios e contrapesos. Com efeito, na prática, apesar de ter havido esboços (no âmbito interno do Congresso Nacional) de exercer um maior controle, por exemplo, sobre as operações do Brasil com o FMI, o Legislativo tem se mantido omissos nessa questão.¹⁷

Nesse contexto, o Judiciário, que passou a ter um papel mais ativo na cena política a partir da Constituição de 1988,¹⁸ pode vir a suprir uma lacuna que não tem sido preenchida pelo Poder Legislativo. Mais ainda, a amplitude do conceito de *horizontal accountability*¹⁹ permite visualizar a integração de novos componentes no sistema de freios e contrapesos brasileiro, como, por exemplo, os tribunais internacionais de direitos humanos cujas ações podem ter implicações políticas e econômicas.²⁰

Poder Legislativo: cúmplice do Executivo na formação da vontade estatal

Para o Direito Internacional tradicional, a responsabilidade do Estado é uma e indivisível. Portanto, não contempla os eventuais conflitos entre poderes, existentes no plano interno. Quer dizer, na verdade, eles (os conflitos) podem até ser considerados, mas não servem para eximir o Estado de responsabilidade. Não importa se determinado ato se originou no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, ou se visou somente efeitos internos. Se, de algum modo, mesmo não intencionalmente, teve repercussões externas suficientes para constituí-lo em um ato ilícito conforme o direito internacional, o Estado passa a ter o dever de reparar o outro Estado contra o qual foi cometido tal ilícito (desde que obviamente não haja alguma circunstância excludente de responsabilidade).²¹ Conforme já salientado na introdução, o DIDH amplia essa doutrina, conferindo um caráter coletivo para a obrigação de proteção aos direitos humanos e transformando as vítimas de violações em destinatárias das reparações,²² e conseqüentemente aumentando os riscos do exercício da política externa.

Assim, os atos do Legislativo, como os atos de quaisquer dos poderes, são capazes de gerar responsabilidade internacional. Porém, uma vez superada a fase de concretização da vontade estatal, existe em tese um baixo grau de conflitividade entre o Executivo e o Legislativo. A evolução histórica do Direito Internacional consagrou a necessidade da convergência de vontades do Executivo e do Legislativo para que um Estado assumira uma obrigação internacional.²³ Se houver conflito entre esses dois poderes, o compromisso do Estado como um todo não chega a se efetivar. Ou seja, o Legislativo exerce um controle sobre a condução da política externa realizada pelo Executivo, até o momento em que o segundo precisa da concordância do primeiro para a manifestação da vontade do Estado.

A Constituição brasileira de 1988 filiou-se à tradição histórica *supra* ao instituir um tratamento complexo para a aprovação de tratados internacionais com a participação do Executivo e do Legislativo.²⁴ Isso significa que a norma internacional é negociada e assinada pelo Ministério das Relações Exteriores com delegação do Presidente da República. A seguir, é enviada para análise, discussão e votação do Congresso Nacional. Sendo aprovada pelas duas casas, precisa ser ratificada pelo Executivo junto ao *forum* internacional que a originou. Finalmente,

a norma é então promulgada e publicada pelo Presidente por meio de um decreto, quando então “transforma-se” em direito interno.²⁵ Qual controle ocorre por parte do Legislativo a partir desse momento?

Os acordos do Brasil com o Fundo Monetário Internacional – FMI – fornecem um exemplo prático da questão. Medeiros (2003) argumenta que, mesmo não sendo considerados tratados *stricto sensu*, as cartas de intenções do Brasil com o FMI deveriam ser submetidas à aprovação do Senado com base no art. 52, V, da Constituição. A interpretação mais difundida, porém, é que a autorização concedida pelo Congresso, quando da aprovação do Convênio Constitutivo do FMI, abarcou todos os atos posteriores (meros atos de execução) que, por isso, não precisam de nova aprovação.²⁶ Se um entendimento como esse prevalece em uma questão tão central para o país, é razoável supor que os controles do Legislativo são ainda menos rígidos em outros assuntos de política externa.

O ponto a enfatizar, portanto, não é que o comportamento do Legislativo é omissivo, nem que os controles são inexistentes, mas que o controle somente é mais ativo quando a ação de política externa implica em um ato normativo que precisa de eficácia interna. E ainda: que quando termina o processo de ratificação da norma internacional, há uma tendência maior à omissão por parte do Legislativo. A partir desse momento, o Executivo retoma com maior facilidade a sua discricionariedade na condução da política externa.

Os prováveis motivos para essa falta de atuação do Legislativo são a dificuldade em processar questões técnicas distantes da realidade dos parlamentares e também a sobrecarga da agenda política interna que elimina o espaço para questões externas sem efeitos perceptíveis no curto prazo. Mas não se pode esquecer que essas dificuldades nem sempre impediram a atuação do Legislativo brasileiro.²⁷ Independentemente do Legislativo conseguir ou não superar a inércia, o Judiciário pode desempenhar um papel importante, principalmente considerando as atribuições constitucionais que lhe são conferidas.²⁸

Poder Judiciário: uma incógnita

No cenário descrito acima, em que o Executivo retoma sua liberdade para conduzir a política externa sem estrangimentos internos (diante do controle fraco exercido pelo Legislativo), o Judiciário surge como uma opção para restabelecer o sistema de freios e contrapesos. O Poder Judiciário, detentor do monopólio do poder jurisdicional²⁹, não está vinculado às considerações que levaram os demais poderes a assumir o compromisso expresso na norma internacional. Ele não participou do processo que levou à materialização da vontade estatal e se coloca na posição de aferir a vinculação dos atos dos outros poderes ao texto legal (constitucional ou infraconstitucional).³⁰ Nesse sentido, se o Judiciário desempenhasse realmente sua tarefa, tornar-se-ia uma incógnita para o Poder

Executivo na sua atuação externa, impondo referenciais para ações que tendem a fugir dos limites. Não se argumente que inexistem critérios para este controle (a ser exercido pelo Judiciário sobre a política externa). Basta lembrar que o texto constitucional estabelece todo um conjunto de princípios que devem reger as relações internacionais do Brasil.³¹ Há, nesta matéria, toda uma jurisprudência a ser desenvolvida.

