

O direito internacional nas cortes brasileiras: o uso de doutrinas de não justiciabilidade pelos juízes federais do Distrito Federal

The international law in the Brazilian Courts: the use of non justiciability doctrines by the federal judges of Distrito Federal

Anderson Santos da Silva¹

Universidade de Brasília

Sumário: 1. Introdução. 2. Como evitar o julgamento de uma causa internacional. 3. A doutrina do ato de Estado. 4. A doutrina das questões políticas. 5. Uma questão de preferência. 6. Analisando as preferências jurídicas em matéria de relações exteriores. 7. O controle judicial da política externa brasileira. 8. Conclusões

Resumo: Este trabalho analisa a relação entre o direito internacional e o direito brasileiro por meio da compreensão do comportamento dos juízes federais do Distrito Federal (DF). Para se alcançar esse objetivo, foram aleatoriamente selecionadas 101 decisões judiciais proferidas por juízes federais do DF sobre direito internacional e realizadas 40 entrevistas semiestruturadas com esses magistrados. A análise dos dados coletados foi feita pelo método da análise do discurso. O marco teórico que iluminou a investigação foi o conceito de “preferências jurídicas” (Gonzalez-Ocantos). A investigação encontrou evidências de que os juízes federais do DF recorrem implicitamente a duas doutrinas de não justiciabilidade como estratégia para evitar o julgamento do mérito das disputas internacionais mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro: a do “ato de Estado” e a das “questões políticas”. A análise do discurso contido nas decisões e nas opiniões dos juízes permitiu a identificação das preferências jurídicas que explicam essa atitude de evitação do direito internacional.

Palabras clave: Direito internacional; Juízes federais do Distrito Federal; Doutrinas de não justiciabilidade; Ato de Estado; Questões políticas.

Abstract: This work analyses the relationship between the Brazilian law and the international law through the understanding of the attitude of the federal judges of Distrito Federal in the judgement of the cases under their jurisdiction. To achieve this goal, it was randomly selected 101 judicial rulings of the federal judges of Distrito Federal on international law and conducted 40 semi-structured interviews with these judges. All the collected data were examined by the using the method of analysis of discourse. The theoretical framework was the concept of “legal preferences” (González-Ocantos). The investigation found evidence of implicit use of non-justiciability techniques such as the act of State doctrine and the political question doctrine to escape from adjudicating the international claims more sensitive to Brazilian foreign affairs. The discourse analysis led to the identification of the legal preferences behind that attitude of avoidance of the international law by the research’s participants.

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Juiz Federal Substituto na Justiça Federal da 1ª Região.

Keywords: International law; Federal judges of Distrito Federal; Non justiciability doctrines; act of State; Political question.

1. Introdução

A questão da relação entre o direito internacional e o direito interno pode ser respondida tanto do ponto de vista filosófico quanto do prático. Se adotada uma perspectiva prática, o papel dos tribunais domésticos assume posição central na interação entre esses sistemas jurídicos. Nesse sentido, mais do que construir modelos teóricos que descrevam as relações entre a ordem jurídica internacional e os diversos sistemas jurídicos nacionais, importa saber como os Estados têm se posicionado internamente perante as normas jurídicas internacionais e, principalmente, como as cortes domésticas lidam com essas normas.

O principal objetivo deste trabalho é compreender a relação entre o direito brasileiro e o direito internacional por meio da compreensão do comportamento dos juízes federais do Distrito Federal (DF) no julgamento das causas de sua competência.

Os dados escolhidos para análise foram as decisões judiciais proferidas pelos juízes federais do DF e as opiniões desses magistrados sobre algumas questões relacionadas ao direito internacional. A técnica utilizada para selecionar as decisões judiciais foi a busca aleatória no banco de decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no sítio eletrônico <https://portal.trf1.jus.br/pesquisadocumentos/index.jsf>, no dia 28 de setembro de 2020. Foram utilizados os seguintes filtros: Tipo Documento (em que foi selecionada a opção "todos"), Seção (foi marcada a "Seção Judiciária do Distrito Federal") e Unidade (foi selecionada a opção "todos"). Os termos incluídos na busca, um após o outro, foram "internacional", "tratado", "convenção", "nacionalidade", "refugiado", "estrangeiro", "organização internacional", "interamericana" e "imunidade". O período escolhido foi de 2012 a 2020. Esse procedimento possibilitou a seleção de 101 decisões e sentenças.

A técnica utilizada para coletar as opiniões dos participantes da pesquisa foi a realização de entrevistas semiestruturadas. Essa parte da pesquisa dependeu da autorização do Comitê de Ética em Pesquisa em Ciências Humanas e Sociais da Universidade de Brasília, o que foi feito pelo Parecer Consubstanciado nº 4.552.235, de 23 de fevereiro de 2021. Todos os 60 juízes federais do DF foram convidados para participarem da pesquisa. A quantidade que respondeu, agendando dia e horário para a realização da entrevista, foi de 40 juízes. As 40 entrevistas foram realizadas no período de 1º de março a 6 de abril de 2021 e, por imposição da pandemia de Covid-19, foi utilizado um sistema de videoconferência (o aplicativo Teams). A pergunta feita aos participantes foi, no que interessa ao presente trabalho, a seguinte: na sua opinião, há questões de direito internacional que não deveriam ser julgadas por juízes?

Depois de colhidos os dados (as decisões judiciais e as opiniões dos juízes), passou-se à fase de análise. A abordagem metodológica escolhida para essa tarefa foi a da análise do discurso. Esse método trabalha com a identificação de categorias, temas e termos-chaves, de padrões de associações e de variações, e das posições das quais os atores sociais lançam os seus discursos², o que, na presente investigação, levou a resultados relevantes para a compreensão do comportamento dos participantes da pesquisa na aplicação do direito internacional.

² TONKISS, F. "Discourse analysis", in SEALE, C. (ed.). *Researching Society and Culture*. 3. ed. London: Sage, 2012, p. 405-423.

O marco teórico que iluminou a investigação foi o conceito de “preferências jurídicas” elaborado por Ezequiel González-Ocantos³ a partir da contribuição do institucionalismo sociológico a respeito do papel das instituições na construção de esquemas cognitivos⁴. Como todas as instituições, os tribunais constroem modos de julgar e interpretar, isto é, molduras cognitivas que se tornam o padrão de conduta em seu seio. Tais ideias então moldam a compreensão dos julgadores sobre a ordem jurídica, o seu papel no sistema e o horizonte de soluções possíveis para os casos.

A investigação encontrou fortes evidências de que os juízes federais do DF recorrem a doutrinas de não justiciabilidade para evitar o julgamento do mérito das disputas internacionais mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro. Essas causas são basicamente aquelas que colocam os julgadores diante de questões sobre a legalidade de atos de Estados estrangeiros ou de atos praticados pelo Poder Executivo nacional na condução da política externa. As duas doutrinas identificadas, ainda que não nomeadas pelos julgadores, foram a do ato de Estado (*act of State doctrine*) e a das questões políticas (*political question doctrine*).

Para expor os resultados da pesquisa, o artigo seguirá o caminho descrito a seguir. Primeiro, serão apresentados os achados que indicam a aplicação dessas doutrinas. Segundo, serão feitas algumas reflexões sobre a doutrina do ato de Estado. Terceiro, será explorado o estado da arte do uso da doutrina das questões políticas no direito internacional e no direito interno. Quarto, será proposto o argumento de que a adoção dessas doutrinas decorre de preferências jurídicas dos juízes. Quinto, será avaliada a consistência dessas preferências. Por fim, serão feitas algumas considerações sobre a possibilidade de controle jurisdicional da política externa no direito brasileiro.

2. Como evitar o julgamento de uma causa internacional

A maioria das causas que têm contornos internacionais não apresenta diferenças relevantes das demais demandas rotineiramente examinadas pelos juízes federais. Em relação a essas não se verificou a aplicação de doutrinas de não justiciabilidade. Observou-se, apenas, a vacilação decorrente da baixa familiaridade dos magistrados com o direito internacional.

