

O direito como integridade e o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais: fundamentos para um *judicial review* da política externa

George Rezende Moraes

Resumo:

O presente artigo analisará a possibilidade de que as medidas adotadas pelo poder executivo no âmbito da sua política externa sejam apreciadas pelo poder judiciário via instituto do *judicial review*, principalmente em relação àquelas medidas políticas que possam afetar o âmbito da proteção dos direitos humanos. Buscará fundamentar tal possibilidade tendo em vista o conteúdo aberto e abstrato dos princípios adotados pela Constituição a reger as relações internacionais brasileiras, bem como a supremacia moral dos direitos humanos, evidenciando-se esta como norma basilar a guiar todos os atos do Estado brasileiro.

Palavras-chave: supremacia dos direitos humanos, política externa, *judicial review*

Abstract:

This article will examine the possibility that the measures taken by the executive branch in its foreign policy to be considered by the judiciary through the judicial review institute, especially in relation to those policy measures that may affect the scope of protection of human rights. Seek support such a possibility in view of the open and abstract content of the principles adopted by the Constitution to govern international relations Brazilian and moral supremacy of human rights, demonstrating that as a general rule to guide all actions of the Brazilian State.

Keywords: supremacy of human rights, foreign policy, judicial review

1 Introdução

A política externa do Brasil tem uma história marcada por diversos afrontamentos aos preceitos guia da Constituição de 1988, os quais estabelecem a necessidade de basear sua atividade na observância os direitos humanos.

O sociólogo Demétrio MAGNOLI destaca que no ano de 2003 enquanto o ex-presidente Lula firmava de maneira contrária às prisões indiscriminadas de suspeitos na guerra ao terror estabelecida pelo presidente dos Estados Unidos, George W. Bush, também naquele ano, em visita à Cuba, negou auxílio à dissidentes do regime de Fidel Castro, momento em que havia fortes suspeitas de que esses seriam assassinados pelo governo cubano como outros o foram.¹

Enquanto no âmbito doméstico, a democracia foi continuamente implementada, integrando a cultura política nacional principalmente na necessidade de conformação dos poderes executivo e legislativo às determinações da Constituição, no âmbito das relações internacionais ainda impera a discricionariedade do poder executivo.²

O que se pretende então neste presente artigo é incitar um debate quanto a possibilidade de revisão pelo judiciário da política externa do Brasil frente à necessidade de observância dos direitos humanos tendo em vista os preceitos constitucionais que estabelecem diretrizes para a relação internacional do Estado Brasileiro e observando os fundamentos do *judicial review*.

Para tanto, num primeiro momento será analisado o núcleo protetivo da Constituição a fim de evidenciar uma busca central pela proteção da pessoa humana por meio de princípios. E ainda, neste mesmo momento, verificar que as relações internacionais não fogem desse mesmo escopo principiológico de regulação.

Da análise da Constituição e seu conteúdo principiológico, será demonstrado como este conceito aberto e abstrato poderá levar uma condução da política externa a âmbitos antagônicos e dicionários se não houver o devido controle, frisando que, apesar

¹ MAGNOLI, Demétrio. O Brasil contra os direitos humanos. Interesse Nacional, ano 1, n. 2, jul.- set. 2008. Disponível em: < <http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/o-brasil-contra-os-direitos-humanos/>>. Acesso em: 11, ago. 2014

² PANNUNZIO, Eduardo. A judicialização das relações internacionais no Brasil em face do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos. 2012. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

de haver certo *check and balance* por parte do legislativo, este se mostra completamente insuficiente.

Na terceira parte serão decalcados os fundamentos do *judicial review*, para posteriormente adentrar na possibilidade de aplicação de tal instituto nos ditames da política externa brasileira.

Por fim, como cerne deste trabalho, será delineado por meio de uma leitura moral dos direitos humanos, os motivos que este deve preponderar sob qualquer outro princípio quando estão em voga as relações exteriores e políticas internacionais do Estado Brasileiro.

2 Relações internacionais e o caráter principiológico da constituição brasileira

John Locke foi o precursor da tripartição do poder, imaginando um Estado composto por três poderes, um Executivo, um Legislativo e o Federativo responsável pelas relações internacionais, juntamente com o poder Executivo.

