

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**AS CORTES DOMÉSTICAS E A GARANTIA DO
CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL**

Gabriela Frazão Gribel

Belo Horizonte
2011

Gabriela Frazão Gribel

**AS CORTES DOMÉSTICAS E A GARANTIA DO
CUMPRIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Leonardo Nemer Caldeira Brant

**Belo Horizonte
2011**

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G846c Gribel, Gabriela Frazão
As cortes domésticas e a garantia do cumprimento do direito internacional /
Gabriela Frazão Gribel. Belo Horizonte, 2011.
181f.: il.

Orientador: Leonardo Nemer Caldeira Brant
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Tribunais internacionais. 2. Direito Internacional Público. I. Brant,
Leonardo Nemer Caldeira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 341

Folha de Aprovação

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao Délber, “*my partner for life*”, por sempre me fazer ter a certeza de que posso – tudo.

Agradeço, igualmente, à minha família, avós, tios e primos pela presença, que me faz tão bem; às minhas amigas Gabriela Naves, Luíza Ladeira e Lisa Corrêa pela maravilhosa dose de (in)sanidade que me proporcionam, sempre; aos meus verdadeiros companheiros, colegas de profissão, amigos da PUC-Minas; à toda a equipe do CEDIN pela prazerosa convivência diária.

Gostaria de agradecer, especialmente, ao Prof. Leonardo Nemer pela confiança, compreensão e exemplo de dedicação, caráter e genialidade.

Aos meus professores Augusto Canêdo; Mário Lúcio Quintão; Bruno Wanderley; José Luis Quadros; e Fernando Armando, meus mais sinceros agradecimentos pelos preciosos ensinamentos. Agradeço aos brilhantes professores Tullio Treves; Eva Palomares; Martin Koskeniemmi; Nuno Piçarra; Valério Mazuolli e ao ilustre professor Alain Pellet pelos generosos comentários às idéias que geraram esse trabalho.

Finalmente agradeço aos meus pais, Mônica e Marcos, por sempre me apoiarem e por me proporcionarem a possibilidade de realizar todos os meus sonhos. Aos meus irmãos, Paula e Bruno, pela amizade mais sincera.

***“The past is a foreign country: they do things differently
there.”***

L.P. Hartley, *The Go-Between* 9 (1953).

RESUMO

O Direito Internacional tem, nos últimos anos, sido cada vez mais utilizado como forma de regulamentação de comportamentos internacionais. Por essa razão, sua eficácia tem sido fortemente questionada, ao mesmo tempo em que diferentes mecanismos para garantia do seu cumprimento têm sido utilizados. Adicionalmente, tem-se verificado uma aproximação constante entre as esferas normativas doméstica e Internacional, o que faz com que se torne tarefa difícil a delimitação de fronteiras exatas entre essas duas esferas normativas. Diante deste contexto, não se pode negar que cabe às cortes internas, em várias circunstâncias, a discussão e interpretação dos diplomas normativos internacionais. O objetivo deste trabalho é, portanto, o de compreender em que medida o judiciário nacional se coloca como um instrumento de garantia do cumprimento do Direito Internacional, e de que forma ele pode reforçá-lo ou desafiá-lo.

Palavras-chave: Direito Internacional, Judicialização, Cortes e Tribunais, Direito Interno, Cortes Domésticas, Eficácia, Implementação do Direito Internacional.

ABSTRACT

International law has, in recent years, been increasingly used as a form of regulation of international behavior. Therefore, its effectiveness has been strongly questioned, while different mechanisms to ensure its compliance have been used. Additionally, there has been a constant approach between the domestic and international regulation spheres, which means that it becomes difficult to delimitate exactly the borders between these two normative spheres. Given this context, one can not deny that it behooves domestic courts, in various circumstances, to discuss and interpret international normative acts. The objective of this thesis is therefore to understand the extent to which the national judiciary stands as an instrument for ensuring compliance with international law and how it can strengthen it or challenge it.

Key-words: International Law, Legalization, Courts and Tribunals, Domestic Law, Domestic Courts, Effectiveness, Implementation of International Law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Estrutura do poder judiciário brasileiro	116
Figura 2 Processo de realização de atos internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno	129

LIATA DE TABELAS

Tabela 1. Relações Regulamentadas pelo DIP	26
Tabela 2 Relações regulamentadas pelo DIP e os mecanismos jurisdicionais de garantia do cumprimento das normas internacionais	59