Além disso, conforme aponta um estudo recente,³² os juízes podem ser tanto fonte de resistência quanto canal de aplicação de normas e padrões internacionais. Esse papel se revela principalmente em relação aos tratados de direitos humanos que, de acordo com parte da doutrina, têm hierarquia constitucional.³³

Judicialização da política externa

Desconectada de sua origem,³⁴ a expressão “judicialização da política” popularizou-se no Brasil adquirindo significados diferentes e distantes da proposta original. Melo (2002), por exemplo, chega a transpor o conceito para “judicialização do Estado”, que ele qualifica como o processo que levou os integrantes das carreiras jurídicas a ter uma enorme influência no aparelho estatal brasileiro. Suas críticas vão desde a morosidade e a formalidade do processo judicial, passando pelo distanciamento dos juízes da realidade social e pela falta de transparência do Judiciário e do Ministério Público, até o monopólio da OAB sobre a profissão de advogado, tudo isso sem nenhuma precisão conceitual.

Ao se propor a analisar a judicialização da política por meio do controle de constitucionalidade das medidas provisórias, Leiria (2002), na verdade, fornece um anti-exemplo,³⁵ pois, chamado a interpretar os requisitos de relevância e urgência estabelecidos no texto constitucional para a edição de medidas provisórias, o Supremo Tribunal Federal – STF – recusou-se a examiná-los por considerá-los de “índole política”.³⁶

Nesse caso, coube ao Legislativo (mesmo sendo em um momento tardio) o papel de contrabalançar o Executivo, através da Emenda Constitucional nº 32/2001 que estabeleceu de forma explícita as matérias sobre as quais passava a ser proibida a edição de medidas provisórias, e também instituiu a elaboração de um parecer prévio do Legislativo sobre a constitucionalidade da medida sob análise (aqui sim uma expressão de judicialização da política, pois, significa a adoção pelo Parlamento de um procedimento típico de um órgão judicial).

Leiria (2002) acaba caindo na tentação de relativizar o papel da política no Judiciário ao tentar subsumir a judicialização da política no controle de constitucionalidade em termos dogmáticos.³⁷ Nesse sentido, são extremamente pertinentes as observações de Jucá (1999) sobre a tendência dos juízes, observável principalmente nos países da tradição do *civil law*, em conceber seu trabalho como uma tarefa neutra.³⁸

Percorrendo ainda as interpretações de juristas brasileiros sobre a judicialização da política, o maior mérito de Ferreira Filho (1996) é estabelecer uma correlação entre a estrutura constitucional vigente a partir de 1988 e a forma que o fenômeno assumiu na realidade brasileira, embora ele não faça disso uma apreciação propriamente positiva.³⁹ De fato, ele está muito preocupado com a “politização da justiça” identificada como a infiltração no Judiciário de posições jurídicas transmutadas em correntes partidárias e ideológicas, sob intensa pressão da opinião pública e dos meios de comunicação de massa.

Contudo, essa mesma “politização da justiça” é para Jucá (1999) um ponto de partida para se pensar a reorganização do Poder Judiciário,⁴⁰ pois, ele reconhece neste poder um papel na formulação das políticas públicas,⁴¹ o que exige uma nova identidade.

A par da confusão conceitual, misturada com idéias bem intencionadas, mas desconexas, outros autores, baseados em dados empíricos, vem situando de forma muito mais clara e sofisticada a mudança que se processa no Judiciário a partir de 1988. Vianna *et. al.* (1999), por exemplo, propõem uma explicação para a razão pela qual, mesmo sem grandes mudanças nos componentes da magistratura, ocorreu uma mudança substancial no relacionamento do Poder Judiciário com os outros poderes⁴². Dessa literatura “alternativa” (pelo menos para os juristas) é possível extrair o seguinte conceito de judicialização da política:

‘Judicialização da política’ e ‘politização da justiça’ seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política [...] é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do *staff* judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no Legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito).⁴³

A política externa como novo campo de judicialização

Tendo em vista o conceito apresentado e a realidade brasileira, a proposta final desse artigo é justamente fazer o conceito alcançar a dimensão externa da “judicialização da política”, um campo ainda não suficientemente explorado. Já foi mencionado o potencial controle que o Judiciário poderia exercer sobre os rumos da política externa. A outra hipótese é que um tribunal internacional de direitos humanos poderia vir a ser um novo ator no sistema de pesos e contrapesos do país.

Foi dito que os compromissos internacionalmente assumidos pelo Poder Executivo em matéria de direitos humanos e confirmados pelo Poder Legislativo vinculam o Estado como um todo. No final de 1998, passando por todo o trâmite constitucionalmente necessário para a aprovação de tratados internacionais, o Brasil aceitou como obrigatória para si uma cláusula facultativa da Convenção Americana de Direitos Humanos pela qual a Corte Interamericana, órgão previsto nesse instrumento internacional, passa a ter o poder de julgar o Estado no que diz respeito à conformidade com os direitos humanos garantidos na Convenção. Não é uma competência ampla e irrestrita, pois, abrange somente casos posteriores à aceitação. Ademais, para determinado caso chegar a julgamento precisa passar por várias etapas, entre elas, o esgotamento dos recursos internos e o juízo de admissibilidade da Comissão Interamericana, único órgão legitimado a propor ação perante a Corte.

