

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
INSTITUTO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

**A Judicialização da Política Externa Brasileira:
a Disputa na OMC sobre os Pneus Reformados e
a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no STF**

DANIELLE ALEIXO REIS DO VALLE SOUZA

Brasília
2010

Banca Examinadora

NORMA BREDAS DOS SANTOS
(ORIENTADORA)
Instituto de Relações Internacionais
Universidade de Brasília

MARIA IZABEL VALLADÃO DE CARVALHO
(MEMBRO)
Instituto de Relações Internacionais
Universidade de Brasília

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO
(MEMBRO)
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Católica de Brasília

Nothing falls beyond the purview of judicial review.

The world is filled with law; anything and everything is justiciable.

Aharon Barak, Ministro da Suprema Corte de Israel (*apud* HIRSCHL, 2004: 169).

Agradecimentos

A todos os entes queridos que, de alguma forma, inspiraram-me nesta tarefa.
A todos aqueles que poderão, um dia, inspirar-se com o conteúdo aqui proposto.

Ao meu marido Alberto e a meu filho Victor, meus dois companheiros de vida, pelas horas incontáveis de amor, carinho, aconchego no lar, presença e humor.

Aos meus pais Dulce e Ruthenio e a minha irmã Flavia pela oportunidade de crescer em um berço de ouro, pleno de amor, harmonia, incentivo e apoio moral.

Aos meus avós Dulce e Ene, que já não estão entre nós, mas que não deixam de ser lembrados sequer um dia em meu coração e memória.

À professora Norma Breda dos Santos pelo incentivo, receptividade, paciência e orientação ativa e presente, fatores que foram cruciais para a conclusão deste trabalho acadêmico.

A Ricardo Pessoa, graduando de Relações Internacionais (Irel/UnB), que prestou inestimável auxílio na coleta de material e revisão da presente pesquisa.

Aos colegas de trabalho, Ana Cláudia, Natália, Sérgio, Rochelle e Virgínia, que contribuem, diariamente, para a construção de um ambiente de trabalho harmonioso e construtivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
<u>CAPÍTULO I - A POLÍTICA E A JUSTIÇA</u>	5
1.1 Considerações a Respeito do Fenômeno da Judicialização da Política	5
1.1.1 O Termo Judicialização e sua Polissemia	10
1.1.2 Das Condições Facilitadoras da Judicialização da Política	11
1.1.3 Críticas à Judicialização da Política: do Suposto Déficit Democrático do Judiciário	13
1.2. Aspectos da Judicialização da Política no Brasil	14
1.3. A Judicialização da Política Externa	17
1.3.1 O Papel das Cortes Internacionais na Judicialização da Política Externa	21
1.3.2 Poder Judiciário e Política Externa	22
<u>CAPÍTULO II – O CASO DOS PNEUS – O DS 332 DA OMC E A ADPF 101 NO STF</u>	24
2.1 A Dimensão Doméstica da Controvérsia	24
2.1.1 Histórico Normativo	24
2.1.2 Pneus, Meio Ambiente e Saúde Pública	25
2.1.3 Aspectos Judiciais do Caso	27
2.2 A Dimensão Internacional da Controvérsia	30
2.2.1 A Fase de Consultas e Acionamento do Brasil pelas Comunidades Europeias no MSC	30
2.2.2 O Painel	33
2.2.2.1 Principais Teses Jurídicas das Comunidades Europeias	35
2.2.2.2 Principais Teses Jurídicas do Brasil	35
2.2.2.3 O Relatório: as Conclusões do Painel	36
2.2.3 O Julgamento da Apelação	38
2.2.4 A Arbitragem	39
2.3 A Implementação Nacional da Decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC	40
2.3.1 O ajuizamento da ADPF 101	40

2.3.2 O processo judicial perante o STF	41
2.3.3 Aparente Desfecho	43
<u>CAPÍTULO III – O PODER JUDICIÁRIO E A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA</u>	48
3.1 Os Estudos de Processo Decisório em Política Externa e a Importância dos Elementos da Estrutura Interna dos Estados: o papel do Judiciário	48
3.1.1 O Judiciário como Fonte Doméstica da Política Externa brasileira	51
3.2 O Processo de Decisão Judicial: análise sobre suas características e impacto na política externa brasileira	56
3.2.1 A Imparcialidade Judicial	58
3.2.1.1 Caso dos Pneus Reformados – A Imparcialidade Judicial e a Implementação das Decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no DS 332.	62
3.2.2 O Devido Processo Legal	66
3.2.2.1 Caso dos Pneus Reformados – O Devido Processo Legal e Prazo Razoável	69
3.2.3 A Coisa Julgada	74
3.2.3.1 Caso dos Pneus Reformados – A Coisa Julgada e a Responsabilidade Internacional do Estado	76
3.3 Judiciário e Política Externa: mundos à parte?	77
3.3.1 Para Além do Acoplamento Estrutural: a importância do elemento humano	80
3.3.2 O Diálogo Judicial e o Caso dos Pneus Reformados	81
CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	86
ANEXOS	90

Lista de Abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CE - Comunidades Europeias

CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente

Corte IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DECEX – Departamento de Comércio Exterior

DS – Dispute Settlement

ESC – Entendimento de Solução de Controvérsias

GATT – General Agreement on Tariffs and Trade

HS – Sistema Harmonizado

NMF – Nação Mais Favorecida

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul

MS – Mandado de Segurança

MSC – Mecanismo de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio

OA – Órgão de Apelação

OMC – Organização Mundial do Comércio

OSC – Órgão de Solução de Controvérsias

SECEX – Secretaria de Comércio Exterior

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

Lista de Figuras

Figura 1 – Tabela de importação de pneus usados por ano

Figura 2 – Etapas do MSC

Figura 3 – Distribuição de Competências Constitucionais

Figura 4 – Comparação entre Judiciário e Legislativo

Figura 5 – Linha do Tempo da Disputa dos Pneus

Resumo

Este trabalho tem como objetivo analisar o fenômeno da judicialização da política externa por meio do estudo do caso dos pneus reformados que foi submetido ao Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) da Organização Mundial do Comércio (OMC) e à análise do STF brasileiro, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 101). Após examinar a dimensão doméstica e internacional do caso dos pneus reformados, o estudo elucida como determinadas peculiaridades do processo decisório judicial, a exemplo da imparcialidade judicial, do devido processo legal e da coisa julgada podem afetar a condução da política externa brasileira. Trata, finalmente, da possibilidade da criação de pontes de comunicação entre o mundo judicial e o da política externa com base na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Propõe-se que o mundo judicial e da política externa podem se comunicar por meio da Constituição e do Direito Internacional.

Palavras-chave: judicialização, Poder Judiciário, Política Externa, Organização Mundial do Comércio, Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, Pneus, DS 332, ADPF 101, Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This work aims at analysing the judicialization of foreign policy through the study of the retreaded tyres case, which was subject to the examination of the World Trade Organization - WTO Dispute Settlement System and to the analysis of the Brazilian Federal Supreme Court, during the judgment of the Allegation of Violation of Fundamental Precept - ADPF 101. After examining the domestic and international dimensions of the retreaded tyres case, the study elucidates how certain peculiarities of the judicial decision making process, such as judicial impartiality, due process of law and *res judicata* can affect the conduct of Brazilian foreign policy. Finally, it discusses the possibility for the creation of communication bridges between the judicial and the foreign policy worlds based on Niklas Luhmann's Systems Theory. It also proposes that the judicial and foreign policy worlds can communicate with each other through the Constitution and International Law.

Keywords: Judicialization, Judiciary Branch, Foreign Policy, World Trade Organization, WTO Dispute Settlement, Tyres, DS 332, ADPF 101, Federal Supreme Court.

Introdução

O tema da judicialização da política despertou, ao longo das últimas décadas, intenso interesse acadêmico, particularmente nas áreas de Ciência Política e do Direito. Como assinala Ran Hirschl (2004: 1), reformas constitucionais têm transferido uma parcela de poder sem precedentes das instituições representativas para o Judiciário.

No Brasil, a judicialização se fez sentir com maior força desde os anos 1980, a partir notadamente da consolidação das instituições democráticas nacionais, o que gerou uma interação cada vez maior entre o campo judicial e o político. Nesse contexto, não raro vemos decisões judiciais ditarem o possível sucesso da implementação ou a inoperância de diversas políticas públicas adotadas no plano interno.

Exemplos claros da revisão de políticas públicas por parte do Poder Judiciário brasileiro são as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510, que julgou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança, autorizando a pesquisa científica com células-tronco, em 2008, e no caso da ADI nº 1512, que ratificou a política governamental de demarcação das terras indígenas da reserva Raposa Serra do Sol em Roraima, em 2009.

Como bem notou Marcos Faro de Castro (1997: 147), um dos poucos estudiosos que escreve sobre o tema da judicialização no Brasil, “as decisões de juízes podem ter resultados cruciais para a definição e reforma de instituições públicas e privadas, como também para a formulação e implementação de políticas públicas, a distribuição da riqueza e a definição de identidades sociais”.

Cabe, então, indagar se dito entrelaçamento entre os domínios judicial e político também repercute seus efeitos para o campo da política externa, domínio tradicionalmente percebido como distinto das demais políticas públicas. Afinal, na visão de muitos, a política externa só pode ser construída a partir da perspectiva de inserção dos Estados dentro do próprio sistema internacional, nunca como um mero *continuum* da política doméstica (SANCHEZ, 2006: 125).

Há, contudo, exemplos recentes de que a judicialização da política, ou seja, a submissão de temas tradicionalmente tratados no âmbito do Poder Executivo e do Legislativo à análise do Poder Judiciário, também se estende ao domínio da política externa brasileira. O caso da importação de pneus usados e reformados no Brasil, tratado tanto no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) pelo DS (*Dispute Settlement*) 332, quanto no âmbito do STF, no bojo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 101, parece apontar justamente para esse cenário. Como se sabe, o OSC (Órgão de Solução de Controvérsias) da OMC declarou que a autorização da importação de pneus usados, por meio de decisões do Poder Judiciário brasileiro¹, constituía uma discriminação comercial contrária às normas do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT).

Segundo as recomendações do OSC, se o Brasil deseja impor restrições à importação de pneus usados e reformados, deve fazê-lo de forma geral e irrestrita. Para o OSC, a existência de

¹ Necessário esclarecer que as mencionadas decisões foram obtidas em favor de empresas brasileiras de pneus reformados, que costumam importar pneus usados como matéria-prima para confecção de pneus reformados no Brasil.

decisões do Judiciário brasileiro que autorizam a importação de pneus usados, além de beneficiar alguns importadores em detrimento de outros, também neutralizaria os potenciais efeitos positivos da política pública de proteção ao meio ambiente e à saúde.

Assim, para tentar cumprir as recomendações do OSC, evitando-se a declaração de sua responsabilidade internacional por atos de discriminação comercial, o Brasil viu-se diante de duas opções:

- i) ou abrir seu mercado nacional de forma irrestrita à importação de pneus usados e reformados originários de qualquer um dos Estados-membros da OMC;
- ii) ou fechá-lo completamente, não permitindo qualquer exceção à sua política de restrição à importação de pneus usados e reformados. Nesse sentido, teria que conseguir a cassação de todas as decisões judiciais que autorizavam a importação daqueles produtos.²

Curiosamente, o mesmo Poder Judiciário que levou o Brasil a ser responsabilizado internacionalmente por uma discriminação comercial, criou uma possível solução para que o país cumprisse a decisão do OSC. Apenas uma decisão do STF poderia legitimar, de forma definitiva, a política ambiental e de saúde do Estado brasileiro, fechando o território nacional de forma irrestrita à importação de pneus usados e reformados, que acabariam transformando o país em um depósito a céu aberto de pneus inservíveis provenientes da União Européia e de outros países da OMC.

Assim, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101, ajuizada pelo Presidente da República, perante o STF, o Poder Executivo brasileiro buscou a declaração de inconstitucionalidade de todas as decisões judiciais de juízes de primeiro grau e de Tribunais Regionais que autorizaram a entrada de pneus usados no Brasil.

Vê-se, por conseguinte, um claro exemplo de interseção entre a política externa brasileira e o poder decisório do Judiciário Nacional, pois a obrigação internacional de cumprimento das recomendações do OSC no DS 332 dependia de uma decisão da mais Alta Corte judicial brasileira, o STF.

Tais fatos suscitam as mais diversas indagações, entre elas o questionamento sobre como as decisões judiciais podem interferir na formulação da política externa do Brasil, ou ainda, sobre qual seria o eventual impacto das peculiaridades do processo decisório judicial, a exemplo das garantias da imparcialidade dos juízes, do devido processo legal e da coisa julgada na condução dos assuntos internacionais do Brasil.

Tomando-se, portanto, como ponto de partida o estudo do caso dos pneus no Mecanismo de Solução de Controvérsias (MSC) da OMC, a pesquisa aqui proposta visa lançar luz sobre essas e outras indagações, descobrindo um fenômeno ainda pouco estudado: o da judicialização da política externa brasileira ou, em outras palavras, a submissão dos temas da política externa brasileira ao crivo do Poder Judiciário.

² Outra exceção brasileira à importação de pneus usados e reformados era a relativa a pneus provenientes do Mercosul. Com efeito, o Brasil foi obrigado por laudo arbitral de tribunal *ad hoc* do bloco a permitir a importação de pneus remoldados do Uruguai.

Nesse sentido, a presente dissertação será dividida em três capítulos. No primeiro, serão abordados o papel do judiciário frente aos demais poderes e o conceito de judicialização da política, sendo analisado como esse fenômeno se relaciona com o campo da política externa. No segundo capítulo, será feita uma descrição sobre o caso dos pneus tanto em relação à sua dimensão internacional a partir do DS 332 da OMC quanto em relação à sua dimensão doméstica, vinculada ao curso da ADPF 101 no STF. Finalmente, no terceiro capítulo, serão estudadas peculiaridades do processo decisório judicial e seu impacto na formulação da política externa brasileira, notadamente no caso dos pneus.

Ressalte-se que o presente trabalho fará uso do método do estudo de caso a partir da análise do contencioso dos pneus. A partir do estudo de caso proposto, pretende-se inferir como se opera a dinâmica da influência do Judiciário sobre aspectos da política externa brasileira. Trata-se, portanto, de um trabalho que utilizará a inferência descritiva, buscando identificar processos, atores, regularidades, arranjos institucionais e padrões de conduta. Por último.

Necessário destacar, por fim, que as técnicas de pesquisa utilizadas foram aquelas mais comumente aplicadas ao estudo de caso. Assim, a coleta de dados fez-se a partir de fontes encontradas na documentação direta e indireta.

A documentação indireta compreendeu a pesquisa documental de fontes primárias como documentos encontrados em arquivos públicos, bem como a pesquisa bibliográfica encontrada em boletins, jornais, revistas, livros e monografias. A documentação direta, por sua vez, abarcou a realização de duas entrevistas, anexas à presente dissertação, com autoridades governamentais que tiveram participação direta em alguma das etapas da disputa sobre pneus reformados na OMC e que puderam trazer à luz determinados aspectos da via de implementação utilizada pelo Brasil para dar cumprimento à decisão do OSC no DS 332.

Capítulo I

A POLÍTICA E A JUSTIÇA

1.1 Considerações a respeito do Fenômeno da Judicialização da Política

Há quase três séculos, em 1748, Montesquieu publicava sua mais conhecida obra, “O Espírito das Leis”. Nela, lançou as bases da Teoria da Separação dos Poderes, que serviu como pilar da organização política de vários Estados modernos. A *trias política* então concebida e formada pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário tinha como propósito impor freios ao poder absoluto, evitando, com isso, a concentração de poder em uma única autoridade.

A preocupação fulcral de Montesquieu era a estabilidade do poder pela fórmula do equilíbrio entre três autoridades distintas, porém complementares.³ Contudo, o filósofo político não deixou de registrar a clara debilidade do Poder Judiciário frente aos dois demais poderes. Viu o poder de julgar como um poder neutro em face da incapacidade de produzir atos que alterassem a ordem política existente. Em trecho conhecido de “O Espírito das Leis”, Montesquieu chegava a afirmar “[o]f the three powers above mentioned, **the judiciary is in some measure next to nothing**” (grifos nossos)⁴.

Nessa mesma linha, Alexander Hamilton, um dos *founding fathers* da democracia americana, ressalta em “O Federalista”, de 1788, que o Judiciário seria o mais fraco entre os três “departamentos” de poder, não tendo influência sobre a espada ou a bolsa, não direcionando nem a força, nem a riqueza da nação, não podendo tomar qualquer resolução ativa⁵. Hamilton assevera:

*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. **It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments.** This simple view of the matter suggests several important consequences. It proves incontestably, that **the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the***

³ Segundo lembra Marco Antônio Meneghetti, o número três aparece com destaque no pensamento de Montesquieu. São três formas de governo – monarquia, república e despotismo – e três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Coincidência ou não, na geometria aplicada, a base de três pontos é a que melhor equilibra uma estrutura (2008: 33). Complementando tal lógica, Alec Stone Sweet afirma que uma tríade – dois disputantes e um solucionador de conflito – é uma técnica original de organização da autoridade social e, por isso, de governar. A razão subjacente para tanto seria simples: a entidade triádica é uma garante da reciprocidade. A tríade traz uma presença externa, cujo interesse é a durabilidade das relações sociais através do tempo (2002: 57).

⁴ Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch17s9.html>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

⁵ Disponível em: <<http://leaderu.com/socialsciences/fed78.html>>. Acesso em: 30 ago. 2009.

other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks. (grifos nossos)

Hamilton propõe, no entanto, atribuir à Suprema Corte americana independência para dar o veredicto final sobre o alcance do texto constitucional, o que possibilitaria ao Judiciário força suficiente para controlar e limitar o Executivo e o Legislativo (*apud* MENEGHETTI, 2008: 42). Como o próprio Hamilton defende em “O Federalista”, 1788, o texto constitucional exprime a vontade do povo; havendo qualquer discrepância entre ela e uma lei ordinária, a lei fundamental da do povo deverá prevalecer. Cabe, portanto, ao Judiciário, poder ao qual incumbe a interpretação das leis conforme a Constituição, zelar pela sua prevalência, servindo como órgão intermediário entre o povo e o Poder Legislativo.⁶

Hoje, contudo, longe de ser o poder passivo descrito por Montesquieu, nos países liberais de regime democrático consolidado, o Judiciário tem se revelado um poder cada vez mais ativo, como observam vários autores.

Pier Paolo Portinaro argumenta que, atualmente, o repertório de decisões que os sistemas políticos delegam às Cortes vem aumentando, uma vez que existe uma consciência de que as sociedades modernas não podem ser governadas racionalmente de forma burocrática e hierárquica, mas tampouco podem ser confiadas inteiramente a mecanismos de auto-regulação. Assim, o Estado-juiz assumiria características de um *factorum institucional*: sua função passa a não se limitar à solução de controvérsias, mas em resolver problemas que outros órgãos públicos ou outras instituições sociais não são capazes de enfrentar de modo satisfatório (2006: 476).

Alessandro Pizzorno destaca uma série de tendências atuais que ilustram uma maior participação do Estado-juiz na política, dentre elas: a) uma crescente participação do juiz na criação da lei; b) a tendência do Executivo e Legislativo em delegar decisões delicadas ao Judiciário; c) a ampliação do acesso do indivíduo à Justiça e d) a atribuição do controle de constitucionalidade de leis ao Judiciário (*apud* PORTINARO, 2006: 477).

João José Campilongo afirma que a inevitabilidade dos riscos é uma das características do mundo atual e que seria nesse contexto que surgiria a expansão do Poder Judiciário. Diante das incertezas do processo decisório político, o Judiciário estaria assumindo um papel de revalidador das decisões políticas. Estando livre dos ônus do processo eleitoral e circunscrito por referenciais técnicos, os tribunais contariam com uma ambiente de serenidade que os habilitaria a manter esses riscos dentro de limites toleráveis (2000: 121).

O autor português Boaventura de Sousa Santos, doutor em Sociologia do Direito, que estudou o protagonismo crescente do Poder Judicial, publicou suas conclusões científicas em livro intitulado “Os Tribunais na Sociedade Contemporânea: o Caso Português”. Nessa obra, em excelente intróito sobre o tema, o sociólogo fixa etapas na evolução do significado da função judicial nas sociedades modernas, distinguindo **três períodos: o do Estado liberal, o do Estado-Providência e o Período Atual** (1996: 23-29).

⁶ Idem.

O **período liberal** cobre todo o século XIX estendendo-se até a Primeira Guerra Mundial. É uma etapa de consolidação do modelo judicial moderno durante o qual o Judiciário exerce, principalmente, uma função passiva, de mero aplicador da letra da lei, com decisões que apresentam contornos definidos, **sendo válidas sobretudo entre indivíduos**, sem possuir, portanto, validade geral. Nesse período, ocorre a denominada subalternização política dos tribunais. Alheios ao fenômeno do desenvolvimento acelerado do capitalismo, das desigualdades sociais e da emergência de questões agudas como a criminalidade, a insalubridade e a desordem urbana, os juízes se limitam, em seu âmbito funcional, à micro-litigiosidade interindividual, escapando de sua alçada a macro-litigiosidade social.

No pós-Segunda Guerra Mundial surge o **Estado Providência**, hiperintervencionista, seja na esfera econômica ou social. O Estado Providência volta-se para o alcance do bem-estar. É comum, à época, a constitucionalização, em vários países, dos chamados direitos fundamentais de segunda geração, de componente social, como o direito ao trabalho, à saúde, à habitação, à educação e à segurança. O Poder Executivo ganha forte predominância à custa do Legislativo e do Judiciário. Há uma proliferação dos direitos, o que altera profundamente o papel sócio-político dos tribunais em relação ao período liberal. Essa juridificação do campo social, nas palavras do autor, abre espaço para novos campos de litigiosidade nos domínios laboral, civil e administrativo, o que, em alguns países mais do que em outros, teve como efeito um aumento da demanda judicial. Segundo Boaventura de Sousa Santos é a partir desse momento que os tribunais passam a exercer sua quota-parte de responsabilidade política. As decisões restritivas, típicas do período anterior, dão lugar a decisões que afetam não mais apenas indivíduos, mas coletividades, como grupos de trabalhadores, imigrantes, crianças, idosos, pobres, consumidores, etc.

A partir do final da década de 1970, revelam-se aos poucos os primeiros sinais de falência do Estado do bem-estar, em muitos casos financeiramente incapaz de atender a uma crescente demanda da população em busca da providência estatal. A “sobrejuridificação” das práticas sociais continua. Por um lado, o lançamento das bases neoliberais da desregulamentação econômica gera inflação legislativa e, conseqüentemente, o aumento da litigiosidade, em razão do ajuizamento de demandas que questionam a constitucionalidade das novas medidas econômicas. Por outro lado, a globalização da economia abre caminho para a emergência de um novo direito transnacional. Esses fatores, tomados em conjunto, aumentam o grau de complexidade das causas levadas ao Judiciário, que passa a julgar litígios de caráter econômico e às vezes com repercussão internacional. Esses casos demandam do Judiciário conhecimento técnico especializado na área econômica e, ainda, rapidez na resolução dos conflitos, fatores que raramente estão presentes na esfera judicial. Paralelamente, em termos políticos, o período caracteriza-se pela crise de representação política (crise dos sistemas partidários, crise da participação política) e pelo crescimento da corrupção, conseqüência da promiscuidade entre poder econômico e poder político. Essas circunstâncias acabam por exacerbar a função de controle social dos tribunais.

Percebe-se, portanto, na periodicização formulada Boaventura de Sousa Santos, uma evolução dos significados da função judicial e um acúmulo gradual de responsabilidades políticas por

parte do Poder Judiciário. Todavia, ao focar-se nas variáveis de cunho social para proceder à análise dos períodos de evolução dos significados da função judicial, o sociólogo português passa ao largo do *judicial review*, ou controle de constitucionalidade das normas, mecanismo que julgamos essencial para a consolidação do Judiciário como força política nas democracias modernas.

Como pondera Jardim-Rocha Júnior (2001: 257), o ***judicial review of the constitutionality of laws***, ou **controle de constitucionalidade das leis**, concebido no direito dos Estados Unidos da América (EUA), é das mais importantes instituições jurídico-políticas do nosso tempo.

Foi no famoso *case-law* *Marbury versus Madison*⁷, em 1803, que o *Chief Justice* John Marshall criou a fórmula que lançaria as bases de controle constitucionalidade das leis. Nesse histórico precedente ficariam assentados dois pilares fundamentais do *judicial review*:

- a) compete ao Judiciário dizer o que é a lei e interpretá-la;
- b) devendo as Cortes obedecer à Constituição e, sendo a Constituição superior a qualquer lei ordinária, é a norma constitucional e não a lei ordinária que deverá ser aplicada ao caso.⁸

Ronaldo Poletti, ao descrever a importância da decisão inovadora de Marshall, lembra a lição do jurista e político Rui Barbosa, que, em sua obra “Os Atos Inconstitucionais”, publicada em 1883, explica, com clareza, o princípio fundamental do controle de constitucionalidade das leis - **assegurar que nenhuma lei está acima da Constituição e que toda a lei contrária a ela é nula**:

Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa que a contrarie, ou anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar o dilema. Entre as duas alternativas não se descobre meio-termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos da legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, então as constituições escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza todos os que têm formulado constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo à Constituição, é nulo (*apud* POLETTI, 2000: 33).

Na mesma linha, tem-se a constatação de Alexis de Tocqueville que, em 1831, foi enviado pelo governo francês aos EUA para estudar o sistema judicial do país. No clássico “A Democracia na América” (1977: 82) afirma que a força política do Judiciário estadunidense está no fato de os cidadãos do país reconhecerem o direito de fundarem os juízes as suas decisões na Constituição, antes que nas leis, ou seja, jamais aplicar as leis que lhe parecessem inconstitucionais.

⁷ Marshall reconheceu que não seria a Suprema Corte o órgão judicial competente para assegurar o direito de William Marbury à nomeação como juiz de paz, uma vez que era inconstitucional o dispositivo do *Judiciary Act* que, alterando norma constitucional, permitiu a Marbury impetrar diretamente um *writ* junto à Suprema Corte (JARDIM-ROCHA JÚNIOR, 2001: 276).

⁸ Confira o trecho seguinte do sumário do caso *Marbury versus Madison*: “*It is emphatically the duty of the Judicial Department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases must, of necessity, expound and interpret the rule. If two laws conflict with each other, the Court must decide on the operation of each. If courts are to regard the Constitution, and the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the Constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*” Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZS.html>. Acesso em: 30 ago. 2009.