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.G.	- Assembléia Geral das Nações Unidas
A.F.D.I.	- Annuaire Français de Droit International
A.J.I.L.	- American Journal of International Law
A.S.D.I.	- Annuaire Suisse de Droit International
A.U.L.R.	- American University Law Review
A.Y.I.L.	- Australian Yearbook of International Law
B.Y.I.L.	- British Yearbook of International Law
C.I.C.R.	- v. C.I.C.V.
C.I.C.V.	- Comitê Internacional da Cruz Vermelha
C.I.J.	- Corte Internacional de Justiça
C.P.J.I.	- Corte Permanente de Justiça Internacional
C.U.P.	- Cambridge University Press
E.J.I.L.	- European Journal of International Law
E.P.I.L.	- Encyclopedia of Public International Law
F.Y.I.L.	- Finish Yearbook of International Law
G.Y.I.L.	- German Yearbook of International Law
I.C.C.	- International Criminal Court
I.C.T.R.	- International Criminal Tribunal for Rwanda
I.C.T.Y.	- International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
I.C.J.	- v. C.I.J.
I.C.L.Q.	- International and Comparative Law Quarterly
I.C.R.C.	- V. C.I.C.V.
I.J.I.L.	- Indian Journal of International Law
I.L.A.	- International Law Association
I.R.R.C.	- International Review of the Red Cross
I.Y.H.R.	- Israel Yearbook on Human Rights
J.I.L.P.	- Journal of International Law & Politics – New York University
L.J.I.L.	- Leiden Journal of International Law
M.L.R.	- Military Law Review
N.U.	- v. O.N.U.
O.N.U.	- Organização das Nações Unidas

O.T.A.N.	- Organização do Tratado do Atlântico Norte (N.A.T.O.)
R.B.D.I.	- Revue Belge de Droit International
R.C.A.D.I.	- Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye
Rec.	- Recueil des arrêts de la C.I.J.
S.d.N.	- Sociedade das Nações
T.P.I.	- Tribunal Penal Internacional
T.P.I.R.	- Tribunal Penal Internacional para Ruanda
T.P.I.Y.	- Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia
U.N.E.S.C.O.	- Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura
UK	- United Kingdom
US	- United States
SCUS	- Supreme Court of the United States

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	15
2 AS RELAÇÕES REGULAMENTADAS PELO DIP E OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE GARANTIA DO CUMPRIMENTO	17
2.1 O Direito Internacional Público Clássico	18
2.2 Novas demandas por regulamentações internacionais	20
2.3 Tipos de relações regulamentadas pelo DIP	24
2.3.1 <i>Relações de natureza horizontal</i>	26
2.3.2 <i>Relações verticais</i>	28
2.3.3 <i>Relações transnacionais</i>	30
2.4 Os mecanismos internacionais de garantia de cumprimento do DIP.....	31
2.4.1 <i>Mecanismos Internacionais</i>	33
2.4.1.1 <u>Mecanismos políticos</u>	33
2.4.1.2 <u>Mecanismos institucionais</u>	34
2.4.1.3 <u>Mecanismos jurisdicionais</u>	35
2.4.2 <i>Instituições domésticas como mecanismos de garantia de cumprimento de normas internacionais</i>	37
3 AS CORTES DOMÉSTICAS COMO VARIÁVEIS DO CUMPRIMENTO DO DIP.....	41
3.1 O judiciário nacional como instituição capaz de garantir o cumprimento do DIP... 41	
3.1.1 <i>As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações horizontais</i>	45
3.1.2 <i>As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações verticais</i>	49
3.1.3 <i>As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações transnacionais</i>	52
3.2 Teorias que explicativas do comportamento do judiciário	59
4 A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DOMÉSTICA COMO VARIÁVEL NOS RESULTADOS INTERNACIONAIS.....	63
4.1 Abordagens Teóricas Tradicionais.....	63
4.2 O Jogo de Dois Níveis.....	65
4.2.1 <i>Atores</i>	66
4.2.1.1 <u>Atores políticos</u>	68
4.2.1.1.1 Executivo	68
4.2.1.1.2 Legislativo	70

4.2.1.2 Atores sociais	72
4.2.1.2.1 Grupos de interesse	72
4.2.2 Variáveis	73
4.2.2.1 Estrutura de preferências domésticas	73
4.2.2.1.1 Preferências dos atores políticos.....	74
4.2.2.1.2 Preferências dos atores sociais	75
4.2.2.2 Instituições	76
4.2.2.3 Informação	79
4.2.2.4 Constrangimentos de ordem internacional	80
4.2.2.4 .1 Constrangimentos de ordem institucional	80
4.2.2.4 .2 Constrangimentos de ordem relacional	81

5. DETERMINANTES INTERNAS SOBRE A CAPACIDADE DAS CORTES DOMÉSTICAS GARANTIREM O CUMPRIMENTO DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

.....	83
5.1 Interesses do Judiciário	87
5.1.1 Independência	88
<i>5.1.1.1 Indicadores formais</i>	88
5.1.1.1.1 Seleção	88
5.1.1.1.2 Mandato	89
5.1.1.1.3 Carreira	90
5.1.1.2 Indicadores materiais	90
5.1.1.2.1 Precedentes nacionais	90
5.1.1.2.2 Precedentes transnacionais	92
5.2 Funções do Judiciário	94
5.3 Momentos da Produção da Política Externa em que o Judiciário Poderá Exercer Influência	97
5.4 Variáveis do Poder de Influência do Judiciário na Produção da Política externa	100
5.4.1 Variáveis do Poder de Influência Direta do Judiciário na Produção da PEB – Momento da Aplicação	101
5.4.1.1 Competência	101
5.4.1.1 Instrumentos	101
5.4.1.1 .1 Instrumentos Formais	102
5.4.1.1 .2 Instrumentos Materiais	106
5.4.1.2 Efeitos da decisão	109
5.4.1.2.1 Efeitos Formais	109
5.4.1.2.1 Efeitos Materiais	110