No entanto, dependendo da interpretação que seja dada para o papel desse novo mecanismo no sistema político e judicial brasileiro, e dependendo também da efetividade que ele consiga alcançar, está-se diante de uma inovação extremamente motivadora da judicialização da política externa. Entre outras competências, a Corte pode determinar o pagamento de indenizações⁴⁴ e tomar medidas provisórias⁴⁵ (espécies de liminar), além do fato de que uma eventual condenação pode ser executada pelos procedimentos judiciais internos do Estado.⁴⁶

Diante dos mecanismos jurídicos existentes, a área dos Direitos Humanos parece apresentar, até o momento, o maior potencial de judicialização da política externa, o que, no entanto, é um fenômeno que também já estaria ocorrendo na área econômica, por exemplo, através dos *panels* da Organização Mundial do Comércio – OMC – e de futuros mecanismos que podem vir a ser criados no âmbito do Mercosul e da Alca. É possível visualizar até uma interligação das duas áreas como já está antevendo, por exemplo, Castro (2002).⁴⁷

Em suma, pode-se dizer que a judicialização da política externa se revela pelo menos de três formas: 1) o ato do Poder Judiciário que acarreta responsabilidade internacional do Estado; 2) as restrições colocadas sobre o Poder Executivo na condução das relações exteriores, na medida em que os tribunais (especialmente o Supremo Tribunal Federal) exigem uma conformidade com determinada interpretação sobre os princípios e normas constitucionais que regulam a ação externa do Estado; 3) mecanismos institucionais internacionais, investidos de funções judiciais, aos quais são atribuídos papéis de equacionamento de impasses entre poderes ou entre o Estado e o indivíduo/sociedade, ou que impõem outros tipos de constrangimentos sobre a política externa do Estado.

As duas primeiras formas, apesar de não serem exatamente “novas”, estão sujeitas a zonas de ampliação desconhecidas (DIDH) ou ressentem-se da falta de elaborações jurisprudenciais e doutrinárias específicas. Quanto à terceira,

talvez não tenha passado nem uma década desde que se tornou uma realidade para o Brasil e, por isso, proporciona um vasto campo de exploração.

Um estudo exploratório: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento de judicialização da política externa brasileira

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (composto pela Comissão e pela Corte Interamericanas) ao qual o Brasil está vinculado apresenta potencialidades e fragilidades.⁴⁸ De um lado, pelo fato de ser um sistema regional, teria em tese maior capacidade de sanção política; abraça concepções de vanguarda sobre os direitos fundamentais; e não se propõe a sufocar as estruturas internas do Estado, exercendo um papel de complementaridade em relação ao sistema jurídico interno.

De outro lado, às vezes sua eficácia é comprometida por um alto grau de politização; não conta com o engajamento dos países desenvolvidos do continente (Estados Unidos e Canadá); e sofre resistências de comunidades jurídicas internas ciosas da preservação de suas “soberanias”, especialmente em países como o Brasil.

Apresenta-se a seguir uma seleção aleatória de casos julgados pela Corte Interamericana envolvendo outros países, e que poderiam ser exemplos de papéis que esse órgão poderia desempenhar na judicialização da política externa brasileira.

Caso do Tribunal Constitucional

Na eleição de Alberto Fujimori para Presidente do Peru em 1990, a Constituição do país proibia a reeleição. Em 1992, Fujimori dissolveu o Congresso e o Tribunal de Garantias Constitucionais, conseguindo fazer aprovar mediante referendo uma nova Constituição para o país. Nessa Constituição era permitida a reeleição.

Nas eleições gerais de 1995, Fujimori se apresentou como candidato, sustentando que teria direito à reeleição. O Congresso, então, promulgou uma “Lei de Interpretação Autêntica” que estabelecia que a reeleição se aplicava somente aos mandatos iniciados após a nova Constituição. O Colégio de Advogados de Lima apresentou uma ação de inconstitucionalidade dessa lei. O Tribunal Constitucional acabou declarando a lei inaplicável (e não inconstitucional) ao caso de Fujimori, decisão tomada por três votos e quatro abstenções, e que favoreceu o Presidente.

O que acabou sendo analisado pela Corte foi o fato de que, após essa decisão, instalou-se no Congresso um processo de destituição dos três magistrados que votaram pela inaplicabilidade da lei. O processo tinha como base uma acusação

de que teriam praticado várias irregularidades, entre elas, a antecipação de seus votos. Os magistrados acabaram sendo destituídos de suas funções.

No entanto, no julgamento político perante o Congresso, participaram os mesmos parlamentares que haviam patrocinado uma intensa campanha contra a decisão do Tribunal Constitucional. Além disso, os mandados de segurança (*amparos*) interpostos contra a decisão do Congresso foram julgados por pessoas que haviam participado de dita campanha. Assim, a Corte Interamericana julgou que o Estado Peruano não respeitou os critérios de imparcialidade exigidos pela Convenção Americana para um julgamento, decidindo a favor dos três magistrados destituídos.

Caso “A Última Tentação de Cristo”

Esse caso tem origem em uma censura judicial do filme “A Última Tentação de Cristo” confirmada pela Suprema Corte Chilena. O Presidente da República desse país apresentou um projeto de reforma constitucional, substituindo o sistema de censura existente por um sistema de qualificação por idade. O projeto foi aprovado pela Câmara, mas até o julgamento da Corte, ainda não havia completado os trâmites para entrar em vigor.

No procedimento perante a Corte, o Governo Chileno, responsável pela representação do Estado no exterior, justificou o ato, afirmando que a Corte Suprema do Chile havia dado primazia ao direito da honra sobre o direito de liberdade de expressão, mas ressaltou explicitamente que discordava dessa jurisprudência.

A Corte Interamericana decidiu que, apesar da existência do projeto de reforma da Constituição Chilena, o Estado tinha deixado de adotar as medidas necessárias para eliminar a censura e permitir a exibição do filme. O Estado teria então descumprido os deveres gerais de adequar o ordenamento jurídico interno às disposições da Convenção Americana, violando assim os direitos dos cidadãos que haviam interposto a demanda contra o Chile.

Caso da Comunidade indígena Awas Tigni

Nesse caso, uma comunidade indígena recorreu à Corte (através da Comissão) contra o Governo da Nicarágua. Alegou a Comissão que o Governo não tomou medidas efetivas para assegurar os direitos de propriedade da comunidade indígena sobre suas terras ancestrais e recursos naturais. Também outorgou uma concessão dentro das terras indígenas sem o consentimento da comunidade e sem que houvesse meios judiciais e administrativos aos quais a comunidade pudesse recorrer para assegurar seus direitos.