O controle de constitucionalidade das leis, conforme concebido pelo sistema americano, muito interessa para o estudo da atuação do Judiciário no Brasil, vez que os constituintes de 1891 transplantaram suas regras para o nosso sistema doméstico (POLETTI, 2000, p. 23).

Janice Massuda (2005: 77) destaca que o controle de constitucionalidade das normas é elemento político relevante para o Judiciário, conferindo-lhe preponderância sobre os demais Poderes ao anular atos executivos e legislativos que, conforme sua interpretação, estejam em desconformidade com a Constituição. Ariosto Teixeira (1997: 22) reforça que as técnicas de controle de constitucionalidade desenvolvidas pelas cortes têm ampliado o domínio do Judiciário sobre o resultado dos processos legislativos e mesmo sobre a execução de políticas públicas. Em vários países, dentre os quais o Brasil, as cortes têm o poder de estabelecer as linhas rigorosas de interpretação (*Strict guidelines of interpretation*) de diferentes legislações. Essas linhas de rigor na interpretação são declarações de que a lei é constitucional apenas se os tribunais interpretarem-na como tal. Isso geraria um processo de revisão corretiva que consiste na posterior reelaboração de um texto legislativo para harmonizá-lo com a jurisprudência constitucional.

Pode-se, então, afirmar que o processo de judicialização da política estaria, precipuamente, vinculado a essa ampliação da abrangência do Poder Judiciário, que, mediante o controle constitucional, apõe sua palavra final sobre a viabilidade de políticas veiculadas pelo Poder Legislativo e o Executivo.

1.1.1 O Termo Judicialização e sua Polissemia

Mas o que é, de fato, o processo de judicialização da política? De acordo com Débora Alves Maciel e Andrei Koerner (2002: 115-116) se de um lado “judicializar” para os profissionais do direito geralmente significa a submissão de determinado tema à apreciação judicial, de outra parte, a expressão recebe o sentido de processo social e político quando se vincula à expansão do âmbito qualitativo do sistema judicial.

Entendemos, contudo, que essa distinção não revela pontos de vista distintos do processo de judicialização. De fato, a expansão do âmbito qualitativo do sistema judicial sempre passará irremediavelmente pela análise da submissão de novos casos ao crivo judicial. Judicializar, portanto, significa, de forma geral, levar ao conhecimento do Judiciário. Nesse sentido, **a judicialização da política estaria vinculada ao exame pelo Judiciário de temas de conteúdo eminentemente político, assuntos que, em geral, são tratados de forma independente pelo Executivo ou pelo Legislativo, mas que, por alguma circunstância, foram submetidos à apreciação judicial.**

Foi possivelmente com o fortalecimento do controle de constitucionalidade das leis que o tema da judicialização da política ganhou maior interesse, uma vez que o Judiciário passou, com maior frequência, no papel de garante mor das Constituições, a legitimar e validar a execução de

determinadas políticas públicas, resolvendo questões que os outros Poderes não têm por si próprios conseguido solucionar.⁹

Daí se extrai, portanto, a interpretação esposada por alguns autores de que a judicialização acabaria por implicar uma expansão do domínio dos tribunais e juízes sobre políticos e/ou administradores, pois, ao judicializar-se uma questão de importância cabal para o Executivo ou Legislativo, acabaria-se-iam transferindo os *decision-making rights* desses Poderes para o Judiciário (VALLINDER, 1995: 13).

Cabe ainda alertar para importante distinção entre os termos **judicialização da política** e a chamada **politização do Judiciário**. A politização do Judiciário caracteriza-se pela ação velada dos juízes com o objetivo de influir em disputas políticas ou pela campanha eleitoral empreendida por magistrados que queiram alçar-se aos Tribunais Superiores. Alcança, portanto, a esfera pessoal de seus membros, não podendo ser confundida com o fenômeno da judicialização, que se vincula à dimensão institucional do Poder judicial (MENEGETTI, 2008: 101-102).

1.1.2 Das Condições Facilitadoras da Judicialização da Política

Um componente facilitador da judicialização da política é o ambiente democrático. Como assinala Neal Tate (1995: 28), dificilmente se encontrará ditadores dispostos a convidar ou permitir que juízes independentes participem no processo de formulação de políticas públicas. Hirschl (2004: 31-32) acrescenta que, com poucas exceções, como o Egito e o Paquistão, que mantêm Cortes Superiores com bastante autonomia, o fortalecimento do Poder Judiciário e o aumento dos casos a ele submetidos ocorreu principalmente nos regimes democráticos, com a constitucionalização dos direitos e o estabelecimento de Judiciários relativamente autônomos e Supremas Cortes com práticas de controle legal. A estabilidade de um regime democrático requer pelo menos um Judiciário semiautônomo como ator imparcial que resolve controvérsias sobre a natureza das normas fundamentais do jogo político.

Tate acrescenta que a chamada política de direitos, a *politics of rights*, que garante que grupos minoritários e indivíduos tenham acesso ao Judiciário para fazer valer seus direitos fundamentais, também poderia ser considerada como elemento propulsor da judicialização da política (1995: 330). Nesse sentido, Hirschl (2004: 33) afirma:

[t]he greatest proof of democracy's triumph in our times, it is argued, stems from the increasing acceptance and enforcement of the idea that democracy is not equivalent to majority rule; in a real democracy, minorities should possess legal protections in the form of a written constitution unchangeable even by parliament. According to this view, a constitutional bill of rights is part of fundamental law. Judges, who are removed from the pressures of partisan politics, are responsible for enforcing such rights through active judicial review.

⁹ Veja-se, por exemplo, a discussão sobre a instituição de quotas raciais para admissão em instituições públicas de ensino superior, política apoiada pelo governo, mas sujeita a diversos questionamentos de índole constitucional. Cumpre, agora, ao STF dar a interpretação definitiva sobre a questão, confirmando ou inviabilizando a política do Governo Federal.

A propensão da maioria de adotar medidas que violem direitos de algumas minorias pode, portanto, influir nas regras do jogo político, de forma a atribuir ao Judiciário, órgão isolado das políticas de natureza majoritária, a competência para rever e interpretar leis de forma a garantir a aplicação de direitos fundamentais de grupos minoritários.

De outra parte, a conscientização de grupos de interesse sobre o fato de que o Judiciário pode ser utilizado como instrumento para o alcance de seus objetivos pode ser igualmente pré-requisito do processo de judicialização da política. Como exemplo desse uso da máquina Judiciária pode-se citar as frequentes demandas de concessão de aumentos salariais ao funcionalismo público, bem como o ajuizamento de demandas para garantir políticas defendidas por organizações não-governamentais de luta por direitos humanos ou pela defesa do meio ambiente.

O uso dos tribunais pela oposição política para contraditar iniciativas governamentais apoiadas pela maioria parlamentar seria outro facilitador do fenômeno (TATE, 1995: 30). Um exemplo claro disso foi o que ocorreu na França ao longo da presidência de François Mitterrand. A Corte constitucional francesa tornou-se instrumento de resistência das minorias parlamentares contra as iniciativas da maioria governamental, sendo notável a decisão judicial do *Conseil Constitutionnel* que legitimou o pleito das minorias para a paralisação do programa estatal de nacionalização promovido pelo governo socialista (TEIXEIRA, 1997: 25).

Outra hipótese que explicaria a expansão do Poder Judicial sobre as esferas políticas seria a da existência de debilidades do Poder Legislativo e Executivo. Esses poderes, que não raro são atingidos por escândalos de corrupção ou se tornam imobilizados por impasses políticos ou pela existência de partidos políticos fracos, podem tornar-se pouco efetivos. Esse contexto, portanto, de inefetividade das instituições majoritárias aumentaria a probabilidade do uso do Judiciário como solução para superar falhas de governabilidade (HIRSCHL, 2004: 35).

Vale, por último, registrar a visão original sobre as condições facilitadoras da judicialização de Antoine Garapon (*apud* VIANNA ET AL, 1999: 25), que enfatiza que o nascimento do fenômeno da judicialização da política é um sintoma das doenças da sociedade moderna. Para o autor, o aumento da demanda do Judiciário vem em resposta à desqualificação da política e ao derruimento do homem democrático, nas novas condições acarretadas pela decadência do *Welfare State*. Nesse contexto, o Judiciário passa a representar o último recurso de salvaguarda confiável das expectativas por igualdade social.

1.1.3 Críticas à Judicialização da Política: do suposto déficit democrático do Judiciário

Podem ser encontrados, na literatura, argumentos que elencam possíveis perigos da expansão do Judiciário sobre o controle das políticas públicas. Argumento frequentemente citado diz respeito ao suposto déficit democrático do Judiciário, que, em geral, não possui membros eleitos, deixando de se expor ao escrutínio da soberania popular. Maria Paula Dallari Bucci (2007: 6), por exemplo, sublinha o fato de o juiz não conhecer o ônus subjacente às suas escolhas e decisões

políticas, nem a composição de interesses que a sustentam; tampouco assumirá as conseqüências pela estratégia que orientou a adoção de um ou outro ato.

Hirschl chama atenção, no entanto, para a carência de trabalhos que utilizam dados empíricos para sustentar o referido déficit democrático. Afirma, inspirado no pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista estadunidense, que a democracia preocupa-se fundamentalmente em tratar as pessoas como iguais. Se os tribunais podem fazer isso tão eficazmente como as instituições com membros eleitos por sufrágio universal, como o Executivo e o Legislativo, seria irrelevante questionar sua natureza contramajoritária (2004: 3). Hirschl insiste que a democracia não pode ser confundida com a lei da maioria. Em uma democracia constitucional as minorias possuem proteção legal por meio de uma constituição escrita e dos juízes, os quais imunes às pressões partidárias, são mais isentos para aplicar os direitos previstos constitucionalmente (*idem*: 2).

1.2 Aspectos da Judicialização da Política no Brasil

Em que pesem as opiniões mais pessimistas de que a judicialização da política é fruto de uma disfunção da sociedade moderna, a visão mais difundida é aquela que a percebe como conseqüência do fortalecimento dos regimes democráticos. Não é casual, portanto, que o fenômeno da judicialização da política no Brasil tome corpo com a gradual consolidação do regime democrático no país. Como observam Luiz Werneck Vianna e outros (1999: 42):

Promulgada a Constituição, os anos imediatamente seguintes parecem confirmar esse prognóstico, momento que foi de uma intensa valorização das instituições da democracia representativa, ainda mais realçada pela proximidade das eleições presidenciais, que traziam perspectivas de vitória eleitoral para candidatos da mudança social. Naqueles anos, a democracia participativa, intrinsecamente associada a uma judicialização da política nos termos em que foi concebida no texto constitucional, esteve, aparentemente, condenada à letra morta, salvo tentativas isoladas do Ministério Público e de algumas agências da sociedade civil que buscavam interpelar os novos institutos. Essas tentativas, porém, se frustravam no julgamento dos tribunais, em particular da Suprema Corte, próxima, por tradição, de uma concepção ortodoxa da teoria da separação dos três Poderes. Concorria, igualmente, para esse resultado um processo de apropriação das ações públicas por parte dos interesses corporativos, pondo sob ameaça a sua credibilidade como "instrumentos para a defesa da liberdade e da justiça. O curso dos anos 90, no entanto, vem revertendo essa tendência, atualizando as possibilidades de a emergente democracia brasileira se expressar pelo caminho tradicional das instâncias de representação política e pelas novas vias abertas pela Constituição para uma democracia participativa. Para tanto, concorreu uma série complexa de circunstâncias, principalmente a valorização, por parte das minorias parlamentares e dos interesses atingidos pela agenda neoliberal de reformas do Executivo, dos procedimentos previstos para o controle abstrato de normas, especialmente diante do recurso abusivo às medidas provisórias na iniciativa das leis. Têm sido igualmente relevantes para esse resultado a crescente internalização, pelo Ministério Público, do seu papel nas ações públicas, quando, em muitos casos, atua como instituição que mobiliza a participação de grupos sociais, as mudanças ocorridas no Poder Judiciário, quer por influência de pressões democratizadoras externas a ele, quer por movimentos originários da própria corporação e, *last but not least*, as transformações por pobres e desprotegidos que, depois da deslegitimação do Estado como instituição

de proteção social, vêm procurando encontrar no Judiciário um lugar substitutivo, como nas ações públicas e nos Juizados Especiais, para as suas expectativas de aquisição de cidadania.

Assim, a judicialização não surge imediatamente a partir da Constituição de 1988. A busca pela intervenção do Judiciário e, conseqüentemente, o seu maior protagonismo vieram assentando-se ao longo dos anos, com a tomada de consciência da sociedade civil e seus principais atores de que poderiam encontrar no Estado-juiz uma resposta às omissões dos Poderes Executivo e Legislativo. Como esclarece Meneghetti (2008: 13), a judicialização da política no Brasil pode ser vista como um meio de suprir a omissão política dos demais Poderes no dever de conferir eficácia a direitos constitucionais programáticos, de eficácia contida e cuja aplicação dependa do Estado. De outra parte, a constitucionalização de direitos promovida pela Constituição de 1988, abrangendo temas que antes estavam à margem de qualquer normatização, também aumentou consideravelmente as atribuições do Judiciário (TEIXEIRA, 1997: 35). Aqui, portanto, vemos o fenômeno da política dos direitos (*politics of rights*) contribuindo como facilitador da judicialização no Brasil.

Além disso, a Carta de 1988 reforçou o papel do STF ao concentrar em suas competências o controle abstrato de normas. Sabe-se que, no Brasil, convive-se com um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, ao mesmo tempo difuso e concentrado. No sistema difuso, baseado no modelo norte-americano, qualquer autoridade judiciária, em um caso concreto, pode apreciar a constitucionalidade da lei. Já no modelo concentrado, o controle é atribuído a um órgão judicial, geralmente uma corte especial, que fica incumbida de analisar a constitucionalidade da lei em abstrato. No Brasil, portanto, qualquer juiz, em um caso concreto, no qual haja um litígio entre partes, pode pronunciar-se sobre a compatibilidade de uma lei com a Constituição. Porém, apenas o STF, por meio do controle concentrado, poderá dizer se uma lei, em tese ou em abstrato, está conforme o texto constitucional. Explica Teixeira (1997: 43):

A lei declarada inconstitucional no controle difuso continua a integrar o ordenamento jurídico, o que torna a decisão em casos concretos mera recusa de aplicação, com validade apenas no processo em que foi proferida. Mas o sistema brasileiro consolidou com a Constituição de 1988 também o modelo concentrado de controle, de inspiração austríaco-kelsiana, no qual essa competência é exclusiva do STF, que pode declarar a inconstitucionalidade tanto do julgamento de casos concretos quanto na revisão abstrata (*political review*) por via de ação direta. Diferentemente, todavia, do controle difuso, que tem eficácia *inter partes*, as sentenças no processo de controle abstrato têm eficácia *erga omnes*, ou seja, as decisões possuem a universalidade das leis e suspendem a execução da norma impugnada.

Segundo Vianna e outros o processo que levou o Brasil à judicialização de sua política resultou, em grande parte, da adoção do controle abstrato da constitucionalidade. Nesse sentido, a ação direta de inconstitucionalidade por ação¹⁰, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão¹¹,

¹⁰ Cf. Artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, que estabelece que compete ao STF processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

¹¹ Cf. Artigo 103, § 2, Constituição Federal, que prevê a hipótese de declaração de inconstitucionalidade por omissão pelo STF.

a ação declaratória de constitucionalidade¹² e a arguição de descumprimento de preceito fundamental¹³, que funcionam como instrumentos do controle abstrato, foram progressivamente reconhecidas e efetivamente utilizadas para a defesa dos direitos de cidadania e para o escrutínio e a racionalização da Administração Pública (1999: 47).

Como destaca Massuda (2005: 96-97), as mudanças na jurisdição constitucional pela Constituição de 1988 transformaram o papel do STF no sistema político brasileiro. À semelhança do que ocorre em outros países, a Corte Constitucional brasileira passou a ser um *locus* de interseção entre os partidos políticos, os três Poderes, a sociedade brasileira, e o texto constitucional, operando uma produção concreta da política.

O impacto da constitucionalização e da valorização do papel do Judiciário brasileiro a partir da democratização do país resulta no fenômeno que Hirschl (2004: 169-181), de forma criativa, denomina de *judicialization of mega-politics*. Segundo o autor, as Cortes Supremas de hoje passaram a ter que lidar com controvérsias políticas fundamentais da democracia. Esses Tribunais Superiores agora examinam uma vasta gama de matérias, que vão de temas relacionados à educação, imigração, justiça criminal, reprodução e comércio, até os que se vinculam com os próprios fundamentos do Estado, a exemplo de questões que dizem respeito ao federalismo e ao equilíbrio de poder.

A judicialização das megapolíticas não é, contudo, fenômeno verificado apenas do Brasil, mas também em outros países. No Canadá, por exemplo, a Corte Suprema enfrentou, em 1998, a questão da constitucionalidade do ato de secessão de Quebec (caso *Quebec Secession Reference*), sendo a primeira vez na história que um país democrático testou, antecipadamente, os termos legais de sua dissolução política (*idem*: 172).

Em Israel, por outro lado, temos o exemplo emblemático do caso *Bavli* ocorrido em 1995, quando a Corte Suprema de Israel determinou que todos os tribunais religiosos, incluindo a Grande Corte Rabínica, se submetessem aos princípios gerais da constituição israelita, afetando, desse modo, aspectos fundamentais da liberdade religiosa do povo judeu. A questão foi objeto de resistência por parte de fundamentalistas religiosos, que não aceitavam a idéia de que uma instituição secular como a Corte Suprema de Israel pudesse interferir em sua esfera privada de adjudicação (*idem*: 175).

No Brasil, igualmente, o STF tem solucionado inúmeras controvérsias constitucionais de importância ímpar para o país, como os exemplos da possibilidade de pesquisas de células-tronco (ADI nº 3.510/ 2005), a questão da fidelidade partidária (MS nº 26.602/2007), a da constitucionalidade da Lei de Imprensa (ADPF 130/2008) a da constitucionalidade da política ambiental de proibição de importação de pneus usados (ADPF 101/2006), bem como a da constitucionalidade da Lei de Anistia brasileira (ADPF 153/2008). Outros casos não menos importantes estão ainda sendo julgados, como

¹² Cf. Artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, a qual estabelece que compete ao STF processar e julgar, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

¹³ Cf. Lei 9.882/99 que regulamentou o Artigo 102, § 1, da Constituição Federal e que estabelece, em seu artigo 1º, que a arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta perante o STF, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

o do aborto de fetos anencéfalos (ADPF 54/2004). Todos esses exemplos atestam a importância da palavra final do Judiciário para o sistema político brasileiro.

1.3 A Judicialização da Política Externa

Em reportagem publicada na edição de 28 de Março de 2008, a revista *The Economist* sob o título de “*Judgement Days – The little-known judges on Germany’s Constitutional Court exert real influence not only at home but also abroad*”, informa seus leitores a respeito de futura decisão da Corte Constitucional Alemã sobre a constitucionalidade do Tratado de Lisboa. Ao analisar a constitucionalidade de uma normativa europeia, examinando se a União Europeia estava ou não burlando mecanismos de revisão democrática, a Corte Constitucional Alemã estaria, segundo alguns, ultrapassando os limites de sua jurisdição.

Em junho de 2006, no caso *Hamdan versus Rumsfeld*, a Suprema Corte dos EUA determinou ao Poder Executivo estadunidense que fossem respeitadas as normas da Convenção de Genebra de modo a conferir aos prisioneiros de Guantánamo, capturados no exterior por atos de terrorismo, a mesma proteção mínima conferida aos prisioneiros de guerra. Referida decisão desafiou claramente a orientação realista da política externa americana à medida que a conformou com as normas impostas pelo Direito Internacional Humanitário.

Em 2005, juiz brasileiro determinou que o Brasil fizesse uso do princípio da reciprocidade para aplicar medidas de identificação mais gravosas à entrada de cidadãos estadunidenses em território nacional em vista das severas medidas de identificação impostas aos brasileiros quando de seu ingresso em solo estadunidense. Ao determinar a aplicação do princípio da reciprocidade, o magistrado estadual adentrou em seara exclusiva do Presidente da República, autoridade que, por autorização constitucional, conduz as relações internacionais do Brasil.

Mais recentemente, em 2009 o governo italiano e brasileiro acompanharam, detidamente, o julgamento sobre a extradição de Cesare Battisti em curso no STF brasileiro. No julgamento estava em discussão importante questão: até que ponto pode o Judiciário rever ato do Executivo que concede refúgio político a um estrangeiro. Pode o Judiciário conceder a extradição de Battisti, desconsiderando ato prévio do Ministro da Justiça de concessão de refúgio? Pode o Judiciário imiscuir-se em questões de política externa, como o poder de decidir definitivamente sobre a extradição, que competem exclusivamente ao Presidente da República? O embate de visões opostas sobre o assunto encontrou-se consubstanciado em trechos dos votos dos ilustres Ministros César Peluzzo e Eros Grau¹⁴.

Segundo o Ministro César Peluzzo, cabe ao STF brasileiro, em última instância, o controle de legalidade sobre a concessão de refúgio político de Battisti. Sendo a concessão de refúgio político ato

¹⁴ Extradicação (Ext.) nº 1085/2007 do STF.

considerado ilegal, poderá o Supremo determinar a extradição de Battisti. Sua opinião é bem refletida no seguinte trecho de seu voto de relator:

Em suma, a decisão do Senhor Ministro de Justiça não escapa ao controle jurisdicional sobre eventual observância dos requisitos da legalidade sobretudo à aferição de correspondência declarada e as *fattispecie* normativas pertinentes, que é terreno em que ganha superior relevo a indagação de juridicidade dos motivos até para assegurar se não teria sido usurpada a competência exclusiva do STF. É que pode suceder que, debaixo do pretexto de expedir ato compreendido nas suas atribuições legais a autoridade administrativa haja invadido terreno da competência que a Constituição da República reserva ao STF para conhecer e julgar, em todos os seus aspectos, positivos e negativos, com as correlatas alternativas decisórias, fatos cuja pressuposta existência constitui causa de extradição (...). (Extradição nº 1085/2007 do STF).

Diametralmente oposto, porém, foi o entendimento do Ministro Eros Grau, segundo o qual não caberia ao STF imiscuir-se em ato de política externa, cuja atribuição é de exclusividade do Presidente da República, ou seja, na opinião do Ministro, não compete a mais alta Corte analisar a concessão de refúgio, nem tampouco determinar extradição de estrangeiro. Seu voto foi exarado nos seguintes termos:

Não incumbe ao STF extraditar, senão processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro, se e quando o pedido lhe for remetido pelo Poder Executivo, pronunciando-se previamente, pelo seu Plenário, sobre sua legalidade e procedência. Repito: não nos cabe extraditar ninguém; quem o faz – se extraditável alguém – é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII, da Constituição do Brasil). Um dos requisitos dessa legalidade é o da ausência da concessão de refúgio, concessão que consubstancia faculdade do Poder Executivo. Daí porque é inadmissível no bojo do processo de extradição, o exame do ato, do Ministro da Justiça, que o concedeu.” (*idem*)

Por apertado placar, cinco votos favoráveis à extradição e quatro contrários, com desempate final pelo Presidente da Corte, o STF, em 18 de novembro de 2009, autorizou a extradição de Cesare Battisti, por estarem presentes os seus pressupostos. Determinou, igualmente, que a decisão final sobre a entrega de Battisti à República Italiana caberia ao Presidente da República.

Para muitos, essa decisão representaria uma interferência indevida do Judiciário na discricionariedade do Poder Executivo, particularmente na competência exclusiva do Presidente da República, a quem compete, como Chefe de Estado, manter relações com outros Estados. Não caberia, nesse sentido, ao STF determinar a extradição de um indivíduo a outro Estado.

Esses são apenas alguns dos mais recentes exemplos de atuações judiciais, no Brasil e no exterior, que se imiscuem em campos como o da política externa que anteriormente costumavam fazer parte do domínio exclusivo do Poder Executivo. A análise de temas de política externa por parte dos Tribunais é objeto de polêmica. Se por um lado, o Poder Judiciário deve aplicar de forma plena a sua jurisdição, exercendo seu controle de legalidade sobre todos os domínios da política. Por outro, alega-se que o Judiciário não teria ferramentas judiciais idôneas para resolver controvérsias vinculadas a questões de política externa. Esses assuntos seriam, por natureza, de discricionariedade exclusiva do Poder Executivo e Legislativo, não podendo o Judiciário adentrar em seu mérito.

Como relata Michael J. Glennon, (1989), as Cortes dos EUA têm, por vezes, se declarado preventas para julgar questões que envolvam política externa, invocando o que chamam de *political question doctrine*. A doutrina da questão política afirma que determinadas questões são de exclusividade do Executivo e do Legislativo e não podem ser levadas ao escrutínio dos Tribunais, por faltar ao Judiciário instrumentos adequados para resolvê-las.

No caso *Lowry versus Reagan*, o Tribunal Distrital de Columbia, com base na “*political question doctrine*”¹⁵ inadmitiu o apelo de 110 parlamentares americanos que sustentavam que o Presidente Ronald Reagan teria violado a Resolução sobre Poderes de Guerra no Golfo Pérsico. No julgamento do caso *Lowry*, o Tribunal de Columbia fez referência a julgamento da Suprema Corte, no caso *Baker versus Carr*, que firmou as condições nas quais a doutrina da questão política se fixaria. Segundo a Suprema Corte estadunidense (*apud idem*: 814):

Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of declining without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.

Essa relutância da Corte em julgar casos que versem sobre o poder discricionário do Executivo ou Legislativo em política externa é severamente criticada por Glennon (*idem*: 820). Segundo o autor, a permissão para que o Executivo prossiga sem escrutínio judicial pode representar uma radical realocação do poder constitucional. Quando o Judiciário aplica a doutrina da questão política, ele deixa de esclarecer a outros atores governamentais a que leis estão submetidos, corroendo dessa forma a previsibilidade nos assuntos públicos.