<i>5.4.2 Variáveis do Poder de Influência Indireta do Poder Judiciário na PEB – Momentos da Elaboração</i>	111
--	-----

6 AS CORTES DOMÉSTICAS E A GARANTIA DO CUMPRIMENTO DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL	113
6.1 Independência do Judiciário Brasileiro	113
<i>6.1.1 Indicadores formais</i>	114
<u>6.1.1 .1 Seleção</u>	114
<u>6.1.1 .2 Mandato</u>	117
<u>6.1.1 .3 Plano de carreira</u>	119
<i>6.1.2 Indicadores Materiais</i>	120
<u>6.1.2 .1 Força dos precedentes nacionais</u>	120
<u>6.1.2 .2 Força dos Precedentes Transnacionais</u>	122
6.2 Momentos da Produção da Política Externa Brasileira	124
6.3 Variáveis do Poder de Influência Direta do Judiciário Brasileiro	130
<i>6.3.1 Aplicação</i>	130
<u>6.3.1.1 Competência</u>	130
<u>6.3.1.1 Instrumentos</u>	131
6.3.1.1.1 Instrumentos Formais	131
6.3.1.1.2 Instrumento Material	137
<u>6.3.1.2 Efeitos das Decisões</u>	137
6.3.1.2.1 Efeitos Formais	138
6.3.1.2.1 Efeitos Materiais	138
<i>6.3.2 Variáveis do Poder de Influência do Judiciário nos Momentos da Elaboração da Norma</i>	140
<u>6.3.2.1 Definição da Agenda e Negociação</u>	140
<u>6.3.2.2 Incorporação no Ordenamento Brasileiro</u>	143

<u>7 CONCLUSÃO</u>	146
---------------------------------	-----

REFERÊNCIAS	147
--------------------------	-----

1 INTRODUÇÃO

A expansão normativa do Direito Internacional Público (DIP) é um fenômeno que contribui para a crescente autoridade e influência de instituições internacionais sobre as relações que se desenvolvem dentro do ambiente interno dos Estados. A proliferação de processos de integração econômica, política e cultural exigem a harmonização dos sistemas normativos domésticos e conseqüentemente a uniformidade na aplicação dos padrões acordados no nível internacional. Neste cenário de interdependência, o DIP tem sido utilizado como principal ferramenta para administrar e coordenar as condutas e as políticas entre as fronteiras nacionais. As normas que regulamentam as relações internacionais não se apresentam mais como uma realidade distante, envolvendo apenas diplomatas e chefes de Estado conduzindo transações que produzem pouco ou nenhum efeito na vida quotidiana do cidadão comum. Atualmente, DIP representa uma fonte normativa de direitos e deveres que obriga não apenas o Estado nas suas relações com outros Estados, mas, também, determina a conduta do Estado frente aos seus nacionais.

O presente estudo tem como objetivo compreender de que forma a expansão da legalização das relações internacionais nas últimas décadas se deu de forma a adequar o DIP às novas realidades e aos novos desafios impostos à sociedade internacional. Esse processo acarretou profundas mudanças na natureza da norma internacional na medida em que sua formação, os problemas abordados, e seus destinatários sofreram alterações que, apesar de não descaracterizarem o DIP, impõem novas estruturas àqueles que o operam. Essa nova abordagem deverá considerar a estrutura interna aos Estados como variável tão relevante quanto a própria estrutura internacional e, principalmente, ser capaz de compreender como elas se relacionam.

A primeira parte deste trabalho será destinada à caracterização das transformações ocorridas na sociedade internacional e seus impactos na natureza das relações regulamentadas pelo DIP. De que forma a previsão do comportamento de novos atores contribuiu para que os mecanismos internacionais de garantia de cumprimento não sejam mais capazes de promover a efetividade dos compromissos internacionais de forma isolada. Assim, pretende-se demonstrar que a participação de instituições doméstica poderá representar importante variável para que a conformação das ações dos atores ao DIP seja assegurada. Especial atenção será dirigida às cortes internacionais.

A estrutura institucional interna e seus impactos nas escolhas das cortes domésticas serão objeto de estudo da segunda parte (Capítulos 4 e 5). Em seguida, aplica-se o modelo de identificação de constrangimentos ao contexto normativo brasileiro. Pretende-se, dessa forma, proporcionar diretrizes de análise do comportamento dos juízes nacionais frente a necessidade de aplicação do direito internacional, contribuindo, assim, para uma melhor compreensão dos obstáculos ainda impostos à utilização desse ator como mecanismo de garantia do cumprimento do DIP.