Para Locke, o único limite na atuação internacional era o bem público. Montesquieu veio então a estabelecer um papel para o poder judiciário, qual seja, conflitos internos, sem resolver a dimensão de um controle da política externa.³

O protagonismo do Executivo e a discricionariedade são identificados por Pedro DALLARI por duas razões: “o elevado grau de imprevisibilidade que marca a realidade de um sistema internacional” e por conta do campo das relações exteriores serem extremamente especializados não podendo ficar a mercê de intempéries políticas internas dos países.⁴

Na distribuição de competências, a Carta de 1988 não fez diferente, atribuindo a maior parte das competências na seara internacional ao poder executivo.⁵ Cite-se alguns exemplos: quando o poder executivo celebrar acordos ou tratados “que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, deve requerer aprovação

³ 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.

⁴ DALLARI, Pedro. Constituição e relações exteriores. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15.

⁵ Manter relações com Estados estrangeiros, art. 84, VII; bem como celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, art. 84, VIII; participação em Organizações Internacionais, art. 21, I. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

do poder legislativo⁶, o que não se faz necessário em casos contrários, nos denominados “acordos executivos”.⁷

Nessa seara, Eduardo PANNUNZIO realizou um estudo analítico das normas internacionais previstas na constituição bem como sua distribuição aos três poderes em termos quantitativos e qualitativos e verificou a presença de 22 normas atributivas de competência e 14 normas conformadoras das relações internacionais.⁸

Frisa-se que foi constatado na supra pesquisa uma atuação complementar entre o legislativo e executivo consubstanciando-se em um modelo de freios e contrapesos entre os poderes.⁹

Apenas com a abertura democrática, sobretudo após 1985, começou um lento processo de redemocratização brasileira, sendo que o ápice desse processo se deu com a promulgação de uma nova ordem constitucional, nascendo assim, a Constituição Federal da Republica Brasileira de 1988.

Neste sentido, Flávia PIOVESAN afirma:

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganharam relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos jamais adotado pelo Brasil.¹⁰

Nesse ponto, não se adentrará na discussão doutrinária entre neoconstitucionalismo e constitucionalismo tendo em vista que fugiria do escopo do trabalho, porém, não se deve deixar de notar que a nossa Constituição inaugurou um novo modelo de pensar e racionalizar o direito.¹¹

As Constituições a partir de meados do século XX, particularmente a constitucionalização de determinados direitos fundamentais, passaram a ocupar nos ordenamentos jurídicos dos Estados um caráter prescritivo, o que Suzanna POZZOLO define como “um conjunto de regras positivas expressas e fundamentais em relação às

⁶ Ibidem, art. 49, I

⁷ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit. p. 65

⁸ A pesquisa completa realizada abrangeu todas as constituições do Estado brasileiro desde a de 1824 até a de 1988. PANNUNZIO, Ibidem. p. 70 - 73; 257 – 247.

⁹ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit. p. 65

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 24.

¹¹ Para temática do neoconstitucionalismo, ver SANCHÍS, Luis Prieto. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Trotta: Madrid, 2003.

outras regras, mas que atingem o status constitucional em razão do particular conteúdo que expressam”.¹²

Essas mudanças geram um novo perfil na Constituição, mais particularmente, no que tange ao englobamento de direitos e garantias fundamentais que elas enunciam, a partir daí, será possível nortear o Brasil nas relações internacionais.

No campo das relações internacionais, destaca-se o artigo 4º que veio regular o campo da atuação na seara internacional do Brasil, fixando assim dez princípios que um único parágrafo traçou o projeto de integração da comunidade latino-americana.¹³

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;
- 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.¹⁴

Interessante notar que os princípios elencados no artigo retro são os mesmos que regem o direito internacional público¹⁵, e nas palavras de PANNUNZIO:

Fazendo-se clara a 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.¹⁶

Para Celso LAFER, o artigo 4º é um símbolo de mudança do regime autoritário para o regime democrático no Brasil, argumentando que “este princípio afirma uma visão do mundo na qual o exercício do poder não pode se limitar à perspectiva dos governantes, mas deve incorporar à perspectiva da cidadania”.¹⁷

¹² DUARTE, Écio Oto Ramos; Pozzolo Susanna. Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006, p. 89.

¹³ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit. P. 64

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁵ LAFER, Celso. A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais. Barueri: Manole, 2005, p. 14.

¹⁶ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit. P. 69

¹⁷ LAFER, Celso. Op Cit. , p. 19

O inciso II do supra artigo desdobra-se ainda no §2º do artigo 5º da constituição, dando maior força normativa ao contexto dos direitos humanos nas relações internacionais, dispondo acerca da não exclusão dos direitos advindos de tratados internacionais de direitos humanos.