Contudo, como analisa Rachel E. Barkow (2002), há uma tendência, nos últimos anos, de a Corte Suprema estadunidense recusar-se à aplicação da *political question doctrine*, em razão do entendimento de que como um terceiro Poder, o Judiciário tem a competência de interpretar o significado substantivo e pleno de todas as disposições constitucionais.¹⁶ Esse, de fato, parece ter sido o entendimento aplicado no recente caso *Hamdan versus Rumsfeld* (2006) no qual a Suprema Corte se absteve de aplicar a doutrina da questão política, passando a avaliar a legalidade da política do governo Bush, que deixou de dar cumprimento às Convenções de Genebra no território de Guantánamo.

Em estudo quantitativo sobre casos de política externa julgados pela Suprema Corte americana, de 1789 a 1996, Lynn Kimmi King e James Meernik (1999: 19) encontraram 347 demandas judiciais que tinham alguma implicação com a política externa norte-americana, o que,

¹⁵ Segundo definição do dicionário legal eletrônico *Black's Law Dictionary* (2009), a *political question doctrine* é “*the judicial principle that a court should refuse to decide an issue involving the exercise of discretionary power by the executive or legislative branch of government.*”

¹⁶ Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=307601 >. Acesso em: 08 fev. 2010.

segundo os autores, demonstraria que a Corte nem sempre usa argumentos da doutrina da questão política para evitar o julgamento de litígios dessa natureza. Outro interessante achado da pesquisa é o fato de que desses 347 casos, 107 casos foram julgados de forma contrária às preferências do Executivo.

A atuação do Judiciário no campo da política externa é, portanto, assunto que merece ser objeto de estudo, principalmente porque ao apreciar questões de política externa, tradicionalmente atribuídas ao Executivo e ao Legislativo, o Judiciário passa a analisar tais temas a partir de uma lógica interna própria. Mais ainda, submete o debate dessas questões às peculiaridades de seu processo decisório, o que pode ter implicações profundas no processo decisório em política externa.

1.3.1 O Papel das Cortes Internacionais para a Judicialização da Política Externa

A atividade jurisdicional das Cortes Internacionais pode representar um fator crucial para o aumento dos pronunciamentos judiciais domésticos em processos que versam sobre política externa e aplicação do direito internacional. O caso das medidas brasileiras restritivas à importação de pneus usados e reformados é um bom exemplo desse fenômeno de judicialização de temas da política externa, pois, claramente, o envolvimento do STF brasileiro na questão foi resultado direto do que estava ocorrendo no curso do painel DS 332, aberto pelas Comunidades Européias contra o Brasil na OMC.

Como será visto mais pormenorizadamente no próximo capítulo, a necessidade de o Brasil legitimar a sua política ambiental e de saúde pública no âmbito da OMC, afastando a argumentação européia de que tal política era uma restrição disfarçada ao comércio internacional, obrigou o Executivo a buscar a intervenção do STF brasileiro para declarar definitivamente, em âmbito doméstico, a constitucionalidade da política de proibição a importação de pneus usados e reformados, cassando as diversas decisões judiciais que autorizavam a entrada desses produtos no Brasil.

Como nota Hirschl (2004: 215), o julgamento desses órgãos de adjudicação supranacionais, a exemplo do Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC, tem enorme peso e leva vários países a incorporar parâmetros legais internacionais em seus sistemas domésticos legais. Afinal, em não cumprindo as determinações dessas instâncias internacionais, os Estados correm o risco de serem responsabilizados internacionalmente por violação a obrigações do Direito Internacional, o que, efetivamente, não interessa a imagem dos Estados e tampouco às suas respectivas políticas externas.

Marcelo Neves (2008: 297) atribui o nome de transconstitucionalismo ao fenômeno do entrelaçamento de ordens jurídicas na solução de um problema-caso constitucional (de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima de poder), que lhes seja concomitantemente relevante. Segundo Neves (*idem*: 133), uma das formas de manifestação cada vez mais freqüente do

transconstitucionalismo é a que ocorre entre o direito internacional público e o direito estatal, hipótese ilustrada pelos casos que são tratados, de forma paralela, em cortes internacionais e nacionais, a exemplo do caso dos pneus. Para o autor, tais situações exigiriam um diálogo cada vez maior entre a ordem jurídica doméstica e a ordem internacional, a fim de alcançar convergência para a solução de problemas comuns. Os Tribunais Internacionais, sob pena de ineficácia de suas decisões, não podem impor a lei interestatal à ordem jurídica interna, sem que haja previamente uma abertura do constitucionalismo doméstico aos valores protegidos pelo direito internacional. Por outro lado, quando os tribunais internos analisam determinado problema exclusivamente sob a ótica da ordem constitucional interna correm o risco de deixar de lado a observância das instituições e normas do direito internacional público, em nome de uma soberania que não pode mais ser interpretada simplesmente como autonomia territorial, mas sim como uma responsabilidade política do Estado no contexto interestatal (*idem*: 133-134).

O Estado deixou de ser o *locus* preferencial e privilegiado para a solução de problemas jurídicos de uma sociedade mundial complexa. Nas palavras de Neves (*idem*: 297), ele é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento de problemas que se espalham por várias jurisdições de forma simultânea. As soluções mais adequadas, sem dúvida, serão obtidas por meio da conversação entre sistemas, a partir de aberturas e tentativas de aproveitamento das diversas racionalidades existentes, em um processo de fertilização cruzada (*cross-fertilization*).

As cortes domésticas e internacionais devem, portanto, ser impelidas a um diálogo, com vistas à superação de um provincialismo dissociante ou de um internacionalismo sufocante. Com isso, busca-se um equilíbrio ideal entre direitos e obrigações existentes nas ordens jurídicas interna e internacional, algo que serve ao propósito da política externa na medida em que ela atua, muitas vezes, como filtro entre o doméstico e o interestatal.

1.3.2 Poder Judiciário e Política Externa

Afirma Eyal Benvenisti (1994: 426) que a independência outorgada pelos Poderes Executivo e Legislativo ao Judiciário é ao mesmo tempo uma concessão em troca do efeito de legitimação dos atos executivos e legislativos e uma condição necessária para a credibilidade do Estado perante a opinião pública. A independência do Judiciário em geral e o poder de controle das leis em particular seriam, nesse sentido, componentes de um “acordo” entre o Poder Judicial e os outros dois Poderes.

Esse acordo, todavia, não concede ao Judiciário discricionariedade sobre a esfera da política externa. No entender de Benvenisti, enquanto na esfera doméstica todos os Poderes se beneficiam com a independência e pelo exercício do controle das leis por parte Judiciário, a situação seria distinta em relação à política externa. Não há por parte dos Poderes Executivo e Legislativo incentivo qualquer para que o Judiciário sirva como ferramenta para conferir legitimidade ao sistema legal internacional, dentro do qual seu Estado é apenas um entre vários atores. Confrontado, assim, com uma atitude pouco entusiasmada por parte do governo sobre o escrutínio judicial de questões de

política externa, o Judiciário fica sem espaço para alargar o seu poder de revisão sobre esses temas (1994: 426).

As premissas de Benvenisti talvez possam explicar o menor grau de envolvimento do Poder Judiciário com temas afetos ao direito internacional e à política externa. Todavia, não se pode desconsiderar que o Judiciário é, de fato, chamado muitas vezes a decidir sobre questões de política externa e, nesse caso, funcionará como fator de influência do Estado na condução de suas relações internacionais.

Estevão Couto (2001: 119) utiliza métodos quantitativos e qualitativos para avaliar a evolução da jurisprudência do STF e constata que os pronunciamentos dos tribunais superiores brasileiros sobre temas da seara internacional aumentaram em números absolutos nas décadas mais recentes.

Nesse contexto, não há mais espaço para argüir que a política externa é algo estranho ao Poder Judiciário. Seja pela crescente atividade do Poder Judicial nas democracias atuais, seja pelo fortalecimento do controle abstrato da constitucionalidade das políticas públicas ou pelo fenômeno do transconstitucionalismo, a política externa passou também a fazer parte do domínio da judicialização.

Com fundamento, portanto, nas premissas examinadas no presente capítulo, será visto, a partir do estudo do caso dos pneus, como uma questão do domínio tradicional da política externa acabou sendo judicializada, ou seja, levada ao crivo do Poder Judiciário nacional. Assim, no capítulo que ora se segue, é examinado, com detalhe, o histórico nacional e internacional dessa controvérsia para, finalmente, analisarmos como a judicialização desse caso influenciou na condução da política externa brasileira.

Capítulo II

O CASO DOS PNEUS REFORMADOS: O DS 332 DA OMC E A ADPF 101 NO STF

2.1 A Dimensão Doméstica da Controvérsia

Para compreender-se, de forma ampla, o que foi discutido no âmbito do DS 332, bem como na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 101 perante o STF, faz-se necessário, antes de mais nada, reproduzir cronologicamente o conjunto de atos normativos que fundamentam a política brasileira de restrição à importação de pneumáticos usados e reformados. Referida política, voltada à preservação do meio ambiente e à manutenção da saúde pública, foi alvo de questionamentos na OMC e no STF, foros onde se verificou, respectivamente, sua compatibilidade com as normas do GATT e com a própria Constituição Federal brasileira.

2.1.1 Histórico Normativo

O histórico normativo da proibição de importação de pneumáticos usados no Brasil iniciou-se com a edição da Portaria DECEX – Departamento de Comércio Exterior n.º 8, de 14 de maio de 1991, que vedou a importação de bens de consumo usados, dentre os quais os pneus usados e reformados¹⁷. Em 1996, a Resolução n.º 23 do CONAMA – Conselho Nacional do Meio-Ambiente, de 12 de dezembro, proibiu a importação de pneus usados por razões ambientais. Em 7 de janeiro de 1998, a Resolução n.º 235 do CONAMA alterou o artigo 10 da Resolução n.º 23 e classificou os pneumáticos usados na categoria de resíduos inertes de importação proibida (código NCM 4012.20.00, Nomenclatura Comum do MERCOSUL). À referida Resolução seguiu-se a Resolução CONAMA n.º 258, de 26 de agosto de 1999, que consagrou o princípio da responsabilidade do produtor e do importador, obrigando-os a coletarem e darem destinação final e ambientalmente adequada aos pneus inservíveis dispersos no território nacional, em quantidade proporcional ao volume de pneus fabricados ou importados introduzidos no mercado doméstico.

Posteriormente, a Portaria da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) n.º 8/00, de 25 de setembro de 2000, foi editada para vedar expressamente a concessão de licenças para a importação de pneus reformados e usados. A ela sucederam-se a Portaria SECEX n.º 2, de 8 de março de 2002, a Portaria SECEX n.º 17, de 1 de dezembro de 2003, e a Portaria SECEX n.º 14, de 17 de novembro

¹⁷: Pneus usados podem ser convertidos em pneus reformados por meio dos processos de recapagem (substituição da banda de rodagem), recauchutagem (substituição de banda de rodagem e parte das paredes laterais) ou pela remoldagem (substituição da banda de rolagem, paredes laterais e ombros da carcaça). Vide a esse respeito relatório do painel (WT/DS 332, 2007, June 12, pr. 2.2: 2). Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em; 22 jun. 2010.

de 2004, as quais mantinham a proibição de importação de pneumáticos reformados e usados, como bens de consumo e como matéria-prima, mas abriam exceção para a importação de pneus remoldados do Mercosul. No âmbito estadual, o Rio Grande do Sul, por meio da Lei nº 12.114, igualmente, restringia a importação desses produtos.

Também foram editados dois Decretos Presidenciais, o de nº 3.179, de 21 de setembro de 1999, e o de nº 4.492, de 11 de fevereiro de 2003. Este último alterou o Decreto anterior para especificar as sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, isentando do pagamento de multa os pneumáticos reformados de procedência do Mercosul.

Tais exceções concedidas ao Mercosul visavam dar cumprimento ao laudo arbitral proferido em favor do Uruguai contra o Brasil, por Tribunal *ad hoc* do Mercosul, em disputa instaurada sob a égide do Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsias. Como o Protocolo, internalizado no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Executivo nº 922, de 10 de dezembro de 1993, vigia com o status de lei ordinária, o Brasil viu-se obrigado a autorizar a importação de pneus remoldados provenientes dos Estados Partes do Mercosul, acatando, assim, o laudo arbitral do Tribunal *ad hoc*, que era irrecorrível.

2.1.2 Pneus, Meio Ambiente e Saúde Pública: as Justificativas Brasileiras para as Medidas Restritivas da Importação de Pneus Usados e Reformados¹⁸

O pneu é um resíduo sólido que ocupa espaço físico considerável, de difícil compactação, coleta e eliminação, além de ser um produto não biodegradável e com tempo de decomposição indeterminado. Devido a sua composição química, que inclui metais pesados, borracha natural e sintética, negro de fumo e óleos, o pneu é um produto de fácil combustão, com alto poder calorífero. Seu acúmulo aumenta consideravelmente os riscos de incêndio, com a conseqüente liberação de substâncias tóxicas e cancerígenas, bem como poluentes orgânicos e inorgânicos, que podem contaminar o ar, o solo e água.

A gestão ambiental do problema dos pneus usados envolve as etapas de produção, consumo, coleta e destinação final dos resíduos resultantes do uso do produto. Não existem alternativas de destinação final consideradas totalmente adequadas sob o ponto de vista ambiental e que sejam, ao mesmo tempo, economicamente viáveis. Em alguma medida, todas as destinações existentes, no Brasil e no resto do mundo, causam impactos no meio ambiente e na saúde humana e animal.

Dentre os destinos mais comuns dados aos pneumáticos no Brasil está o co-processamento de resíduos em fornos de fábrica de cimentos e em usinas de xisto-betuminoso. Atualmente, avalia-se a utilização de pneus triturados na composição da manta asfáltica, que é ainda uma solução dispendiosa, perigosa e de difícil manejo. Outras destinações comumente utilizadas são o aterro e o

¹⁸ As informações apresentadas neste item estão detalhadas na primeira petição do Brasil, apresentada no DS 332 – caso dos pneus reformados. Disponível em: < http://www2.mre.gov.br/cgc/pneus_primeirapeticao.pdf. >. Acesso em 17 fev. de 2010.

empilhamento de pneumáticos, ambos desaconselhados. O aterro de pneus inservíveis provoca a lixiviação no solo, seja porque os pneus ocupam um espaço muito grande, seja porque quando depositados inteiros desestruturam a base do terreno. Já o empilhamento é causa freqüente de incêndios de vastas dimensões e longa duração, além de tornar-se um criadouro ideal para mosquitos transmissores de doenças tropicais como a dengue, malária e febre amarela. Estima-se, por exemplo, que o mosquito *aedes albopictus*, um dos vetores do vírus da dengue e da febre amarela, tenha ingressado no território nacional em carregamentos de pneus usados provenientes dos EUA e do Japão. O *aedes albopictus*, cuja primeira notificação de presença no Brasil data de 1986, já estava presente, em 1998, em 12 dos 27 Estados da Federação. Avalia-se que a multiplicação de depósitos de pilhas de pneus usados, nas cercanias dos grandes centros urbanos, possa levar à urbanização da febre amarela no Brasil, com previsíveis conseqüências negativas para a saúde da população.

Assim, quanto mais se importam pneus, maior se torna o passivo ambiental do produto, principalmente pelo fato de que os pneumáticos de passeio, que entram em quantidade elevada no Brasil, só se prestam à reforma uma única vez, o que determina seu depósito final em território nacional.

O seguinte trecho da primeira petição entregue pelo Brasil ao Painel do DS 332 resume, com propriedade, a difícil eliminação dos resíduos gerados por pneumáticos e suas conseqüências para o meio ambiente e a saúde, valendo aqui transcrevê-lo:

4. Não há um método eficaz de destinação que seja tanto ambientalmente adequado quanto economicamente viável para lidar com os resíduos de mais de 40 milhões de pneus gerados a cada ano no Brasil. Todo método conhecido capaz de tratar os volumes existentes carrega consigo sérios riscos e efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente. O Brasil e a CE proíbem o aterro de pneus porque eles danificam a estrutura do aterro e deles podem lixiviar contaminantes prejudiciais ao meio ambiente. O armazenamento em pilhas não é um método de destinação e pode apenas ser utilizado temporariamente, até que uma destinação esteja efetivamente disponível. O único método de destinação largamente aceito que pode lidar com grandes volumes de resíduos de pneus é a incineração em fornos de cimenteiras e instalações semelhantes, mas a incineração também traz efeitos adversos à saúde humana e ao meio ambiente porque produz emissões prejudiciais que causam câncer, enfraquecem o sistema imunológico e levam a problemas de fertilidade.¹⁹

Desse modo, à falta de uma destinação ambientalmente segura para os pneus usados, o Governo brasileiro justifica sua política de restrição à importação de pneus usados como o único meio adequado para reduzir os efeitos negativos que os resíduos desses produtos possam ter sobre o meio ambiente e a saúde.

2.1.3 Aspectos Judiciais Caso

¹⁹ Primeira petição do Brasil apresentada no DS 332 – caso dos pneus reformados, página 10.

Após a proibição pelo Brasil da importação de pneus usados e reformados (à exceção dos remoldados provenientes do Mercosul), diversas empresas brasileiras de pneus reformados e de importação de pneus usados buscaram contornar essa medida, por meio da obtenção de decisões judiciais proferidas por juízes e tribunais brasileiros, autorizando a entrada desses produtos no Brasil. Em geral, essas empresas argüiam perante o Poder Judiciário brasileiro que a proibição da importação de pneus usados imposta por meio das Portarias DECEX e SECEX, das Resoluções do CONAMA e dos Decretos Presidenciais era inconstitucional porque violaria o princípio da livre iniciativa, previsto no Artigo 170 da Constituição brasileira²⁰, na medida em que restringia-se o acesso à matéria-prima necessária para a indústria reformadora continuar com suas atividades (WT/DS 332, 2007, June 12, pr. 7.240: 205)²¹. Também argumentavam que haveria flagrante incoerência da legislação brasileira ao permitir a importação de pneus remoldados do Mercosul, porém não de outros países, o que violaria o princípio da igualdade, previsto no Artigo 5º da Constituição Federal.²²

Vale lembrar que as decisões judiciais autorizando a entrada de pneus usados no Brasil, muitas delas consubstanciadas em liminares, foram concedidas por diversos juízes e tribunais espalhados pelo país, conforme foi posteriormente apurado na ADPF 101.²³ Alguns magistrados, no entanto, adotando entendimento contrário à importação, decidiram pela constitucionalidade da política adotada pelo governo, rechaçando os argumentos utilizados pelos reformadores e importadores de pneus usados.

A constitucionalidade das normas brasileiras que proibiam a importação de pneus usados suscitou, portanto, interpretações contraditórias por parte do Judiciário brasileiro. As diversas decisões proferidas pelos juízes federais, por desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e pelo próprio Presidente do STF comprovam que, não obstante o argumento ambiental e de saúde pública utilizado pela defesa judicial do governo, a tese jurídica da inconstitucionalidade das normas restritivas à importação de pneus usados conseguia ganhar adeptos.²⁴

²⁰ Constituição Federal brasileira, Artigo 170, *caput*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios (...).”

²¹ Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em: 22 jun. 2010.

²² Constituição Federal brasileira, Artigo 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes.”

²³ As decisões foram proferidas pelo Presidente do STF, pelos Tribunais Regionais Federais da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª Região, pelos juízes federais da 2ª, 3ª, 5ª, 7ª, 8ª, 11ª, 14ª, 15ª, 16ª, 17ª, 18ª, 19ª, 20ª, 22ª, 24ª, 28ª, 29ª Varas Federais do Rio de Janeiro, pelo Juiz Federal da 4ª Vara Federal de São Paulo, pelo Juiz Federal da 3ª Vara Federal do Espírito Santo, pelo Juiz Federal da 12ª Vara Federal de Minas Gerais, pelos Juízes Federais da 2ª, 4ª, 6ª e 7ª Varas Federais do Paraná, pelo Juiz Federal da 5ª Vara Federal do Ceará e pelo Juiz Federal da Vara Federal Ambiental de Curitiba.

²⁴ Importante ressaltar que tais decisões judiciais tiveram eficácia apenas *inter partes*, ou seja, foram proferidas no âmbito do sistema brasileiro do controle difuso de constitucionalidade. Vincularam apenas as partes em litígio, não suspendendo a eficácia geral das normas proibitivas de importação de pneus usados.

Assim, verificamos, conforme a tabela abaixo, que a importação de pneus usados pelo Brasil por meio de decisões judiciais, progrediu, entre os anos de 2000 a 2005, da seguinte forma:

Figura 1

Importação de pneus usados por ano

ANO	Toneladas
2000	1 407 618
2001	2 396 898
2002	2 659 704
2003	4 240 474
2004	7 564 360
2005	10 478 466

Fonte: VARELLA; FREITAS, 2008: 493.

Tal situação gerava, como conseqüência, uma enorme insegurança jurídica, pois revelava a existência de conflito de interpretações judiciais das normas constitucionais. Se, por um lado, o Governo conseguia, em vários processos judiciais, manter a aplicação da vedação de importação de pneus usados e reformados, em outros não se saía vitorioso, o que, em larga medida, prejudicou a execução plena e eficaz de sua política ambiental e de saúde pública, precipitando o acionamento do Brasil perante a OMC. Como explicam Marcelo Varella e Roberto Freitas:

A proliferação de medidas liminares e a morosidade do Judiciário no julgamento definitivo legitimaram a iniciativa da União Européia de provocar o Órgão de Solução de Controvérsias para tornar a exceção obtida por liminares à proibição de pneus, prevista em lei, uma regra geral. O principal argumento era que o Estado brasileiro possibilitava a entrada de pneus a algumas empresas e não a todas, logo, não havia coerência de tratamento das empresas exportadoras. De fato, para o direito internacional, o importante é o resultado final efetivo, e as divergências internas entre o Poder Executivo e Judiciário podem ser trabalhadas pelos atores estrangeiros na perspectiva do uso instrumental econômico do direito para obrigar que a exceção se torne uma regra geral (2008: 493).

O item seguinte aborda a dimensão internacional da controvérsia dos pneus e as tentativas do Brasil no sentido de evitar a importação de pneus usados se tornasse uma regra geral.

2.2 A Dimensão Internacional da Controvérsia

2.2.1 A Fase de Consultas e o Acionamento do Brasil pelas Comunidades Europeias no MSC

Em 20 de junho de 2005, as Comunidades Europeias²⁵ requisitaram Consultas com o Brasil para tratar de medidas que estariam causando um efeito adverso nas exportações de pneus reformados da Europa ao mercado brasileiro. Cabe esclarecer que as Consultas, fase obrigatória do MSC, permitem às partes, antes de iniciar um painel, entender melhor a situação factual e legal relacionada a uma eventual disputa. Esse entendimento pode auxiliar as partes a resolver o assunto amigavelmente, sem necessidade de uma posterior adjudicação da questão por um painel. Como afirma o *Course on Dispute Settlement*, publicado pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento (UNCTAD, 2003, Módulo 3.2): “*Consultations may serve as an informal pre-trial discovery mechanism. Their primary object and purpose, however, is to settle the dispute amicably.*”

Durante as Consultas, as Comunidades Europeias requereram ao Brasil que fossem esclarecidas as seguintes questões:

- a) a proibição brasileira da importação de pneus reformados;
- b) a adoção de medidas por parte do Brasil que proibiam a importação de pneus usados e que eram aplicadas, em algumas instâncias, a pneus reformados, apesar do fato de um pneu usado ser produto distinto de um pneu reformado;
- c) a imposição por parte do Brasil de uma multa de R\$ 400,00 por unidade em caso de importação, venda, transporte ou depósito de pneus reformados importados, não aplicada aos similares domésticos;
- d) a exceção concedida pelo Brasil aos pneus remoldados do Mercosul, tanto em relação à sua importação quanto à isenção de multas.

As Comunidades Europeias alegavam que essas medidas violavam os Artigos I (Nação Mais Favorecida)²⁶, III (Tratamento Nacional)²⁷ e XI (Eliminação Geral a Restrições Quantitativas)²⁸ do

²⁵ Desde de dezembro de 2009, a OMC utiliza o termo União Europeia em substituição ao termo Comunidades Europeias. Todavia, em documentos anteriores àquela data, consta o termo Comunidades Europeias. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/european_union_or_communities_popup.htm>. Acesso em: 11 mai. 2010.

²⁶ O princípio da Nação Mais Favorecida requer que os membros da OMC, que concedam algum tratamento favorável a determinado país, estendam esse benefício de tratamento a todos os membros da Organização.

²⁷ O princípio do Tratamento Nacional requer que todos os membros da OMC tratem de forma equivalente produtos nacionais e estrangeiros.

GATT. A iniciativa de iniciar Consultas teria resultado de pressões exercidas por empresas fabricantes de pneus da Europa por meio da Associação de Empresas Reformadoras de Pneus (BIPAVER), constituída por sete Estados-membros da União Européia.

Com a Diretiva 199/31/CE de 2006, a União Européia passou a proibir que pneus usados fossem dirigidos a aterros sanitários. Foi precisamente a partir daí que os países da União Européia, mais especificamente as fábricas de pneus novos e reformados²⁹, passaram a divisar novas alternativas para o descarte de seus pneus usados, vislumbrando a exportação desses resíduos a outros países.

O problema se agravava pelo fato de que as grandes produtoras de pneus novos, muitas das quais européias, com filiais no Brasil, não exerciam qualquer pressão contra o baixo custo dos pneus reformados exportados. Para elas, o benefício de se livrar, a preços insignificantes, dos resíduos indesejáveis na Europa, era maior do que o custo de suas filiais de reagir contra o baixo custo dos pneus reformados exportados por suas matrizes para o Brasil (VARELLA; FREITAS, 2008: 491). Além disso, em 13 de setembro de 2004, a União Européia concluiu um processo de investigação comunitária que considerou que o Brasil violava diversos dispositivos dos acordos da OMC e que o objetivo das medidas proibitivas da importação de pneus usados não teria como fim a preservação do meio ambiente, mas sim a proteção da indústria nacional brasileira (VARELLA; FREITAS, 2008: 494).

Após sessenta dias, o Brasil e as Comunidades Européias não conseguiram chegar a uma resolução amigável sobre o tema submetido à consulta. O Brasil arguia que suas medidas de proibição de importação de pneus usados e reformados estavam justificadas pelo Artigo XX (c) do GATT (Exceções Gerais)³⁰, que prevê que determinadas medidas necessárias à proteção da saúde ou vida humana, animal ou vegetal podem vir a ser adotadas pelos membros da OMC, sem constituir discriminação comercial. As Comunidades Européias decidiram solicitar, então, a abertura de um painel contra o Brasil em 17 de Novembro de 2005.