Verificou-se, assim, que os juízes nem sempre fogem da aplicação do direito internacional em causas que envolvem, por exemplo, o reconhecimento da imunidade tributária dos funcionários das Nações Unidas prevista na Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas⁵, procedimentos de cooperação jurídica internacional, como previsto na Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças⁶, ou, ainda, o exame de compatibilidade da legislação dos servidores públicos federais com as obrigações contidas na Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁷.

Contudo, quando a causa apresenta uma dimensão internacional mais profunda, colocando os juízes domésticos diante de questões que tocam a legalidade das relações entre Estados ou organizações internacionais, o cenário é diverso. No

³ GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016.

⁴ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. “As três versões do neo-institucionalismo”, *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209.

⁵ Processos n.º 29986-96.2012.4.01.3400, 53342-57.2011.4.01.3400, 59018-49.2012.4.01.3400, 26281-56.2013.4.01.3400, 46502-31.2011.4.01.3400, 49580-62.2013.4.01.3400, 32210-36.2014.4.01.3400, 37006-70.2014.4.01.3400, 85211-33.2014.4.01.3400, 8035-46.2012.4.01.3400 e 524-26.2014.4.01.3400.

⁶ Processos n.º 43552-10.2015.4.01.3400, 2008.34.00.039638-0, 43552-10.2015 e 36277-73.2016.4.01.3400.

⁷ Processos n.º 22600-15.2012.4.01.3400, 47024-53.2014, 53004-44.2015.4.01.3400 e 43543-48.2015.4.01.3400

tocante a essas causas, observou-se uma marcante autocontenção dos juízes, chegando-se, algumas vezes, à própria negativa do exame jurisdicional da questão.

Essa postura ficou bastante clara em uma série de casos em que médicos cubanos buscaram o afastamento do arranjo internacional entabulado entre o Estado brasileiro, a República de Cuba e a OPAS, relativo ao Programa Mais Médicos para o Brasil. Nesses casos, os demandantes sustentavam que o acordo criava uma situação que os colocava em uma situação desigual em relação aos médicos brasileiros e aos demais médicos estrangeiros, uma vez que a sua participação no programa dependia da intermediação do governo cubano e da OPAS, o que fazia com que parte substancial da sua remuneração ficasse com o governo cubano.

Em todas as 14 decisões relativas a essa série de casos que foram analisadas, os diversos julgadores abstiveram-se de proceder ao controle de legalidade do acordo entre o Estado brasileiro, a República de Cuba e a OPAS. Por trás dessa abstenção judicial, duas premissas foram identificadas.

A primeira é a interpretação do princípio da não intervenção (e de outros princípios afins, como o da independência e o da soberania) como óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros a respeito da legalidade dos atos de soberania de outros Estados (o ato de soberania, no caso, era a celebração do acordo por Cuba em prejuízo dos seus nacionais e a retenção de parte da remuneração dos médicos cubanos). Afirmou-se que, como a República Federativa do Brasil é regida em suas relações internacionais pelo princípio da não intervenção, não poderia o Poder Judiciário brasileiro interferir nas relações entre aquele Estado e um nacional seu. Um(a) juiz(íza) ressaltou que a interferência do Judiciário nessa questão era vedada, “pena de ofensa à soberania dos países envolvidos, especialmente Cuba”.

A segunda premissa é a de que o Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar as decisões governamentais em matéria de política externa. Essa tese foi expressa de modo bastante claro por um(a) juiz(íza):

(...) havendo entendimento entre os Governos Brasileiro e Cubano, para fins de cooperação internacional no âmbito do referido programa, é certo que o acordo firmado entre eles deve ser respeitado, sob pena de gerar riscos indevidos no campo político e diplomático, além de colocar em rota de colisão interesses manifestados por Estados no exercício de sua soberania, por intromissão indevida do Poder Judiciário, em questões afetas diretamente à competência de outro Poder da República.

Essas duas premissas – impossibilidade de exame da legalidade dos atos internos de soberanias estrangeiras e vedação ao controle judicial da política externa do Executivo – refletem os argumentos centrais de duas doutrinas muito conhecidas: a do ato de Estado (*act of State doctrine*) e a das questões políticas (*political question doctrine*), respectivamente. A presença desses argumentos nas decisões judiciais analisadas – sendo que não foi encontrada nenhuma que contivesse um posicionamento diferente – pode ser tomada como um forte indicativo da adoção implícita dessas doutrinas pela prática dos juízes brasileiros de primeiro grau.

3. A doutrina do ato de Estado

O entendimento dos juízes federais do DF no sentido de que não devem se pronunciar sobre atos de governos estrangeiros espelha, em grande medida, a doutrina do ato de Estado (*act of State doctrine*). Essa doutrina preconiza exatamente a impossibilidade de que atos praticados por um Estado soberano em seu território

sejam examinados pela Justiça de outro Estado e foi adotada, pela primeira vez, no caso *Underhill v. Hernandez*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1897⁸.

Na ocasião, discutiu-se a responsabilidade do General Hernandez (comandante de uma força revolucionária venezuelana) por danos causados a George F. Underhill, que residia, à época, na Venezuela. A Suprema Corte entendeu que os atos de Hernandez eram imputáveis ao Estado venezuelano e que tribunais não devem julgar atos praticados por outros Estados soberanos em seus próprios territórios. Nas palavras do tribunal:

*Every foreign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves*⁹.

A doutrina, no entanto, tornou-se famosa em razão do caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, julgado pela Suprema Corte dos EUA em 1964¹⁰. Na oportunidade, essa corte foi provocada a se pronunciar sobre a possibilidade de tribunais estadunidenses analisarem decisões de outros Estados – no caso, o confisco de propriedades de cidadãos norte-americanos pelo governo cubano. Concluiu-se que o caso atraía a aplicação da *act of State doctrine*, que, conforme acentuou a Suprema Corte, decorre fundamentalmente da competência dos ramos políticos do governo dos EUA para conduzir as relações exteriores.

Apesar da semelhança, essa doutrina não se confunde com a imunidade dos Estados, por dois motivos principais. Primeiro, esta – a imunidade estatal – somente é aplicável se o Estado for réu na ação, ao passo que a doutrina do ato de Estado pode incidir mesmo na ausência de qualquer ente estatal na causa, desde que esteja em questão a legalidade de um ato soberano. Segundo, o reconhecimento da imunidade de jurisdição implica a inadmissibilidade da ação, enquanto a incidência da *act of State doctrine* não impede o julgamento do mérito, apenas obsta o pronunciamento judicial sobre a validade da legislação do Estado estrangeiro¹¹.

⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos Da América. Caso *Underhill v. Hernandez*, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.

⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Underhill v. Hernandez*, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.

¹⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, Sentença de 23 de março de 1964 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>.

¹¹ DOLINGER, J. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 99; MADRUGA FILHO, A. "A imunidade de jurisdição e a aplicação direta do costume internacional pelo Judiciário brasileiro" in BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. (ed.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e inovação (estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 73. Para Antenor Pereira Madruga Filho, a única referência encontrada à doutrina do ato de Estado na jurisprudência do STF contém uma confusão com a imunidade jurisdicional dos Estados estrangeiros. No julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, o Min. Celso de Mello afirmou que a relativização da imunidade de jurisdição no tocante aos atos de gestão permite "ao Tribunal do foro afastar a invocação da doutrina do ato de Estado (*Act of State Doctrine*)", dando a entender, equivocadamente, que a doutrina do ato de Estado é a mesma coisa que a imunidade dos Estados (Supremo Tribunal Federal do Brasil (Primeira Turma). Acórdão no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, Julgado em

4. A doutrina das questões políticas

A abstenção dos juízes federais do Distrito Federal em matéria de política externa coincide com a célebre doutrina das questões políticas. Segundo essa doutrina, questões de natureza política devem ser resolvidas exclusivamente pelos ramos políticos do governo (Executivo e Legislativo), estando completamente fora da esfera do controle do Poder Judiciário.

Não deixa de ser paradoxal que a origem comumente apontada da doutrina das questões políticas seja o mesmo precedente que fortaleceu o poder dos tribunais no controle dos atos dos demais poderes: o caso *Marbury v. Madison*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1803¹². No caso, o *Chief Justice* John Marshall afirmou que os atos praticados pelo Presidente no exercício dos seus poderes políticos estão livres de qualquer revisão judicial¹³.