A partir da promulgação de tais princípios na Constituição, as relações internacionais tornaram-se “para além da política, um tema igualmente jurídico, posto que regulado pelo direito”,¹⁸ constitucionalização esta que pretende o controle jurídico pelo poder judiciário.¹⁹

Assim, como será demonstrado, a presença de princípios na constituição gera um novo perfil constitucional, que vai atingir a regulamentação das relações internacionais do Estado Brasil, gerando a necessidade de um novo pensamento nas relações exteriores, bem como um novo aparato de controle dos atos, como será demonstrado a seguir.

3. Os efeitos da presença de princípios na constituição: discricionariedade e insegurança na condução da política externa

As presenças de tais princípios a reger as relações internacionais não devem ser encaradas sem ressalvas, visto que devido ao caráter aberto tendem a aumentar a margem de discricionariedade de seus agentes em suas relações internacionais, porém esta imprevisibilidade é apenas aparente, podendo ser enfrentada pelo poder judiciário.

Ressalta-se os dizeres de Estefânia Maria de Queiroz BARBOZA:

Não obstante, com o Constitucionalismo, tal realidade não é mais possível, uma vez que as leis só serão válidas se compatíveis com a Constituição, que, por sua vez, é dotada de normas principiológicas e direitos fundamentais de caráter aberto e abstrato. Ainda, esta mudança de supremacia da lei para supremacia da Constituição leva a uma aparente insegurança, na medida em que o conteúdo aberto das Constituições não pode ser definido a priori, mas dependerá do contexto histórico, social, moral e cultural de cada sociedade. Ou seja, na medida em que os textos constitucionais possuem características vagas, abertas e abstratas, não há uma segurança na definição exata de seu conteúdo a priori para que se possa definir o limite material da constitucionalidade e validade da lei. Destarte, o fato de uma norma estar prevista num Código não dá certeza de que ela será aplicada, nem de que modo o será, especialmente quando envolver questões relacionadas a princípios e direitos fundamentais.²⁰

¹⁸ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit. 73

¹⁹ LAFER, Celso. Op Cit. , p. 16

²⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 33.

Ronald DWORKIN entende que uma regra possui uma aplicação “tudo-ou-nada” que independe do argumento, enquanto o princípio é um padrão a ser observado que enuncia modelos de argumentos que é incompleto em um caso concreto, ou seja, é uma razão que direciona uma posição em uma certa direção.²¹ Ademais, uma regra possui sua base depositada em um princípio, explicitando o conteúdo normativo do princípio.²²

Afirma ainda que os princípios quando se cruzam possuem uma dimensão de avaliação de peso ou importância que as regras não possuem.²³ Assim, os princípios servem para dar forma à uma regra que só vai existir após a decisão, em que se justifica a aplicação de uma nova regra.²⁴

Assevera ainda o autor que a distinção entre princípio e regra é meramente formal, pois o papel que ambas vão desempenhar são diversos. Um conflito normativo se dá quando em um caso concreto é verificada a compatibilidade e possibilidade de aplicação de duas ou mais normas jurídicas.²⁵

Em caso de conflito entre duas regras, ou seja, quando duas regras preveem resultados conflitantes, umas delas deve excluir a outra e invalidar sua aplicação, via critérios de validade, já possuem uma aplicação “tudo ou nada”.²⁶

As colisões entre princípios não podem ser resolvidas da mesma forma tendo em vista a impossibilidade de falar em invalidade do mesmo. Para Dworkin, em caso de conflito entre princípios o interprete deve levar em consideração a força e peso relativo de cada um aplicável ao caso.²⁷

ZAGREBELSKY afirma que os princípios desempenham função constitutiva do ordenamento jurídico, enquanto as regras por esgotarem sua força em si, mesmo estando escritas na constituição, são meras leis reforçadas em sua forma especial. As regras proporcionam modo de ação, enquanto os princípios fornecem critérios para tomada de posição em um caso concreto que parece indeterminado *a priori*.²⁸

²¹ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 35 - 39

²² Ibidem, p. 106

²³ Ibidem, p. 40 - 53

²⁴ Idem

²⁵ Ibidem, p. 47

²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47-49.