Analisando o caso, a Corte determinou que o Estado nicaraguense adotasse no seu direito interno as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro

caráter para que fosse criado um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação de propriedade dos membros da Comunidade Awas Tigni, de acordo com o direito consuetudinário, valores, usos e costumes deles.

A Corte declarou também que foi violado o direito de uso e gozo dos bens (art. 21 da Convenção) dos membros da Comunidade toda vez que não se delimitou e demarcou a propriedade comunitária e que se outorgou concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos localizados na área que deveria ter sido delimitada.

Caso “Cinco Pensionistas”

Os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra (os cinco pensionistas), ex-funcionários de uma empresa estatal, passaram a receber pensões no início da década de 1990, depois de mais de vinte anos de serviço à Administração Pública. As sucessivas mudanças institucionais e da ordem legal vigente no Peru, que passaram a ocorrer a partir dessa época, foram modificando o regime de pensões desses cidadãos, chegando a haver, sem aviso prévio ou qualquer outra explicação, uma diminuição de até 78% da remuneração.

Os pensionistas ingressaram em juízo e obtiveram pronunciamentos favoráveis da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru. O Judiciário ordenou aos órgãos do Estado a correção da situação e o pagamento retroativo de tudo o que havia sido ilegalmente descontado, de acordo com a legislação vigente no momento em que os pensionistas começaram a desfrutar seus benefícios (direito adquirido). Porém, a Administração passou a sistematicamente protelar o cumprimento das ordens judiciais.

A Corte considerou que o Estado peruano violou o art. 25 da Convenção Americana (direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes) em prejuízo dos cinco pensionistas, ao não executar as sentenças judiciais senão depois de passados quase oito anos de quando elas foram proferidas.

Caso Cantos

Depois de anos de disputas judiciais, a ação do Sr. Cantos chegou à Corte Suprema de Justiça da Argentina com o valor de dois bilhões, setecentos e oitenta milhões, quinze mil e trezentos e três pesos, o equivalente na época ao mesmo valor em dólares dos Estados Unidos. O caso tem uma série de nuances que poderiam ser analisadas, mas, atendo-se à questão central, o fato importante era que, de acordo com a lei argentina, a taxa judiciária a ser paga para que a controvérsia fosse apreciada pela Corte Suprema seria de 3% do valor da causa.

A legislação limitava-se a estabelecer uma porcentagem, sem um teto máximo, o que, nesse processo, fazia com que o valor dela fosse de oitenta e três milhões, quatrocentos mil e quatrocentos e cinqüenta e nove pesos/dólares norte-americanos.

A Corte Interamericana cingiu-se à análise da compatibilidade da referida legislação com os arts. 8 e 25 da Convenção Americana, referentes ao direito de acesso à justiça e a um recurso simples e rápido. Decidiu que, embora não considerasse o direito de acesso à justiça absoluto (podendo conseqüentemente estar sujeito a algumas limitações discricionárias do Estado), deveria haver uma correspondência entre o meio empregado (taxa judiciária) e o fim perseguido (impedir demandas temerárias), correspondência que estaria desequilibrada se chegasse à negação do próprio direito. Assim, o valor que estava sendo cobrado do Sr. Cantos não tinha preservado essa correspondência, estando obstruindo o acesso à justiça e violando os arts. 8 e 25 da Convenção.

Uma das faces da judicialização da política externa brasileira

Os casos sumariamente apresentados demonstram que a Corte Interamericana pode vir a se constituir em um novo componente do sistema de freios e contrapesos do país. Os casos contêm situações particulares que conduziram a impasses institucionais, como, por exemplo, no Caso do Tribunal Constitucional que opôs Legislativo e Judiciário, no Caso “A Última Tentação de Cristo” em que a orientação jurisprudencial da Corte Suprema foi claramente contestada pelo Executivo e pelo Legislativo, e no Caso “Cinco Pensionistas” em que o Executivo resistiu à determinação judicial. Há também situações em que a sociedade encontra novos canais de reivindicação, individual e coletiva, contra o Estado, o que aconteceu na defesa das terras da Comunidade Awas Tigni da Nicarágua e na insistência do Sr. Cantos sobre a ilegalidade de uma legislação interna da Argentina.

É lógico que este caminho é apenas ilustrativo, pois, ainda não foi analisado, em sentença, nenhum caso sobre o Brasil. Há, contudo, duas medidas provisórias determinadas pela Corte Interamericana para assegurar a vida e a integridade física de presos da Casa de Detenção José Mário Alves em Porto Velho – RO.⁴⁹ Nesse caso, conhecido como “Urso Branco” (apelido da casa de detenção), o Brasil, por meio da Secretaria de Estado de Direitos Humanos, tomou providências para que as medidas fossem cumpridas,⁵⁰ embora a Comissão não as tenha considerado suficientes.⁵¹ Mais recentemente a prisão foi palco de outra sangrenta rebelião.⁵²

A judicialização da política externa não é um processo que se restringe ao tema dos direitos humanos, mas que, usando a elaboração de Castro (2002), nele encontra elementos para legitimação discursiva em nível interno e externo, isto é, para a agregação de valores não-econômicos ao *policy making*. Nesse sentido

estão os caminhos para o desenvolvimento da teoria das relações internacionais⁵³ e de novas pesquisas com potencial de transcender o conceito de judicialização.⁵⁴

Conclusão

Retomando as formulações clássicas de Locke e Montesquieu sobre a separação de poderes, procurou-se argumentar nesse artigo que o Executivo sempre gozou de certa liberdade na condução das relações exteriores do Estado e que esse pressuposto continua a informar, em menor ou maior medida, a estrutura dos Estados na atualidade. Com o surgimento das sociedades democráticas, o Legislativo passou a exercer um maior controle, permanecendo o Judiciário como a “face interna” da soberania do Estado, voltado para a solução de questões criminais e disputas civis.

O caso *Marbury versus Madison*, julgado no início do século XIX na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, constitui uma mudança radical dessa conformação, ao dar fundamento ao *judicial review* pelo qual as cortes passaram a reivindicar o exercício de um controle sobre as ações do Executivo e do Legislativo.