Vale lembrar que o MSC é um mecanismo quase-judicial, ou seja, órgãos independentes e autônomos são responsáveis pela adjudicação das disputas formalmente submetidas à autoridade geral do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC). A jurisdição do OSC e de seus órgãos adjudicantes (Painéis e Órgão de Apelação) funciona conforme a autoridade a eles conferida pelos membros da OMC, por meio de tratado internacional. Nenhum membro, portanto, pode se recusar a participar de uma disputa iniciada contra ele no MSC (MARCEAU, 2005: 29).

²⁸ Os membros da OMC estão, como regra geral, proibidos de impor quotas à importação ou exportação de produtos.

²⁹ Pelo princípio da responsabilidade do produtor e do importador, as empresas de pneus européias também se obrigam a coletarem e darem destinação final adequada ambientalmente aos pneus inservíveis dispersos em seu território nacional, o que se faria proporcionalmente ao volume de pneus fabricados ou importados introduzidos no mercado doméstico. A exportação de pneus remoldados, que utilizam a matéria-prima do pneu usado, seria, portanto, uma alternativa de destinação final dos pneumáticos inservíveis.

³⁰ Artigo XX (*General Exceptions*), GATT: *Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which constitute a means of arbitrary or unjustifiable discriminations between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any contracting party of measures: (c) necessary to protect human, animal or plant life or health;*

Trata-se de um sistema orientado por normas (*rule-oriented*) em oposição ao sistema adotado anteriormente no GATT, baseado em técnicas de negociação diplomática. O sistema vigente opera com base no sistema do consenso reverso, ou seja, uma disputa só não será instaurada se houver o consenso de todos os membros da OMC, o que afasta quase por completo a possibilidade de um membro não se submeter ao sistema de adjudicação da Organização. O sistema anterior funcionava com base na regra do consenso positivo, ou seja, se apenas um dos membros não desejasse a instauração da demanda, ele poderia bloquear o estabelecimento de um painel ou a adoção de seu relatório. Assim, em geral, a própria parte demandada se encarregava de frustrar a construção do consenso, barrando o acionamento do sistema.

Como ressalta Bernhard Zangl (2008: 828), a institucionalização de mecanismos mais judicializados de resolução de controvérsias interestatais, a exemplo do encontrado na OMC, é vista por muitos autores, especialmente aqueles ligados à corrente institucionalista de Relações Internacionais, como algo positivo, uma vez que impele os Estados a respeitar uma decisão baseada em normas pré-estabelecidas e aplicadas por órgãos politicamente independentes, com autoridade de sanção.

Em 28 de novembro de 2005, o OSC autorizou a instauração da controvérsia pleiteada pelas Comunidades Européias contra o Estado brasileiro. Iniciava-se, assim, no âmbito da OMC, o *DS (Dispute Settlement) 332 Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, uma longa e ainda inacabada disputa sobre medidas brasileiras que supostamente restringem, em prejuízo do livre-comércio mundial, a importação de pneus reformados.

2.2.2 O Painel

Os painéis funcionam como primeira instância do procedimento para solução de controvérsias na OMC. São compostos, em geral, por três indivíduos, que atuam em caráter pessoal, independentemente de seus governos, não podendo atuar em controvérsias em que seus Estados estejam envolvidos. Os panelistas, em geral, são diplomatas, juristas e acadêmicos do Direito Internacional Econômico.

O mandato do Painel está previsto em um documento intitulado “termos de referência”, no qual se estabelece o conteúdo e os limites do processo de solução de controvérsia. Qualquer membro que tenha um interesse substancial na disputa e que tenha notificado o OSC sobre ele, no momento do estabelecimento do Painel, poderá participar do procedimento como terceira-parte.³¹

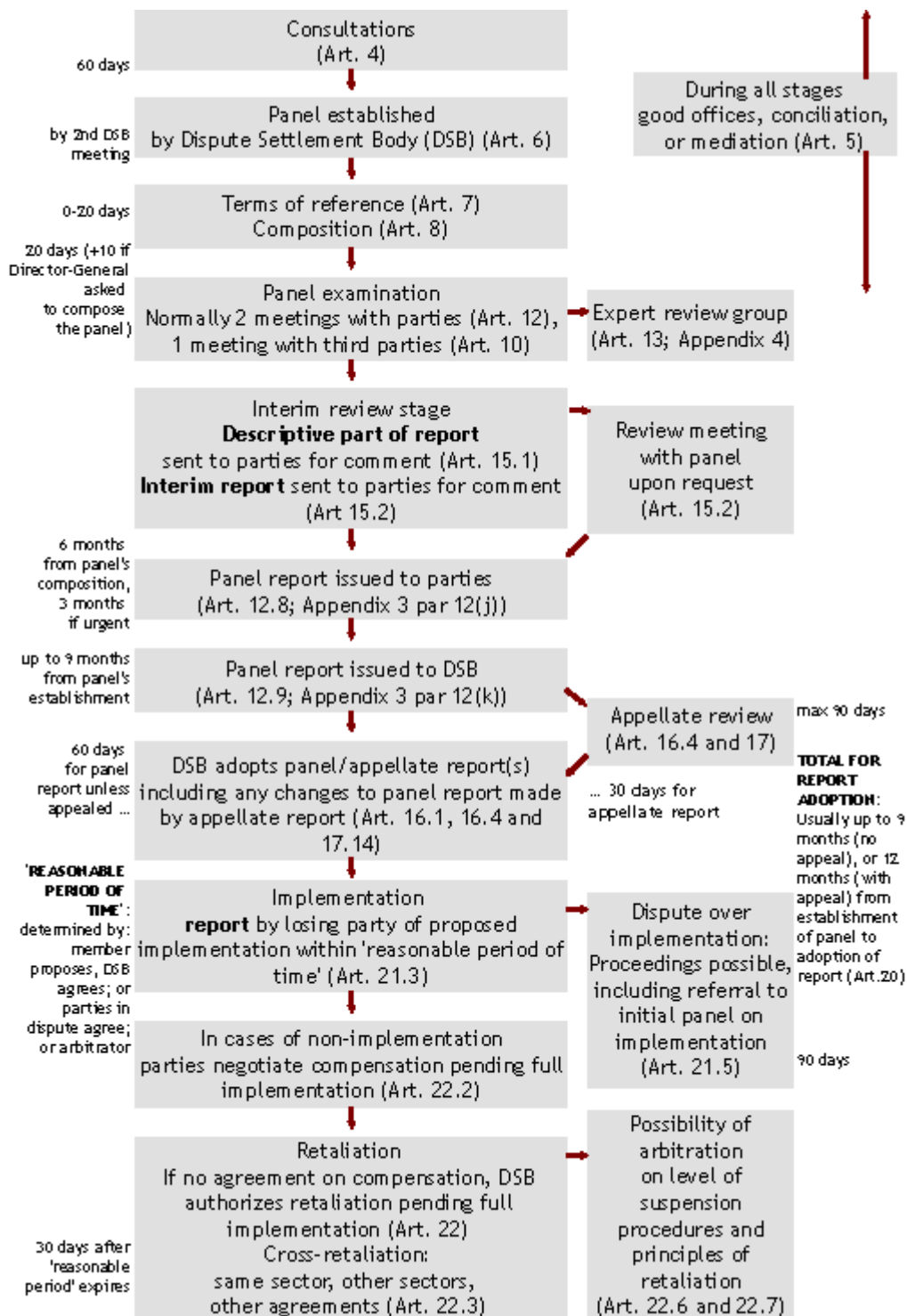
Ressalte-se que a obrigação principal dos painéis é a de fazer uma avaliação objetiva da aplicabilidade dos acordos invocados pelo membro reclamante e de sua compatibilidade com a

³¹ No caso do DS 332, Argentina, Austrália, China, Cuba, Guatemala, Japão, Coréia, México, Paraguai, Taipei, Tailândia e EUA solicitaram sua participação como terceiras-partes.

medida adotada pelo membro reclamado. Esse é o denominado padrão de revisão (*standard of review*) que deve ser seguido pelos painéis e pelo Órgão de Apelação (OA) em todas as controvérsias submetidas à sua apreciação (BARRAL, 2004: 52).

A Figura 1 mostra as etapas do MSC, que se dividem em Consultas, Painel, Apelação e Implementação.

Figura 2
Etapas do MSC



Fonte: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c6s1p1_e.htm>. Acesso em 12 mar. 2010.

2.2.2.1 Principais Teses Jurídicas das Comunidades Europeias

Como já apontado, as Comunidades Europeias questionavam as medidas brasileiras restritivas à importação de pneus usados e reformados, dentre elas as consubstanciadas na legislação federal que proibia a importação desses produtos, assim como a Lei nº 12.114 do Estado do Rio Grande do Sul. Segundo os europeus, tanto a legislação federal quanto a estadual violariam

os princípios da Nação Mais Favorecida, Tratamento Nacional e Proibição as Restrições Quantitativas, todos previstos no GATT. Além disso, também sustentavam que:

- a) no Sistema Harmonizado³², pneus reformados e pneus usados estavam classificados em linhas tarifárias distintas, portanto o Estado brasileiro não podia equipará-los para fins de restrições de importação. Segundo os europeus, pneus reformados são produtos, enquanto pneus usados são resíduos;
- b) os pneus reformados têm grande durabilidade e são produtos benéficos ao meio ambiente, uma vez que economizam milhões de toneladas de borracha e petróleo;
- c) a política pública brasileira de proibição da importação desses produtos era inócua, tendo em vista que tanto a exceção existente para importações de remoldados provenientes do Mercosul quanto as decisões judiciais que autorizavam a entrada de pneus usados no Brasil neutralizavam os potenciais efeitos benéficos para o meio ambiente e a saúde.

A primeira e segunda petições europeias foram entregues ao Painel nos dias 27 de abril e 11 de agosto de 2005.

2.2.2.2 Principais Teses Jurídicas do Brasil

Em resposta às alegações europeias, o Estado brasileiro procurou demonstrar que suas políticas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública eram necessárias e que estavam justificadas pelo Artigo XX, "b" (Exceções Gerais) do GATT. Além disso, o Brasil também argumentou que:

- a) a importação de pneus reformados acelera a geração de resíduo no país importador, uma vez que não podem ser reformados uma segunda vez;
- b) a proibição da importação de pneus usados e reformados é a única medida capaz de impedir a geração de grandes quantidades de resíduos de pneus;
- c) o aumento do volume de pneus descartados é potencial vetor para o mosquito da dengue e febre amarela, pois o pneu usado serve de criadouro privilegiado para esses insetos; além disso, a fumaça tóxica produzida com a incineração de pneus pode aumentar a incidência de câncer e problemas reprodutivos;
- d) os benefícios apropriados pela reforma de pneus são usufruídos exclusivamente pelo país exportador, considerando que ao importador só resta o ônus de gerenciar quantidades adicionais de resíduos em seu território;

³² Sistema Harmonizado, conforme o Glossário da OMC, é “[a]n international nomenclature developed by the World Customs Organization, which is arranged in six-digit codes allowing all participating countries to classify traded goods on a common basis. Beyond the six-digit level, countries are free to introduce national distinctions for tariffs and many other purposes” Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/harmonized_system_e.htm>. Acesso em: 22 mai. 2010.

- e) a exceção criada para os países do Mercosul não representa discriminação injustificável ou arbitrária, pois era fruto de decisão obrigatória e final do Mecanismo de Solução de Controvérsias do Mercosul;
- f) a exceção concedida ao Mercosul não fere o princípio da Nação Mais Favorecida porque o Mercosul é uma União Aduaneira;
- g) a Lei nº 12.114 do Estado do Rio Grande do Sul não tem qualquer validade porque uma lei estadual não pode impor medidas restritivas ao comércio internacional, que é de competência exclusiva da União;
- h) as medidas judiciais concedidas para autorizar a entrada de pneus usados em território nacional eram apenas fenômeno temporário, tendo em vista que a Advocacia-Geral da União (AGU) já tinha ajuizado uma ADPF, perante o STF, para anular as decisões que autorizavam a entrada de pneus usados no Brasil.

A primeira e a segunda peça de defesa do Brasil foram apresentadas ao Painel nos dias 8 de junho e 11 de agosto de 2005. Foram também realizadas audiências em Genebra para que os panelistas pudessem dirigir perguntas às partes.

2.2.2.3 O Relatório: as Conclusões do Painel

Apresentados os argumentos pelas partes, o Painel procedeu à emissão de suas conclusões por meio de Relatório circulado aos membros da OMC no dia 17 de Junho de 2007. O documento analisou cada uma das teses jurídicas suscitadas pelas Comunidades Europeias e o Brasil e, com base nos acordos do GATT, bem como em precedentes jurisprudenciais anteriores do OSC, concluiu que:

- a) a legislação federal e estadual brasileira, em relação à proibição da importação de pneus reformados, não estava em conformidade com as normas do GATT;
- b) a política brasileira de proibição de pneus reformados era capaz de contribuir para a redução de resíduos de pneus usados e de riscos à saúde e à vida humana, vegetal e animal;
- c) a importação de pneus usados por meio de decisões judiciais, visto que ocorria em volumes significativos que neutralizavam a política brasileira, era medida discriminatória injustificável e representava uma restrição disfarçada ao comércio internacional;
- d) a exceção à importação de pneus remoldados do Mercosul era discriminatória, mas não representava restrição disfarçada ao comércio internacional, considerando que o volume de importação desses pneus não era tão grande a ponto de neutralizar a política brasileira de proteção ao meio ambiente e saúde.

O Painel determinou, desse modo, que o OSC requeresse ao Brasil a tomada de providências para cumprir suas obrigações sob o GATT, tornando suas medidas internas de restrição à importação de pneus reformados compatíveis com esse acordo internacional.

Interessante notar que, após a divulgação do Relatório do Painel, ambas as partes se consideraram vitoriosas. As Comunidades Européias lograram que as medidas brasileiras restritivas à importação de pneumáticos reformados fossem declaradas inconsistentes com o GATT. O Brasil, por outro lado, comemorava o fato de que o Painel, com base no Artigo XX (b) do GATT, havia reconhecido a plausibilidade e necessidade de sua política de proibição de pneus usados e reformados.

Formalmente, contudo, foi o Brasil que sucumbiu na demanda, sendo obrigado a buscar meios de cumprir a decisão do Painel. O problema central do Brasil nesse contencioso estava no tratamento desigual entre os exportadores, porque se permitia, por meio de decisões judiciais, que apenas alguns importadores se beneficiassem com a importação de pneus usados. De fato, o volume de importação de pneus usados aumentou quase 1000% desde o início da concessão dessas decisões por parte do Poder Judiciário brasileiro (VARELLA; FREITAS: 497). Segundo o Relatório do Painel:

7.348 We have already found above that the importation of used tyres through these court injunctions results in the measure at issue being applied in a manner that constitutes unjustifiable discrimination. The granting of court injunctions for the importation of used tyres has also in effect meant that, contrary to the intended design of the measure, domestic retreaders have been able to continue to benefit from the importation of used tyres as material for their own activity in significant amounts, while their competitors from non-MERCOSUR countries have been kept out of the Brazilian market. The restriction on international trade inherent in the banning of imports of retreaded tyres has thus operated to the benefit of domestic retreaders, while the fulfillment of the purpose for which it has been justified is being significantly undermined.

7.349 In light of the above, we find that, since imports of used tyres take place in significant amounts under court injunctions to the benefit of the domestic retreading industry, the import ban on retreaded tyres is being applied in a manner that constitutes a disguised restriction on international trade (WT/DS332, June 12: 226).

A essa altura, portanto, o Brasil viu-se diante de duas opções para cumprir a decisão de primeira instância da OMC: abrir, seu território de forma irrestrita, às importações de pneus usados e reformados, ou tentar cassar todas as decisões judiciais que autorizavam a entrada de pneus usados no Brasil, eliminando, dessa forma, a contradição interna de sua política.

2.2.3 O Julgamento da Apelação

Logo após a circulação do Relatório do caso DS 332 entre os membros da OMC, as Comunidades Européias, em 3 de setembro de 2007, notificaram o OSC sobre seu interesse de apelar da decisão tomada pelo Painel. Por meio da apelação, as Comunidades Européias buscavam, em especial, que o OA da OMC revertesse:

- a) a decisão do Painel que considerou que a política brasileira de proteção à vida e a saúde humana, animal e vegetal era necessária e capaz de contribuir para os objetivos perseguidos pelo Estado brasileiro;
- b) a decisão do Painel, que considerou que a exceção do Mercosul só poderia ser considerada discriminatória e como restrição disfarçada ao comércio internacional se resultasse em volumes de importação de pneus capazes de neutralizar a política brasileira.

O OA constitui a segunda instância do MSC e é composto por sete indivíduos com experiência comprovada em Direito e comércio internacional, escolhidos por consenso pelo OSC. Por força do Artigo 17.6 do Entendimento de Solução de Controvérsias (ESC), o OA só poderá pronunciar-se sobre questões de direito, não podendo revisar questões fácticas já estabelecidas pelo Painel.

O OA, ao julgar o recurso das Comunidades Europeias no DS 332, acabou referendando a maior parte das conclusões do Relatório do Painel. Em ponto de interesse fundamental para o Estado brasileiro, manteve a interpretação legal de que as políticas brasileiras de proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, conforme o Artigo XX (b) do GATT, eram necessárias para o alcance dos objetivos visados pelo Brasil.

O ponto diferencial da decisão do OA foi, contudo, a reversão da interpretação legal do Painel de que a exceção do Mercosul não configurava discriminação injustificada e tampouco restrição disfarçada ao comércio internacional, o que representou um gravame a mais para o Estado brasileiro. Para o OA, a discriminação arbitrária e injustificada ocorre mesmo quando a quantidade de pneus importados, com base na exceção estabelecida, não é significativa. Essa mesma interpretação foi aplicada em relação às decisões judiciais que autorizavam a entrada de pneus usados em território brasileiro, ou seja, independentemente da quantidade de pneus importados por força dessas decisões, haverá sempre uma discriminação comercial.

2.2.4 A Arbitragem

As decisões do OA e do Painel foram adotadas pelo OSC em 17 de dezembro de 2007. Menos de um mês depois, no dia 15 de janeiro de 2008, o Brasil anunciou, em reunião no OSC, que tinha a intenção de cumprir as recomendações e a decisão do MSC no DS 332, mas que necessitaria de um período razoável para fazê-lo.

Foram realizadas Consultas entre o Brasil e as Comunidades Europeias a fim de decidir sobre qual seria o prazo razoável de implementação da decisão. Contudo, as partes não chegaram a um consenso sobre o assunto, o que levou as Comunidades Europeias a solicitar que o período

razoável de implementação fosse determinado por meio do processo de arbitragem previsto no Artigo 21.3 (c) do ESC³³.

Em 20 de agosto de 2008, após avaliar todas as alternativas das quais o Brasil dispunha para cumprir as recomendações do OSC, o árbitro determinou que o período razoável de implementação seria de doze meses a partir da data de adoção das decisões do OA e do Painel. Assim, o Brasil teria até o dia 17 de dezembro de 2008 para cumprir as recomendações, caso contrário estaria obrigado a oferecer compensações comerciais ou correria o risco de sofrer retaliação comercial autorizada, pelo OSC, por parte das Comunidades Européias.

2.3 A Implementação Nacional da Decisão do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC

2.3.1 O ajuizamento da ADPF Nº 101

Ainda em 2006, praticamente dois anos antes do vencimento do prazo final para o Brasil cumprir a decisão do OSC sobre o DS 332 e ainda durante o curso dos trabalhos do Painel, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro já se movimentava no sentido de encontrar uma solução jurídica para cassar as decisões judiciais que autorizavam a entrada de pneus usados no país. Nesse sentido, solicitou à Presidência da República, por meio da Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, que se pronunciasse a respeito da medida judicial cabível nessa hipótese.

Após estudo do caso, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, por meio da Nota SAJ/SAG nº 3111/06 de 15 de setembro de 2006, concluiu que a ADPF, disposta no Artigo 102, § 1º, da Constituição Federal, seria o único remédio apropriado para sanar, de forma ampla, geral e irrestrita, a lesividade das decisões proferidas pelas instâncias federais de primeiro e segundo graus que autorizavam a entrada de pneus usados no Brasil. Segundo o parecer, essas decisões agridem preceitos da Constituição Federal brasileira que garantem o direito de todos à saúde³⁴ e a um meio

³³ Artigo 21.3 do Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC: *“At a DSB meeting held within 30 days (11) after the date of adoption of the panel or Appellate Body report, the Member concerned shall inform the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB. If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so. The reasonable period of time shall be: (c) a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the date of adoption of the recommendations and rulings (12). In such arbitration, a guideline for the arbitrator (13) should be that the reasonable period of time to implement panel or Appellate Body recommendations should not exceed 15 months from the date of adoption of a panel or Appellate Body report. However, that time may be shorter or longer, depending upon the particular circumstances.”*

³⁴ Constituição Federal brasileira, Artigo 196: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

ambiente equilibrado³⁵. A nota registra, ainda, que outras decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro confirmam a constitucionalidade das medidas de restrição adotadas pelo Governo, o que atestaria a existência de um dissídio jurisprudencial a ser sanado pelo STF por meio do ajuizamento de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Referida ação seria o mecanismo processual, no âmbito do controle abstrato de normas, adequado para remediar violações a preceitos fundamentais decorrentes de incongruências hermenêuticas e confusões jurisprudenciais entre órgãos do Judiciário brasileiro.

Recomendou-se, assim, com a máxima urgência, que a então Ministra-chefe da Casa Civil, Dilma Roussef, solicitasse ao Advogado-Geral da União o ajuizamento de uma ADPF perante o STF para obter a declaração, com efeitos *ex tunc* (efeitos retroativos), das interpretações que autorizavam a entrada de pneus usados no país. Recomendou-se, ainda, o requerimento de medida liminar, no bojo dessa ADPF, para suspender imediatamente os efeitos das decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados e para sustar a tramitação dos processos judiciais em que se discutia a matéria, até o julgamento definitivo pelo STF.

Ressalte-se que o ajuizamento da ADPF perante o STF não teve o efeito de suspender o andamento da controvérsia DS 332, no âmbito da OMC. O OSC não é instância supranacional do Judiciário doméstico, trata-se de um órgão de direito internacional independente dos sistemas judiciais domésticos dos países membros da OMC. Portanto, os processos, na instância nacional e internacional, apesar de tratarem de temas correlatos, tramitaram em separado e independentes um do outro.

2.3.2 O Processo Judicial perante o STF

Em 21 de setembro de 2006, o Presidente da República, por meio do Advogado-Geral da União, ajuizou ADPF perante o STF, com pedido de liminar. Com isso, o Ministério das Relações Exteriores esperava eliminar as exceções impostas pelo Judiciário brasileiro ao cumprimento da política brasileira restritiva da importação de pneus usados. Lembre-se que diversas instâncias do Judiciário brasileiro acabavam neutralizando a política restritiva do governo, sob o argumento de que a vedação da importação de pneus usados era inconstitucional, pois violava o princípio da livre-iniciativa previsto no Artigo 170 da Constituição Federal. De fato, cassando-se as decisões autorizativas da entrada desses produtos em território brasileiro, não se deixaria muito espaço para a argumentação por parte das Comunidades Européias sobre a inefetividade da política brasileira de proteção à saúde pública e proteção ao meio ambiente. A ADPF foi tombada sob o nº 101 e distribuída à Ministra Cármen Lúcia, que passou a ser a relatora do processo, encarregada de conduzir a sua instrução processual e de proferir, ao final, o voto condutor do julgamento pelo Plenário do STF.

³⁵ Constituição Federal brasileiro, Artigo 225, *caput*: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Muitas empresas de reforma de pneus usados, assim como organizações não governamentais de defesa do meio ambiente, habilitaram-se no processo como interessados, o que demonstrou, de pronto, a importância da questão para vários setores da sociedade brasileira. A repercussão social do caso levou a Ministra Cármen Lúcia a convocar uma Audiência Pública, a segunda realizada na história do STF³⁶, com vistas a resguardar a igualdade das partes, assegurando que fossem ouvidos os dois lados da controvérsia.

A Audiência Pública realizou-se quase dois anos após o ajuizamento da ADPF 101³⁷. Nesse ínterim, o Governo esperava que, ao menos, fosse atendido o pedido de concessão de liminar na ADPF, de forma a suspender, até seu julgamento definitivo, os efeitos das decisões judiciais que autorizavam a importação de pneus usados, o que não ocorreu.

A Ministra Relatora, apesar das expectativas do Executivo, optou, contudo, por decidir a questão apenas no julgamento definitivo da ADPF 101, o qual se concluiria somente em 24 de junho de 2009.³⁸ Enquanto isso, o Brasil tentava justificar-se perante a OMC pelo não cumprimento das determinações do OSC no DS 332. Afinal, como vimos anteriormente, o prazo final para o cumprimento das recomendações tinha término em 17 de dezembro de 2008, conforme decidido em decisão arbitral no âmbito da OMC.

2.3.3 Aparente Desfecho

Sem adentrar nos pormenores do voto da Ministra Cármen Lúcia, o que será feito no terceiro capítulo, quando será analisada mais detalhadamente a implicação da decisão do STF na conduta da política externa brasileira perante o OSC, será examinado, neste item, apenas os principais pontos do referido voto, bem como o aparente desfecho do caso na OMC.

Após dois anos e meio de processamento da ADPF 101, o STF brasileiro enfim analisou a questão da constitucionalidade das medidas brasileiras que restringiam a importação de pneus usados e das decisões judiciais que afastavam a aplicação dessa política. Por maioria de votos, à

³⁶ A primeira audiência pública realizada pelo STF brasileiro ocorreu em 20 de abril de 2007, no âmbito da ADI 3510 sobre a constitucionalidade das pesquisas científicas sobre células-tronco.

³⁷ Durante esse ato público foram ouvidos diversos especialistas com teses contra e a favor da importação de pneus usados. Foram também convocadas a prestar depoimento aos Ministros do STF, importantes autoridades públicas como o então Ministro Carlos Minc, do Meio Ambiente, a Senadora Marina da Silva, ex-Ministra do Meio Ambiente, Weber Barral, então Secretário de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio, além do Embaixador Roberto de Azevedo e outros diplomatas. Foram ouvidos, igualmente, os representantes das principais indústrias de pneus reformados do Brasil e membros de organizações não governamentais de proteção ao meio ambiente.