²⁷ DWORKIN, Ronald. Op. Cit. p. 39

²⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Madrid: Trotta, 2007, p. 110

Na teoria dos princípios de Robert ALEXY, os princípios são entendidos como mandados de otimização, “que ordenam que seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”²⁹, podendo ser realizados em diferentes graus com base nas possibilidades fáticas e jurídicas existentes (e este âmbito é limitado pelo número de regras e princípios colidentes). Já as regras são sempre satisfeitas ou não, ou seja, se válido seu conteúdo deve ser executado.³⁰

A elevação de certas normas a princípios constitucionais se fez necessária já que em uma sociedade plural a presença de minorias é uma realidade e sua defesa deve ser garantida, havendo então nessa seara de proteção a tensão entre democracia procedimental e constitucionalismo ou democracia substancial.

Tensão essa que significaria a limitação da liberdade de deliberação de representantes eleitos de um povo frente a garantia de direitos fundamentais de uma minoria.³¹

A teoria constitucionalista, em contramão à procedimental que somente se importa em analisar se os meios foram observados independentes dos fins alcançados, presta-se a verificar a compatibilidade ou não intromissão de atos ou leis com os direitos fundamentais mesmo que implique em adentrar em esferas dos poderes Executivo e Legislativo.³²

O conceito abstrato e incompleto dos princípios que somente pode ser averiguado no caso concreto leva de maneira indubitável a uma discricionariedade na sua aplicação e insegurança jurídica.

Cumprido ressaltar que o usar da expressão “discricionariedade” é, como explica Dworkin, no sentido fraco, quando a decisão tomada não pode ser revista ou cancelada por nenhuma outra autoridade.³³

Deve-se entretanto destacar sobremaneira que o fenômeno da constitucionalização dos atos e normas infraconstitucionais não deve “admitir respostas simplificadoras, sob pena de perpetuação de tradições autoritárias e/ou voluntaristas

²⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90 e 91

³⁰ Idem

³¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 26 e 25.

³² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Jurisdição Constitucional... Op. Cit. p. 50 et al

³³ DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Op. Cit. p. 50 e 51

que, embora venham sendo rompidas, ainda marcam a construção do direito, das decisões judiciais e políticas e das instituições brasileiras”.³⁴

Celso LAFER suscita ainda que a presença de tais princípios na constituição suscita antinomias tendo em vista que alguns possuem um caráter mais nacionalista (princípio da não intervenção), e outros mais internacionalista (princípio da prevalência dos direitos humanos).³⁵

Porém o que será demonstrado a seguir é que na condução da política externa brasileira, apesar de aparente conflito normativo entre os princípios e ausência de hierarquia entre eles, deve-se sempre prevalecer o princípio da observância dos direitos humanos tendo em vista seu caráter protetivo superior frente aos outros.

Como afirmando anteriormente, em alguns casos, é imprescindível o aval do poder legislativo para firmar acordos internacionais, porém tal aval somente é necessário quando há de se firmar tratados sem efeitos perceptíveis a curto prazo.³⁶

Partindo-se então da premissa que o texto normativo com conteúdo principiológico tem um conteúdo aberto, o judiciário nesse cenário tem um papel central a ser desenvolvido, observando as atribuições constitucionais que lhe foram conferidas.

4. Direito como integridade e a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais

Dworkin entende que a política deve ser pautada na virtude da equidade, para que encontrar possa garantir a todos os cidadãos a mesma participação no processo de escolha política. Virtude do devido processo legal adjetivo, referente à observância de um processo adequado no julgamento de um indivíduo. Já a virtude da justiça preocupa-se com a observância das decisões tomadas pela equidade, devendo portanto os atos da política serem moralmente justificáveis.³⁷

Nas palavras de Dworkin:

³⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In CLÉVE, Clémerson Merlin (cord.) Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. v 1. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 49

³⁵ LAFER, Celso. Op Cit. , p. 21

³⁶ COUTO, Estêvão Ferreira. Op. Cit. p. 6

³⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 199 e 200.

Exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos e fundamento em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns.³⁸

Essa ideia de tratamento igualitário de casos semelhantes é expressada por Dworkin em forma de uma quarta virtude, a integridade política. Os direitos existem não somente expressos em documentos legislativos, ou precedentes judiciais, mas sim numa percepção de moralidade comunitária que vão dar conteúdo e valor aos princípios insculpidos na constituição.³⁹

Estefânia BARBOZA defende que se deve fazer uma leitura moral dos direitos humanos pois como afirma Dworkin tais direitos fazem referências a princípios morais, que só terá conteúdo em caso concreto.⁴⁰

Quando estão em pauta direitos humanos, como nas relações internacionais, por envolver questões de ordem moral, Dworkin afirma que “para moldar e responder questões de moralidade política”⁴¹, ou seja, deve-se respeitar as práticas constitucional interna da comunidade.