Esse papel ganha relevância diante do aumento do poder “legislador” do Executivo e da relativa inércia do Legislativo no controle das ações governamentais externas do Estado. Uma inércia que decorre em parte do fato do Legislativo ser cúmplice do Executivo na formação da vontade estatal, conferindo uma espécie de sanção tácita para atos posteriores à aprovação de tratados internacionais. Nessa equação, o Judiciário torna-se uma incógnita, pois, não participou do processo que levou à assumpção do compromisso internacional.

Essa idéia é o ponto de partida para explorar a “judicialização da política”, um conceito que popularizou-se e deturpou-se em algumas elaborações jurídicas, mas que mantém um potencial explicativo, principalmente quando identificado em dois contextos: (1) a ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, e (2) a introdução de procedimentos judiciais em instâncias não-judiciais, nos âmbitos interno e externo.

A partir dessa base, concebeu-se três possibilidades de judicialização da política externa: (1) o Judiciário como fonte geradora de responsabilidade internacional do Estado; (2) o Judiciário como poder capaz de estabelecer parâmetros para a política externa e (3) a adição ao sistema constitucional de pesos e contrapesos de instâncias externas capazes de oferecer soluções para impasses institucionais. Na primeira possibilidade, o Judiciário pode ter uma interpretação de direitos humanos que está ou não em conformidade com a Corte Interamericana ou com outros processos externos judicializados. Na segunda, o Judiciário pode pronunciar juízos de valor sobre as opções de política externa,

principalmente por ter bases muito claras para isso no texto constitucional. Na terceira, uma análise preliminar descortinou a Corte Interamericana como um novo componente do sistema de freios e contrapesos brasileiro.

Maio de 2004

Notas

- ¹ Transcrição de vídeo da Rede Globo de Televisão, exibido no programa Jornal Nacional em 6 de janeiro de 2004. Duração: 2 minutos e 47 segundos. Disponível em <<http://www.globo.com>>.
- ² Cf. por exemplo a concepção de Direito Internacional de REZEK (2002).
- ³ Na definição proposta por SIMMA *apud* RAMOS (2002), p. 26, o Direito Internacional dos Direitos Humanos é o “[...] conjunto de normas jurídicas internacionais que cria e processa obrigações do Estado em respeitar e garantir certos direitos a todos os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles nacionais ou não.”
- ⁴ MELLO (1994), p. 453: “[...] em regra geral, a responsabilidade internacional opera de Estado para Estado. Desse modo, quando o lesado é o indivíduo ou uma sociedade, é necessário que o seu Estado nacional o proteja, endossando (teoria do endosso ou proteção diplomática) a sua reclamação, isto é, tornando-a sua (do Estado)”.
- ⁵ LOCKE (1994), p. 171-172
- ⁶ MARTINS (1985), p. 27-28: “Montesquieu introduziu, de forma científica, a tripartição dos poderes, acrescentando à observação inglesa e aos estudos de Locke, o Poder Judiciário, como poder independente. É interessante notar que a lição inglesa não permitia fosse realçado o Poder Judiciário, visto que o exercício da administração da justiça na tradição costumeira insular – mais dádiva do Estado e do monarca que um direito da plebe – levou Montesquieu a nele descortinar um complexo orgânico formado a partir da lição dos romanos, pela influência do pretorianismo semi-independente, assim como da dos bárbaros e povos autóctones pela experiência milenar do direito repetitivo. Não se esqueceu, por outro lado, da influência da Igreja até a Reforma. Assim, não obstante, à época de Montesquieu, o poder-dever de julgar e a certeza da administração de justiça ter evoluído, na Inglaterra, a razoável grau de independência, Locke não chegou a descortinar força própria de separação [...] Montesquieu intuiu a importância de tal independência, na medida em que a natureza humana é fraca e a fraqueza a serviço da força do poder provoca, decorrencialmente, a prática de uma justiça injusta.”
- ⁷ MONTESQUIEU (1979), p. 148-149: “Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”
- ⁸ KELSEN (1990), p. 275: “O princípio de uma separação de poderes, compreendido literalmente ou interpretado como um princípio de divisão de poderes, não é essencialmente democrático. Ao contrário, correspondente à idéia de democracia é a noção de que todo o poder deve estar concentrado no povo, e, onde não é possível a democracia direta, mas apenas a indireta, que todo o poder deve ser exercido por um órgão colegiado cujos membros sejam eleitos pelo povo e juridicamente responsáveis para com o povo. Caso esse órgão tenha apenas funções legislativas,

os outros órgãos que têm de executar as normas emitidas pelo órgão legislativo devem ser responsáveis para com ele, mesmo que também tenham sido eleitos pelo povo. É o órgão legislativo que tem o maior interesse numa execução rigorosa das normas por ele emitidas. O controle dos órgãos das funções executiva e judiciária pelos órgãos da função legislativa corresponde à relação natural existente entre essas funções. Portanto, a democracia exige que ao órgão legislativo seja dado controle sobre os órgãos administrativo e judiciário.”