³⁸ O julgamento definitivo da ADPF foi iniciado na sessão do dia 11 de março de 2009. Todavia, o pedido de vista do Ministro Eros Grau fez com que a conclusão dos votos ocorresse apenas na sessão do dia 24 de junho de 2009.

exceção do Ministro Marco Aurélio, os Ministros do STF, seguindo o voto da Ministra Cármen Lúcia, julgaram parcialmente procedente a ADPF 101 e determinaram que:

- a) a declaração da constitucionalidade da legislação brasileira que determinava a restrição da importação de pneus usados e reformados;
- b) a declaração de inconstitucionalidade, com efeitos retroativos, das interpretações judiciais, judiciais e não judiciais, que autorizavam a importação de pneus usados de qualquer espécie, por violação aos preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente;
- c) a declaração de que a inconstitucionalidade das interpretações judiciais não alcança as decisões já transitadas em julgado e com efeitos exauridos, ou seja, as que já se tornaram definitivas e foram integralmente executadas.

Assim, nos termos a seguir transcritos, foi vazado o voto da relatoria na ADPF 101:

25. Pelo exposto, encaminho voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para:

a) declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX n. 8, de 14.05.1991; do Decreto n. 875, de 19.7.1993, que ratificou a Convenção da Basiléia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235, de 7.1.1998, do art. 1º, da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.2000; do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A no Decreto n. 3.179, de 21.9.1999 e seu 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos *ex tunc*;

b) declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.

c) Excluo da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, uma vez que somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Ora, as decisões cobertas pelo manto constitucional da coisa julgada, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, já não podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Argüente, que, de toda sorte, teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações. Não se incluem nesta exceção conteúdos decisórios em aberto ou dispostos de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nela previstas (ANEXO IV).

A ADPF 101 foi julgada parcialmente procedente porque não foram incluídas as decisões com trânsito em julgado de conteúdo exaurido. O pedido original da AGU era no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade abrangesse todas as interpretações autorizativas da importação de pneus usados, inclusive as já transitadas em julgado.

Ponto polêmico da decisão, e sobre o qual ainda não se tem uma resposta definitiva, pois o acórdão final da ADPF 101, até a presente data, não foi publicado, refere-se à interpretação adotada

pelo Supremo Tribunal Federal no que tange à exceção da importação de pneus remoldados provenientes do Mercosul. Com efeito, como se pode verificar do voto por escrito da Ministra Cármen Lúcia, a declaração de inconstitucionalidade não atingiria as interpretações que autorizavam as importações de pneus remoldados originários Mercosul.

Ocorre que, durante a sessão de julgamento do dia 24 de junho de 2009, a Ministra fez entender ao Plenário que estaria modificando seu voto para declarar, igualmente, a inconstitucionalidade das interpretações que autorizavam a entrada de pneus remoldados integrantes de países do Mercosul.

Diante das diferenças constatadas entre o voto escrito da Ministra Cármen Lúcia e o seu voto lido oralmente, a SECEX do Ministério do Desenvolvimento Indústria e Comércio (MDIC), em 16 de julho de 2009, solicitou parecer à AGU, requerendo esclarecimentos a respeito dos efeitos da decisão do STF sobre as importações de pneus remoldados do Mercosul. Três semanas mais tarde, 06 de agosto de 2009 de, a AGU recomendou à SECEX que proibisse as importações de pneus usados, aí inclusos os remoldados do Mercosul³⁹. No entendimento da AGU, haveria, de fato, uma incongruência entre o que fora decidido pelo Plenário do STF e o voto escrito proferido pela Ministra Cármen Lúcia, mas prevaleceria a decisão proferida durante a sessão. Ressaltou, ainda, que, caso permanecesse a referida contradição na decisão final a ser publicada, a União poderia opor embargos de declaração⁴⁰ contra a decisão do STF, para esclarecimento dessas contradições.

Em 28 de Agosto de 2009, após o parecer da AGU, a SECEX publicou a Portaria nº 24/2009 que proibiu a concessão de novas licenças para a importação de pneus usados e reformados, **independentemente de sua procedência.**

Em 15 de setembro de 2009, o Estado brasileiro, por meio de sua Missão Diplomática Permanente em Genebra, comunicou ao OSC que cumprira as recomendações determinadas no âmbito do caso DS 332. No entender da diplomacia brasileira, a cassação das ordens judiciais autorizativas da importação de pneus usados e a publicação da Portaria 24/2009 da SECEX eliminaram aspectos da aplicação das medidas de restrição à importação de pneus usados que haviam sido considerados inconsistentes com as disciplinas de comércio pelo Painel e OA da OSC.

É afirmado no Relatório de Implementação apresentado pelo Brasil:

4. As announced in previous status reports in this dispute, on 24 June 2009 Brazil's Supreme Court found that the implementation of used tyres violates fundamental precepts enshrined in Brazil's Constitution, including the rights of health and to a balanced environment. Thus, lower courts decisions authorizing the importation of used tyres into Brazil have lost their legal effects.

5. The Supreme Court's decision was sought by the Executive Branch in order to enhance Brazil's environmental and public health policy relating to the risks associated with the generation, accumulation of used tyres. As Brazil explained in previous status reports, such decision constituted a major step taken by Brazil to

³⁹ Nota AGU/SGCT/ARL/Nº 0257/2009 (Anexo III).

⁴⁰ Artigo 535 do Código de Processo Civil brasileiro: Cabem embargos de declaração quando: I: houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

achieve full compliance with the recommendations and rulings adopted by the DSB in this dispute.

6. Following this decision and in line with the Opinion by the Union's Attorney General Office, Brazil's Secretary of Foreign Trade issued a new regulation, Portaria SECEX 24/2009, which was published in the Official Gazette on 28 August 2009. This regulation prohibits new licenses for the importation of used and retreaded tyres to be issued, irrespective of their origin. Previous regulations allowed the importation of limited amount of a specific category of retreaded tyres from other Mercosul countries. Taken together, the Supreme Court ruling and Portaria SECEX 24/2009 eliminated the aspects of the application by Brazil of its import ban on retreaded tyres that had been considered inconsistent with trade disciplines by the Appellate Body. Brazil is therefore in full compliance with DSB recommendations and rulings in this dispute.⁴¹

Vê-se, portanto, que, antes mesmo da publicação do acórdão final do STF, a diplomacia brasileira, sentindo-se possivelmente pressionada pelas Comunidades Europeias e pelos demais Membros da OMC, declarou estar cumprida, ante o OSC, a implementação do DS 332. No entanto, há questões pendentes ainda não resolvidas, uma em relação ao Mercosul, outras em relação à correta implementação das recomendações do OSC pelo Estado brasileiro:

a) A situação do Mercosul:

Com efeito, a partir da publicação da Portaria nº 24/2009 da SECEX, a importação de pneus reformados do Mercosul foi formalmente proibida. No entanto, em que pese a Portaria SECEX estar de acordo com a decisão do STF (caso o voto oral da Ministra Cármen Lúcia se confirme), ela viola frontalmente o laudo do Tribunal arbitral *ad hoc* do Mercosul, que autorizou a importação de pneus remoldados do Uruguai para o Brasil. Nesse caso, cumpre indagar como o Brasil justificar-se-á ante seus parceiros de bloco sobre descumprimento da mencionada decisão arbitral.

b) A situação de implementação junto ao OSC:

Por outro lado, em relação à OMC se descortinam outros problemas. Em tese, existe a possibilidade de que a Ministra Cármen Lúcia mantenha o entendimento de seu voto escrito, validando a constitucionalidade da exceção da importação de pneus usados do Mercosul. Caso essa situação venha a ocorrer, a SECEX terá que revogar a Portaria nº 24/2009 e a diplomacia brasileira deverá voltar ao OSC para justificar-se sobre a implementação apenas parcial das recomendações editadas por esse órgão. Trata-se de uma situação de extrema vulnerabilidade, pois o Estado brasileiro estará sujeito a nova interpelação por parte das Comunidades Europeias, que certamente questionarão a eficácia do Judiciário brasileiro como instrumento para o cumprimento das decisões do OSC.

Com efeito, ainda é cedo para antecipar as conseqüências de uma eventual manutenção da exceção relativa ao Mercosul e de seu impacto para a política externa brasileira. A questão, contudo, não poderia ser omitida do presente trabalho, já que a indefinição da Ministra Cármen Lúcia coloca a diplomacia brasileira numa posição de alerta até a publicação do acórdão definitivo pelo STF.

⁴¹ Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em: 22 jun. 2010.

Há ainda duas outras questões preocupantes. A primeira diz respeito ao excesso de prazo no cumprimento das recomendações do OSC. Como já explicado, a decisão do STF foi prolatada posteriormente ao prazo final para que o Brasil implementasse as recomendações do DS 332. O vencimento desse prazo autoriza as Comunidades Européias a questionarem no OSC a validade das medidas de cumprimento brasileiras. A segunda questão relaciona-se com o fato de o STF não ter declarado a inconstitucionalidade das decisões com trânsito em julgado que autorizavam a importação de pneus usados. Tal decisão também poderá dar ensejo para questionamentos de implementação por parte das Comunidades Européias.

Como será visto adiante, o excesso de prazo e a não declaração da inconstitucionalidade das decisões com trânsito em julgado vinculam-se, respectivamente, a duas peculiaridades essenciais do processo decisório judicial: o devido processo legal e a coisa julgada. Esses dois temas, juntamente com a imparcialidade judicial, serão objeto de análise detalhada no próximo capítulo, o qual versará sobre o impacto das decisões judiciais na condução da política externa brasileira.

Capítulo III

O PODER JUDICIÁRIO E A POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA

À luz do caso dos pneus reformados, o presente capítulo tem como objetivo analisar determinadas variáveis do processo decisório judicial que podem vir a representar um fator de constrangimento à condução da política externa brasileira. Antes, porém, será feita uma breve revisão das principais premissas dos estudos sobre processo decisório em política externa, chamando atenção para a importância da análise dos fatores institucionais domésticos na conduta do Estado no plano internacional.

3.1 Os Estudos de Processo Decisório em Política Externa e a Importância dos Elementos da Estrutura Interna dos Estados: O Papel do Judiciário

Datam das décadas de 1950 e 1960 os primeiros estudos sobre o processo decisório em política externa. A primeira grande obra dedicada ao tema foi o livro de Snyder, Bruck e Sapin, intitulado *Foreign Policy Decision Making*. O argumento dos autores era o de que é possível estudar cientificamente o processo decisório. Enfatizavam a importância da percepção dos tomadores de decisão e do papel atores não-governamentais. Chamavam a atenção para o fato de que, embora já existisse um rico material de cunho descritivo com relação à estrutura burocrática da decisão, pouca atenção e rigor eram dados à dimensão analítica do processo decisório. Os autores concluíam que a política externa seria basicamente o resultado da interação de três campos de influência: o campo político interno, o campo político externo e a unidade decisória (STEINERT, 2000: 446-447; MOREIRA, 2006: 8).

Hoje, no âmbito das Relações Internacionais, a área de Estudos de Política Externa (EPE) está bastante consolidada. Em geral, considera-se que uma análise adequada da política externa deve levar em conta elementos internos do próprio Estado, a exemplo de sua estrutura política, sua divisão de poderes, sua composição partidária, sua repartição administrativa ou mesmo as motivações psicológicas e axiológicas de seus próprios líderes. Como explica Christopher Hill (2005: 220), não se pode mais ignorar o fato de que a condução da política externa é afetada pelo que ocorre dentro dos Estados. A figura do Estado como ente abstrato com faculdades antropomórficas e que age com o uso da razão é muito insuficiente para conferir uma visão razoavelmente completa dos elementos que influenciam sua política externa. Nesse sentido, entende-se que as relações internacionais devem ser encaradas como resultado de decisões tomadas por seres humanos, atuando isoladamente ou em grupo, fora ou dentro de instituições. Por isso, conforme aponta Valerie Hudson (2005: 7), muitos dos trabalhos no campo da EPE dedicam-se a examinar o impacto do processo decisório interno dos Estados na política externa, tanto a partir da lógica das decisões

tomadas por pequenos grupos, quanto da perspectiva das decisões das grandes organizações e burocracias. Marlis Steinert (2000: 455-457) lembra que para avaliar a influência das políticas e processos internos sobre a política externa é necessário conhecer melhor as estruturas domésticas de cada Estado e, além disso, ter em mente que o responsável por determinada política governamental não toma decisões isoladamente e por meio de cálculos simples; quem decide está atuando em meio a um conglomerado de grandes organizações políticas e atores políticos que divergem substancialmente sobre o que o governo deve fazer a respeito de determinada questão. Ao lado de importantes decisões internacionais estratégicas existe, sobretudo, uma vasta gama de decisões complexas no interior das grandes máquinas que constituem o Estado moderno.

Dentro das abordagens teóricas propostas pelo campo da EPE, destaca-se o modelo teórico apresentado no trabalho de Robert Putnam, *Diplomacy and Domestic Politics: the Logic of Two Level Games*, que se propõe a detalhar o papel do negociador na mediação entre forças domésticas e internacionais. Segundo Putnam (1998: 436), a política de muitos negociadores internacionais pode, normalmente, ser concebida como um jogo de xadrez de dois níveis. No nível internacional (Nível I), os Estados buscam maximizar suas próprias habilidades de satisfazer as demandas domésticas e minimizar as conseqüências adversas dos desenvolvimentos externos. No nível doméstico (Nível II), grupos de interesse perseguem seus objetivos pressionando o governo a adotar políticas que lhe são favoráveis, e membros do Poder Legislativo buscam aumentar seu peso construindo coalizões entre esses grupos.

Comentando a abordagem teórica de Putnam, Hill enfatiza que o trabalho desse teórico tem certas limitações, pois as influências derivadas da política externa vão além da imagem de um negociador jogando em dois tabuleiros de xadrez. No entanto, invoca-se uma noção correta: **a de que a política externa deve ser examinada conforme os *inputs* domésticos e não apenas os internacionais.** Para Hill:

By starting from the position that foreign policy decision makers are always 'Janus-faced', and that the two sets of concerns continually interact, we can both avoid the errors of single-factor explanation and observe what space might be available for leadership to 'make a difference'. The very fact that the two environments have different logics means that choices have to be made about both priorities and the management of complexity. This imposes considerable responsibility – and some freedom – on those conducting public policy. Even in the relatively narrow conception of Putnam and colleagues, a leader can manipulate the 'win set', that is, 'the set of potential agreement that would be ratified by domestic constituencies in a straight up-or-down vote against the status quo of "non agreement"'. The set is not self-executing, but requires considerable political effort, skill and creativity. Equally, foreign policy must be understood as subject to a continuous stream of domestic inputs, no less than international. Its 'sources are multiple'. The notion of a stream of influences deriving from domestic politics goes beyond the image of a decision maker playing chess on two boards. It allows us to see that many of the domestic sources of foreign policy are unexpected, and do not conform to pre-set expectations or rules of strategy. Foreign policy is not immune from the impact of values, ideas, initiatives and upheavals, transnational in many respects but often also internally-generated. In the most dramatic instances, or in important states, these forces can even wash over the wider international system, channeled to

begin with through the foreign policy of the state in question (2005: 221-222).

Helen Milner (1997: 99), no livro *Institutions and Cooperation*, também se dedica a analisar o impacto das estruturas internas sobre a condução da política externa. Partindo da premissa de que instituições políticas domésticas determinam como o poder sobre o processo decisório é alocado entre os órgãos nacionais e tomando como pressuposto o fato de que essa alocação é fundamental para a determinação do principal condutor da política externa, Milner afirma que a relação institucional entre o Poder Executivo e o Legislativo é crucial para entender a probabilidade e os termos em que se pode estabelecer a cooperação internacional. Segundo a autora, no processo decisório legislativo há cinco atribuições-chave, que, dependendo da distribuição doméstica entre o Poder Legislativo ou Executivo, podem afetar os resultados de uma negociação internacional. São elas:

- a) a habilidade de fixar agendas;
- b) a capacidade de fazer emendas;
- c) o poder de ratificação ou veto;
- d) o uso de referendos;
- e) a utilização de *side-payments*.

Em tese, quando o Executivo controla uma dessas atribuições, suas preferências prevalecerão na política externa. Ao contrário, quando o Legislativo detém esse controle, suas preferências é que prevalecerão (*idem*, 1992: 127-128).

Observa-se, contudo, que tanto o trabalho de Milner como o de Putnam concentram-se na relação entre os Poderes Executivo e Legislativo em suas análises sobre política externa. Isso ocorre porque, em geral, tanto o Executivo quanto o Legislativo possuem grande peso na fase inicial de elaboração e formulação da política externa, mais especificamente no que diz respeito ao processo de negociação, aprovação e ratificação dos tratados internacionais. Porém, é importante voltar a atenção igualmente para a atuação do Judiciário e questionar a extensão de sua interferência no processo decisório em política externa.

3.1.1 O Judiciário como Fonte Doméstica da Política Externa brasileira

Em artigo intitulado “Política Externa como Política Pública: uma análise da regulamentação constitucional brasileira (1967-1988)”, Michelle Sanchez, Elaine C. da Silva, Evorah L. Cardoso e Priscila Spécie analisam a regulamentação constitucional brasileira referente à distribuição de competências em política externa. As autoras concluíram que, tanto na Constituição de 1967 quanto na de 1988, embora o Poder Executivo guarde papel central na formulação da política externa nacional, os Poderes Legislativo e o Judiciário não ficam afastados desse âmbito de atribuições. O

Legislativo atuaria no papel co-decisor *a posteriori* do Executivo, principalmente na função de autorizador da ratificação de tratados, enquanto o Judiciário teria uma participação de caráter *ad hoc*, isto é, para casos específicos, quando provocado (Sanchez *et al.*, 2006: 131). As autoras advertem que não há sentido em distinguir a política externa das demais políticas públicas. Análises recentes na área de Ciência Política propõem-se a identificar a política externa como uma espécie do gênero política pública. De um lado, o caráter da regulamentação internacional conecta a política externa cada vez mais com políticas de caráter distributivo, redistributivo e regulatório e, de outro, insere-a na estrutura decisória necessária em Estados democráticos (*idem*: 127). Não se justificaria, portanto, qualquer separação entre a política externa e as demais categorias das chamadas políticas públicas.

Para Maria Paula Bucci (2006: 39), a política pública deve ser compreendida como um arranjo complexo e ordenado de atos, podendo ser definida da seguinte forma:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.⁴²

Parece, assim, não restar dúvidas sobre o enquadramento da política externa como política pública. Em primeiro lugar, porque se trata, sem dúvida, de um processo de governo, juridicamente regulado pelo quadro de atribuições previstas no ordenamento constitucional. Em segundo lugar, porque coordena meios para a execução de objetivos socialmente e politicamente relevantes.

Sob esse prisma, Sanchez *et al.* examinaram a regulamentação constitucional da distribuição de competências em matéria de política externa a partir da ótica das fases de concretização das políticas públicas: formulação, decisão, implementação e avaliação⁴³ e aplicam tal metodologia para a construção do seguinte mapeamento.

⁴² Além de Bucci, o cientista político John Kingdon também define política pública como processo. Na concepção do autor, a política pública pode ser entendida da seguinte forma (*apud* BUCCI, 2006: 39): “*Though a drastic oversimplification, public policy making can be considered to be a set of processes, including at least (1) the setting of the agenda, (2) the specification of alternatives from which a choice is to be made, (3) an authoritative choice among those specified alternative, as in a legislative vote or a presidential decision, and (4) the implementation of the decision.*”

⁴³ Patrícia Helena Massa-Arzabe alerta, contudo, que toda a política pública é caracterizada por ciclos. Assim, não se pode dizer, categoricamente, que cada uma de suas fases sucede a anterior de forma linear e perfeita. Muitas vezes, por exemplo, o processo de avaliação se dá concomitantemente com a fase de implementação. Ocorre, assim, um processo de retroalimentação, no qual a avaliação não é feita apenas ao final, mas também no curso da própria execução de uma política pública (2006: 70).

Figura 3
Distribuição de Competências Constitucionais

	TRATADOS				DECLARAR A GUERRA E CELEBRAR A PAZ				MANTER RELAÇÕES COM OUTROS ESTADOS E PARTICIPAR DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS			
	Formu- lação	Deci- são	Implemen- tação	Avalia- ção	Formu- lação	Deci- são	Implemen- tação	Avalia- ção	Formu- lação	Deci- são	Implemen- tação	Avalia- ção
Constituição Federal 19671	U 8, I		STF 114, III, a) e b)		U 8, II					U 8, I		
	PR* 47, I e 83, VIII				PR* 83, IX e X e 92, § 2º			PR* 92, § 2º		PR* 83, VII		
		CN* 47, e 83, VIII	JF 119, III e V			CN* 47, II e 83, IX			SF* 45, I			
					CSN 90 e 91							
Constituição Federal 1988			STF 102, III, b)		U 21, II					U 21, I		STF 102, I, e)
	PR* 84, VIII		STJ 105, III, a)		PR* 84, XIX e XX		PR* 84, XIII e XIX			PR* 84, VII		
		CN* 5º, § 3º, 49, I e 84, VIII	JF 109, III		CDN 91, § 1º, I		CN* 49, II 84, XIX e XX			SF* 52, IV		
			JF PGR STJ 109, V e § 5º									

	Poder Executivo
	Poder Legislativo
	Poder Judiciário

2. * = competência privativa ou competência exclusiva

3. U: União; PR: Presidente da República; CN: Congresso Nacional; SF: Senado Federal; STF: Supremo Tribunal Federal; STJ: Superior Tribunal de Justiça; JF: Justiça Federal; PGR: Procurador-Geral da República; CSN: Conselho de Segurança Nacional; CDN: Conselho Nacional de Defesa.

Fonte: Sanchez *et al.*(2006: 129).

Na Figura 2, vêem-se as competências atribuídas ao Poder Executivo. Por força dos Artigos 21, I e II⁴⁴ e 84, VII, XIX e XX⁴⁵, da Constituição Federal de 1988, compete à União, por meio do Presidente da República, manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, bem como declarar a guerra e celebrar a paz; assim como celebrar tratados e acordos internacionais (Artigo 84, VIII) (2006: 130). Atribuem-se, portanto, ao Executivo competências fundamentais em termos de política externa, seja no que tange à condução das relações internacionais do Brasil frente a outros atores internacionais ou nas questões elementares da defesa e da paz.

Sobre o Legislativo, a Constituição de 1988 reparte as competências em política externa entre o Congresso Nacional e o Senado Federal. Assim, segundo o texto constitucional, ao Congresso Nacional compete resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais, que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (Artigo 49, I⁴⁶); referendar a celebração de tratados pelo Presidente da República (Artigo 84, VIII⁴⁷) e autorizar ou referendar a decisão do Presidente de declarar a guerra ou celebrar a paz (arts. 84, XIX e XX e 49, II⁴⁸) (2006: 130). Atua o Parlamento, nesse sentido, como o ratificador posterior da atuação do Executivo na condução da política externa brasileira.

Finalmente, constata-se que o Judiciário também tem competência constitucional para atuar em política externa, mas que sua atuação concentra-se basicamente nas fases de **implementação e avaliação** (*idem*: 131), em especial no que diz respeito ao o exame da compatibilidade dos tratados internacionais com o ordenamento jurídico interno.

Assim, segundo o texto constitucional de 1988, compete ao STF processar e julgar litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União e seus entes federados (Artigo 102, I, “e”⁴⁹) e declarar a inconstitucionalidade de tratados internacionais (Artigo 102, III, “b”⁵⁰). Ao Superior

⁴⁴ **Constituição Federal de 1988, Artigo 21.** Compete à União:

I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
II - declarar a guerra e celebrar a paz; (...).

⁴⁵ **Constituição Federal de 1988, Artigo 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;
XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional (...).

⁴⁶ **Constituição Federal de 1988, Artigo 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).

⁴⁷ **Constituição Federal de 1988, Artigo 84.** Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...).

⁴⁸ **Constituição Federal de 1988, Artigo 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar; (...).

⁴⁹ **Constituição Federal de 1988, Artigo 102.** Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

Tribunal de Justiça compete, por força do Artigo 105, III, “a”⁵¹, julgar, em sede de recurso especial, decisões dos Tribunais Regionais Federais que hajam contrariado tratado. Finalmente, compete à Justiça Federal julgar as causas fundadas em tratado internacional ou em contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional (Artigo 109, III⁵²) (2006: 131).

A análise da regulamentação constitucional oferece, portanto, uma noção prévia dos limites estabelecidos para cada um dos Poderes no processo decisório em política externa. A ausência desse exame restringiria o potencial de análise do pesquisador interessado em descobrir os processos organizacionais-públicos por detrás da formulação da política externa de um Estado. Como enfatiza Hill (2005: 235), a estrutura constitucional, apesar de não determinar sozinha o comportamento internacional de um Estado, não pode deixar de ser considerada como um fator crucial na formação da política externa. Principalmente em Estados federativos, a política externa se vê enormemente afetada pela divisão de responsabilidades entre os Poderes estabelecida pela Constituição. A margem de liberdade de ação do Poder Executivo dependerá, em última instância, dos *checks and balances* impostos tanto pelo Legislativo como pelo Judiciário (*idem*: 231).

Para analisar, contudo, com maior profundidade, o impacto da separação de Poderes na política externa, é necessário também examinar as características do processo decisório no interior de cada um deles.

3.2 O Processo de Decisão Judicial: análise sobre suas características e impacto na política externa brasileira

Para melhor visualizar o *modus operandi* do Poder Judiciário, vale aqui fazer uso de uma metodologia comparativa entre a tomada de decisão judicial e a legislativa. É o que faz Vallinder ao construir uma figura demonstrativa das diferenças do método de decisão no Judiciário e no Legislativo, levando em conta os atores, método de trabalho, as regras básicas do processo

I - processar e julgar, originariamente:

e) o litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Território; (...).

⁵⁰ **Constituição Federal de 1988, Artigo 102.** Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...).

⁵¹ **Constituição Federal de 1988, Artigo 105.** Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (...).

⁵² **Constituição Federal de 1988, Artigo 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:

III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional;

decisório, seus resultados e implicações. Embora o estudo tome por base o sistema político norte-americano, seu caráter mais genérico permite que seja aplicado igualmente ao sistema brasileiro, como se pode verificar abaixo.