2 AS RELAÇÕES REGULAMENTADAS PELO DIP E OS MECANISMOS INTERNACIONAIS DE GARANTIA DO CUMPRIMENTO

O Direito Internacional Público (DIP) tem ampliado sua abrangência e passou a ter como objeto matérias socialmente relevantes como saúde, educação, economia e direitos humanos. Como consequência desta expansão normativa (ALSTINE, 2009. p. 555. SHANY, 2008. p.4)¹, um número maior de relações passou a ser determinado por normas internacionais - não mais restritas, apenas, às relações entre os Estados (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.75)² A ampliação do âmbito de competência do direito internacional, por um lado, potencializa sua relevância para os atos praticados no interior do Estado que possam ser afetados por suas regulamentações; por outro lado, as atividades realizadas no âmbito doméstico passam a ser determinantes para a garantia do cumprimento dos acordos internacionais (WISMER, 2006. p. 513)³ Dessa forma, o monitoramento e a efetividade de muitos compromissos assumidos internacionalmente dependerão das escolhas de atores domésticos, e do engajamento de instituições nacionais para aplicá-los (SHANY, 1998, p. 255).

O argumento, a seguir, sustenta que a expansão das normas internacionais tem transformado o DIP e está dando novos contornos ao sistema legal internacional. Por boa parte dos últimos quatro séculos previa-se uma quantidade pequena de normas regulamentando, essencialmente, questões relativas à conduta do Estado externamente - como a conduta de diplomatas, o direito do alto mar e a integridade territorial dos Estados (GROTIUS, 2004; VATTEL, 1760). O número de normas se expandiu de forma lenta durante a primeira metade do século XX, mas a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, e especialmente nas últimas duas décadas, o direito internacional é gerado por um número crescente de fontes normativas e esta sendo aplicado por um número maior de cortes e

¹ Existem, hoje, mais de 55 mil tratados formais. Esse número triplica se forem contados outros atos derivados de direito internacional significativos. Segundo Shany: “um fenômeno que parece está relacionado à expansão normativa do direito internacional, e, de maneira mais genérica, aos processos de interação e integração econômicos, políticos e culturais (também conhecido como globalização).” (tradução livre).

² Nesse sentido os autores argumentam: “Expansão normativa – A intensificação das relações internacionais, a tomada de consciência da interdependência ainda favorecem mais o progresso quantitativo do direito internacional do que o desenvolvimento das organizações internacionais. Todavia, os dois fenômenos estão ligados [...]”, ainda nesse sentido: “ A época contemporânea, posterior ao segundo conflito mundial, conhece uma tal expansão do domínio das normas internacionais que se pode falar de um verdadeira ‘explosão’ normativa[...]”; “A adaptação qualitativa”.

³ Segundo Wismer: “Este artigo argumenta que uma nova disciplina foi criada, uma que não pode ser entendida nem como direito interno nem como direito internacional público – uma disciplina que combina gênese no direito internacional público com efeitos no direito interno.” (tradução livre).

tribunais. Regulamentações, geralmente em áreas específicas e relevantes, colocam o estado sobre um número crescente de obrigações. Como efeito, o sistema legal internacional está mais denso que jamais esteve. A criação de tantas obrigações legais sugere que áreas que anteriormente estavam dentro da competência exclusiva do sistema político nacional estão sendo legalizadas internacionalmente (BURKE-WHITE, 2004, p. 965-967) .

2.1 O Direito Internacional Público clássico

Por muito tempo o DIP foi, estritamente, o que se propunha “internacional”, ou seja, regulamentou apenas relações ocorridas *entre* as nações. Sua estrutura e seu aparato legal e institucional se distinguiam e se opõem drasticamente ao sistema jurídico interno. Recentemente, as normas internacionais passaram a se dedicar de maneira mais direta às relações ocorridas no interior dos Estados. Os motivos desta transformação nascem de novas necessidades geradas pela relação inter-estatal que, contudo, exigiram que fosse deslocado o foco normativo para a gestão de relações intra-estatal, ou seja, dentro do âmbito nacional, cuja regulamentação pertencia, até então, exclusivamente à ordem jurídica doméstica (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.457)⁴. Esse fenômeno é aparente, principalmente, em áreas como Direitos Humanos, Direito Comercial, Direito Penal, Direito do Trabalho e do Meio Ambiente (PELLET, 2004, p.4)⁵

Há que se ter em mente que as bases sobre as quais se edificou o Direito Internacional Público pertencem a um contexto histórico específico. A realidade europeia, desde a queda do Império Romano ocidental, até o século XIV, se caracterizava pelo uso indiscriminado da força para a promoção de interesses privados ou coletivos (SCHWARZENBERGER, 1990, p.301). Hugo Grócio, pensador que representa um conjunto de idéias que se cristalizavam nesta época (GRIBEL: ALVAREZ, 2010, p.373)⁶, a partir da idéia de soberania, identifica a

⁴ Segundo Pellet: “É a contrapartida da internacionalização crescente dos problemas, que conduzia paralelamente a alargar a competência da ONU em matérias dependentes tradicionalmente do direito interno – atividade econômica e social, direitos do homem, administração dos territórios não autônomos.”.