- ⁹ FERREIRA FILHO (1992), p. 118: “[...] as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no *modo*, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe.” Cf. também SILVA (2001), p. 554-555.
- ¹⁰ Sobre esse aspecto, fazendo uma referência ao período anterior ao século XIX, JUCÁ (1999), p. 46, afirma que “[...] o Judiciário é poder voltado para a conflitividade entre cidadãos, portanto, destinou-se historicamente a atuar entre particulares, estando, portanto, o Estado, em princípio excluído do seu raio de ação, tanto assim que, historicamente, a justiça era feita em nome do rei ou da coroa, sendo a jurisdição a face interna da soberania [...] ou a porção da soberania [...]”.
- ¹¹ Cf. uma descrição similar em JUCÁ, *Op. Cit.*, p. 46-47.
- ¹² SCHWARTZ (1999), p. 145: “O Presidente da Suprema Corte, John Marshall, tratou a questão como uma prova para o conceito de Estado de Direito, apesar do forte aspecto político do caso. Na primeira grande decisão e parecer da Corte [Decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury versus Madison* em 1803], Marshall estabeleceu o princípio básico de que o Executivo é responsável perante um tribunal por uma suposta falha em obedecer ‘atos específicos do Congresso e os princípios gerais de *direito*’ (sem itálico no original) em detrimento dos direitos individuais de uma pessoa. A Corte foi além, contudo, e aplicou esse mesmo princípio aos parlamentares. Enfatizando que a Constituição é ‘uma lei fundamental e suprema, estabelecida pelo povo para limitar os poderes dos diversos órgãos de governo, incluindo de modo especial os parlamentares’, a Corte declarou que um ato legislativo ‘incongruente’ com a ‘lei fundamental e suprema’ é ‘nulo de pleno direito’ e não vincula os tribunais” (trad. pelo autor).
- ¹³ Cf. SILVA, *Op. Cit.*, p. 557-558.
- ¹⁴ VIANNA *et. al.*(1999), p. 17.
- ¹⁵ MEDEIROS (1995), p. 477
- ¹⁶ Referindo-se ao estilo de comportamento diplomático (inspirado na trajetória do Barão do Rio Branco) que caracterizaria o Brasil, LAFER (2001) afirma: “Este estilo marcou e continua marcando a vida nacional, e por este motivo foi incorporado à experiência da República, que constitucionalizou princípios de política internacional. Tais princípios são um marco normativo que tem como função estabelecer *limites* e promover *estímulos* à ação externa do Estado em consonância com aquele estilo de comportamento diplomático” (p. 48).
- ¹⁷ Cf. MEDEIROS (2003).
- ¹⁸ Cf. MACIEL & KOERNER (2002), p. 123-124.
- ¹⁹ DIAMOND (1999), p. 3: “[...] ‘horizontal’ accountability [...] refers to the capacity of state institutions to check abuses by other public agencies and branches of government. Its ‘locus classicus’ is the interbranch relations among the judiciary, executive, and legislature. These separated powers are supposed to constrain, check, and monitor one another. Today, however, the functional differentiation of the state has gone well beyond this simple tripartite division of powers. The list of ‘agents of accountability’ has expanded to include institutions as variagated as election commissions, electoral tribunals, auditing agencies, anticorruption bodies, ombudsmen, administrative courts, constitutional courts, human rights commissions, and

central banks. Horizontal accountability complements, but is to be distinguished from, 'vertical' accountability, through which citizens, mass media, and civil associations seek to enforce standards of good conduct on public officials."

- 20 ALMEIDA (1997), p. 384: "Todos os instrumentos de defesa dos direitos humanos e de afirmação de direitos sociais e econômicos apresentam, a rigor, implicações econômicas, na medida em que incrementam obrigações para os Estados signatários no sentido de se buscar a promoção ativa dos princípios consagrados nos acordos concluídos, mesmo se o cumprimento é muitas vezes falho e deficiente. Os instrumentos internacionais têm-se notabilizado pela enorme abrangência, exaustividade e inovação conceitual."
- 21 MELLO, *Op. Cit.*, p. 447: "A responsabilidade internacional do Estado é 'o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito segundo o direito internacional deve uma reparação ao Estado contra o qual este ato foi cometido.'"
- 22 Cf. TRINDADE (1997).
- 23 MEDEIROS (1995), p. 476: "O regime da soberania nacional, nascido da democratização dos sistemas políticos, inaugurado pelas revoluções francesa e norte-americana do século XVIII, impõe que quaisquer compromissos externos só possam ser assumidos mediante livre manifestação da vontade da nação. Por isso, contrariando o método secular que reduzia a política externa à condição de problema pessoal dos monarcas, surgiu a noção moderna de que o Executivo não pode assumir compromissos externos, salvo se autorizado pela vontade da Nação, expressa diretamente (hipótese teórica, de aplicação prática muito difícil), ou através do voto da representação nacional, isto é, por intermédio do Parlamento, eleito pelo povo."
- 24 Para uma rápida visualização do quadro normativo constitucional, cf. arts. 49, I; 52, V, 84, VII, VIII, XIX e XX.
- 25 Cf. MARTINS (1996) para uma descrição mais detalhada do procedimento.
- 26 MEDEIROS (2003), p. 72-73. O autor registra que um projeto de resolução do Senado Federal está tramitando desde 1991 e ainda não foi aprovado. A resolução deveria regulamentar a competência constitucional do Senado de autorizar as operações de crédito do Governo com o FMI.
- 27 O parlamento brasileiro na época do império, conforme a pesquisa de CERVO (1981), era bastante ativo em matéria de relações exteriores, não somente na formação da vontade Estatal, mas também na fiscalização dos atos de política externa, na reflexão sobre o interesse nacional e na definição de diretrizes de ação.
- 28 Apoiados na Constituição, os tribunais superiores consagraram o entendimento de que as normas internacionais têm *status* de lei federal no plano interno, podendo haver sobre elas controle de constitucionalidade (art. 102, III, b) e de conformidade com outras leis internas (art. 105, III, a).
- 29 O que significa que o Judiciário seria o último bastião para a solução de um conflito social que tenha como base discussão de direitos. Segundo os doutrinadores, esse princípio está expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição, o qual impede qualquer tipo de restrição à apreciação pelo Judiciário de uma lesão ou ameaça a direito.
- 30 JUCÁ, *Op. Cit.*, p. 45: "[...] o Estado e seus agentes invariavelmente estão obrigados a agir conforme o direito [...] Esta obrigatoriedade, materializada por disposição constitucional expressa nas Cartas Constitucionais mais recentes, e no Brasil, da mesma maneira, implica na construção de mecanismo para a fiscalização desta legalidade, porque, se alguém está obrigado a agir conforme a lei e o direito, outrem está investido do poder de aferir e controlar se esta obediência está realmente acontecendo. Aí está a sede do conteúdo da judicialização, [...] porque, na experiência contemporânea, está sendo atribuído este **munus** de aferição ao Judiciário, porque, também se vem cristalizando um princípio, o da Universalidade da Jurisdição, [...] que é a nova veste daquele que também é denominado de inafastabilidade da jurisdição."