O caso *Marbury v. Madison* também tem sido apontado como a principal causa da conhecida abdicação das cortes norte-americanas em matéria de relações exteriores. Em certo momento desse julgamento, Marshall enfatizou especificamente a não justiciabilidade dos atos do departamento de relações exteriores. Para Thomas Franck, qualquer que tenha sido a intenção dessa "observação aparentemente improvisada" de Marshall, seu efeito foi iniciar uma teoria constitucional, prestigiada até os dias atuais, de que as relações externas são essencialmente diferentes das outras questões de Estado¹⁴ e, conseqüentemente, infensas ao controle jurisdicional.

A atitude de Marshall, também segundo Franck, significou a celebração de uma espécie de pacto faustiano entre os tribunais e os órgãos políticos. Nesse pacto, o Poder Judiciário expandiu o seu poder de fazer a revisão de questões internas, dando em troca para os poderes políticos a supremacia nas questões externas¹⁵. Com o tempo, a aplicação da doutrina das questões políticas aos assuntos internos foi virtualmente erradicada, ao passo que foi reforçada em questões externas¹⁶.

No Brasil, a aplicação da doutrina das questões políticas foi inaugurada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do famoso Habeas Corpus nº 300

20 de junho de 1995 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>).

¹² Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Marbury v. Madison*, Sentença de 24 de fevereiro de 1803 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.

¹³ O *leading case* sobre a matéria é o *Baker v. Carr*, de 1962, em que a Suprema Corte considerou justiciável a discussão sobre redistribuição e redistritamento. Na ocasião, o tribunal apontou seis características que indicam a presença de uma questão política: atribuição constitucional da competência a um departamento político específico; ausência de parâmetros judiciais; a impossibilidade de julgamento sem que se tome uma posição política; impossibilidade de julgamento sem que se incorra na falta do devido respeito aos demais poderes; presença de uma necessidade incomum de não se questionar uma decisão política já tomada; e o potencial de surgimentos de respostas contraditórias dos poderes públicos a uma questão (Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso *Baker v. Carr*, Sentença de 26 de março de 1962 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>).

¹⁴ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 3.

¹⁵ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 12-13.

¹⁶ FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 19.

de 1892¹⁷. O pano de fundo foi a prisão de 46 opositores do então Presidente da República Floriano Peixoto, que se recusava a convocar eleições presidenciais após a renúncia de Deodoro da Fonseca. O STF entendeu que, mesmo em se tratando de direitos individuais, era “impossível isolar esses direitos da questão política” e não era da índole do tribunal “envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo”, razão pela qual não poderia intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente.

Não muitos anos depois, em 1898, o STF já adotaria posição diversa, desenvolvendo a conhecida “doutrina brasileira do habeas corpus”, assumindo que direitos individuais não podem ficar sujeitos a medidas políticas. Desde então, embora não tenha afirmado os limites da aplicação da doutrina, o STF não tem demonstrado receio de intervir em questões políticas relevantes do cenário nacional¹⁸. Pelo contrário, o STF se tornou uma importante arena de disputa política, com efeitos políticos concretos no Brasil¹⁹.

O debate sobre a possibilidade de apreciação judicial de disputas políticas possui uma imensa relevância no direito internacional. A mais influente contribuição sobre essa discussão é a obra *The Function of Law in International Community*, de Hersch Lauterpacht²⁰. O livro, que já foi considerado o mais importante em língua inglesa sobre o direito internacional no século XX²¹, é um verdadeiro manifesto contra a distinção (então amplamente aceita) entre questões jurídicas e políticas, considerando-se estas não justiciáveis perante tribunais internacionais.

Para Lauterpacht, a doutrina das questões não justiciáveis é uma expressão da teoria da soberania²². Desse modo, a doutrina serviria apenas para conciliar, de um lado, o argumento tradicional dos Estados soberanos de que eles deveriam ser os próprios juízes de suas disputas jurídicas com outros Estados e, de outro, com a necessidade de se concluir tratados de solução de controvérsias que apresentem alguma aparência de juridicidade das obrigações²³. Alguns juristas internacionalistas e estadistas – observa Lauterpacht – mesmo conscientes da artificialidade da distinção, aceitaram-na porque seria útil ao propósito de superar a desconfiança dos governos em relação à arbitragem compulsória²⁴.

Lauterpacht identifica as quatro concepções de questões justiciáveis presentes na literatura, que são as seguintes: primeira, disputas jurídicas são aquelas que podem ser resolvidas por normas existentes e determináveis de direito internacional; segunda, controvérsias jurídicas são as de importância menor e secundária, que não

¹⁷ Supremo Tribunal Federal do Brasil (Tribunal Pleno). Acórdão no Habeas Corpus nº 300, Julgado em 30 de abril de 1892 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/H300.pdf>.

¹⁸ LEITÃO, R. G.; SOUZA, J. P. B. “Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo”, *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*, n. 39, 2018, p. 200.

¹⁹ RÍOS-FIGUEROA, J.; TAYLOR, M. M. “Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico”, *Journal of Latin American Studies*, v. 38, 2006, p. 739-766.

²⁰ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.

²¹ KOSKENNIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*. Oxford, v. 79, 2009, p. 366.

²² LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 3. A teoria da soberania foi objeto de ataques diretos do autor em várias das suas obras (GALINDO, G. R. B. “Hersh Lauterpacht: an introduction”, *Panorama of Brazilian Law*, n. 9-10, 2018, p. 277).

²³ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 5-7.

²⁴ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 4-5.

afetam os interesses vitais dos Estados; terceira, questões jurídicas são aquelas em que a aplicação de regras de DIP existentes é suficiente para garantir um resultado que não seja incompatível com as demandas de justiça entre os Estados e com o desenvolvimento das relações internacionais; quarta, disputas jurídicas são as relativas a direitos existentes, não se confundindo com os conflitos de interesses, em que se busca uma mudança no quadro normativo vigente²⁵.

Em seguida, Lauterpacht passa a refutar detidamente cada uma dessas concepções. Primeiro, a novidade de uma disputa nunca impediu qualquer tribunal de solucioná-la recorrendo à analogia, aos princípios gerais de direito, à ponderação de interesses e a argumentos abstratos sobre as necessidades da comunidade internacional²⁶. Segundo, a prática também revela que os tribunais internacionais sempre lidaram com controvérsias importantes, e não apenas com as menores e secundárias²⁷. Terceiro, faz parte da função jurisdicional temperar regras obsoletas ou injustas por meio de referências a propósitos mais amplos do direito, à cláusula *rebus sic stantibus*, ao abuso de direitos ou à equidade²⁸. Por fim, a distinção que opõe disputas jurídicas a conflitos de interesses não serve como base para uma classificação científica das controvérsias internacionais e implica, em última análise, a própria rejeição dos mecanismos de solução judicial²⁹.

Lauterpacht também percebe a necessidade de examinar o argumento de que, mesmo nas ordens jurídicas internas, existem questões excluídas do escopo do direito, de modo que seria irrazoável ou pedante esperar que seja diferente no direito internacional³⁰. O autor analisa algumas situações e conclui que nenhuma delas está, a rigor, fora do campo do direito. Para as reflexões deste trabalho, interessa especificamente o exame da atuação do Poder Executivo nas relações exteriores. Aqui, Lauterpacht admite que as cortes de alguns países não consideram parte de sua competência se pronunciar sobre a política externa adotada pelo Executivo. Essa limitação de competência, no entanto, não significaria limitação do império do direito, mas expressão da inevitável diferenciação de funções no âmbito do Estado moderno³¹.

A tese de que o direito deve ocupar um papel central nas relações internacionais, vigorosamente defendida em *The Function of Law in International*

²⁵ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 19-20.

²⁶ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 110-135.

²⁷ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 145-153.

²⁸ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 245-347.

²⁹ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 351-377.

³⁰ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 385.