Figura 4
Comparação entre Judiciário e Legislativo

Características	Judiciário	Legislativo
Atores	Duas partes e um terceiro participante (o juiz)	Várias partes
Método de Trabalho	Audiências Públicas Ponderação de argumentos	Barganha, muitas vezes a portas fechadas, compromisso, <i>logrolling</i> ⁵³
Regras básicas do processo decisório	Decisão tomada por um juiz imparcial	Princípio majoritário
Resultados	Resolução de casos individuais (cf. precedentes e controle judicial)	Normas Gerais (leis, orçamentos) Políticas públicas
Implicações	Determinação dos fatos (o que aconteceu) e a lei pertinente (o que deve ser aplicado) "a única solução possível "	Alocação de valores (geralmente econômicos) "a solução politicamente possível"

Fonte: VALLINDER (1995: 14).

O que sobressai da análise de Vallinder é o fato de o processo decisório judicial estar adstrito a normas mais claras e perenes do que o processo de decisão no Legislativo, o qual parece envolver um número maior de variáveis do que o judicial. Enquanto no processo judicial existe uma relação triangular entre as partes e um Estado-juiz imparcial, no processo legislativo há uma pluralidade de atores, que se unem em coalizões temporárias, barganham e trocam favores. No processo judicial, o elemento principal é a lei, seja para determinar a formalidade dos atos procedimentais, seja para dar a solução final a um conflito. No processo legislativo, todavia, tudo depende da oportunidade. A confecção da lei será o resultado de uma concertação política possível, conforme a maioria prevalente em um dado momento. Os dois processos decisórios incorporam princípios e papéis

⁵³ O termo *logrolling* em inglês não possui correspondente na língua portuguesa. Pode ser entendido como a troca estratégica de votos. O *Oxford English Dictionary* define o termo como "The exchange of favours between politicians by reciprocal voting for each other's proposed legislation."

distintos, mas indispensáveis à democracia. O modelo judicial dá ênfase à razão e a princípios, enquanto o legislativo e, mesmo o executivo, incorporam valores contrapostos da sociedade (*idem*: 15).

Sabe-se que em matéria de política externa, o Executivo costuma lidar mais freqüentemente com o Poder Legislativo do que o Judiciário, já que é necessário obter autorização do Parlamento para a ratificação das tratativas internacionais. O Judiciário por atuar apenas quando solicitado, ainda é uma incógnita a ser decifrada no que tange ao julgamento de matérias que possam afetar a condução dos assuntos exteriores do Estado, daí a necessária comparação entre os métodos de decisão do Legislativo e do Poder Judicial.

Como visto no Capítulo II, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro, ao viabilizar a defesa jurídica do Brasil no Painel DS 332 da OMC, teve que agir internacionalmente de forma encompassada com atuação do Poder Judiciário brasileiro. No transcorrer desse caso, puseram-se em marcha dois processos decisórios distintos, que deveriam dialogar entre si de forma a conferir ao Estado uma voz uníssona. De um lado, havia o processo judicial, tendo como epicentro a competência do STF de averiguar, em controle abstrato, a constitucionalidade da política pública do Governo Federal, veiculada por uma série de decretos, portarias e resoluções, que proibia a entrada de pneus usados no Brasil. Do outro lado, havia o processo decisório de política externa, que se desenvolvia com vistas a demonstrar, o quanto antes, aos demais membros da OMC, o compromisso do Brasil com o estrito cumprimento das obrigações previstas no GATT.

Dentro desse cenário, é interessante apontar as peculiaridades do processo de decisão judicial no Brasil e verificar como suas variáveis podem interferir na conduta do negociador internacional. A análise que aqui se desenvolverá concentrar-se-á em três pilares fundamentais do processo judicial: a **imparcialidade judicial**, o **devido processo legal** e a **coisa julgada**.

3.2.1 A Imparcialidade Judicial

A **imparcialidade** do julgador é um princípio geral de Direito, informativo de todo e qualquer sistema jurídico que tenha como ideal a distribuição efetiva da justiça. Por isso é tão comum o símbolo de justiça representado por figura feminina de olhos vendados, com uma balança equilibrada, pendendo em uma das mãos. Trata-se igualmente de uma garantia fundamental do ser humano, prevista na Declaração Universal das Nações Unidas dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, que estabelece que “**toda pessoa tem direito, em condições de plena igualdade, de ser ouvida publicamente e com justiça por um tribunal independente e imparcial**, para a determinação de seus direitos e obrigações ou para o exame de qualquer acusação contra ela em matéria penal” (grifo nosso).

Como ressaltam os processualistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco, o juiz, por força do seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim dar-se-á a ambas a possibilidade de expor suas razões, de apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do

juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a *tese* e a outra, a *antítese*), o juiz pode corporificar a *síntese*, em um processo dialético. É por isso que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de colaboradores necessários. Cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve (CINTRA, PELLEGRINI E DINAMARCO, *apud* PAMPLONA, 2009: 2-3).

A neutralidade, do ponto de vista jurídico, não é sinônimo de imparcialidade, pois em nenhum ramo do conhecimento humano se pode falar em atividade neutra (*idem*). Ao falar-se de imparcialidade dos magistrados, o que se quer demonstrar é a independência do magistrado em relação aos litigantes do processo. Assim, o juiz, no ato de julgar, deverá exercer o livre convencimento, independentemente das partes, aplicando a lei aos fatos que a ele foram submetidos. Sob o ponto de vista técnico-jurídico, a imparcialidade é tida como pressuposto processual de validade da relação entre partes e magistrado.⁵⁴ Assim, entende-se que, para que o juiz tenha capacidade subjetiva para julgar uma lide, é necessário, antes de tudo, que ele seja imparcial.

No sistema jurídico brasileiro, verifica-se a existência de vários dispositivos legais e constitucionais que visam a proteger o princípio da imparcialidade. A Constituição Federal, em seu Artigo 95⁵⁵, confere aos magistrados uma série de garantias, com vistas a preservá-los de interferências externas que afetem sua capacidade de decidir livremente. São as garantias de:

- a) vitaliciedade, ou seja, só podem perder seu cargo por sentença judicial transitada em julgado;
- b) inamovibilidade ou a impossibilidade de transferência do juiz para outro local de trabalho sem o seu prévio consentimento, salvo hipótese de interesse público;
- c) irredutibilidade de subsídio, que assegura que a remuneração dos magistrados não pode estar sujeita a reduções.

O mesmo Artigo 95 da Carta constitucional também prevê vedações aos juízes, como a de exercer outro cargo ou função (salvo a de magistério), a de receber quaisquer custas pelo processo,

⁵⁴ O jurista italiano Giuseppe Chiovenda qualifica os pressupostos processuais como as condições para a obtenção de um pronunciamento qualquer, favorável ou desfavorável sobre a demanda (1998: 24).

⁵⁵ **Constituição Federal de 1988. Artigo 95.** Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do Artigo 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

a de se dedicar a vida partidária, a de receber qualquer auxílio de pessoa física ou jurídica e, finalmente, a de exercer advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Também o Código de Processo Civil brasileiro, em seus Artigos 134 a 136, regula as hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes.⁵⁶ Segundo o jurista Hélio Tornaghi (*apud* MARCATO, 2002), o impedimento é a circunstância que priva o juiz do exercício de suas funções em determinado caso, dada a sua relação com o objeto da causa, enquanto que a suspeição é a desconfiança, a dúvida, o receio de que o juiz, ainda quando honesto e probo, não terá condições psicológicas de julgar com isenção, dada a sua relação com qualquer das partes.

O impedimento do juiz é um obstáculo intransponível, acarretando seu afastamento irremediável do julgamento da lide, e ocorre nas hipóteses enumeradas no Artigo 134 do Código de Processo Civil brasileiro. Nesse sentido, o magistrado estará, por exemplo, impedido de decidir, sob pena de nulidade dos atos processuais, demanda em que for ele próprio parte ou que tenha como um dos litigantes seu cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau. A suspeição, contudo, se não arguida na forma e prazo previstos em lei, deixa de acarretar qualquer conseqüência no processo, pois se apresenta apenas como um óbice superável ao exercício da função jurisdicional pelo juiz suspeito (*ibid.*).

Essa extensa e detalhada regulamentação constitucional e legal sobre as causas de impedimento e suspeição do magistrado comprova a imparcialidade como condição *sine qua non* do desenvolvimento do processo judicial. Não existem técnicas de barganha junto a um magistrado.

⁵⁶ **Constituição Federal de 1988. Artigo 134.** É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Artigo 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Artigo 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Já no que toca ao Legislativo, não há que se cogitar sobre a imparcialidade de seus representantes. Os parlamentares são, por natureza, parciais. No jogo político, cada um dos deputados e senadores estará, em princípio, representando o interesse da parcela da população que os elegeu. Desse modo, o comportamento dos políticos seria baseado em princípios utilitários, visando ao aumento de poder, renda e/ou prestígio (LIMA, 2005: 10). O interesse fundamental do político é ser eleito, reeleito ou contribuir para a eleição de seu sucessor. Tanto o político do Legislativo quanto o do Executivo devem estar atentos às demandas dos grupos de interesse e do eleitor médio, procurando atendê-las para que possam receber votos e doações para campanhas eleitorais (*idem*: 11).

Em estudo sobre o processo decisório em política externa nos EUA, Milner (1997: 112) exemplifica as táticas do Executivo para fazer valer interesses de ratificação de tratados internacionais dentro do Poder Legislativo. Milner afirma que a técnica do *side-payment* pode ser utilizada pelo Executivo quando deseja que suas preferências sejam aprovadas pelo Congresso. Nas palavras da autora, os *side-payments* consistiriam em compensações (troca de votos, *logrolling*, concessão, compromisso, propina ou táticas de vinculação de temas) ofertadas aos legisladores em troca de um comportamento favorável. Segundo a autora:

Side-payments refer to a broad range of tactics that have one common element. As the name implies, side payment involve an actor giving up value on issue in exchange for other actors giving up value on another side. Thus payments include such practices as logrolling, vote trading, compromise, concessions, reciprocity, bribes and issue linkage. All these tactics involve the same general principle that is the centerpiece of side-payments: an actor gives up value on one issue of lesser importance in order to gain value from others on an issue of greater importance (...) According to my argument side-payments are part of domestic game, used by the executive to affect her ratification game with the legislature. Side-payments can be given to legislators or targeted toward interest groups in order to obtain these groups' ratification or the executive's proposal. Side-payments, then, represent another power that is available largely to the executive. At the end of the game the executive may be able to make an unratifiable agreement palatable by offering side-payments to legislators and or by offering side-payments to legislators and/or interest groups. For example, in the NAFTA agreement President Clinton was able to secure legislative votes in the final days of negotiation by offering exemptions from the agreement to various producers in important congressional districts (1997: 112).

Pode-se dizer que a prática do *side-payment* também é aplicável ao caso brasileiro. Como sintetizam os cientistas políticos Frederico Limongi e Argelina Figueiredo, no Brasil existe uma clara interdependência entre a preponderância legislativa do Executivo, o padrão centralizado de trabalhos legislativos e a disciplina partidária. Nesse contexto, o Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda. Essa agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários. No interior desse quadro institucional, o Presidente da República conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação e a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando retornos eleitorais é votar disciplinadamente (*apud* OLIVEIRA, 2003: 126).

Não há, contudo, que se falar em técnicas de *side-payment* quando se trata do Poder Judiciário, já que a imparcialidade não permite ao magistrado qualquer tipo de conduta que o vincule a uma das partes. Quando, portanto, o Executivo tem como objetivo obter determinada decisão judicial favorável às suas preferências, método indispensável a ser adotado deverá ser o da argumentação técnico-jurídica, mesmo que, por detrás dela, o argumento a prevalecer seja o político.

Vê-se, desse modo, que os métodos utilizados pelo Executivo para fazer valer seus interesses políticos variarão conforme seja o Poder Legislativo ou o Judiciário que tenha em mãos a responsabilidade pela validação de alguma política pública. Contudo, o Executivo parece contar com maiores alternativas de persuasão junto ao Legislativo do que junto ao Judiciário, já que o Estado-juiz, em princípio, assume uma posição de equidistância em relação aos interesses em disputa num dado litígio.

3.2.1.1 Caso dos Pneus Reformados - A Imparcialidade Judicial e a Implementação das Decisões do Órgão de Solução de Controvérsias da OMC no DS 332

Como já visto no Capítulo 2, em junho de 2008, no âmbito do DS 332, por solicitação das Comunidades Europeias foi aberto procedimento de arbitragem, com fundamento no Artigo 21.3 do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias⁵⁷, objetivando determinar o prazo razoável para que o Brasil implementasse a decisão do OSC da OMC.

Durante a arbitragem, o principal argumento das Comunidades Europeias para contestar o método de implementação do Brasil era o de que, em contraste com o processo legislativo, o processo judicial era algo incerto e especulativo e que estaria além do controle do governo. O Governo, segundo as Comunidades Europeias, devido ao entrelaçamento do Executivo e do Legislativo na elaboração de leis, teria um grau de controle maior sobre o Parlamento, podendo, assim, aprovar lei que, definitivamente, proibisse a importação de pneus usados. Assim:

The European Communities argues that, in order to qualify as an implementation action for which a Member may receive a reasonable period of time, the suggested action must give the implementing Member "control over the achievement of the intended objective". In the European Communities' view, the outcome of court proceedings is uncertain and "inherently speculative". The European Communities submits that, in contrast to legislative or administrative acts, court proceedings are beyond the control of the government and therefore not a suitable means to achieve compliance. The European Communities further argues that the government has a considerably higher degree of control over legislative action than over judicial action because of the interplay between

⁵⁷ Artigo 21. 3 do Entendimento de Solução de Controvérsias da OMC: "At a DSB meeting held within 30 days (11) after the date of adoption of the panel or Appellate Body report, the Member concerned shall inform the DSB of its intentions in respect of implementation of the recommendations and rulings of the DSB. If it is impracticable to comply immediately with the recommendations and rulings, the Member concerned shall have a reasonable period of time in which to do so. The reasonable period of time shall be: (c) a period of time determined through binding arbitration within 90 days after the date of adoption of the recommendations and rulings (12). In such arbitration, a guideline for the arbitrator (13) should be that the reasonable period of time to implement panel or Appellate Body recommendations should not exceed 15 months from the date of adoption of a panel or Appellate Body report. However, that time may be shorter or longer, depending upon the particular circumstances."

government and parliament in the preparation of legislation. Therefore, the European Communities submits that the only viable means for Brazil to implement the recommendations and rulings of the DSB is through regulatory or legislative action. The European Communities suggests that Brazil adopt a formal law that would elevate the existing import ban on used tyres from the level of a portaria to the level of an act of parliament (WT/ DS 332/16, August 2008: 26)⁵⁸ (grifo nosso).

Durante o mesmo procedimento, as Comunidades Européias argüiram, igualmente, que essa era a primeira vez que um membro da OMC utilizava procedimentos judiciais para implementar as decisões do OSC e que tal alternativa seria “quite extravagant”. Segundo as Comunidades Européias a expectativa do Brasil de que o STF iria declarar as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados inconstitucionais era especulativa, uma vez os juízes do STF eram **independentes**. As Comunidades Européias afirmavam que:

*The European Communities considers Brazil’s proposal to stop imports of used tyres through a Federal Supreme Court proceeding that would invalidate existing preliminary injunctions and prohibit the issuance of new injunctions to be “quite extravagant”. The European Communities asserts that it is the first time a Member proposes to use domestic judicial action s a means of implementation. **The European Communities argues that the judicial action is not suitable to definitely stop the importation of used tyres into Brazil because Brazil would not have control over the outcome of that judicial action. The European Communities submits that the Government of Brazil’s expectation that the Federal Supreme Court would declare the preliminary injunctions unconstitutional was speculative, given that judges of the Federal Supreme Court are independent.*** (ANEXO VII - WT/ DS 332/16, August 2008: 10, pr. 30) (grifo nosso).

Percebe-se, portanto, que as Comunidades Européias não entendiam o porquê de o Estado brasileiro optar pela via judiciária para implementar a decisão do OSC, já que, devido à imparcialidade e independência dos juízes, o resultado da decisão seria incerto.

Teria, então, realmente, o Executivo brasileiro outra opção, além da judiciária, para implementar a decisão da OMC, desviando-se, assim, de eventuais constrangimentos impostos pelo processo decisório judicial?

À primeira vista, pareceria mais fácil ao Estado brasileiro implementar a decisão do OSC mediante a promulgação de uma lei pelo Parlamento brasileiro, proibindo de forma peremptória a importação de pneumáticos usados e reformados. Lembremos que a legislação que sustentava a política pública de vedação à importação de pneumáticos usados e reformados não tinha status de lei ordinária votada pelo Parlamento, sendo composta por uma série de portarias e resoluções de diversos órgãos do Executivo.

Como já referido, a maior familiaridade do Executivo com a tomada de decisão legislativa poderia facilitar o processo. Nesse caso, o poder de *agenda setting* estaria com o Executivo, ao qual caberia a iniciativa da proposta de lei. Do mesmo modo, o Executivo poderia usar de técnicas de barganha, como compensações, junto aos legisladores, para viabilizar a aprovação de uma lei que vedasse a importação de pneus usados e reformados.

⁵⁸ Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em: 22 jun. 2010.

Por que, então, judicializar a questão?

Nesse caso, provavelmente, o Executivo, apesar de seu alto grau de controle sobre o Legislativo, temeria que um projeto de lei que proibisse a importação de pneus usados e reformados não fosse aprovado pelo Congresso ou até mesmo que uma lei autorizando essa importação fosse aprovada. Afinal, havia um forte e influente lobby da indústria de pneus remoldados, localizada principalmente no Sul do Brasil, para manter suas atividades econômicas mediante a importação de pneus usados como matéria-prima dos seus produtos.

Como registra a Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha⁵⁹, o Senador Flávio Arns, parlamentar paranaense da própria base governista, havia apresentado à época, apoiando a indústria de pneus reformados de seu Estado de origem, projeto de lei autorizando a importação de pneus usados. Sendo assim, teria o Executivo judicializado a questão para afastar a eventual possibilidade de sua derrota na aprovação, por lei, de sua política de proibição de pneus usados no Parlamento?

Os fatos parecem apontar para uma resposta negativa, ou seja, a questão foi levada à apreciação judicial porque, de fato, inexistia outra maneira de cassar as decisões judiciais concedidas em primeiro e segundo graus que autorizam a entrada de pneus usados em território nacional, a não ser pela intervenção do próprio STF. Uma solução legislativa não seria suficiente para anular decisões judiciais impugnadas ante o STF pela ADPF 101.

Como lembra o Conselheiro Luciano Mazza⁶⁰, “[o]s questionamentos judiciais à proibição da importação de pneus usados invocava preceitos constitucionais, cuja consideração final dependeria de análise do STF. Nesse sentido, lei que procurasse equacionar o problema correria o risco de sofrer o mesmo tipo de questionamento judicial.” Ora, certamente uma lei que proibisse a importação de pneus usados teria sua constitucionalidade questionada posteriormente no Judiciário pelas empresas reformadoras, principalmente em primeira e segunda instâncias, sob a alegação de violação ao princípio da igualdade e livre-iniciativa (respectivamente Artigos 5º e 170 da Constituição Federal). Assim, inevitavelmente, a questão iria chegar, cedo ou tarde, à análise do STF.

Constata-se, nesse sentido, que foi uma necessidade, mais do que uma opção, a decisão do Executivo de submeter a questão da confirmação da constitucionalidade ou não do banimento da importação dos pneus usados e reformados ao STF. Ao sujeitar-se, porém, a *jurisdictio* da mais Alta Corte judicial do Brasil, coube ao Executivo articular-se institucionalmente para apresentar aos ministros independentes e imparciais da Suprema Corte do país os melhores argumentos técnico-jurídicos para defender a adequação da medida de proibição de pneus ao arcabouço constitucional brasileiro.

Nesse sentido, foi necessária uma intensa cooperação e diálogo entre órgãos do Executivo federal, dentre os quais, a AGU, o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério do Meio Ambiente

⁵⁹ Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, atual Ministra do STJ, foi a Procuradora-Federal responsável por confeccionar parecer da Subchefia da Casa Civil para Assuntos Jurídicos, opinando pelo ajuizamento da ADPF (Entrevista, ANEXO I).

⁶⁰ O Conselheiro Luciano Mazza é o atual Chefe da Coordenação-Geral de Contenciosos do Ministério das Relações Exteriores e atuou, diretamente, na defesa do Estado brasileiro no DS 332, principalmente na etapa final de implementação da decisão do OSC (Entrevista, ANEXO II).

e o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio⁶¹ para fornecer ao STF subsídios técnicos confiáveis de que a política pública de proibição da entrada de pneus usados era consentânea com a proteção ao meio-ambiente e à saúde pública outorgadas pela Constituição brasileira. No STF não haveria espaço para pressões do Executivo, como às vezes sucede junto ao Legislativo.⁶² Coube, portanto, aos diferentes órgãos do Executivo e particularmente ao Ministério das Relações Exteriores, por meio da AGU, fazer chegar ao conhecimento do STF a importância e a necessidade da declaração da inconstitucionalidade das decisões judiciais que permitiam a entrada de pneus usados em território nacional e da constitucionalidade das medidas proibitivas de importação desses produtos. Para tanto, juntaram-se aos autos processuais da ADPF 101 a totalidade dos documentos apresentados pelo Brasil perante o Painel e o OA da OMC a fim de sensibilizar o STF sobre a necessidade do cumprimento das obrigações internacionais do Estado brasileiro junto ao sistema multilateral de comércio.

Nota-se, portanto, que para viabilizar suas preferências junto ao Judiciário, o Executivo teve que se utilizar da ferramenta de persuasão distinta daquelas usadas ante o Legislativo. Nesse caso e em outros em que o Judiciário intervier na avaliação da política externa brasileira, o Executivo contará, principalmente, com o instrumento da argumentação jurídica para implementar suas expectativas.

3.2.2 O Devido Processo Legal

O princípio do **Devido Processo Legal**, segunda característica do processo decisório judicial, é um postulado fundamental do direito constitucional, previsto no Artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal do Brasil⁶³, que informa todo e qualquer procedimento judicial deflagrado perante a Justiça brasileira. Do *due process of law* emanam todas as conseqüências processuais que asseguram aos litigantes o direito a um processo justo, mediante a ampla defesa e o contraditório. O devido processo legal, nesse sentido, implica uma sequência de atos judiciais que rigorosamente respeite a audiência bilateral das partes. Falando um lado, há de se ouvir o outro, conforme prescreve o brocardo romano *auditur et altera pars*.

⁶¹ A esse respeito, veja a participação de altas autoridades dos Ministérios mencionados em Audiência Pública sobre a ADPF 101. A condução da defesa do Governo no STF foi feita pela AGU (STF, ADPF 101, Audiência Pública, 27/6/2008).

⁶² Apesar de os processos de controle abstrato de constitucionalidade, como as ADPF, serem “processos sem parte” (tendo em vista o seu caráter objetivo), havia, não obstante, no âmbito desse processo, interesses contrapostos em jogo. De um lado, o Executivo, como Argüente, buscando a declaração de constitucionalidade de sua política de proibição de importação de pneumáticos; de outro, todos os interessados da indústria de pneus reformados, buscando a declaração da inconstitucionalidade daquela política. Assim como ocorre nos processos *inter partes*, portanto, os membros Poder Judiciário devem igualmente, no âmbito do controle abstrato, manter sua equidistância entre os interessados, preservando sua independência judicial.

⁶³ **Constituição Federal de 1988, Artigo 5º, LIV:** “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O que, contudo, surge como uma garantia de processo judicial justo e equânime acaba, por vezes, por inviabilizar a própria realização de justiça, por acarretar excesso de prazos e mora na prestação jurisdicional. Trata-se de paradoxo que o Judiciário brasileiro ainda não resolveu e que se traduz no excesso de garantismo, fenômeno que vem acarretando lentidão do processo decisório judicial não só no Brasil. A autora portuguesa Conceição Gomes, ao analisar a Justiça do Estado Português, trata do binômio “garantismo-lentidão” e sua análise aplica-se, com fidelidade, à Justiça brasileira, como se percebe nas linhas abaixo:

Integra-se no tema da lentidão da justiça, a questão, muito discutida, entre nós, do chamado excesso de garantismo, frequentemente apontado como uma das principais causas da morosidade judicial. Num Estado de direito, o sistema jurídico deve prever um conjunto de direitos fundamentais e de garantias, proibindo, não só qualquer limitação, mas também criando condições legais e substanciais para o seu efectivo exercício. É, contudo, conhecida (ao longo deste livro serão vários os exemplos) a grande divergência entre o modelo constitucional e legal e as práticas operativas das quais resultam défice de garantismo. Questão diferente é a manipulação que o sistema e a prática judiciária permitem das garantias fundamentais e a excessiva burocratização do processo civil e penal, dotados de um conjunto de “sindicâncias” formais que apenas servem o arrastamento do processo e não as garantias constitucionais de defesa. É neste contexto que poderá falar-se em excesso de garantismo ao qual é necessário pôr cobro (GOMES, 2003: 15-16).

Ou seja, ao tentar assegurar aos litigantes todos os meios judiciais possíveis para a garantia de seus direitos, em observância ao devido processo legal, a Justiça acaba por arrastar os processos e exceder prazos, o que gera, por conseqüência, a própria injustiça e o desrespeito ao mesmo *due process of law*, princípio que, igualmente, deve compreender, em sua acepção mais ampla, a prestação jurisdicional em tempo razoável. Como destaca José Renato Nalini, entre os juizes de ideologia mais conservadora, a pretexto de se assegurar o garantismo, a observância estrita dos preceitos processuais serve a um extremado formalismo. Chega-se à sacralização das praxes e, até mesmo, a uma verdadeira negação da justiça (2006: 80). Faz-se, então, necessário buscar um ponto de equilíbrio ainda não encontrado pela Justiça brasileira, que seria o da **morosidade necessária**, porém não excessiva.

Como explicam Santos *et al.* sobre o tempo judicial:

O tempo ideal de duração de um processo será aquele em que a rapidez e a eficiência do Tribunal se harmonizam com o tempo necessário à protecção dos direitos de todos os intervenientes no processo e que poderíamos designar como morosidade necessária. No entanto, a morosidade necessária, apesar de sua indefinição, é um importante princípio regulador na medida em que a morosidade legal, ou seja, a que decorre do cumprimento dos prazos legais e da prática dos actos judiciais, devia aproximar-se tanto quanto possível dessa duração necessária (1996: 390).