- ³¹ Sobre esse assunto, vale a pena conferir o exercício doutrinário de interpretação desses princípios constitucionais feito por GALINDO (2002). O autor argumenta que, de maneira equivocada, o texto constitucional fala em “relações internacionais do Brasil” quando na verdade deveria ser “relações exteriores”, no sentido de que os princípios procuram abarcar não somente as relações dirigidas ao ambiente externo que fluem de órgãos governamentais, mas toda e qualquer relação.
- ³² COUTO (2003)
- ³³ Cf. PIOVESAN (1997) e TRINDADE (2000), esp. o primeiro anexo documental.
- ³⁴ CASTRO (1997) e MACIEL & KOERNER, *Op. Cit.*, apontam a obra de TATE, C. Neal & VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: NYUP, 1995, como a referência principal. O termo teria sido originalmente proposto em um artigo de Vallinder no v. 15, n. 2, da **International Political Science Review** de 1994 (que também é explorado por FERREIRA FILHO, 1996).
- ³⁵ Outro flagrante anti-exemplo de judicialização da política são as decisões do STF relativas ao mandado de injunção (Cf. FERREIRA FILHO, 1996, p. 145).
- ³⁶ LEIRIA (2002), p. 37
- ³⁷ LEIRIA, *Op. Cit.*, p. 54: “[...] a chamada judicialização da política, do ângulo técnico-constitucional, só ocorre se e quando qualquer dos Poderes da República, diga-se Executivo e Legislativo, obrar em desacordo com os preceitos constitucionais [...] a judicialização do espaço político nada mais é do que o pleno exercício da jurisdição constitucional pelo STF, que é, por óbvio e por força do ordenamento jurídico, o ‘guardião’, o ‘defensor’ da Constituição que lhe outorga tal poder.”
- ³⁸ Cf. JUCÁ, *Op. Cit.*, p. 48 em que ele compara as diferentes reações de juízes do *common law* e do *civil law* diante de “conceitos em branco ou indeterminados” que exigem um juízo valorativo mais elaborado. Sobre a visão de neutralidade, ele explica (p. 46): “[...] o Judiciário foi construído e experimentado como poder ‘politicamente neutro’, sob a capa da imparcialidade e independência dos juízes, postula-se a exclusão, na sua ação, dos fatores históricos e sociais, das circunstâncias dos fatos submetidos ao julgamento, limitando a hermenêutica aos estreitos limites da aplicação da hipótese legal ao caso concreto.”
- ³⁹ FERREIRA FILHO (1996), p. 143: “O próprio estilo (ou sua falta) de redação da Carta de 1988 provoca [a] judicialização [...] o texto não segue nem de longe os padrões de terminologia jurídica [...] E assim força a apreciações valorativas que evidentemente envolvem um grande subjetivismo.” Também na p. 149.
- ⁴⁰ JUCÁ, *Op. Cit.*, p. 54
- ⁴¹ JUCÁ, *Op. Cit.*, p. 40: “Dessarte, significa judicialização da política remeter à decisão judicial as matérias de cunho e caráter de políticas públicas, enfrentando o dilema do ‘fazer ou não-fazer’. Este significado proposto encerra o conteúdo de, de certa forma, o Poder Judiciário participa também, no sentido amplo, do Governo, entende-se governar como participar das formulações decisórias acerca das políticas públicas como serviços prestados pelo Estado na finalidade de atender às ‘necessidades coletivas públicas’.”
- ⁴² Vianna *et. al.*, *Op. Cit.*, p. 9-10: “[...] os magistrados trazidos para o primeiro plano da vida pública são, na sua grande maioria, os mesmos que compunham a tradição institucional do Poder Judiciário. Com toda a notoriedade que alcançaram, nem de longe se assemelham aos magistrados italianos, com seu definido protagonismo na perseguição ao crime organizado e à corrupção na política, ou aos franceses, com a sua sofisticada formação acadêmica e requintada produção intelectual, ou, muito menos, aos norte-americanos, onipresentes em sua sociedade. O que mudara, então? Mudara, sobretudo, a circunstância, fruto de uma alteração na rota do processo de transição à democracia, quando a direção escapou das mãos de personalidades,

- partidos e grupos sociais comprometidos com os valores da tradição republicana brasileira, passando ao controle de lideranças que, em nome de ajustar o país às exigências da chamada globalização, entronizaram o mercado como instância determinante da vida social. A primeira e mais óbvia repercussão desse ajuste foi o desalinhamento do projeto e das ações governamentais em relação ao texto constitucional recém-aprovado. Inevitável, portanto, a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal.”
- 43 MACIEL & KOERNER, *Op. Cit.*, p. 114. Ressalva-se, no entanto, que esses mesmos autores apontam para o esgotamento desse conceito e a necessidade de se buscar outras abordagens (p. 130-131).
- 44 Convenção Americana, art. 63 (1): “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.”
- 45 Convenção Americana, art. 63 (2): “Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.”
- 46 Convenção Americana, art. 68 (2): “A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”
- 47 Comparando o que ele apresenta como métodos de administração da economia, CASTRO (2002) apresenta as vantagens do método jurídico em relação ao econômico em termos do bem visado: não a eficiência, mas a justiça econômica. “No plano nacional, a administração econômica pelo método jurídico deveria ser coordenada pela produção de jurisprudência constitucional sobre direitos fundamentais. E, no plano internacional, tal papel deveria caber aos tribunais de Direitos Humanos” (p. 201).
- 48 Cf. HANASHIRO (2001) para uma descrição detalhada do Sistema Interamericano.
- 49 Resoluções da Corte de 18/06 e 29/08 de 2002.
- 50 Cf. **Folha de São Paulo**. Agência Folha. Comissão [da Secretaria de Estado de Direitos Humanos] visita Estado [de Rondônia] nesta segunda. 30/06/2002.
- 51 Ver considerandos da segunda resolução.
- 52 Cf. ORNAGHI, Thiago. **Folha de São Paulo**. Presos mantêm rebelião e matam mais três pessoas. 21/04/2004.
- 53 Cf. CASTRO (2001).
- 54 MACIEL & KOERNER, *Op. Cit.*, p. 131: “Há [...] espaço para conceitos mais específicos para a elaboração de problemas de pesquisa. No plano macro-institucional, seria o caso de avaliar o papel das instituições judiciais no conjunto de transformações do Estado brasileiro, nas duas últimas décadas, centrando a atenção no *path* histórico desse conjunto, assim como na dinâmica organizacional das diversas burocracias que compõem o sistema judicial. É essencial considerar a crise do Estado desenvolvimentista e seu complexo corporativo de representação de interesses, além das tensões entre o modelo da Constituição de 1988 e o das reformas constitucionais posteriores, cujo sentido foi o de mudar o marco das relações entre os poderes e destes com a sociedade. No plano social, as transformações poderiam ser abordadas de uma perspectiva construtivista, atenta para as formas de normatividade social elaboradas por atores coletivos.”