⁵ Nesse sentido, Pellet explica: “O Direito Internacional evolui rapidamente, ele não parece por muito tempo parecido com o que era, ao direito que os ‘pais do direito das gentes’, a começar por Grotius, descreviam há quatro séculos: era, e permanece, contudo, um direito entre Estados soberanos, feito por estes, e impermeável a qualquer idéia, não apenas de sanção de fatos internacionais ilícitos – sempre houve tal sanção -, mas de repressão centralizada.”.

⁶ Para as autoras: “Pode-se questionar o título de ‘pai do Direito Internacional’ atribuído a Hugo Grócio, uma vez que Suarez, Vitoria, Gentili, (entre outros) pensavam o Direito Internacional séculos antes. Contudo, é forçoso admitir a relevância do seu pensamento para as reflexões acerca das relações internacionais. Suas obras são

necessidade de um direito que regulamente as relações entre os Estados. Isto porque a soberania se refletiria em dois planos de maneira distinta. Pela perspectiva interna, a soberania representa estabilidade territorial do exercício do uso da força e o monopólio desta pelo poder Estatal. Em contrapartida, no plano internacional, a soberania inaugura uma sociedade com sujeitos próprios, já que institui o Estado como uma unidade independente e autônoma. Para Grócio, esta sociedade, como qualquer outra, somente poderia existir se regulamentada pelo direito:

[...] vemos que os povos e os reis mais poderosos buscam alianças que não possuem qualquer eficácia, segundo a opinião daqueles que encerram a justiça dentro dos limites de cada Estado. Tanto isso é verdade que todas as coisas se tornam incertas a partir do momento em que se bane o direito. (GROTIUS, 2004, p.46).

Note-se que a soberania é importante componente para a busca de uma sociedade internacional mais pacífica, uma vez que retira a legitimidade do uso da força da esfera privada e determina sua regulamentação na esfera internacional.

O modelo clássico DIP não é apenas distinto do domínio doméstico, ele surgiu para regulamentar exatamente de que forma poderiam ocorrer as relações na sociedade internacional, uma vez que um Estado não poderá interferir no âmbito interno de outro Estado. Essa concepção reflete os problemas tradicionais que o sistema internacional buscou enfrentar, mais especificamente a facilitação da cooperação entre os Estados (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 328). Sobre seus motivos para escrever sobre a guerra e a paz, Grócio argumenta:

Estou convencido, pelas considerações que acabo de expor, que existe um direito comum a todos os povos que servem para a guerra e na guerra. Por isso tive numerosas razões para me determinar a escrever sobre o assunto. Via no universo cristão uma leviandade com relação à guerra que teria deixado envergonhadas as próprias nações bárbaras. Por causas fúteis ou mesmo sem motivo se recorria às armas e, quando já com elas às mãos, não se observa mais respeito algum para com o direito divino nem para com o direito humano, como se, pela força de um edito, o furor tivesse sido desencadeado sobre todos. . (GROTIUS, 2004, p.51).

A importância do direito, no pensamento clássico, está relacionada com a própria origem e manutenção da sociedade internacional. As normas internacionais se direcionavam à questões relacionadas à iminente possibilidade do recurso à guerra como instrumento legítimo

testemunhos da transformação da sociedade em que vivia para o mundo como entendemos hoje. Os questionamentos trazidos por Grócius e a concepção da necessidade de regulamentação das relações ocorridas entre unidades independentes e soberanas em um âmbito social próprio, sistematizou idéias pujantes de seu tempo que vieram a determinar as bases de um direito criado para atender as necessidades desta nova sociedade de Estados que se cristalizava.”

das relações internacionais. As regulamentações lidavam com questões como o tratamento de um nacional de um Estado por outro, imunidades diplomáticas, direito dos navios no alto mar (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 328). Essa característica sofre uma evolução contínua e bastante lenta no século XIX. Ainda nesta época, o DIP se ocupa, sobretudo, com o direito da guerra, direito das comunicações internacionais e, em menor medida, com os incipientes direitos humanitário e comercial (HIGGINS; 1990, p.74; DAILLIER; DINH; PELLET, 2003). O princípio do século XX foi marcado pelo avanço do direito na guerra (*jus in bello*) (GROTIUS, 2004, p.49; DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.958)⁷ – com as duas grandes conferências de Haia (HAIA, 1989; HAIA, 1907) - e do direito à guerra (*jus ad bellum*) - por meio da proibição total da agressão armada - além de ocorrerem as primeiras tentativas de codificação do direito internacional (Gnebra, 1930) (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.74).