Nas palavras de Estefânia BARBOZA:

É aí que o Judiciário entra para definir o conteúdo desses direitos e princípios fundamentais e para dar a última palavra sobre as questões mais controvertidas da sociedade que envolvem moralidade política, sobre as quais até aquele momento as instituições majoritárias não conseguiram chegar a um consenso.⁴²

Se determinado governo adotou como compromisso internacional o respeito aos direitos humanos no âmbito interno, e como princípio a reger suas relações internacionais a prevalências de tais direitos, uma leitura moral dos direitos humanos com vista a sua integralidade, obriga o mesmo respeito e observância que se tem na ordem interna para a ordem externa.

Como afirma CHUEIRI, a constituição sendo uma norma, “está ancorada na história, na prática e na integridade”⁴³. A integralidade constitucional quer dizer que as atitudes, sejam ela por parte dos juízes, ou nos princípios observáveis pelo executivo,

³⁸ Ibidem, p. 203.

³⁹ Ibidem, 197 - 203

⁴⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... p. 119

⁴¹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. p. 207

⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... p. 149

⁴³ CHUEIRI, Vera Karam de. O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Direito e discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, 164.

não podem ser fundamentadas em um juízo moral qualquer, mas sim, alinhando com o “desenho estrutural da constituição como o todo”.⁴⁴

Busca-se assim, a partir de uma leitura do direito como integridade para Dworkin, afirmar que tal integração deve ir além da regulação jurídica interna, mas sim, que os ditames internos do estado em relação a sua política externa, e aqui estando a se destacar a política de proteção dos direitos humanos, deve coadunar-se e ser integralizada com a política externa, não podendo haver disparates práticos entre elas.

Condena-se assim uma decisão que parece certa isoladamente, mas é incompatível com outras decisões igualmente consideradas, já que, no direito concebido por princípios é inadmissível a ideia de uma decisão por estratégia, com conseqüente distribuição desigual de benefícios.⁴⁵ Esta ideia ganha maior aderência quando tal decisão tem o cunho protetivo dos direitos humanos.

Na teoria das relações internacionais há o chamado “jogos dos dois níveis de Putnam” afirmando que a política doméstica influencia na formação da política internacional e esta ratifica a doméstica.⁴⁶

Aceitar limitar sua soberania para a ordem internacional dos direitos humanos “reforça as preferências políticas de um governo específico num determinado tempo contra futuras alternativas políticas domésticas”.⁴⁷

A Carta de 1988 é a primeira Constituição a determinar o princípio da prevalência dos direitos humanos como base e fomentador a reger as relações internacionais brasileiras, conforme extrai-se do artigo 4º, II.

A primazia dos direitos humanos demonstra uma abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional dos direitos humanos, e dar vulto ao fato que tal abertura não versa tão somente à elaboração de normas, mas sim o ajustamento do ordenamento jurídico doméstico às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, tal como assumir uma posição política de repúdio aos Estados em que os direitos humanos não sejam respeitados.⁴⁸

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15

⁴⁵ Ibidem, p. 135 - 139

⁴⁶ LIMA, Maria Regina Soares. Instituições Democráticas e Política Exterior. Revista Contexto Internacional, v. 22, n. 2, 2000, p. 276

⁴⁷ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... p. 111

⁴⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito... p. 40.

A abertura implica nos deveres de respeitar, proteger, implementar e cooperar com a realização dos Direitos Humanos nos sistemas em que o Brasil tenha aderido. Este dispositivo ainda assegura a jurisdição obrigatória de tribunais internacionais, desde que envolvam matérias de direitos humanos, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.⁴⁹

O cerne do ordenamento jurídico condicionaria assim a uma relativização da soberania estatal, pois se rompe com a concepção tradicional da soberania absoluta, em prol da proteção dos direitos humanos, no momento em que este se tornou o parâmetro obrigatório brasileiro.

Pode-se inferir conforme dizer de Flávia PIOVESAN que “a dignidade da pessoa é o núcleo base informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional.”⁵⁰ Nota-se no artigo 1º da Constituição o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, assim o constituinte originário deu relevância e preferência para que os direitos fundamentais fossem princípios informadores da realização do princípio democrático.⁵¹

Como afirma Jorge Miranda: “a constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa da pessoa, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.⁵²

A Constituição não apenas incorpora no rol de direitos fundamentais os direitos civis e políticos, mas também os sociais, conjugando assim os princípios da indivisibilidade e interdependências dos direitos humanos, nos quais a liberdade se conjuga com a igualdade.