³¹ LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 387-390. Lauterpacht, no entanto, entende que a função relativa à política externa não está sujeita ao controle judicial: "In the domain of foreign affairs it entrusts the competent departments of the Government with the right of exclusive decision not subject to judicial review. [...] This division of functions is particularly necessary in view of the necessity of uniformity in acts and measures affecting foreign States. Both the Government and the courts are the organs of the State, and reasons of stability and convenience in international intercourse require that a State should not address its neighbours in two voices".

Community, pode ser tida como vitoriosa³². A doutrina das questões não justiciáveis já não encontra o eco de outrora no direito internacional. Nas ordens jurídicas internas, todavia, o cenário é diferente. É verdade que se tem notado uma diminuição do espaço da doutrina das questões políticas nos tribunais domésticos, o que se deve, sobretudo, ao fortalecimento da ideia de *rule of law* (interno)³³. Contudo, a aplicação da doutrina a questões de política externa ainda persiste em diversos sistemas constitucionais, o que é visto como um reflexo da influência da doutrina da não justiciabilidade de certas controvérsias internacionais³⁴.

Essa aplicação da doutrina das questões políticas às relações exteriores pelos tribunais domésticos opera de três modos diversos, conforme Daniele Amoroso concluiu da análise comparada de decisões de tribunais dos EUA, do Reino Unido, da França e da Itália³⁵. O primeiro é como "limitação jurisdicional" ou, utilizando a terminologia processual, como uma hipótese de incompetência material. Cortes domésticas, nessas situações, invocam a doutrina das questões políticas para dizer que não têm competência para controlar atos do Estado em suas relações internacionais, seja por força do princípio da separação dos poderes (a competência para conduzir a política externa é constitucionalmente atribuída aos ramos políticos do governo), seja por impossibilidade julgar a atuação do seu Estado como sujeito de direito internacional (os tribunais não podem revisar atos internacionais do Estado porque são uma parcela dele).

O segundo modo de operação da doutrina das questões políticas nas relações exteriores é como "argumento de não justiciabilidade". Aqui as cortes nacionais entendem que têm competência para decidir a causa, mas eximem-se de fazer o controle da questão de política externa ao argumento de que o direito internacional não fornece parâmetros jurídicos adequados (não justiciabilidade normativa) ou de não serem dotadas de capacidade institucional para tanto (não justiciabilidade funcional).

O terceiro e último modo é como "forma de autocontenção prudente". A incidência da doutrina das questões políticas, nesse caso, decorreria do exercício de uma discricionariedade judicial orientada a evitar que as cortes domésticas sejam transformadas em instrumentos de lutas políticas ou que contradigam a atuação do Executivo no âmbito internacional.

O STF, ao julgar o rumoroso caso Battisti, parece ter adotado a versão da "limitação jurisdicional" da doutrina das questões políticas. Na ocasião, suscitou-se a tese de descumprimento do tratado de extradição com a Itália, e a maioria da Corte afirmou que a questão "em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal [...]". O tribunal ainda consignou o seguinte:

O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB) indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional

³² GALINDO, G. R. B. "A paz (ainda) pela jurisdição compulsória?" *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, n. 2, 2014, p. 3. KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 364.

³³ AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100. Também poderia ser acrescentado o fortalecimento da ideia de supremacia judicial como um dos fatores da erosão da doutrina das questões políticas.

³⁴ KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 363.

³⁵ AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 103.

conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país.

[...]

O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior [...] ³⁶.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também já adotou uma posição similar. Em precedente de 2010, confundindo algumas vezes os institutos do “refúgio” e do “asilo” entre si - diga-se de passagem - o tribunal entendeu ser “inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais”, controlar os motivos da Administração nos “casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores” ³⁷.

5. Uma questão de preferência

As premissas adotadas pelos juízes federais do DF para justificar a sua abstenção - impossibilidade de exame da legalidade dos atos internos de soberanias estrangeiras e vedação ao controle judicial da política externa brasileira - não decorrem diretamente de nenhuma norma jurídica. São, na verdade, interpretações jurisprudencialmente construídas de dispositivos com elevado grau de abstração, como os princípios da não intervenção, da independência, da soberania e da separação dos poderes. Tampouco se pode dizer que essa postura decorre implicitamente do sistema jurídico brasileiro, pois este, como se sabe, tem o princípio da inafastabilidade da jurisdição como um de seus pilares.

Por conseguinte, é razoável concluir que essa abdicação judicial em matéria de relações exteriores deve-se às preferências jurídicas dos julgadores. Para compreender como essas preferências afetam o comportamento judicial, é útil recorrer a alguns *insights* fornecidos pelos estudos dos pesquisadores ligados ao institucionalismo sociológico.

No final dos anos 1970, institucionalismo sociológico rompeu com a tradição que, desde Max Weber, fazia uma distinção clara entre a esfera social (dominada por estruturas burocráticas pautadas pela racionalidade e pela eficácia) e a esfera cultural. Os sociólogos dessa escola perceberam que nem todas as práticas das instituições eram criadas para lhes conferir maior racionalidade, mas algumas delas eram construídas por meio de processos muito semelhantes aos que dão origem às práticas culturais em geral. Esses sociólogos passaram então a dar um enfoque culturalista às instituições, interpretando-as não apenas como as regras, procedimentos e normas formais, mas também como “os sistemas de símbolos, os

³⁶ Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação 11243, Julgamento em 08 de junho de 2011 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>.

³⁷ Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Acórdão no Recurso especial nº 1798903/RJ, Julgamento em 25/09/2019 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portaalp/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>. Trechos da ementa: “Em casos que envolvem políticas públicas de migração e relações exteriores, mostra-se inadequado ao Judiciário, tirante situações excepcionais, adentrar as razões que motivam o ato de admissão de estrangeiros no território nacional, mormente quando o Estado deu ensejo à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal a estrangeiro [...] A tendência mundial é no sentido da restrição do papel do Poder Judiciário no que tange à análise das condições para concessão de asilo. Precedentes do Direito Comparado”.

esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem 'padrões de significação' que guiam a ação humana"³⁸.

Segundo essa escola sociológica, as instituições não apenas prescrevem normas sobre os papéis a serem desempenhados pelos indivíduos, mas também fornecem esquemas, categorias e modelos de compreensão que, por sua vez, moldam o comportamento dos atores sociais. Nesse sentido, os sociológicos institucionalistas sustentam que:

uma vez confrontado com uma situação, o indivíduo deve encontrar um meio de identificá-la e de reagir a ela, e que os cenários ou modelos inerentes ao mundo da instituição lhe oferecem os meios de resolver uma e outra dessas tarefas, não raro de modo relativamente simultâneo³⁹.

Trazendo esses conceitos para o Poder Judiciário, é possível afirmar que o ator judicial sofre limitações impostas pelos modos institucionalmente (culturalmente) construídos de julgar e interpretar, ou, dito de outro modo, por molduras cognitivas que se tornam, no seio da instituição, o padrão de conduta interpretativa. As ideias coletivamente construídas sobre o direito então moldam a compreensão dos julgadores sobre a ordem jurídica, o seu papel no sistema e o horizonte de soluções possíveis para os casos. Gonzalez-Ocantos chama esses esquemas cognitivos de "preferências jurídicas" (legal preferences), conceituando-as como:

(...) a defining feature of the cognitive lens through which judges and prosecutors conceptualize the disputes they are asked to adjudicate. They encompass views about what can be considered legitimate sources of law (domestic, international, customary); what are the acceptable forms of legal argumentation, templates of reasoned justification, and terms of art that may be used in court's pronouncements; what amounts to a reasonable standard of proof when adjudicating criminal or civil responsibility; and conceptions about the reach of formal judicial prerogatives⁴⁰.

Essas preferências jurídicas criam predisposições intelectuais determinantes para o resultado dos processos decisórios. As decisões judiciais resultam, assim, não apenas das normas jurídicas invocadas, mas também das doutrinas, das escolas de pensamento e dos métodos de argumentação considerados aceitáveis pelos julgadores. Mais do que os textos normativos, importa para a decisão judicial como esses textos são lidos.

Portanto, a ideia de que questões conectadas às relações internacionais não podem se sujeitar ao controle jurisdicional é uma presunção epistemológica, histórica

³⁸ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209.

³⁹ HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 210.