Bibliografia

- ALMEIDA, Paulo Roberto de. Estrutura Institucional das Relações Econômicas Internacionais do Brasil: Acordos e Organizações Multilaterais de 1815 a 1997. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, vol. 19, nº 2, jul/dez 1997, pp. 307-401.
- CASTRO, Marcus Faro de. Julgar a economia. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Ano 68, n. 1, jan. a mar., 2002, pp. 190-203
- _____. **De Westphalia a Seattle: A Teoria das Relações Internacionais em transição**. Cadernos do REL, Publicação do Departamento de Relações Internacionais da Universidade de Brasília, Caderno nº 20, 2º semestre de 2001.
- _____. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. V. 12, n. 34, pp. 149 – 156, jun. 1997.
- CERVO, Amado Luiz. **O Parlamento Brasileiro e as Relações Exteriores: 1826-1889**. Brasília: EdUnB, 1981.
- COUTO, Estêvão Ferreira. **A relação entre o interno e o internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- DIAMOND, Larry *et al.* Introduction. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry & PLATTNER, Marc (eds.). **The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Boulder: Lynne Rienner and National Endowment for Democracy, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a judicialização da política. **Revista da Procuradoria Geral da República**. N. 9, jul./dez. 1996, p. 141-150
- _____. **Curso de Direito Constitucional**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- HANASHIRO, Olaya Sílvia Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: EDUSP/Fapesp, 2001.
- JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do judiciário. **Ciência Jurídica**. V. 13, n. 85, jan./fev. 1999, p. 39-54
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/EdUnB, 1990.
- LAFER, Celso. **A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil (1690). Petrópolis: Vozes, 1994.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. O controle da constitucionalidade das medidas provisórias : a judicialização da política. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. V. 13, n. 46, 2000, p. 33-55
- MACIEL, Débora Alves & KOERNER, André. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. N. 57, 2002, p. 113-133
- MARTINS, Estevão de Rezende. A Apreciação de Tratados e Acordos Internacionais pelo Congresso Nacional. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos no direito brasileiro**. San José, C.R.: IIDH, 1996.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Separação de poderes no Brasil**. Curso Modelo Político Brasileiro, V. IV, Brasília: PrND/IASP, 1985.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. As operações com o FMI e a competência privativa do Senado Federal. In: SILVA, Roberto Luiz & MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). **O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

- _____. **O poder de celebrar tratados**: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. V. 1 e 2. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MELO, André Luís Alves de. A Judicialização do Estado Brasileiro: um caminho antidemocrático. **Consulex: Revista Jurídica**. V. 6, n.125, p.28-31, mar. 2002.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do espírito das leis** (1748). São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 3. Ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2002.
- REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCHWARTZ, Herman. A Brief History of Judicial Review. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry & PLATTNER, Marc (eds.). **The Self-restraining State: Power and Accountability in New Democracies**. Boulder: Lynne Rienner and National Endowment for Democracy, 1999.
- SILVA, José Afonso. **Direito Constitucional Positivo**. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. I. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.
- _____. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. Ed. Brasília: EdUnB, 2000.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de; MELO, Manuel Palacios Cunha & BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

Casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos

- Serie C No. 71: Corte I.D.H., Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- Serie C No. 73: Corte I.D.H., Caso “La Ultima Tentación de Cristo”. (Olmedo Bustos y otros). Sentencia de 5 de febrero de 2001.
- Serie C No. 79: Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
- Serie C No. 97: Corte I.D.H., Caso Cantos. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002.
- Serie C No. 98: Corte I.D.H., Caso Cinco Pensionistas. Sentencia de 28 de febrero de 2003.
- Caso de la Carcel de Urso Branco (Brasil)
- Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002
 - Resolución de la Corte de 29 de agosto de 2002

Resumo

O objetivo do artigo é fornecer uma base teórica para a compreensão da “judicialização da política externa”, tomando como ponto de partida as elaborações

clássicas de Locke e Montesquieu que conferiam ao Executivo uma grande dose de discricionabilidade na condução das relações exteriores, gradualmente contrabalançada pelo Legislativo e pelo Judiciário. Revisitando a literatura sobre “judicialização da política” e as deturpações a que foi submetida, o autor procura aplicar o conceito para a política externa e analisa cinco casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The purpose of the article is to provide a theoretical basis for the application of judicial proceedings (*judicialização*) in the foreign policy. The starting point is the classical conceptions of Locke and Montesquieu which conferred a great deal of discretion to the Executive for managing foreign relations, what was gradually counterbalanced by the Legislative and the Judiciary. Approaching the Brazilian literature on the expansion of judicial power to the politics and subsequent misrepresentations, the author tries to apply the concept to the foreign policy and analyses five cases of the Inter-American Court of Human Rights.

Palavras-chave: Política Externa; Brasil; Poder Judiciário; Tribunais Internacionais; Direitos Humanos.

Keywords: Foreign Policy; Brazil; Judicial Power; International Courts; Human Rights.