2.2 Novas demandas por regulamentações internacionais

O Direito Internacional Público é dirigido a atender às necessidades da sociedade internacional. As questões que se colocam hoje aos Estados e à comunidade internacional (KOSKENNIEMI, 2003, p.90)⁸ são distintas daquelas enfrentadas quando da criação das diretrizes normativas das relações internacionais. A grande maioria das questões colocadas à sociedade internacional hoje são geradas dentro das fronteiras dos Estados e não por atos dos Estados internacionalmente. Como exemplos recentes, tem-se a infração da norma internacional do não uso da força (BRASIL, 1945, Arts 1.1, 2.4 e 6) infringida contra dos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 por um grupo não-estatal operando dentro do território afegão; os crimes de genocídio em Ruanda, Congo e Sudão são em grande medida promovidos por forças rebeldes internas; infração contra à determinação internacional de não

⁷ *Jus in bello* diz respeito ao direito que deve ser observado uma vez deflagrada a guerra. Segundo Grócio: “A guerra tem suas leis, bem como as tem a paz”. Pellet, nesse sentido, argumenta: “O direito da guerra (*jus in bello*) e mais amplamente, dos conflitos armados internacionais, deve ser distinguido do direito preventivo da guerra (*jus ad bellum*) e do recurso à força.”.

⁸ Segundo Koskenniemi: “De acordo com o mito fundação do sistema, a Paz de Westfalia de 1648 criou as bases para um Direito Internacional agnóstico e procedimental, cujo mérito consistia em sua recusa em impor qualquer ideal normativo externo na sociedade internacional. Os objetivos dessa sociedade emergiriam em decorrência de sua própria criação: não havia qualquer noção religiosa ou transcendental sobre o ‘bem’ que o Direito Internacional deveria promover. Se existe uma ‘comunidade internacional’, essa é uma associação prática, nunca teleológica, um sistema que fora desenhado não para promover valores pré-estabelecidos, mas para ordenar ações práticas no sentido de se atingir objetivos das comunidades existentes” (tradução livre).

proliferação de armas (BRASIL, 1968) tem sido atribuída às redes criminosas privadas como a A. Q. Kahn (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 330). O Relatório do Secretário Geral do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças, identificou problemas que possuem origens dentro do Estado: “[...] pobreza, doenças infecciosas e degradação do meio ambiente [...] guerra civil, genocídio e outras atrocidades de grande escala [...] armas nucleares, radiológicas, químicas e biológicas, terrorismo, crime organizado transnacional.” (ONU, 2004, p.3).

A definição de *paz* no cenário internacional, que inicialmente teve como objetivo atingir uma sociedade sem guerras entre os Estados abre espaço para um conceito mais amplo que envolve as ingerências internas dos governos nacionais sobre as ameaças domésticas que repercutem internacionalmente. Essas ameaças, contudo, não possuem apenas caráter de segurança, mas também econômico e social. As demandas atuais exigem novas estruturas e um papel distinto do sistema legal internacional. Segundo Alain Pellet:

A relativa pacificação da sociedade internacional contemporânea leva a colocar a tônica das relações em tempo de paz, que são de caráter essencialmente econômico. [...] Verifica-se uma inversão das relações de prioridade entre a manutenção da paz e o desenvolvimento econômico e social. [...] Os objetivos do direito internacional diversificam-se: a procura da paz deve ser conciliada e combinada com a descolonização, a luta contra o racismo e o ‘apartheid’, o desarmamento, a proteção dos direitos do homem, do meio ambiente dos recursos naturais, as exigências de um desenvolvimento rápido. (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.75)

As profundas alterações no cenário internacional após a Guerra-Fria - alavancadas pelos avanços tecnológicos e a expansão comercial promovida pela adoção de um sistema de produção flexível - geraram uma gradual diluição das fronteiras dos Estados e problematizou o controle dos fluxos no interior das delimitações geográficas nacionais (PEREIRA, 2008, p.3).

Por um lado, o novo modelo de produção, estabelecido pela globalização, se caracteriza pela interdependência econômica, que consiste em uma enorme volatilidade do capital; na circulação universal da produção; e na homogeneização dos produtos e de seu consumo. Por outro lado, se manifesta pela comunicação planetária, caracterizada pela formação de redes de comunicação global que provocam uma padronização cultural; bem como pela informatização global que possibilita a conformação de redes de alcance planetário. Essas redes proporcionam as condições para a mobilidade e a comunicação entre diferentes regiões geográficas. Esse cenário internacional gera uma profunda interdependência entre os Estados, fazendo com que efeitos recíprocos entre países e

sociedades passam a desempenhar papel determinante na própria estrutura doméstica. Dessa forma os Estados se tornaram, cada vez mais, incapazes de tomar medidas completamente independentes de constrangimentos internacionais (KEOHANE; NYE, 2000, p.1-12).