⁴⁰ Tradução livre. No original: "(...) a defining feature of the cognitive lens through which judges and prosecutors conceptualize the disputes they are asked to adjudicate. They encompass views about what can be considered legitimate sources of law (domestic, international, customary); what are the acceptable forms of legal argumentation, templates of reasoned justification, and terms of art that may be used in court's pronouncements; what amounts to a reasonable standard of proof when adjudicating criminal or civil responsibility; and conceptions about the reach of formal judicial prerogatives" (GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 33).

e culturalmente construída, dos participantes da pesquisa. A abstenção judicial em tema de relações exteriores é, portanto, uma questão de preferência jurídica. Mas é necessário analisar se as preferências que sustentam a adoção das doutrinas de justiciabilidade nas causas mais sensíveis às relações externas do Estado brasileiro são consistentes. É o que será feito no próximo tópico.

6. Analisando as preferências jurídicas em matéria de relações exteriores

Como já foi visto, a utilização implícita da doutrina do ato de Estado está amparada na ideia de que o princípio da não intervenção (e outros princípios afins, como o da independência e o da soberania) constitui um óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros a respeito da legalidade dos atos de soberania de outros Estados.

Contudo, essa interpretação do princípio da não intervenção tem sido amplamente rejeitada nos diversos sistemas jurídicos do mundo. Tem-se dito, no próprio mundo anglo-saxão, onde a doutrina do ato de Estado foi primeiramente desenvolvida, que essa “não serve mais para qualquer propósito útil ou legítimo”⁴¹ e que se trata de uma “ferramenta insatisfatória no julgamento de extraterritorialidade e deve ser abandonada”⁴². Os principais problemas da doutrina são, segundo Ireland-Piper, a falta de clareza do seu conteúdo, o fundamento em teoria superada (segundo a qual somente uma soberania pode criar direitos dentro do seu território), o uso equivocado pelas cortes para evitar decidir casos difíceis e, ainda, ser uma fonte de injustiça e negação de direitos⁴³.

O fato é que a doutrina do ato de Estado vem sofrendo várias mitigações nos Estados da *commom law*. Já em 1964, como reação ao caso Sabbatino, o Congresso dos EUA aprovou a Segunda Emenda Hickenlooper (também conhecida como Emenda Sabbatino) ao *U.S. Foreign Assistance Act*, que afastou a aplicação da doutrina aos casos de expropriação de bens de estrangeiros em violação do direito internacional⁴⁴. A Emenda admitiu uma exceção nos casos em que o Executivo solicite a aplicação da doutrina do ato de Estado a fim de atender aos interesses de política externa do governo⁴⁵.

⁴¹ GARNETT, R. “Foreign States in Australian Courts”, *Melbourne University Law Review*, v. 29, n. 3, 2005, p. 715.

⁴² IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 33.

⁴³ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 23-24.

⁴⁴ Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>.

⁴⁵ Segue o trecho pertinente do *U.S. Foreign Assistance Act*: “(2) Notwithstanding any other provision of law, no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which claim of title or other right to property is asserted by any party including a foreign state (or a party claiming through such state) based upon (or traced through) a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection: Provided, That this subparagraph shall not be applicable (1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the

Posteriormente, no *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised)* de 1983, do *American Law Institute*, foi proposto na seção nº 428 que “ressalvada a seção 429, os tribunais americanos abster-se-ão de examinar a validade de um ato de um Estado estrangeiro praticado na sua capacidade soberana dentro de território do Estado”. A seção nº 429, entretanto, dispõe que “a doutrina de ato de Estado não será aplicada a reivindicações relativas a propriedade específica localizada nos Estados Unidos com base na afirmação de que um Estado estrangeiro confiscou a propriedade em violação do direito internacional”⁴⁶.

A redação finalmente adotada pelo *Restatement (Third) of Foreign Relations*, em 1987, foi a de que “na ausência de determinação presidencial em sentido contrário, a doutrina do ato de Estado não será aplicada em caso envolvendo um pedido de título ou outro direito de propriedade, quando o pedido é baseado no argumento de que o Estado estrangeiro confiscou a propriedade em violação do direito internacional” (§ 444)⁴⁷.

Da mesma forma, as cortes inglesas vêm restringindo o escopo da doutrina com base em argumentos decorrentes do princípio do *rule of law*. Embora a doutrina do ato de Estado seja ainda aplicada a disputas sobre território e limites marítimos, não tem sido utilizada para afastar a apreciação de tribunais ingleses de atos que violam o direito internacional ou relativos a direitos privados⁴⁸.

Os tribunais da Austrália, embora apresentando algumas oscilações, também têm entendido que inexiste regra geral e universal que impeça as cortes domésticas de examinar a legalidade de um ato praticado por um Estado soberano dentro do seu território. A doutrina do ato de Estado é afastada especialmente quando o exame do ato de outra soberania é um pré-requisito para o pronunciamento judicial a respeito da conduta do seu Estado ou, ainda, quando está presente alegação de violação de normas peremptórias de direito internacional⁴⁹.

A doutrina do ato de Estado tem se revelado, portanto, “ultrapassada e inútil”⁵⁰, sendo a sua única utilidade servir como subterfúgio para que os tribunais se esquivem de julgar causas internacionais. Desse modo, a argumentação utilizada pelos juízes do DF no sentido de que não poderiam se pronunciar sobre possíveis violações dos direitos humanos dos nacionais cubanos pela República de Cuba, por força do princípio da não intervenção, já não se sustenta.

confiscation or other taking, or (2) in any case with respect to which the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interests of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court” (Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>).

⁴⁶ Tradução livre. No original: “§ 428 Subject to § 429, courts in the United States will refrain from examining the validity of an act of a foreign state taken in its sovereign capacity within the state’s own territory” (American Law Institute. *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised)* (Tentative Draft nº 4, 1983). Philadelphia: ALI, 1983).

⁴⁷ Tradução livre. No original: “In the absence of a Presidential determination to the contrary, the act of state doctrine will not be applied in a case involving a claim of title or other right to property, when the claim is based on the assertion that a foreign state confiscated the property in violation of international law” (American Law Institute. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States*. Philadelphia: ALI, 1987).

⁴⁸ BROWNLIE, I. *Principles of International Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50.

⁴⁹ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 24-25.

⁵⁰ IRELAND-PIPER, D. “Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine”, *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018.

O mesmo se pode dizer a respeito da doutrina das questões políticas como obstáculo ao julgamento das decisões governamentais relativas à política externa. O discurso dos juízes para justificar a sua abstenção nesse ponto pode ser dividido em duas linhas argumentativas: incompetência funcional e incapacidade institucional. A primeira diz respeito aos limites da função judicial. Os participantes argumentaram, nesse sentido, que resolver questões políticas não faz parte da competência do Poder Judiciário. Tais controvérsias, por envolverem escolhas políticas, situam-se fora do âmbito de atuação dos tribunais. O campo decisório apropriado para a solução dessas questões seria, por excelência, a própria arena política.

A segunda linha de argumentos enfatiza a ideia de que faltaria ao Poder Judiciário a capacidade institucional para solucionar essas controvérsias. Os juízes não recebem treinamento específico e nem têm acesso a todas as informações necessárias para lidar com a complexidade que caracteriza a política externa. Consequentemente, a fim de evitar desdobramentos indesejados e imprevisíveis nas relações internacionais, a postura mais apropriada nessa seara seria a autocontenção.

As ponderações feitas pelos juízes são razoáveis, mas apresentam algumas fragilidades. Primeiro, a possibilidade de controle judicial da política externa não extrapola a competência constitucionalmente atribuída ao Poder Judiciário, haja vista que não implica a substituição dos corpos políticos pelo Judiciário, mas a sua sujeição a critérios jurídicos. A competência dos tribunais para fazer a revisão dos atos dos poderes Executivo e Legislativo, aliás, é um dos elementos centrais do próprio Estado constitucional contemporâneo. Em suma, como constatou Thomas Franck, referindo-se ao sistema constitucional norte-americano, “não há qualquer razão válida – constitucional, prudencial, técnica ou política – para tratar casos de relações exteriores diferentemente dos outros”⁵¹.