O tema da morosidade, longe de ter apenas conseqüências domésticas, também tem suas implicações internacionais. Em 4 de julho de 2006, o Brasil foi, pela primeira vez em sua história, condenado por um tribunal internacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso

Damião Ximenes Lopes, declarou que o Estado brasileiro violara os Artigos 8⁶⁴ e 25⁶⁵ da Convenção Americana de Direitos Humanos, que versam respectivamente sobre o devido processo legal e a razoabilidade dos prazos judiciais.

A demora do Judiciário nacional em julgar os processos judiciais que apuravam a responsabilidade dos donos de uma Casa de Repouso pela morte de Damião Ximenes Lopes, paciente portador de transtornos mentais, deu causa à declaração de responsabilidade internacional do Estado brasileiro, como se extrai do trecho abaixo transcrito da sentença proferida pelo Tribunal de San José:

A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais. Em 27 de março de 2000, o Ministério Público apresentou a denúncia penal contra os supostos responsáveis pelos fatos e, transcorridos mais de seis anos do início do processo, ainda não se proferiu sentença de primeira instância. As autoridades competentes se limitaram a diligenciar o recebimento de provas testemunhais. Está provado que a Terceira Vara da Comarca de Sobral demorou mais de dois anos para realizar as audiências destinadas a ouvir as declarações de testemunhas e informantes e, em alguns períodos, não realizou atividade alguma com vistas à conclusão do processo (par. 112.29 supra). A esse respeito, esta Corte estima que não procede o argumento do Estado de que o atraso se deva, entre outros aspectos, ao grande número de declarações que teve de receber ou a ter tido de delegar a outras repartições judiciais o recebimento das declarações de testemunhas que não residiam em Sobral, ou ao volume de trabalho da repartição judicial que conhece da causa. O prazo em que se desenvolveu o procedimento penal no caso *sub judice* não é razoável, uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se proferiu sentença de primeira instância e não foram apresentadas razões que possam justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede em muito aquele a que se refere o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção

⁶⁴ **Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 8º** - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
 - h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

⁶⁵ **Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 25** - Proteção Judiciária

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Americana e constitui uma violação do devido processo (CORTE IDH, sentença caso Damião Ximenes, série 143, p. 105/106).

Até hoje, quase quatro anos após a publicação da sentença da Corte Interamericana, os referidos processos judiciais seguem em trâmite, sem que haja qualquer perspectiva sobre quando ocorrerá a uma decisão final transitada em julgado ou sobre qual será o resultado do processo, ou seja, se os réus, serão absolvidos ou condenados. O Brasil segue, portanto, perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em violação continuada do devido processo legal, pois extrapola os prazos razoáveis para a finalização de um processo judicial.

Constata-se, dessa forma, que a morosidade do Judiciário brasileiro pode vir a constituir uma variável importante no cálculo de política externa, particularmente quando decisões judiciais domésticas implicam, de algum modo, o risco de que o Estado brasileiro venha a ser condenado em instância internacional por descumprimento das obrigações derivadas do Direito das Gentes. A seguir, será analisado como a questão do prazo razoável do processo judicial foi abordada no âmbito do caso dos pneus.

3.2.1.1 Caso dos Pneus Reformados – Devido Processo Legal e Prazo Razoável

Em 17 de dezembro de 2007, o OSC adotou a decisão tomada pelo Painel e OA da OMC, o qual concluiu que a importação de pneus usados por meio de decisões do Poder Judiciário brasileiro constituía discriminação comercial arbitrária e injustificada. A partir dessa data, o Brasil, em tese, deveria ter dado pronto cumprimento às determinações do OSC. Contudo, tal opção se mostrava impraticável, porque a ADPF 101, que visava cassar as decisões judiciais que permitiam a importação de pneus usados, ainda estava em curso no STF. Em razão disso, as Comunidades Européias e o Brasil decidiram, de comum acordo, submeterem-se ao procedimento de arbitragem disposto pelo Artigo 21, 3 (c)⁶⁶ do Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias da OMC, com o objetivo de determinar o período de tempo razoável de que o Estado brasileiro disporia para o cumprimento da decisão do OSC.

Para melhor compreensão do tema, vale recordar que a ADPF 101, perante o STF, havia sido instaurada já em 22 de setembro de 2006, ainda durante o curso do Painel, uma vez que o Executivo já antevia uma possível condenação da OMC no DS 332, e desejava, o quanto antes, pôr fim à importação de pneus usados, reafirmando sua política ambiental e de saúde pública.

Durante a arbitragem sobre o Artigo 21.3, (c), iniciada no dia 15 de janeiro de 2008, foi levantada uma série de questões interessantes, no tocante à duração estimada de um processo judicial perante o STF, as quais merecem ser aqui abordadas.

Segundo estimava o Brasil, perante a OMC, o procedimento da ADPF duraria, ao todo, 34 meses para ser finalizado e mais 2 meses para que a decisão do Supremo fosse, de fato, implementada em nível doméstico. Como o processo da ADPF 101 já havia sido iniciado, ainda

⁶⁶Transcrito em nota anterior.

quando estava em curso o Painel do DS 332, o Brasil subtraiu 15 meses transcorridos entre o ajuizamento da ADPF 101 em 21 de setembro de 2006 e a adoção do relatório do Painel e do OA pelo OSC em 17 de dezembro de 2007, para determinar o período de tempo razoável. Assim, o Brasil argüiu, em sede de arbitragem, que, a partir da decisão do OSC, estimava que a duração processual da ADPF seria de 21 meses (WT/ DS 332/16, August 2008: 28)⁶⁷.

Por outro lado, as Comunidades Europeias contestavam a estimativa brasileira. No seu entender, o processo da ADPF 101 já havia tomado mais tempo do que a média habitual dos procedimentos de implementação. Desse modo, sustentavam que deveria ser utilizado o parâmetro utilizado pelo Artigo 21.3, (c), que afirma que, em geral, o período para implementação não deve ultrapassar 15 meses. Além disso, alegaram que a única ADPF que tinha sido julgada pelo STF teria levado 41 meses para ser concluída e que uma lei que vedasse a importação de pneus usados (medida que, na sua visão, poderia dar cumprimento às determinações do OSC) poderia ser adotada pelo Poder Legislativo brasileiro em não mais que 10 meses, o que constituiria uma forma de implementação mais adequada. Vale transcrever abaixo os argumentos utilizados pelos europeus:

31. In addition, the European Communities makes reference to the Award of the Arbitrator in EC – Export Subsidies on Sugar, holding that the chosen method must be such that it could be implemented within a reasonable period of time in accordance with the guideline contained in Article 21.3(c) of the DSU. The European Communities asserts that it is unclear what legal effects the ongoing ADPF lawsuit will have and that it has already taken longer than an average WTO dispute settlement proceeding. The only ADPF decided as yet took 41 months to complete. In the European Communities' view, this does not correspond to the timeframe set out for compliance measures in Article 21.3(c) of the DSU.

32. The European Communities argues that, in order to prevent domestic courts from issuing preliminary injunctions permitting the importation of used tyres, Brazil could instead adopt a formal law that would elevate the existing import ban on retreaded tyres from the level of a portaria to that of a parliamentary act. The European Communities maintains that a respective law could be adopted through the two chambers of the Brazilian Congress within no more than 10 months (WT/ DS 332/16, August 2008: 10)⁶⁸.

Em 29 de agosto de 2008, tomando em consideração o argumento de ambas as partes, o árbitro indicado pelo Diretor-Geral da OMC, Yasuhei Taniguchi, entendeu que o Brasil deveria implementar suas obrigações em 12 meses, a contar da decisão do OSC, que adotou as conclusões do Painel e do OA da OMC. O período de tempo razoável para o Brasil tomar as medidas de cumprimento determinadas pela OMC findar-se-ia, portanto, em 17 de dezembro de 2008 (WT/ DS 332/16, August 2008: 33)⁶⁹. Ocorre que, conforme se observou nessa data, o procedimento judicial da ADPF 101 ainda não havia sido concluído pelo STF brasileiro.

Para melhor compreensão da controvérsia, visualiza-se abaixo linha do tempo de todas as etapas do caso dos pneus reformados:

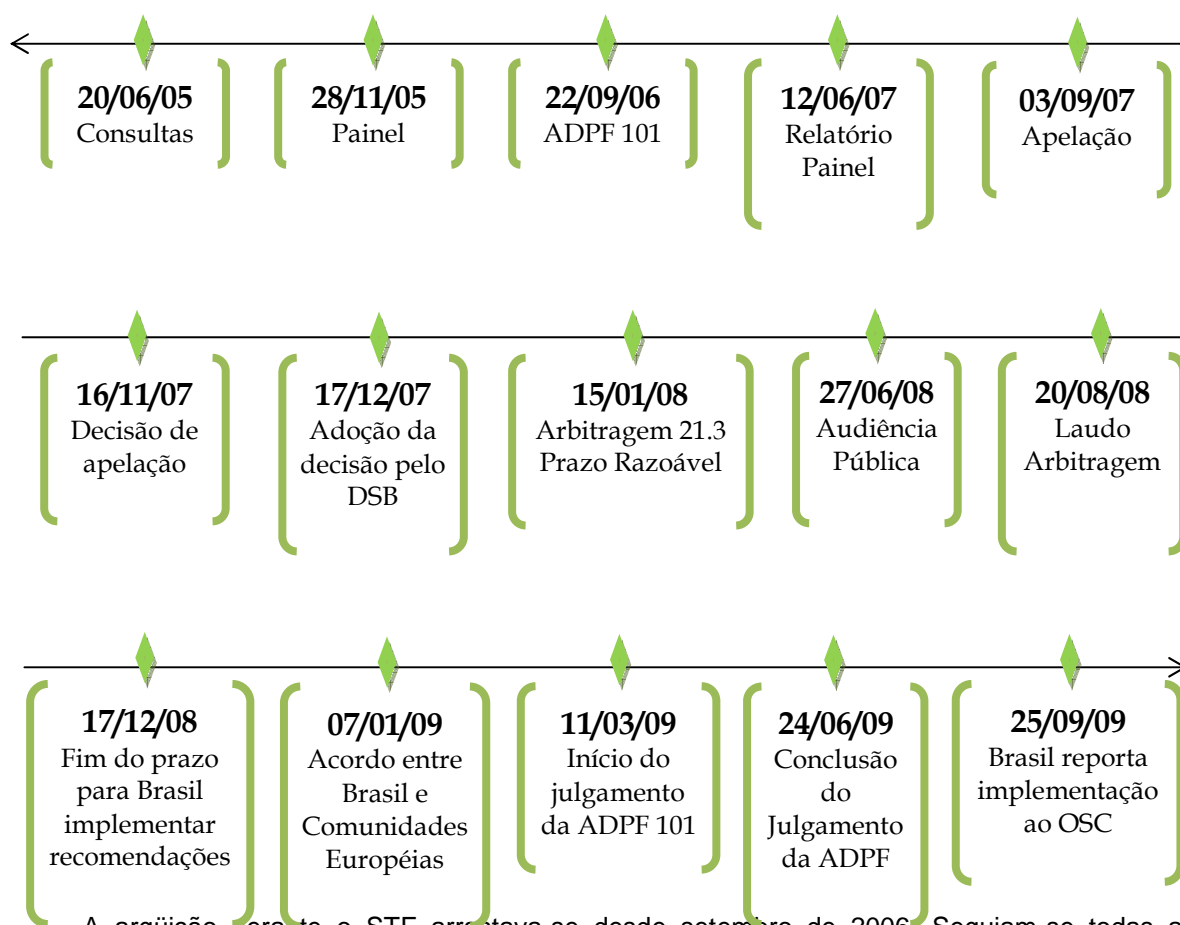
⁶⁷ Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em: 22 jun. 2010.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ Idem.

Figura 5

Linha do tempo da disputa dos pneus



A arguição perante o STF arrastava-se desde setembro de 2006. Seguiam-se todas as formalidades de praxe, sem previsão para a conclusão. A instrução da ADPF sucedia-se em uma cronologia monótona e repetitiva de atos processuais, dentre os quais a intimação dos diversos juízos de federais de primeiro grau e de Tribunais Regionais para que prestassem informações, a realização de audiência pública, a análise do cabimento da participação de interessados na demanda, a análise das manifestações do Executivo, do Ministério Público e de todos os interessados, inclusive as empresas reformadoras, a sessão de julgamento, o voto oral da Ministra Cármen Lúcia, o pedido de vista do Ministro Eros Grau, e uma segunda sessão de julgamento. O relógio do Judiciário brasileiro claramente não andava no ritmo desejado pelo OSC da OMC.⁷⁰

Àquela altura, ou seja, em 17 de dezembro de 2008, ausente a implementação do Brasil, as Comunidades Européias já estavam legitimadas a requerer compensações, ou mesmo a suspensão das concessões comerciais (retaliação), com base no Artigo 22 do Entendimento de Solução de Controvérsias.⁷¹

⁷⁰ Todo o trâmite da ADPF 101 pode ser verificado por meio do extenso andamento processual disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2416537>> Acesso em 22 jun. 2010.

⁷¹ **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias, Artigo 22, I:** “1. Compensation and the suspension of concessions or other obligations are temporary measures available in the

Pode-se afirmar, então, que, **naquele momento, ocorreu uma disjunção entre duas lógicas: uma interna, representada pelo Poder Judiciário brasileiro, e outra externa, representada pela OMC.** Segundo afirmam Varella e Freitas Filho:

Ao ignorar ou mesmo desconsiderar a decisão da OMC como um fator importante a ser levado em conta em termos de orientação e de velocidade decisórios, os órgãos internos promovem a *disjunção* das lógicas interna e externa das decisões sobre conflitos comerciais.

A disjunção das lógicas sistêmicas interna e externa pode ser entendida como o conflito entre os princípios da legalidade, expresso no caso pela liberdade de iniciativa, e da eficiência das políticas públicas, aqui especificamente no âmbito da proteção ambiental. Há, de certa forma uma incompatibilidade valorativa intrínseca entre os valores da livre iniciativa e da realização eficiente de políticas públicas, dados os focos individualista daquele e coletivista deste. Entretanto, ao deixar sem resposta um conflito no qual os limites de força dos dois princípios precisam ser delimitados, o Judiciário acaba por agravar a aparente incomensurabilidade da coexistência entre ambos. A função controladora e reguladora das normas, com seu atributo essencial de previsibilidade, fica gravemente prejudicada, subordinando na prática a expectativa dos atores econômicos às sinalizações normativas externas, no caso à decisão da OMC (2008: 502).

Ao não decidir, o Poder Judiciário acaba por “decidir contrariamente aos interesses de preservação ambiental e de direito dos consumidores, ou seja, contra o interesse nacional” (*idem*: 503). Além disso, ao deixar de decidir também afeta a política externa brasileira, deixando o Brasil, nessa hipótese, vulnerável às pressões das Comunidades Européias.

Vale salientar que logo após o vencimento do prazo para implementar a decisão do OSC, o Brasil apressou-se em concluir negociação com as Comunidades Européias, tentando postergar o eventual impacto de retaliação comercial para um momento ulterior, ganhando tempo para que o julgamento no STF na ADPF 101 fosse concluído, conforme se depreende do acordo procedimental assinado entre o Embaixador do Brasil e o Embaixador das Comunidades Européias das respectivas Missões Permanentes em Genebra (WT/DS 332/18)⁷².

Por meio dessa tratativa acordou-se o seguinte: se as Comunidades Européias deixassem de requerer autorização para retaliação até o dia 16 de janeiro de 2009, em conformidade com o prazo de 30 dias estipulado pelo Artigo 22.6⁷³ do ESC, o Brasil desconsideraria essa preclusão temporal,

event that the recommendations and rulings are not implemented within a reasonable period of time. However, neither compensation nor the suspension of concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreements. Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements.”

⁷² Disponível em < http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm >. Acesso em: 22 jun. 2010.

⁷³ **Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Soluções de Controvérsias, Artigo 22.6:** “*When the situation described in paragraph 2 occurs, the DSB, upon request, shall grant authorization to suspend concessions or other obligations within 30 days of the expiry of the reasonable period of time unless the DSB decides by consensus to reject the request. However, if the Member concerned objects to the level of suspension proposed, or claims that the principles and procedures set forth in paragraph 3 have not been followed where a complaining party has requested authorization to suspend concessions or other obligations pursuant to paragraph 3(b) or (c), the matter shall be referred to arbitration. Such arbitration shall be carried out by the original panel, if members are available, or by an arbitrator (15) appointed by the Director-General and shall be completed within 60 days after the date of expiry of the reasonable period of time. Concessions or other obligations shall not be suspended during the course of the arbitration.*”

permitindo que as Comunidades Européias requeressem a autorização de retaliar em momento posterior. Em contrapartida, as Comunidades Européias se obrigaram, antes de iniciar qualquer procedimento de retaliação, a iniciar uma arbitragem para discutir o nível da retaliação proposta de acordo com o referido artigo ou, em caso de notificação brasileira sobre a implementação da decisão do ESC, a iniciar Painel, com base no Artigo 21.5 do Entendimento, para discutir a adequação das medidas de cumprimento adotadas.

Em outros termos, a não decisão do STF, violando o parâmetro do *reasonable period of time* da OMC, forçou os formuladores de política externa a buscar meios de evitar que o Brasil viesse a sofrer penalidades comerciais imediatas, por descumprimento de decisão do OSC. Assim se pode entender o acordo firmado entre o Brasil e as Comunidades Européias, pelo qual fica evidente o intuito do Brasil de tentar adiar, ao máximo, a imposição de sanções comerciais. Lembre-se que a decisão final do STF na ADPF 101 só foi proferida em 24 de junho de 2009, portanto, seis meses após o exaurimento do prazo estipulado pelo laudo arbitral da OMC e que o acórdão da ADPF ainda não foi sequer publicado. Formalmente, o processo da ADPF segue em trâmite até a presente data. Assim, mesmo que o Brasil tenha notificado o cumprimento de suas obrigações junto à OMC em 15 de setembro de 2009, ainda corre-se o risco de que os europeus, à vista do excesso de prazo, solicitem a autorização para retaliação, mesmo que antes tenham que ingressar com o painel do Artigo 21.5, respeitando o acordo procedimental firmado com o Brasil.

3.2.3 A Coisa Julgada

Outro grande pilar do processo decisório judicial é a **coisa julgada** ou *res judicata*. Entende-se por coisa julgada a decisão judicial, que tendo se tornado final, pois contra ela não caber mais recurso, passa a ser irretroatável. A coisa julgada é um conceito fundamental para o Direito, sendo garantia constitucional no ordenamento jurídico brasileiro (Artigo 5º, XXXVI⁷⁴). O instituto, em sua essência, fundamenta-se na necessidade de segurança e pacificação social, traduzida na presunção de verdade, justiça e certeza de um comando judicial. Segundo o jurista argentino Enrico Allorio, a coisa julgada vincula as partes e todos os juízes futuros:

La cosa juzgada es la eficacia normativa de la declaración de certeza jurisdiccional; la cosa juzgada trunca e hace inútiles las discusiones acerca de la justicia o injusticia del pronunciamiento; la cosa juzgada vincula a las partes y a todo juez futuro; en virtud de la cosa juzgada, lo que está decidido es derecho. Todas estas proposiciones traducen en distintas formas la misma simple verdad que con intencionada insistencia verbal expresan conocidos brocados latinos: que la cosa juzgada es un vínculo (1963: 130-131).

Contudo, se, por um lado, a coisa julgada traduz-se em garantia de certeza jurídica, por outro, pode revelar-se obstáculo difícil de transpor quando a decisão doméstica com trânsito em julgado, ou seja, alcançada pela *res judicata*, está em desconformidade com obrigações do direito internacional.

⁷⁴ **Constituição Federal, Artigo 5º, XXXVI:** a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é muito comum os Estados tentarem impor obstáculos ao prosseguimento de uma denúncia de violação de direitos humanos, afirmando que determinada decisão judicial já transitou em julgado e, portanto, não poderá ser mais revista. O caso *Villagrán Morales y otros*, narrado a seguir, ilustra bem o uso desse argumento de defesa.

Nesse procedimento contencioso perante a Corte de San José, a Comissão Interamericana denunciou a Guatemala por ato judicial injusto. Questionava-se a validade de sentença do Poder Judiciário guatemalteco, que absolveu os acusados do assassinato de cinco meninos de rua.

O argumento central da defesa da Guatemala era o de que a Corte Interamericana não poderia analisar a denúncia apresentada pela Comissão Interamericana, uma vez que a sentença judicial de absolvição dos réus estaria acobertada pela garantia da coisa julgada criminal (RAMOS, 2004: 178-180). A defesa estatal, no entanto, foi rechaçada pelo Tribunal de San José.

Segundo afirma Carvalho (2004: 179) “a crítica tradicional à responsabilização por ato judicial fundamenta-se na independência constitucional do Poder Judiciário e na consagração do princípio do respeito à coisa julgada nas diversas Constituições”. Os tribunais internacionais, todavia, afastam a referida tese ao entendimento de que o Estado poderá ser responsabilizado por atos de quaisquer de seus Poderes e órgãos, inclusive por atos emanados do Poder Judiciário. Assim afirmou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Villagrán Morales:

*Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados.*⁷⁵

Em geral, em casos semelhantes a esse, o Estado é responsabilizado internacionalmente por violar uma obrigação de direito internacional, sendo condenado a pagar alguma forma de reparação às vítimas. Dificilmente, porém, tendo em vista a garantia da coisa julgada, pode-se reverter o conteúdo decisório da sentença que violou o direito internacional. Por isso, a reparação nesses casos costuma ser revertida em uma indenização pecuniária, permanecendo intocada a coisa julgada.

3.2.3.1 Caso dos Pneus Reformados - A Coisa Julgada e a Responsabilidade Internacional do Estado

Como salientado, o principal objetivo do Executivo ao ajuizar a ADPF 101 era o de obter a declaração de inconstitucionalidade de todas as decisões judiciais que viabilizassem a importação de

⁷⁵ Corte IDH. Caso Villagrán Morales e otros (niños de la calle) – Sentença de Mérito, 19 de novembro de 1999, Parágrafo 220.

pneus usados, inclusive as acobertadas pela coisa julgada, como se extrai da petição inicial, ajuizada pelo Presidente da República.⁷⁶

A preocupação principal do Governo era a de que importadores de pneus usados, que estivessem sendo beneficiados por decisões judiciais definitivas, não fossem alcançados pela decisão de inconstitucionalidade do STF. Caso isso ocorresse, a política ambiental do governo continuaria sendo neutralizada.

Analisando o pedido do Poder Executivo, a Ministra Carmen Lúcia decidiu declarar a inconstitucionalidade, com efeito retroativo, das interpretações que permitiram ou permitam a importação de pneus usados. No que tange, contudo, as decisões já transitadas em julgado, decidiu o seguinte:

Excluo da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, uma vez que somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Ora, as decisões cobertas pelo manto constitucional da coisa julgada, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, já não podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Argüente, que, de toda sorte, teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações.

Não se incluem nesta exceção conteúdos decisórios em aberto ou dispostos de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e as exceções nela previstas (ANEXO IV).

Ou seja, contrariamente às expectativas do Executivo, a decisão do Supremo não atingiu as decisões cobertas pela coisa julgada. Todavia, em um olhar mais atento ao voto da Ministra Carmen Lúcia, percebe-se que o STF se esforçou por restringir os efeitos daquelas decisões definitivas, pois declarou a inconstitucionalidade das decisões transitadas em julgado com conteúdo em aberto e daquelas que permitiam a importação de pneus de forma ilimitada para o futuro.

A rigor, o que se percebe é que a decisão do OSC da OMC, que recomendava que **todas** as decisões de entrada de pneus usados no Brasil fossem cassadas, não foi cumprida. Nesse ponto, permanece em aberto o direito das Comunidades Europeias de questionar o cumprimento correto das recomendações pelo Brasil.

Talvez, no entanto, não interesse aos europeus discutir as filigranas do alcance da coisa julgada na decisão proferida pelo STF, mesmo porque, em termos práticos, há de se reconhecer que a importação futura de pneus usados, com fundamento nessas decisões definitivas, foi efetivamente banida. A importação realizada no passado, no entanto, não poderá ser revista, o que poderia gerar direito à compensação comercial ou à retaliação por parte das Comunidades Europeias.

⁷⁶ Petição inicial do Presidente da República – ADPF 101, p. 61-62. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101>>. Acesso em 22 jun. 2010.

A partir do exame de certas características do processo decisório judicial, particularmente a imparcialidade judicial, o devido processo legal e a coisa julgada, pode-se melhor perceber o quanto a sorte do Brasil em relação ao desfecho do DS 332 está atrelada ao modo de operação interno do Poder Judiciário brasileiro. Cumpre agora investigar sobre a existência de pontes de conexão entre o mundo judicial e o mundo da política externa.

3.3 Judiciário e Política Externa: mundos à parte?

Constatado que a política externa, assim como as demais políticas públicas, também pode ser judicializada, ou seja, levada à análise do Poder Judiciário, cumpre, agora, tecer considerações acerca das possibilidades de diálogo entre os sistemas judicial e de política externa, bem como sobre as medidas de abertura necessárias para facilitar essa comunicação.

O mundo jurídico é conhecido tradicionalmente por seu hermetismo, fechado em sua lógica e linguagem próprias, inacessível, muitas vezes, à compreensão do cidadão comum. As praxes processuais e cartoriais formais, o uso corriqueiro de brocardos latinos no jargão jurídico, ou mesmo o círculo fechado dos juízes e do Ministério Público, são elementos que apontam para um autocentrismo do mundo jurídico-judicial.

Um tanto distante, orbita o mundo da política externa, no qual transitam diplomatas e chefes de Estado, também com seus costumes, raciocínio e práticas peculiares. A burocracia diplomática trabalha segundo rotinas e regras precisas, *standing operational procedures*. Tais rotinas baseiam-se em precedentes e tradições, na hierarquia de postos e na compartimentalização no interior de sua administração (STEINERT, 2000: 457). Trata-se, além do mais, de uma esfera bastante fechada, que não se comunica com facilidade com seu entorno. Disso, resulta, por exemplo, o baixo grau de permeabilidade da diplomacia aos interesses veiculados pela sociedade civil e até mesmo às preferências de outros atores governamentais.

Segundo Marcelo Fernandes de Oliveira (2004: 110), o processo de formulação da política externa brasileira ocorre de forma insulada, característica que se denota principalmente quando estão em jogo negociações comerciais, que podem resultar em custos assimétricos. Nesse caso, os setores interessados não têm abertura suficiente do governo para encetar discussões institucionalizadas.