O adensamento das redes de interdependência, o aumento da velocidade institucional e da participação transnacional são resultados do adensamento do globalismo mundial. A diluição das barreiras da soberania dos Estados gera um aumento no fluxo transnacional de informação, tecnologia e pessoas. Há um aumento não só em quantidade, mas também em importância das interações transnacionais. A interdependência complexa afeta mais profundamente e em um maior número de áreas (KEOHANE; NYE, 2000, p.11).

Assim, a abertura das fronteiras nacionais à produção e consumo universais tornará o Estado-Nação mais suscetível às variações de acontecimentos distantes de sua base geográfica, reduzindo sua capacidade de formular e executar políticas totalmente independentes da situação externa. Quebra-se, assim, o *dogma* realista da separação entre políticas doméstica e externa. A segunda passa a ser, cada vez mais, uma extensão da primeira, ao mesmo tempo que a esfera doméstica fica cada vez mais dependente dos fluxos e refluxos do cenário internacional. (PEREIRA, 2008, p.3).

Neste cenário interdependente e globalizado, os acordos internacionais não se restringem apenas em “fazer paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões” (MONTESQUIEU, 1979. p.148-149). Grande parte das normas do DIP gera efeitos distributivos no âmbito doméstico realocando insumos e redefinindo direitos (LIMA, 2000, p.276; MILNER, 1997, p. 9; PUTNAM, 1988, p.430). Acordos internacionais alteram a estrutura de custo das decisões dos atores domésticos, já que passaram a repercutir diretamente nos direitos e deveres dos nacionais, um vez que intervêm diretamente no exercício dos direitos civis pelos atores internos - questões que anteriormente eram de competência unilateral do Estado.

O processo de globalização e a emergência de novas ameaças transnacionais mudaram profundamente a natureza da governança, o propósito e a necessidade do DIP, que passa a regulamentar não apenas relações de co-existência, mas de cooperação. Nesse sentido, problemas como poluição entre fronteiras, campos de treinamento terroristas, fluxos de refugiados, proliferação de armas são apenas exemplos de problemas internacionais que possuem raízes nacionais. Diante destes desafios, o sistema legal interestatal, em sua concepção clássica, se mostra frequentemente ineficaz, já que para enfrentá-los precisa ser capaz de influenciar a política doméstica dos Estados (WISMER, 2006, p. 511-513). O bem-estar da sociedade internacional hoje depende menos da garantia de não interferência em assuntos domésticos e mais na capacidade de se desenvolver uma estrutura jurídica que

proporcione ferramentas e fomenta a disposição das instituições domésticas em promoverem a persecução de objetivos globais e responderem às questões na sua fonte (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 328). Em contrapartida, a maneira são trabalhados e interpretados os fundamentos primários do sistema internacional deve mudar – e está mudando em muitas instancias⁹. O modelo de regulamentações independentes, acima do estado nacional, deve ser conjugado com estruturas normativas que permitam um engajamento direto com as instituições domésticas (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 328).

Mesmo em 1945, ao ser elaborada a Carta da ONU, manteve-se uma posição clássica que o DIP, uma vez que determina que e as instituições não deveriam intervir em matérias que encontram essencialmente dentro da jurisdição doméstica de qualquer Estado (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.75). Contudo, a distinção entre a ordem jurídica interna e internacional não é determinada mais pela “repartição da matéria”, i.e., não há mais uma delimitação por critérios matérias do “domínio reservado” dos Estados (“domínio reservado por natureza”) (ALSTINE, 2009. p. 555 DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.450)¹⁰. O âmbito de competência exclusiva do Estado é delimitado juridicamente, na medida em que um Estado assume um compromisso internacional. Assim, “não é possível dissociar as atividades internas e externas do Estado de maneira objetiva. A teoria clássica estava, desde o início do século XX, inadaptada à interdependência crescente entre os Estados, à interpenetração das políticas externas e internas” (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.450).

Dessa forma, as matérias regulamentadas pelo direito internacional podem ser - e, em grande parte, são - também objeto de regulamentação interna (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.454)¹¹.

Diante do exposto, pode-se concluir que, os objetivos do DIP e a própria estabilidade do sistema internacional dependem, de forma crítica, das escolhas nacionais que eram, previamente, deixadas que fossem determinadas pelos processos políticos internos

⁹ Para Pellet: “Cada uma destas preocupações tem como consequência um desvio ou complementos em diversos ramos do direito internacional: assim é o caso da prevenção da poluição que afeta o direito do mar, o direito fluvial internacional, o direito aéreo, o direito econômico internacional, etc. Esta tomada de consciência as interdisciplinariedade produz efeitos sensíveis nos métodos de elaboração do direito.”; já para Alstine: “Como o direito internacional continua expandindo, tanto em profundidade quanto em espécies, a consequente fricção em relação a sua penetração no direito doméstico representa uma destas transformações fundamentais no mundo jurídico moderno”.

¹⁰ Nesse sentido, Pellet argumenta: “A idéia de domínio reservado por natureza: domínio reservado compreendia as matérias ligadas à vida ‘íntima’ – ‘doméstica’ - do estado, em particular todas as questões ligadas ao seu regime político ou à legislação sobre a concessão de nacionalidade.”