Segundo, em relação à ausência de capacidade institucional do Poder Judiciário, não é possível negar que, de fato, os tribunais são dotados de menor expertise e possuem menos informações em matéria diplomática do que os demais poderes. Isso, porém, não é suficiente para eximi-los do exercício do controle judicial da política externa. Como salienta Amoroso, essas dificuldades podem ser superadas por meio de uma calibração da intensidade do controle judicial (mais intenso em áreas governadas pela proteção dos direitos humanos e menos abrangente em temas não relacionados a essas normas, por exemplo) e pelo estreitamento do diálogo interinstitucional com o Poder Executivo, como é comum ocorrer em países da tradição da *commom law*⁵².

A prova da possibilidade do exercício dessa competência é o fato de que diversos tribunais nacionais têm discutido e decidido questões de política externa⁵³, sendo a Alemanha um importante exemplo dessa postura⁵⁴. Nessa mesma direção, a Resolução do *Institut de Droit International* sobre As Atividades dos Juízes Nacionais e as Relações Internacionais do seus Estados, de 1993, propugna que:

⁵¹ Tradução livre. No original: “[...] there are no valid reasons – constitutional, prudential, technical or policy-driven – for treating foreign-relations cases differently from any others” (FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 7).

⁵² AMOROSO, D. “Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law”, *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 121-125.

⁵³ AMOROSO, D. “Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law”, *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100.

⁵⁴ KOSKENNIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 363. FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 107-125.

[n]ational courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law⁵⁵.

Ademais, esses argumentos – incompetência funcional e incapacidade institucional – nunca foram suficientes para impedir os tribunais brasileiros de se envolver em disputas políticas internas. E o protagonismo atual do Poder Judiciário brasileiro na política, muitas vezes atribuído a teorias constitucionais contemporâneas⁵⁶, encontra suas raízes no próprio início da nossa história republicana.

Como já foi mencionado, no julgamento do citado Habeas Corpus nº 300 de 1892, o STF deixou de tutelar direitos individuais a fim de evitar um confronto com o Executivo. Nesse período, “especialmente durante governos de militares”, o STF era deferente aos poderes do Executivo, sendo que a “autocontenção judicial pode ter sido estratégia para evitar maiores intervenções do Executivo no Judiciário”⁵⁷. Contudo, depois dessa fase inicial, o STF passou a demonstrar um verdadeiro “fetiche no controle dos demais poderes”⁵⁸. Isso ficou claro a partir da construção jurisprudencial da “doutrina brasileira do habeas corpus”, que colocou o Poder Judiciário no papel de verdadeiro controlador do jogo político. Para Diogo Bacha e Silva, essa ampliação do escopo do habeas corpus mostrou que, “sob a argumentação de proteção aos direitos individuais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais poderes republicanos”⁵⁹.

Tudo indica, por conseguinte, que a doutrina das questões políticas (e suas derivações, como a insindicabilidade dos atos *interna corporis* das Casas do Congresso Nacional) é invocada não para evitar que o Poder Judiciário se imiscua na seara política, mas para conferir o suporte técnico-jurídico para que os tribunais possam escolher quais batalhas vão lutar (ou em quais das questões políticas vão interferir). Isso porque, ao se eximir de julgar uma causa com fundamento em sua natureza política, o julgador está, na prática, optando por um dos lados.

Essa constatação é convergente com os achados de estudiosos do comportamento judicial no sentido de que as preferências políticas exercem um papel fundamental nas decisões judiciais. Conforme concluiu um estudo muito conhecido sobre os votos proferidos por juízes da Suprema Corte dos EUA entre 1953 e 1988, os *justices* não são vinculados pelas doutrinas aceitas pela maioria da Corte, mas, antes, “são livres para usar as que se encaixarem melhor em suas próprias preferências”; nem são limitados pelos precedentes, pois geralmente há precedentes para ambos os lados e, ainda assim, “são livres para distingui-los ou para superá-

⁵⁵ Tradução livre. No original: “[n]ational courts, when called upon to adjudicate a question related to the exercise of executive power, should not decline competence on the basis of the political nature of the question if such exercise of power is subject to a rule of international law” (Institut de Droit International. The Activities of National Judges and the International Relations of Their State. 65 Annuaire de l’IDI, p. 328-444, 1993 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf).

⁵⁶ BARROSO, L. R. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil”, *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006.

⁵⁷ CANTISANO, P. “A ordem subterrânea do direito liberal” in BACHA, E., et al (ed.). *130 Anos: Em busca da República*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 63.

⁵⁸ BACHA E SILVA, D. “Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 163-178.

⁵⁹ BACHA E SILVA, D. “Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 175.

los”⁶⁰. Há também, no Brasil, pesquisas que apontam para a influência das inclinações políticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal nos seus julgamentos, ainda que essa influência não se encaixe perfeitamente no chamado modelo atitudinal⁶¹.

Mas não há como negar que a possibilidade de controle judicial da política externa levanta diversas questões complexas. Algumas delas serão exploradas a seguir.

7. O controle judicial da política externa

A Constituição brasileira de 1988 não atribui expressamente a nenhum poder ou órgão a competência para conduzir a política externa. Essa é extraída de dispositivos que atribuem ao Poder Executivo da União, na pessoa do Presidente da República, a competência para manter relações com Estados estrangeiros e organizações internacionais (artigos 21, inciso I, e 84, inciso VII); para celebrar tratados e acordos internacionais (artigo 84, VIII); e para declarar guerra e celebrar a paz (artigos 21, inciso II, e 84, incisos XIX e XX).

O Congresso Nacional, por sua vez, tem competência para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (artigos 49, inciso I, e 84, inciso VIII) e autorizar ou referendar a decisão do Presidente de declarar guerra ou celebrar a paz (artigos 49, inciso II, e 84, inciso XIX). Ao Senado Federal ainda compete aprovar, por meio de sabatina, a escolha dos chefes de missão diplomática permanente (artigo 52, inciso IV).

Como se vê, no arranjo institucional da Constituição brasileira, o Poder Executivo assume o protagonismo da política externa, notadamente nas fases de formulação e decisão⁶². Já o Poder Legislativo desempenha o papel de (co)decisor, com a competência para aprovar decisões do Poder Executivo, participando, em alguns casos, da formulação da política externa.

O exercício dessas competências pelos Poderes Executivo e Legislativo é orientada, como não poderia deixar de ser, por um elevado grau de discricionariedade. Contudo, isso não significa que inexistam parâmetros jurídicos que, de alguma forma, limitem a liberdade desses poderes. No Brasil, esses limites estão expressamente previstos no artigo 4º da Constituição, que estabelece os princípios que devem reger o Brasil em suas relações internacionais: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade e concessão de asilo político.

A enunciação dos princípios que regem o Estado brasileiro em suas relações internacionais é uma novidade na história constitucional brasileira, cujos textos

⁶⁰ SEGAL, J. A.; COVER, A. D. “Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices”, *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, 1989, p. 562. No original: “Supreme Court justices are not bound by the legal doctrines accepted by the Court majority; they are free to use whatever doctrines fit their own preferences. Precedents are typically found on both sides of any case reaching the Supreme Court; and even if the precedents weigh heavily on one side, justices are free to distinguish or overrule them”.

⁶¹ FERREIRA, P. F. A. N.; MUELLER, B. “How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions”, *Economia*, v. 15, n. 3, 2014; HARTMANN, I. A.; HUDSON, A. “Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the ministers of Brazil’s Supremo Tribunal Federal”, *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 68, 2017, p. 43-59.

⁶² SANCHEZ, M. R. et al. “Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira”, *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, 2006, p. 131.

constitucionais sempre reservaram pouco espaço a assuntos internacionais. Nesse ponto, a Constituição de 1988 acompanhou uma forte tendência da sua época que era a constitucionalização das relações exteriores. Constituições dessa fase inspiraram-se em grande medida, e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados conforme a Carta da ONU, de 24 de outubro de 1970⁶³. No caso brasileiro, também exerceu uma influência fundamental a Constituição portuguesa, cujo artigo 7.1 tem uma redação bem semelhante ao que veio ser o artigo 4º da Constituição brasileira.