Niklas Luhmann, sociólogo alemão, teoriza que há na sociedade um processo de diferenciação social permanente. Distintos sistemas sociais se organizam a partir da especialização de funções. Para ele, cada um dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados, como o sistema jurídico e o político, é caracterizado por sua auto-referência.

Segundo Luhmann, cada sistema social organiza-se dentro de uma lógica e atribuição específica. Assim, os sistemas devem ser analisados a partir de sua própria ótica. Para Luhmann, os sistemas constituem espécies de filtros seletivos, cuja função é estabelecer certa ordem, dentro de uma multiplicidade de acontecimentos contingentes. Para alcançar a produção ou reprodução de

seus elementos, os diversos sistemas sociais funcionalmente diferenciados fecham-se sobre si próprios (fechamento operacional), criando-se e recriando-se (autopoiese), passando a adotar códigos diferenciadores próprios.

Nesse contexto, por exemplo, o sistema jurídico e o político utilizariam, em sua comunicação com o meio social, códigos binários próprios. O código jurídico representado pelo binômio “lícito/ilícito” e o código político pelo “poder/não poder” (CAMPILONGO, 2000: 121-122).

Campilongo descreve, com bastante detalhe, as distinções entre o sistema político e o sistema jurídico, utilizando a metáfora do jogo de bilhar oferecida por Luhmann. Segundo o autor:

Os sistemas jurídico e político podem ser descritos, como faz Luhmann figurativamente, como duas bolas de bilhar. Uma não se confunde com a outra. Porém, o jogo só tem sentido quando as duas bolas se tocam. A Constituição e as instituições representativas operam exatamente nesse ponto de contato. As duas “bolas” sugerem, de uma parte, a separação funcional dos sistemas e, da outra, um conjunto de prestações recíprocas entre a política e o direito. Só nesse sentido um sistema depende do outro. Uma das bolas desse bilhar, o sistema político, desempenha uma função infungível: tomar decisões que vinculam a coletividade. A comunicação política vem sempre marcada por código binário próprio: poder/não poder; inferior/superior; querer do detentor/não-querer do submetido. Por isso, o vértice do sistema político moderno caracteriza-se pelo dual governo/oposição. É a operacionalização de um código exclusivo que confere caráter autopoietico a um sistema parcial. A outra bola do jogo, o sistema jurídico, também desempenha uma função exclusiva: garantir as expectativas normativas. A comunicação jurídica, na mesma linha, tem seu código binário peculiar. Legal/ilegal; lícito/ilícito, direito/não direito. Vê-se que, pelas diferenças de funções e de códigos, uma “bola” – vale dizer, um sistema parcial – não se confunde com a outra (*ibid.*).

Para Luhmann, contudo, é necessário criar aberturas cognitivas, que possibilitem o diálogo intersistêmico, pois o autismo desenvolvido por cada uma das esferas sociais pode ter efeitos destrutivos sobre a integração social e sistêmica de uma sociedade contemporânea complexa. A diferenciação entre os sistemas não pode implicar isolamento, mas antes uma intensa capacidade cognitiva para o entorno (NEVES, 2008: 25).

Nesse sentido, fala-se em acoplamentos estruturais, os quais se prestariam à promoção e filtragem das influências e instigações mútuas entre sistemas, sem que nenhum deles perca a sua autonomia. Os acoplamentos estruturais servem como mecanismos de interpenetração concentrada entre sistemas sociais. Assim, por exemplo, o instrumento do contrato é apresentado por Luhmann como um acoplamento estrutural entre o Direito e a Economia; a Universidade, por sua vez, como vínculo estrutural entre Ciência e Educação e, ainda, a Constituição como o acoplamento entre o Direito e a Política (*idem*: 35-37).

O paradigma dos sistemas de Luhmann como modelo teórico tem potencial explicativo sobre a relação entre o mundo judicial, permeado pela lógica do Direito e o mundo da política externa, inserido no contexto maior do sistema da Política. Resgatando a metáfora utilizada pelo autor, os dois mundos são como duas esferas profundamente voltadas para si, mas que, em algum momento, como se fossem bolas de bilhar, se tocam.

Dentro desse contexto pode-se visualizar o caso dos pneus como um exemplo de instância em que o Direito e a Política Externa se comunicam. Nesse caso, não só a Constituição, mas também o Direito Internacional surgem como acoplamentos estruturais, que vinculam, estavelmente, esses dois processos autônomos.

Na hipótese em questão, o Judiciário pôde dialogar com a Política Externa na medida em que exerceu seu dever de controle abstrato de constitucionalidade de leis atribuído pela Constituição, garantindo a proibição de pneus usados como medida de proteção à saúde e ao meio-ambiente. Do mesmo modo, o Direito Internacional, que rege a aplicação do MSC, conduziu a política externa brasileira não só a buscar o acatamento da decisão jurídica do OSC como também a interagir com o Poder Judiciário brasileiro para obter a implementação do que foi estabelecido pela OMC no DS 332. Essas aberturas cognitivas possibilitadas pela Constituição e o Direito Internacional devem servir, portanto, como oportunidade para que ambos os sistemas saiam de seu isolamento recíproco.

3.3.1 Para Além do Abstrato Acoplamento Estrutural: a Importância do Elemento Humano

A emergência de problemas judiciais comuns em diversas jurisdições e a facilitação dos meios de comunicação são elementos que, claramente, vem impulsionando o que se convencionou chamar na literatura, particularmente a francesa, de comércio entre juízes ou de mundialização judicial. Como explicam Julie Allard e Antoine Garapon (2005: 9), os juízes, antes confinados em suas jurisdições nacionais, passaram a estabelecer entre eles, e através das fronteiras, relações cada vez mais sólidas. Essas relações podem tomar as formas mais diversas: referências a julgamentos estrangeiros em decisões nacionais, intercâmbio de argumentos, diálogos entre tribunais, criação de associações transnacionais, capitalização informal de jurisprudência.

Para Mireille Delmas-Marty, a intensificação dos intercâmbios entre juízes constitui um exemplo da dialética entre o universal abstrato e situações particulares e concretas, por meio das quais o universal toma gradualmente a forma de um corpo visível. Esse diálogo entre universal (direito internacional) e relativo (direito interno), por meio da aplicação da lei pelos juízes, tem a vocação de produzir um pluralismo ordenado, a fim de evitar a imposição de uma ordem hegemônica ou de uma desordem impotente (*apud* ALLARD; GARAPON, 2005: 10). Nas palavras de Delmas-Marty:

On voit qu'il a bien un chemin, non pas dans un système, mais au croisement de plusieurs systèmes, qu'il s'agisse de droit interne ou de droit international, de droit regional ou mondial, général ou spécial. Si le parcours reste l'essentiel à tracer, du moins pourra-t-il s'inspirer du repérage déjà réalisé des divers processus permettant d'ordonner le multiple sans le réduire à l'extension hégémonique d'un système unique (2004: 412).

Slaughter, por sua vez, enfoca o fenômeno das redes de governo, pelo qual membros de cada um dos três Poderes se dissociam da soberania nacional, para associar-se com seus homólogos estrangeiros. O comércio ou diálogo entre juízes decorreria, portanto, de uma extensão do Poder Judicial para além das fronteiras. Assim, ao contrário de Delmas-Marty, a mundialização

judicial para Slaughter decorreria de um processo de propagação, e não da dialética entre o parcial e o universal; o alargamento progressivo das redes, para ela, terminaria numa forma de cosmopolitismo (*apud* ALLARD; GARAPON, 2005: 11).

De tudo isso, conclui-se que essa intensificação do intercâmbio de idéias entre juízes de diversas jurisdições é um forte potencializador da conscientização da magistratura para temas de direito internacional e de política externa. O juiz que transcende o seu confinamento territorial, dialogando com seus pares estrangeiros e internacionais desenvolve, naturalmente, uma maior abertura a elementos culturais exógenos, que o permitem superar o seu natural paroquialismo.

O juiz consciente de seu entorno internacional passa a ser um potencial promotor do direito internacional, realizando o papel de intermediador entre a ordem jurídica interna e a internacional. Como afirma Georges Scelle, com sua teoria do desdobramento funcional, o direito internacional forma-se, em grande parte, por intermédio do direito interno, com a atividade dos órgãos judiciais do Estado, que, agindo dentro de suas competências respectivas, contribuem para realizar os resultados almejados pelo direito internacional. Pelo fenômeno do desdobramento ou divisão funcional, cada governo encontra-se investido da competência necessária para assegurar a criação e realização do direito da sociedade internacional a que pertence. Nesse sentido, os tribunais internos desempenham uma função internacional ao efetivar o estágio inicial de algumas das medidas fornecidas pelo direito das gentes para a realização de seus princípios (*apud* TRINDADE, 2002: 397-399).

3.3.2 O Diálogo Judicial e o Caso dos Pneus

Não se pode deixar de ignorar a existência de um diálogo judicial entre o STF e o OSC da OMC, principalmente quando se verifica que grande parte do relatório do voto condutor da Ministra Relatora Cármen Lúcia (Anexo V, parágrafos 10 a 14) cita trechos das decisões do Painel e do OA no DS 332. Chama a atenção, nesse sentido, o seguinte parágrafo:

Em 17.12.2007, o Órgão de Solução de Controvérsias (DSB) adotou o relatório do Órgão de Apelação e o relatório do Painel e, no encontro ocorrido em 15.1.2008, o Brasil comprometeu-se a implementar as recomendações e as regras do Órgão de Solução de Controvérsias, de maneira consistente com as obrigações da Organização Mundial do Comércio.

Aquela decisão convida o Judiciário nacional, em especial este Supremo Tribunal, a examinar e julgar a matéria no que concerne às providências, incluídas as normativas, adotadas no sentido de garantir a efetividade dos princípios constitucionais. Enfoque especial há de ser dado à questão das decisões judiciais contraditórias, realce àquelas listadas na peça inicial desta Arguição, mas que têm caráter meramente exemplificativo, à luz das obrigações internacionais do Brasil, mas, principalmente e em razão da competência deste Supremo Tribunal, dos preceitos constitucionais relativos à saúde pública e à proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Vê-se, pois, que os ministros do STF, ao julgarem a ADPF 101, tiveram a oportunidade de ponderar sobre o mérito da decisão proferida pelo OSC da OMC. Houve, nesse caso, portanto, uma interessante abertura do Judiciário nacional a temas sensíveis da agenda de política externa

brasileira e, igualmente, ao reconhecimento da existência de obrigações jurídicas do Estado frente ao Direito Internacional.

Assim, apesar de a decisão do STF não estar, conforme foi visto, inteiramente de acordo com a decisão do OSC, principalmente em razão de determinadas circunstâncias decorrentes da própria lógica do processo decisório judicial, o caso dos pneus revelou-se instância didática de aproximação entre o mundo judicial e o da política externa. Certamente não revelará um quadro totalizante da dinâmica de relação entre essas duas esferas, mas contribui, de alguma forma, para montar parte do quebra-cabeça dessa interação ainda pouco estudada.

Conclusão

O Poder Judiciário vem, ao longo dos dois últimos séculos, principalmente em regimes democráticos, fortalecendo a sua participação no sistema de separação entre os três Poderes. A crescente constitucionalização de direitos, bem como o fortalecimento do sistema de controle de normas, e uma crescente conscientização de diversos grupos sociais de que o Poder Judiciário pode servir de instrumento efetivo para a tutela de seus direitos, redimensionaram os horizontes de atuação do Estado-juiz, ampliando a repercussão de suas decisões.

Ponto central ao entendimento do aumento de protagonismo do Poder Judiciário nos dias de hoje refere-se ao *judicial review*, pelo qual se submete ao crivo judicial o exame da constitucionalidade das políticas públicas veiculadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Essa judicialização da política vem suscitando grande interesse de pesquisa, eis que o fenômeno convida a analisar o comportamento do Executivo e do Legislativo, quando determinadas matérias de seu interesse, de conteúdo eminentemente político, passam a ser submetidas ao processo decisório judicial.

A política externa, como política pública que é, também poderá ser objeto de escrutínio por parte do Poder Judiciário. Pode-se considerar o caso dos pneus reformados tratado, no âmbito do DS 332, do Sistema de Solução de Controvérsias da OMC e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 101 ante o Supremo, como um exemplo ilustrativo do fenômeno da judicialização da política externa brasileira. Nesse caso, como examinado neste trabalho, o Estado brasileiro, representado por seu Ministério das Relações Exteriores, ficou a depender de um pronunciamento do STF, órgão máximo do Judiciário brasileiro, para justificar, ante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, a correta implementação de suas recomendações no DS 332.

Os estudos de processo decisório em política externa enfatizam a importância do estudo das estruturas internas do Estado para melhor compreender a conduta do Estado em suas relações internacionais. A questão do Poder Judiciário como fonte doméstica da política externa precisa, nesse sentido, ser melhor depurada, principalmente, levando-se em conta a própria Constituição Federal brasileira que atribui a ele importante papel verificador na fase de implementação dessa política.

Necessário, desse modo, examinar as principais características do *modus operandi* do Judiciário, em especial as peculiaridades de seu processo decisório que poderão vir a impactar a condução dos assuntos internacionais do Brasil. Sabe-se que, em geral, o Legislativo detém um maior grau de envolvimento junto ao Executivo com os temas de política externa, principalmente em razão de sua competência constitucional de aprovação dos tratados. Vários trabalhos acadêmicos, nesse sentido, se dedicam a analisar a influência de seu processo decisório na condução da política externa.

No entanto, a influência do Judiciário, nessa seara, permanece ainda uma incógnita. Dentro dessa lógica, o presente trabalho levou em conta as peculiaridades da decisão do processo judicial

para tentar, à luz do caso dos pneus, desvendar como se opera a influência desse poder no *policy making* externo. Concentrou-se, assim, em três pilares fundamentais do processo judicial: a imparcialidade, o devido processo legal e a coisa julgada.

Verificamos, por exemplo, que a imparcialidade e independência dos magistrados faz com que as pressões exercidas pelo Executivo para lograr que matérias de seu interesses sejam julgadas de forma favorável pelo Judiciário não se operam da mesma forma que as pressões exercidas junto ao Legislativo. O Estado-juiz construirá seu convencimento com base fundamentalmente em argumentos técnicos trazidos a ele pelas partes. Nesse sentido, no caso de matérias que envolvam interesses de política externa, faz-se necessário, antes de mais nada, a articulação institucional intensa entre o Ministério das Relações Exteriores, demais órgãos da Administração com a Advocacia-Geral da União, como ocorreu no caso dos pneus reformados, para levar aos juízes e tribunais, elementos técnicos suficientes para embasar a sua tese jurídica e, com isso, fazer valer seus interesses políticos nessa instância.

Foi, igualmente, analisado o princípio do devido processo legal e como o excessivo garantismo e apego às fórmulas processuais por parte do Poder Judiciário pode acabar implicando excesso de prazos e, conseqüentemente, o acionamento do Estado brasileiro, em instâncias internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC. Tais fatos podem acarretar conseqüências negativas como a declaração da responsabilidade internacional do Estado pela demora em decidir. Foi também examinada a garantia da coisa julgada e como esse obstáculo intransponível nos direitos internos limita o cumprimento de decisões de instâncias internacionais pelo Estado brasileiro.

Concluímos com a percepção de que apesar de o mundo judicial e o da política externa operarem com lógicas próprias e, em esferas bastante fechadas, há possibilidades de diálogo entre esses dois sistemas. Na teoria de Luhmann, a comunicação entre o sistema político e o jurídico, que engloba também a esfera judicial, se dá por acoplamentos estruturais, elementos que propiciam a abertura cognitiva entre dois sistemas distintos.

No caso da política externa e do mundo judicial, essas aberturas cognitivas são intermediadas pela Constituição e pelo Direito Internacional. Na hipótese do caso dos pneus, o Judiciário pôde dialogar com a Política Externa na medida em que exerceu seu dever de controle abstrato de constitucionalidade de leis atribuído pela Constituição, garantindo a proibição de pneus usados como medida de proteção à saúde e ao meio-ambiente.

Do mesmo modo, o Direito Internacional, que rege a aplicação do Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, conduziu a Política Externa brasileira a interagir com o Poder Judiciário brasileiro, com o propósito de obter a implementação do que foi estabelecido pela OMC no DS 332.

Não se pode olvidar, contudo, a importância do elemento humano como propulsor de uma maior e melhor interação entre o Judiciário e o mundo da política externa. Hoje, cresce, cada vez mais, o número de magistrados que se abrem ao conhecimento de suas contrapartes no exterior. O

movimento impele a formação de uma consciência maior por parte dos magistrados domésticos sobre a importância dos Judiciários nacionais para o cumprimento do Direito Internacional, o que acarreta, conseqüentemente, uma maior abertura dos magistrados e operadores do mundo do direito, em geral, para os temas de política externa.

O caso dos pneus é, sem dúvida, instância ilustrativa da comunicação entre esses dois mundos, o que se tornou possível a partir da judicialização de um tema de política externa. Há, todavia, um longo caminho a ser percorrido para a superação do isolamento recíproco entre a política externa e o mundo judicial. O presente trabalho espera ter colaborado para, ao menos, atenuar a distância entre essas duas esferas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCUMENTOS

- Corte IDH. Caso Ximenes Lopes v. Brasil. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006, Serie C, No. 149.
- Corte IDH. Caso Villagrán Morales y otros (niños de la calle). Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C, No. 63.
- Formulário de entrevista com a Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, outubro 2009.
- Formulário de entrevista com o Conselheiro Luciano Mazza, Chefe da Coordenação-Geral de Contenciosos do Ministério das Relações Exteriores, outubro 2009.
- Hamdam *versus* Rumsfeld 548 U.S. 557 (2006). Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-184.ZS.html>>. Acesso em: 8 fev. 2010
- H.C. 1000/92 Bavli v. Great Rabbinical Court [1994], 48(2) P.D. 6
- Lowry *versus* Reagan, 676. F. Supp. 333, 340 [District Court for the District of Columbia, 1987]
- Marbury *versus* Madison, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0005_0137_ZS.html>. Acesso em: 30 ago. 2009
- Nota AGU/SGCT/ARL/Nº 0257/2009. Secretaria-Geral de Contenciosos da Advocacia-Geral da União, 2009
- Nota SAJ/SAG No 3111/06. Secretaria de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, 2006.
- Petição inicial do Presidente da República – ADPF 101, p. 61-62 - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf101>> . Acesso em: 11 mai. 2010
- Reference re Secession of Quebec, (1998) 2 S.C.R. 217. Disponível em: <<http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1998/1998canlii793/1998canlii793.html>>. Acesso em: 11 mai. 2010.
- United Nations Conference on Trade and Development (2003), “Course on Dispute Settlement”
- Voto da Relatora Cármen Lúcia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 101, 11 de março de 2009
- World Trade Organization, “Glossary”
- _____ (2007), “WT/DS332, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Complainant: European Communities”, July 12.
- _____ (2007), “WT/DS332/AB/R, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Appellant: European Communities”, December 3.
- _____ (2008), “WT/DS 332/16, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres”, August 2008.
- _____ (2009), “WT/DS332/18, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, January 9.
- _____ (2009), “WT/DS332/19, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, August 19.
- _____ (2009), “WT/DS 332/19/Add.6, Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres”, September 15.

BIBLIOGRAFIA

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: A Nova Revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 130-131, 163.
- ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idespe, 1997.
- BARKOW, Rachel E. More Supreme than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy. *Columbia Law Review*, Vol. 102, No. 2, 2002.
- BARRAL, Weber. Solução de Controvérsias na OMC. In: *Solução de Controvérsias: OMC, União Européia e Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2002.
- BENVENISTI, Eyal. Judges and Foreign Affairs: a Comment on the Institut de Droit International's Resolution on 'The Activities of National Courts and the International Relations of their State'. In: *European Journal of International Law*, p. 423-439, 1994.
- BLACK'S LAW DICTIONARY, 8ª Ed, iPhone and iPod touch. Version: 1.1.0 (B09258), 2009.
- BUCCI, Maria Paula D. Controle Judicial de Políticas Públicas: possibilidade e limites. In: *Congresso Mineiro de Direito Administrativo*, 5., 2001, Belo Horizonte.
- _____ (org.) O Conceito da Política Pública em Direito in *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. – São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Governo Representativo versus Governo dos Juízes: a autopoiese dos sistemas político e jurídico. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 8, jan.-mar., 2000.
- CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 12, nº 34, p. 147-156, 1997.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 1998, vol. 3.
- COUTO, Estêvão Ferreira. A Relação entre o Interno e o Internacional. 2001. 159 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política e Relações Internacionais, Brasília, 2001.
- _____, Judicialização da Política Externa e Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol. 46, nº 1, pp. 140-161, 2004.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les Forces Imaginantes du Droit: le relatif et l'universel*. Paris: Seuil, 2004.
- GLENNON, Michael J. Foreign Affairs and The Political Question Doctrine. *The American Journal of International Law*, vol. 83, n. 4, 1989.
- HALLIDAY, Fred. *Repensando as Relações Internacionais*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.
- HAMILTON, Alexander. *O Federalista*. Brasília: Ed. UnB, 1989. Disponível em: <<http://leaderu.com/socialsciences/fed78.html>>. Acesso em: 30 ago. 2009.
- HILL, Christopher. *The Changing Politics of Foreign Policy*. Grã-Bretanha: Palgrave Macmillan, 2003.
- HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy, the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- HUDSON, Valerie M. Foreign Policy Analysis: Actor-Specific Theory and Ground of International Relations. *Foreign Policy Analysis*, vol. I, p.1-30, 2005.
- GOMES, Conceição. *O Tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- JACOB, Herbert et. al. *Court, Law, and Politics in Comparative Perspective*. New Haven: Yale University Press, 1997.

- JARDIM-ROCHA, José. Problemas com o Governo dos Juizes sobre a Legitimidade Democrática do judicial review. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 151 jul./set., 2001.
- KING, Lynn Kimmi; Meernik, James. The Supreme Court and the Powers of the Executive: The Adjudication of Foreign Policy. *Political Research Quarterly*, vol. 52, n. 4. p. 801-824, dec. 1999.
- LAKATOS, Eva Maria, MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- LEIRIA, Maria Lúcia Luz. O controle de Constitucionalidade das Medidas Provisórias: a judicialização da política. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, vol. 13, n. 46, p. 33-55, 2000.
- LIMA, Thiago. As Relações entre Executivo, Legislativo e Grupos de Interesse Norte-Americanos no Contencioso do Algodão. *Cadernos CEDEC*, n. 73, jul. 2005.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises, *Lua Nova*, São Paulo, n. 57, 2002.
- MANZI, J. E. Da morosidade do Poder Judiciário e algumas possíveis soluções. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 337, 9 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5312>>. Acesso em: 11 nov. 2009.
- MARCATO, A. C. A imparcialidade do juiz e a validade do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3021>>. Acesso em: 11 nov. 2009.
- MARCEAU, Gabrielle. Consultations and the panel process in the WTO dispute settlement system. In: WILSON, Bruce; YERXA, Rufus. *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The First Ten Years*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão Jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula D. (org.) *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MASSUDA, J. M. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política: relação entre controle de constitucionalidade e produção de emendas constitucionais. 2005. 326 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2005.
- MENEGHETTI, M. A. *Judicialização da política no Brasil e moderação do poder*. 2008. 141 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília – Instituto de Ciência Política, Brasília, 2008.
- MILNER, HELEN V. *Interests, Institutions and Information, Domestic Politics and International Relations*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- MONTESQUIEU, Charles de. O espírito das leis. Brasília: Ed. Unb, 1992. Disponível em: <<http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch17s9.html>>. Acesso em: 30 ago. 2009.
- MOREIRA, Felipe Kern. Processo Decisório e Percepção de Ameaça. *Interdisciplinary Journal of the Center for Hemispheric Defense Studies*, vol. 6, n. 1, Spring 2006.
- NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. Campinas: Millenium, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. *Mercosul: atores políticos e grupos de interesses brasileiros*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.
- PORTINARO, Pier Paolo. Tirania dos Juizes ou Anarquia dos Advogados?. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PUTNAM, Robert. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. *International Organization*, vol. 42, nº 3, p. 428-460, 1998.
- PAMPLONA FILHO, R. O mito da neutralidade do juiz como elemento de seu papel social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2052>>. Acesso em: 11 nov. 2009.
- RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- SANCHEZ, Michelle Ratton et al. Política Externa Como Política Pública: uma análise pela regulamentação constitucional brasileira (1967-1988). *Revista de Sociologia e Política*, n. 27, p. 125-143, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza et al. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas: o caso português*. Porto, Portugal: Centro de Estudos Sociais, 1996.
- SHAPIRO, M.; SWEET, A. S. *On law, politics, and judicialization*. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- STEINER, Marlis G. A decisão em matéria de política externa: ensaio sobre a utilização de teorias. In: DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo o Império Perecerá: teoria das Relações Internacionais*. Brasília: Editora UnB, 2000.
- SWEET, Alec Stone. Judicialization and the Construction of Governance. In: SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics & Judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002
- TATE, C. N. Why the Expansion of Judicial Power?. In: TATE, C. N; VALLINDER, T. (orgs.). *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.
- TEIXEIRA, A. *Judicialização da política no Brasil (1990-1996)*. 1997. 173 f. Tese (Mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 1997.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, *A democracia na América*. São Paulo: Edusp, 1977.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VARELLA, Marcelo; FREITAS FILHO, Roberto. L'Organisation mondiale du commerce: um révélateur des divergences internes aux pays en développement. *Revue Internationale de Droit Economique*. Association Internationale de Droit Économique, p. 489-507, 2008
- VIANNA, L. W. et al. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- YIN, Robert K. *Case Study Research: Design and Methods*. Thousand Oaks, Ac: Sage Publications, 1994.
- ZANGL, Bernhard. Judicialization Matters: A Comparison of Dispute Settlement under GATT and the WTO. *International Studies Quarterly*, n. 52, p. 825-854, 2008.

ANEXOS

ANEXO I - Formulário de entrevista com a Ministra do Superior Tribunal Militar Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, outubro 2009.

ANEXO II - Formulário de entrevista com o Conselheiro Luciano Mazza, Chefe da Coordenação-Geral de Contenciosos do Ministério das Relações Exteriores, outubro 2009.

ANEXO III - Nota AGU/SGCT/ARL/Nº 0257/2009. Secretaria-Geral de Contenciosos da Advocacia-Geral da União, 2009.

ANEXO IV – Voto da Relatora Cármen Lúcia na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 101, 11 de março de 2009.