Com o intuito de ratificar a imperatividade das normas de direitos fundamentais foi instituído o §1º no artigo 5º da Constituição pátria que abarca o instituto da aplicabilidade imediata de tais normas, cabendo aos poderes públicos dar máxima e imediata efetividade.⁵³

⁴⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 120.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 27.

⁵¹ *Ibidem*, p. 26.

⁵² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 166.

⁵³ *Ibidem*, p. 36

Fazendo expressa citação que todos os direitos e garantias fundamentais não excluem outros decorrentes de tratados internacionais, o constituinte deu aos direitos internacionais um patamar especial e diferenciado em relação aos outros direitos, desde que versem sobre direitos humanos, já que estão visando a proteção dos direitos e garantias dos indivíduos perante o Estado e terceiros.

Flávia PIOVESAN leciona ainda que ao fazer esta interpretação sistemática da constituição, dá-se a máxima efetividade, não podendo de forma alguma conferir a uma norma constitucional um sentido que possa lhe retirar a razão de ser.

E continua “a hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana”⁵⁴.

É nesse contexto que o Brasil passou a incorporar importantes tratados internacionais de direitos humanos, sendo o primeiro deles a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis.

Faz-se clara ligação, entre a redemocratização do Estado Brasileiro, e a incorporação de relevantes instrumentos internacionais, compondo uma imagem mais positiva do Brasil em um contexto internacional, como país respeitador e garantidor de direitos humanos.

5. Fundamentos da *judicial review* e o controle da política externa

Visando dar respostas às barbáries perpetradas pelos regimes nazistas durante a Segunda Guerra Mundial, diversos países adotaram modelos constitucionais em que os direitos humanos estariam positivados como direitos fundamentais, a fim de que tais novos regimes democráticos evitassem regimes autoritários.⁵⁵

Nos países que guardavam no Parlamento a máxima autoridade, surgiu a necessidade de adoção do *judicial review*, a fim de limitar um poder arbitrário por meio de controle de constitucionalidade dos seus atos, a ser efetuado pelo poder judiciário.⁵⁶

As conquistas do Estado de Direito com um Parlamento soberano se mostraram insuficientes, principalmente na metade do século XX quando eclodiram as duas

⁵⁴ Ibidem, p.55.

⁵⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Op. Cit. . 77.

⁵⁶ Idem

grandes guerras. Ademais, o próprio regime nazista agia dentro das regras concebidas em seu Estados.

No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que a vige a lógica da destruição, em que a crueldade se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de reestruturar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte de direito. Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos.⁵⁷

Até então, o estado de direito existente era meramente formal, “indiferente aos valores éticos ... [os regimes totalitários] ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei.”⁵⁸

Há uma mudança da supremacia da lei para uma supremacia da Constituição, que estabelece os direitos individuais dos cidadãos, e ainda, limita a atividade dos parlamentares como resposta aos crimes perpetrados durante a Segunda Guerra.⁵⁹

Dessa forma, a Constituição surge com o status de superlaw, como tentativa de as pessoas criarem obrigações duradouras para si mesma e para o governo, para garantir que certos princípios e direitos fundamentais não fiquem à disposição da deliberação e eventual rejeição pelas maiorias eleitorais. A Constituição aparece, dessa maneira, como um documento solene que expressa não apenas intenções ou expectativas, mas verdadeiros compromissos públicos.⁶⁰

O direito então resgatou os valores éticos e morais com foco central na dignidade da pessoa humana, constituindo um rol de direitos fundamentais protegidos da maioria dos parlamentares.⁶¹

E ainda, o novo paradigma constitucional estabelecido no pós-guerra tem por base a força limitadora dos direitos humanos tanto dos Legislativos, como do poder Executivo.⁶²

Estefânia BARBOZA afirma que somente com a possibilidade de um *judicial review* e a possível atuação do poder judiciário na interpretação do conteúdo dos direitos humanos, há de se falar em função de guardião da constituição contra todas as ações do Estado eventualmente incompatíveis.⁶³

⁵⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito..., p. 122.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 47

⁵⁹ FIORAVANTI, Maurizio. Estado y constitución. In: _____(org) El Estado moderno em Europa. Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004, p.19