Esses princípios não podem ser tomados como simples recomendações ao Poder Executivo, destituídos de força normativa. Pelo contrário, a doutrina já ressaltou que os princípios que regem as relações exteriores exercem três funções básicas: primeira, o estabelecimento de marcos normativos da gestão da política externa; segunda, a fixação de limites para a política externa; e, terceira, a formulação de estímulos de direcionamento da política externa⁶⁴.

E, de fato, como já vem salientando a teoria constitucional das últimas décadas, os princípios jurídicos são dotados de normatividade e exercem uma função diretiva para a determinação da conduta⁶⁵. Os princípios jurídicos são, como afirma Humberto Ávila:

normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção⁶⁶.

Logo, os princípios estabelecem um fim, um estado de coisas que deve ser buscado e, portanto, faz com que os comportamentos necessários para o atingimento desse fim passem a se tornar obrigatórios. Ou, nas palavras de Ávila, “a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização”⁶⁷.

Os Poderes Executivo e Legislativo são, portanto, constitucionalmente obrigados a adotar os comportamentos necessários para a realização dos fins estabelecidos no artigo 4º. Se se afastarem, no exercício de suas competências, desses parâmetros substantivos, ficam sujeitos à revisão por aquele poder que, de acordo com a Constituição, tem competência para apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito: o Poder Judiciário. Observe-se que não se trata de atribuir aos tribunais qualquer papel na condução da política externa – e aqui reside muitos dos equívocos relativos ao tema – mas de reconhecer a possibilidade de controle jurisdicional do exercício dessas competências.

Autores que se debruçam sobre o assunto costumam dar suporte a esse entendimento. Nessa direção, George Galindo afirma que, diante da constitucionalização dos princípios que regem o Brasil em suas relações externas, “abre-se a possibilidade de ampliação do controle da política externa tanto pelo

⁶³ GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93.

⁶⁴ DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁶⁵ ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. GRAU, E. R. *Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

⁶⁶ ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁶⁷ ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 71.

Legislativo como pelo Judiciário”⁶⁸. De modo semelhante, Pedro Dallari sustenta que a adoção desses princípios “viabiliza o controle político da ação externa do Estado pelo Poder Legislativo e o controle jurídico pelo Poder Judiciário”⁶⁹.

O papel do Poder Judiciário na revisão da atuação dos demais poderes está bem sedimentado, tanto na teoria constitucional quanto na prática institucional dos Estados democráticos. Essa compreensão remonta ao constitucionalismo norte-americano, mais especificamente aos discursos federalistas, segundo os quais “todo acto do corpo legislativo, contrário à constituição, não pode ter validade” e que as cortes têm a função de manter a legislatura “nos limites das suas atribuições”⁷⁰. Também costuma ser apontado como marco dessa visão do Poder Judiciário o já citado caso *Marbury v. Madison*.

Isso não quer dizer que a tarefa seja fácil. É possível cogitar três desafios importantes para o exercício do controle judicial da política externa. O primeiro é a indeterminação do conteúdo do parâmetro de controle, a saber, os princípios inscritos no artigo 4º da Constituição. Se princípios jurídicos estabelecem estados ideais de coisas a serem buscados, como definir esses estados ideais? Nesse cenário, não é possível escapar da necessidade de um trabalho interpretativo para a conformação do seu conteúdo⁷¹.

O segundo desafio é o indispensável respeito ao espaço de discricionariedade dos agentes políticos. Os princípios do artigo 4º possibilitam um amplo leque de opções legítimas, que não podem ser substituídas pelas preferências dos juízes. A dificuldade é saber até onde vai a liberdade dos demais poderes dentro desse espaço de discricionariedade. Como dizem Uziel, Moraes e Riche, a interpretação desses princípios pode “variar conforme a preferência política adotada pela autoridade competente para a condução das relações internacionais, sem que isso implique necessariamente violação ao preceito constitucional”⁷². A invasão da esfera de discricionariedade dos poderes políticos possivelmente geraria uma disfuncionalidade tão grave quanto a própria omissão do Poder Judiciário no controle judicial da política externa.

Terceiro, a falta de expertise dos tribunais. A preocupação dos juízes com a sua falta de capacidade institucional para lidar com assuntos de política externa deve ser levada a sério. Mas também é verdade que, diariamente, tribunais decidem matérias que demandam conhecimentos extrajurídicos. Como já foi dito acima, esse problema pode ser mitigado por meio de uma adequada calibração da intensidade do escrutínio judicial e pelo estreitamento do diálogo interinstitucional com o Poder Executivo. Também podem ser utilizadas técnicas processuais de democratização e legitimação dos julgamentos, como a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*.

Mas o reconhecimento da competência do Poder Judiciário para fazer a revisão da política externa não implica necessariamente admitir que esse deva ter a primazia da última palavra sobre a matéria. É verdade que a atribuição ao Poder Judiciário do papel de detentor da última palavra no Estado Democrático (ou, na linguagem da filosofia política, de “soberano”), assim como as teorias que lhe dão suporte, “são

⁶⁸ GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 99.

⁶⁹ DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.

⁷⁰ HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840, v. 3, p. 158.

⁷¹ UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. “Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.

⁷² UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. “Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.

quase naturalmente aceitas como uma condição inevitável das democracias contemporâneas”⁷³.

O discurso geralmente adotado pelos tribunais (especialmente pelo STF, no caso brasileiro) reforça a compreensão de que uma democracia deve ter um Judiciário – tido como defensor técnico da Constituição e das minorias – para se opor às medidas interessadas e retrógradas dos demais poderes⁷⁴. O Judiciário, assim, deveria ter a última palavra tanto porque é um defensor dos direitos fundamentais quanto porque atua com base em racionalidade técnica e coerência metodológica. No entanto, como ressalta Juliano Zaiden Benvindo, esse discurso não encontra correspondência na realidade, pois é possível observar empiricamente que o Poder Judiciário não faz nem uma nem outra coisa, deixando claro que o pleito da última palavra esconde, em última análise, uma busca por mais poder⁷⁵.

Diante desse cenário, há maior possibilidade de ganho em uma atitude deliberativa, aberta ao diálogo interinstitucional, do que adversarial, em que cada poder busca se impor ao outro⁷⁶. A partir dessa perspectiva, o papel do Poder Judiciário no escrutínio da política externa deixa de ter uma função simplesmente restritiva da atuação dos demais poderes para servir também como estimulador de deliberações melhores, aumentando, assim, as chances de se chegar a respostas adequadas para os problemas jurídico-internacionais.

Nenhum órgão pode ser arvorar a detentor da última palavra, até porque, em uma sociedade democrática, isso é impossível. Como salientou Martii Koskeniemi, uma questão pode atrair a especialidade e a esfera de competência de diversos órgãos, de modo que o mais importante é saber que, qualquer que seja a solução dada, “a questão permanecerá controversa e vai requerer atenção para salvaguardas institucionais como representação, transparência e *accountability*”⁷⁷. A complexidade das democracias contemporâneas impõe que o diálogo seja mantido permanentemente aberto. No final das contas, sem uma interação dialógica entre os poderes é inviável se chegar a soluções satisfatórias e se aproximar da tão desejada “única voz” em matéria de relações exteriores.

8. Conclusões

A investigação conduzida na Justiça Federal do Distrito Federal permitiu identificar o recurso implícito a doutrinas de não justiciabilidade como estratégia para evitar a aplicação do direito internacional em causas que impactam as relações externas do Estado brasileiro. Assim, por um lado, nas situações em que são provocados a se manifestar sobre a legalidade de atos praticados por governos estrangeiros, os juízes utilizam uma retórica idêntica à da doutrina do ato de Estado. Por outro, quando têm que apreciar alguma conduta do Estado brasileiro nas relações externas, os julgadores recorrem à argumentação da doutrina das questões políticas.

⁷³ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 83.

⁷⁴ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81.

⁷⁵ BENVINDO, J. Z. “A “última palavra”, o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81.

⁷⁶ MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.

⁷⁷ KOSKENIEMI, M. “The function of law in the international community: 75 years after”, *British Yearbook of International Law*, v. 79, 2009, p. 365.