⁶⁰ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... Op. Cit. p. 108

⁶¹ Ibidem. p. 81

⁶² Ibidem. p. 85

⁶³ Ibidem. p. 88

O fato é que a maioria dos países reestruturaram seus sistemas jurídicos, optaram por introduzir e ampliar instrumentos de controle de constitucionalidade nos seus textos, ao passo que a constituição converteu-se em norma jurídica. A possibilidade de controle de constitucionalidade do atos do legislativos e do governo – via executivo confere maior força a supremacia à constituição.⁶⁴

Ademais, tais normas ao incorporarem em seus textos direitos fundamentais e princípios de moralidade política, abrangendo a proteção aos direitos humanos, a moralidade foi introduzida no interior do direito e posta em grau hierárquico mais elevado.⁶⁵

No sistema brasileiro, foi dada aos juízes a competência para o trabalho interpretativo da constituição, porém, a crítica seria que, ao contrário do executivo, aqueles não seriam representantes eleitos pelo povo, ademais, estes juízes poderiam impor a sua moralidade política frente ao grande público.⁶⁶

Integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou 38 projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.⁶⁷

O juiz é capaz de tal façanha pois na visão do direito como integridade, aceita o direito como ele é. O direito integral exige que o juiz abstraia e busque ao máximo verificar todos os princípios subjacentes.

Porém, salienta-se que sendo os juízes oriundos da mesma sociedade, é improvável que venham a criar direitos que não sejam reconhecidos pela sociedade ou queiram prejudicar a mesma. E ainda quando judiciário decide contrariamente à vontade da maioria ele está protegendo direitos de uma minoria.⁶⁸

É aí que o Judiciário entra para definir o conteúdo desses direitos e princípios fundamentais e para dar a última palavra sobre as questões mais controvertidas da sociedade que envolvem

⁶⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: _____; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 118.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... Op. Cit. p. 121

⁶⁷ DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 197

⁶⁸ Ibidem, p. 145-146

moralidade política, sobre as quais até aquele momento as instituições majoritárias não conseguiram chegar a um consenso.⁶⁹

Ernani de CARVALHO sintetiza a discussão sobre o debate da judicialização da política em dois turnos: a primeira que se dá no âmbito normativo que aborda a supremacia da Constituição sobre a decisão dos parlamentares, a segunda se preocupa com o ambiente político e institucional.⁷⁰

No decorrer dos anos, o poder do judiciário vem sendo chamado a resolver litígios que envolvem o conteúdo dos direitos humanos e das políticas que demandam para sua proteção e efetivação. Tal fenômeno é caracterizado como judicialização da política e “pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais.”⁷¹

A favor de corte do judiciário desempenhando como partícipe no processo de formação da interpretação da constituição com argumentos fortes, em detrimento ao juiz que assume um papel corajoso porém mitigador da democracia deliberativa, cunhando para este o termo o termo “guardião entrincheirado”:

Que significa produz uma mistificação e atribui à corte um ônus extremamente pesado que ela não é capaz de carregar. Ao arrogar-se a responsabilidade de, olímpica e solitariamente, salvar a democracia contra a vontade dos outros poderes, a corte arrisca-se a criar um feitiço contra si mesma que tende a culminar ou numa prática decisória tímida e acanhada, ou numa reação mais agressiva (e menos deliberativa) do outro poder.⁷²

No caso do poder executivo e da sua política externa, tal temática é classificada por Pannunzio em três áreas: 1) decisões relacionadas a questões internas com reflexos no plano internacional; 2) controle de constitucionalidade de atos normativos internacionais e; 3) controle de atuação do poder executivo como poder competente na condução da política externa brasileira.⁷³ É nessa terceira área que o trabalho tem seu enfoque.

Pode-se identificar a atuação do judiciário no controle de atos do poder executivo enquanto este, poder competente na condução da política externa avalia

⁶⁹ Ibidem, p. 149

⁷⁰ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política. Curitiba: n. 23, nov. 2004.

⁷¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes Judiciais... Op. Cit. p. 93

⁷² MENDES, Conrado Hübner. Constitutional Courts and deliberative democracy. Oxford. Oxford, 2014, p. 180.

⁷³ PANNUNZIO, Eduardo. Op. Cit.97

cumprimento de exigências de ingressos de estrangeiros no território nacional⁷⁴ e de pedido de refúgio.⁷⁵

O poder judiciário não participaria do processo que leva a materialização da vontade estatal, mas se coloca numa posição posterior de verificar a vinculação do ato ao texto constitucional.⁷⁶

Assim, não pretendendo o presente trabalho esgotar a temática e tão somente iniciar o debate nessa seara tendo em vista ser um tema escasso na doutrina, faz-se a defesa da prevalência e dever de observância dos direitos humanos pelo poder executivo em qualquer atitude no plano internacional, haja vista sua supremacia adotada pela Constituição de 1988.