A adoção (implícita) dessas doutrinas é explicada por duas preferências jurídicas que foram confirmadas pelas opiniões apresentadas pelos participantes da pesquisa durante as entrevistas. A primeira é a interpretação do princípio da não intervenção como óbice ao pronunciamento dos juízes brasileiros sobre atos de outros Estados. A segunda é a compreensão de que o Poder Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar matérias ligadas às relações exteriores.

Essas preferências jurídicas, contudo, não se sustentam. O princípio da não intervenção não impede cortes domésticas de examinar a legalidade de atos praticados por Estados estrangeiros, sobretudo quando está presente a alegação de violação de normas peremptórias de direito internacional. Da mesma forma, o discurso de que o Poder Judiciário não dispõe de competência funcional e capacidade institucional para julgar demandas relacionadas à política externa não é coerente.

A possibilidade de controle judicial da política externa não significa a extrapolação da competência do Poder Judiciário, mas a sujeição dos ramos políticos do governo a critérios jurídicos, que é, aliás, um elemento central do Estado constitucional contemporâneo. O déficit de expertise dos tribunais (ou a incapacidade institucional), por sua vez, pode ser superada por técnicas talhadas para a compensação dessa deficiência. De toda sorte, os argumentos da incompetência funcional e da incapacidade institucional nunca foram suficientes para impedir os tribunais brasileiros de se envolver na arena política interna.

A Constituição brasileira de 1988 ao estabelecer os princípios que regem a República Federativa do Brasil em suas relações exteriores, estabeleceu parâmetros obrigatórios para os poderes políticos que, uma vez inobservados, abre espaço para o escrutínio judicial. Mas é importante enfatizar que a possibilidade de controle jurisdicional não significa necessariamente que o Poder Judiciário deva ter a primazia da última palavra sobre a política externa. Antes, os tribunais devem adotar uma postura aberta ao diálogo interinstitucional, exercendo um papel de estimuladores de deliberações melhores.

Referências

- ALEX, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- American Law Institute. *Restatement of the Foreign Relations Law of The United States (Revised) (Tentative Draft nº 4, 1983)*. Philadelphia: ALI, 1983.
- American Law Institute. *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of The United States*. Philadelphia: ALI, 1987.
- AMOROSO, D. "Judicial Abdication in Foreign Affairs and the Effectiveness of International Law", *Chinese Journal of International Law*, v. 14, n. 1, 2015, p. 100-125.
- ÁVILA, H. B. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70-71.
- BACHA E SILVA, D. "Os contornos do ativismo judicial no Brasil: o fetiche do Judiciário brasileiro pelo controle dos demais poderes", *Revista de Informação Legislativa*, n. 199, 2013, p. 163-178.
- BARROSO, L. R. "Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil", *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 33, 2006.
- BENVINDO, J. Z. "A "última palavra", o poder e a história: o Supremo Tribunal Federal e o discurso de supremacia no constitucionalismo brasileiro", *Revista de Informação Legislativa*, n. 201, 2014, p. 81-83.
- BROWNLIE, I. *Principles of International Law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 50.

- CANTISANO, P. "A ordem subterrânea do direito liberal" in BACHA, E., et al (ed.). *130 Anos: Em busca da República*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 63.
- DALLARI, P. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 16.
- DOLINGER, J. *A dívida externa brasileira: solução pela via arbitral*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 99.
- Estados Unidos da América. Foreign Assistance Act. Publicação em 4 de setembro de 1961 [Acesso em 18 de junho de 2021]. Disponível em <https://www.foreign.senate.gov/imo/media/doc/Foreign%20Assistance%20Act%20Of%201961.pdf>.
- FERREIRA, P. F. A. N.; MUELLER, B. "How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions", *Economia*, v. 15, n. 3, 2014.
- FRANCK, T. M. *Political questions, judicial answers: does the rule of law apply to foreign affairs?* Princeton: Princeton University Press, 1992, p. 3-19; 107-125.
- GALINDO, G. R. B. *Tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 93-99.
- GALINDO, G. R. B. "A paz (ainda) pela jurisdição compulsória?" *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 57, n. 2, 2014, p. 3.
- GALINDO, G. R. B. "Hersh Lauterpacht: an introduction", *Panorama of Brazilian Law*, n. 9-10, 2018, p. 277.
- GARNETT, R. "Foreign States in Australian Courts", *Melbourne University Law Review*, v. 29, n. 3, 2005, p. 715.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, E. A. *Shifting legal visions: judicial change and human rights trials in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2016, p. 33.
- GRAU, E. R. *Ensaio e discussão sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2003.
- HALL, P. A.; TAYLOR, R. C. R. "As três versões do neo-institucionalismo", *Lua Nova*, v. 53, 2003, p. 209-210.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. *O Federalista*. Rio de Janeiro: Typ. Imp. e Const. de J. Villeneuve e Comp, 1840, v. 3, p. 158.
- HARTMANN; I. A.; HUDSON, A. "Can you bury ideology? An empirical analysis of the ideal points of the ministers of Brazil's Supremo Tribunal Federal", *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, v. 68, 2017, p. 43-59.
- Institut de Droit International. The Activities of National Judges and the International Relations of Their State. 65 Annuaire de l'IDI, p. 328-444, 1993 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1993_mil_01_en.pdf.
- IRELAND-PIPER, D. "Outdated and unhelpful: the problem with the comity principle and act of state doctrine", *Australian International Law Journal*, v. 24, 2018, p. 23-33.
- KOSKENNIEMI, M. "The function of law in the international community: 75 years after", *British Yearbook of International Law*. Oxford, v. 79, 2009, p. 363-366.
- LAUTERPACHT, H. *The function of law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933, p. 3-390.
- LEITÃO, R. G.; SOUZA, J. P. B. "Questões políticas e Supremo Tribunal Federal: da autolimitação ao moralismo", *Revista da Faculdade de direito da UFRGS*, n. 39, 2018, p. 200.
- MADRUGA FILHO, A. "A imunidade de jurisdição e a aplicação direta do costume internacional pelo Judiciário brasileiro" in BASSO, M.; PRADO, M. A.; ZAITZ, D. (ed.). *Direito do comércio internacional: pragmática, diversidade e*

- inovação (estudos em homenagem ao Professor Luiz Olavo Baptista)*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 73.
- MENDES, C. H. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. 2008. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008 [Acesso em 19 de junho de 2021]. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-05122008-162952/publico/TESE_CONRADO_HUBNER_MENDES.pdf.
- RÍOS-FIGUEROA, J.; TAYLOR, M. M. "Institutional determinants of the judicialization of policy in Brazil and Mexico", *Journal of Latin American Studies*, v. 38, 2006, p. 739-766.
- SANCHEZ, M. R. et al. "Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira", *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, 2006, p. 131.
- SEGAL, J. A; COVER, A. D. "Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court Justices", *The American Political Science Review*, v. 83, n. 2, 1989, p. 562.
- Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Acórdão no Recurso especial nº 1798903/RJ, Julgamento em 25/09/2019 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/REsp%201798903%20-20voto%20vencedor%20Ministro%20Reynaldo%20Soares%20da%20Fonseca.pdf>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Marbury v. Madison, Sentença de 24 de fevereiro de 1803 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos Da América. Caso Underhill v. Hernandez, Sentença de 29 de novembro de 1897 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/168/250/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Baker v. Carr, Sentença de 26 de março de 1962 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>.
- Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Caso Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino, Sentença de 23 de março de 1964 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/398/>.
- Supremo Tribunal Federal do Brasil (Tribunal Pleno). Acórdão no Habeas Corpus nº 300, Julgado em 30 de abril de 1892 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>.
- Supremo Tribunal Federal do Brasil (Primeira Turma). Acórdão no Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 139.671, Julgado em 20 de junho de 1995 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>.
- Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão na Reclamação 11243, Julgamento em 08 de junho de 2011 [Acesso em 5 de abril de 2021]. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1495257>.

TONKISS, F. "Discourse analysis", in SEALE, C. (ed.). *Researching Society and Culture*. 3. ed. London: Sage, 2012, p. 405-423.

UZIEL, E.; MORAES, H. C.; RICHE, F. E. "Entre o direito e a política: elementos para a interpretação do art. 4º da Constituição", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 99, 2017, p. 7.