6. Considerações finais

A Constituição Brasileira de 1988 tratou de incumbir ao poder executivo o controle da política externa reiterando assim posicionamento da doutrina clássica da separação de poderes e do direito internacional.

Porém, a seara internacional não ficou livre de regulação, sendo promulgado princípios a reger as relações internacionais, marcando assim um retorno do Brasil ao escopo democrático e realocando-o novamente na política internacional.

Os princípios ali elencados trazem um caráter novo à política externa brasileira, dando ao poder executivo grande discricionariedade na atuação, tendo em vista o caráter aberto e abstrato na conceituação dos princípios e aparente antinomia entre eles.

O constituinte originário tentou dirimir tal discricionariedade de atuação instaurando a possibilidade de um controle por parte do legislativo, porém, esse controle somente ocorre quando da internalização de tratados internacionais, e não nos demais procedimentos na política externa, deixando assim um largo campo de atuação do poder executivo em que não há qualquer controle por parte dos outros poderes.

⁷⁴ Quanto a primeira, em 2004 o juízo da 1ª Vara Federal da Seção Judiciária do Mato Grosso recebeu em sede de ação cautelar inominada por iniciativa do Ministério público federal o pedido para determinar que a União Federal fizesse exigir junto às autoridades norte-americanas a exclusão dos brasileiros da necessidade de serem fotografados e terem suas impressões registradas ao entrarem nos EUA. O pedido foi acolhido, determinando ainda que a União federal, em vista do princípio da reciprocidade, recolhesse também fotografias e digitais de americanos que adentrassem território brasileiro. Ação cautelar inominada 2004.36.00.000011-0.

⁷⁵ Vide caso Colômbia vs. Collazos. Extradicação 1.008-5 e o caso Itália vs. Battisti. Extradicação 1.085

⁷⁶ COUTO, Estêvão Ferreira. Op. Cit. p. 7.

É necessária a observância do princípio da prevalência dos direitos humanos frente aos outros princípios elencados na Constituição na condução das relações internacionais, tendo em vista seu caráter protetivo superior da dignidade da pessoa humana, que coaduna com a teoria da integridade de Dworkin.

O direito nesse ponto deve mostrar concordância e integralidade, não podendo assim o Estado agir de uma forma na sua política interna e de outra forma na política externa, pois a moral política e a vontade a ser preservada é una e invisível.

Nesse cenário, tendo em vista a ideia de limitação dos poderes, o judiciário encarna o papel de verificação da vinculação entre o externalizado pelo Estado brasileiro na política e a vontade da constituição, principalmente no que tange à prevalência dos direitos humanos, ratificado pela presença de tal princípio a reger as relações internacionais.

7 Referências Bibliográficas

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição Constitucional: Entre Constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Em busca da judicialização da política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem.** Revista de Sociologia e Política. Curitiba: n. 23, nov. 2004.

CHUEIRI, Vera Karam de. **O Discurso do Constitucionalismo: governo das leis versus governo do povo.** In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Direito e discurso: discursos do direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

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

DALLARI, Pedro. **Constituição e relações exteriores.** São Paulo: Saraiva, 1994.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.** São Paulo: Landy Editora, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O Direito da Liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **O Império do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Uma Questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FIORAVANTI, Maurizio. **Estado y constitución.** In: _____(org) El Estado moderno em Europa. Instituciones y derecho. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LAFER, Celso. **A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais.** Barueri: Manole, 2005.

LIMA, Maria Regina Soares. **Instituições Democráticas e Política Exterior.** Revista Contexto Internacional, v. 22, n. 2, 2000.

MAGNOLI, Demétrio. **O Brasil contra os direitos humanos.** Interesse Nacional, ano 1, n. 2, jul.- set. 2008. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/index.php/edicoes-revista/o-brasil-contra-os-direitos-humanos/>>. Acesso em: 11, ago. 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

PANNUNZIO, Eduardo. **A judicialização das relações internacionais no Brasil em face do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos.** 2012. 254 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed São Paulo: Malheiros, 2010.

SCHIER, Paulo Ricardo. **A Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988.** In CLÉVE, Clémerson Merlin (cord.) Direito Constitucional Brasileiro: teoria da constituição e direitos fundamentais. v 1. São Paulo: Revista dos tribunais, p.45 – 60.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil.** Madrid: Trotta, 2007.