¹¹ Pellet, adverte: “Não parece, contudo, haver dúvida que a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo escapa há muito tempo o domínio reservado dos Estados. Basta considerar o número e a importância dos instrumentos convencionais consagrados à questão, o desenvolvimentosobre essa base de regras costumeiras senão mesmo de normas de jus cogens. Seria paradoxal que a população civil fosse mais bem protegida em caso de guerra civil ou internacional do que em tempo normal.”.

(SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 328). Na próxima seção serão classificados os tipos de relações regulamentadas pelo sistema jurídico internacional, para que se possa determinar seus possíveis mecanismos de garantia de cumprimento. Pretende-se, dessa forma, estabelecer em quais casos será possível identificar a participação das instituições nacionais como variáveis da efetividade do DIP.

2.3 Tipos de relações regulamentadas pelo DIP

A distinção entre os tipos de relações que são objeto de regulamentação internacional será necessária para que sejam determinados os mecanismos de garantia de cumprimento internacionais e a relevância adquirida pelo nível interno em função da expansão do direito internacional. Será possível identificar que, em muitos casos, dentre os meios de se assegurar a efetividade de acordos internacionais, aqueles que envolvem a participação de instituições domésticas serão mais adequados ou poderão ser conjugados com mecanismos internacionais, intensificando sua funcionalidade. A disponibilidade dos mecanismos internacionais e domésticos para a promoção de comportamentos conformados às normas internacionais poderá, contudo, variar de acordo com o tipo de relação estabelecida pelo acordo internacional.

As relações regidas por acordos internacionais podem se classificadas de acordo com sua natureza (SLOSS, 2009. p.1): (i) relações horizontais, são aquelas estabelecidas entre os Estados e entre as OI's, que estão mais próximas da lógica clássica voluntarista do direito internacional (autor-destinatário); (ii) relações verticais: o DIP regulamenta relações verticais sempre que impões ao Estado um dever em relação aos cidadãos e às instituições sob sua jurisdição; (iii) relações transnacionais: a previsão de condutas de agentes privados devido ao reconhecimento de valores comuns entre os Estados, fez com que as relações entre os sujeitos de direito interno e a sociedade internacional fizesse parte do direito internacional.

Ao analisar o cenário em transição, González Campos identificou a convivência de três estruturas jurídicas dentro do ordenamento jurídico internacional (CAMPOS, 1998, pp.76-82). De acordo com o argumento exposto, o referido cenário, pela convivência simultânea de instituições novas e clássicas, apresenta demandas de natureza diversa. Dessa forma, cada uma dessas estruturas implicaria um núcleo de normas distinto, que emergiria justamente para dar conta dessa diversidade existente no sistema internacional.

Deve-se ressaltar, contudo, que essas três esferas estão em constante interação, sendo muito difícil identificar seus limites na realidade social. Mas, ao se considerá-las, levando em conta suas diferenças e efeitos sobre o comportamento dos atores, pode-se compreender mais facilmente como se manifesta a dinâmica de relacionamentos dentro do atual Cenário Internacional.

Conforme enunciado anteriormente, a análise acerca de como ocorre a interação entre elas deve ser feita com vistas aos sujeitos que criam as normas, a seu processo de formação e à sua aplicação.

RELAÇÕES REGULAMENTADAS PELO DIP				
Índice	Natureza			
1.2.1	HORIZONTAL			
1.2.1.1	Estado	Estado		
1.2.1.2		OI		
1.2.1.3	OI			
1.2.2	VERTICAIS			
1.2.2.1	Estado	Pessoa de direito interno	Indivíduos	
1.2.2.2			Instituições	Instituições privadas
1.2.2.3				Instituições públicas
1.2.2.4		Pessoa de direito interno estrangeiro	Indivíduos	
1.2.2.5			Instituições	Instituições privadas
1.2.2.6				Instituições públicas
1.2.3	TRANSNACIONAIS			
1.2.3.1	Sociedade Internacional	Pessoa de direito interno	Indivíduos	
1.2.3.2			Instituições	Instituições privadas
1.2.3.3				Instituições públicas

Tabela 1 Relações Regulamentadas pelo DIP

Note-se que, apesar do direito internacional regulamentar relações entre sujeitos de direito internacional e pessoas de direito interno, não infere-se que estes sejam sujeitos de direito internacional. A caracterização de um sujeito internacional é controvertida e varia conforme os requisitos estabelecidos. O que se faz relevante para a determinação do papel das instituições domésticas, e mais especificamente das cortes domésticas, como variáveis no cumprimento do direito internacional é a relação regulamentada e os agentes à quem a norma se dirige. Isso porque a efetividade da norma exigirá que os mecanismos de cumprimento

sejam capazes de constranger o comportamento dos sujeitos envolvidos na relação regulamentada (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.782).¹²

2.3.1 Relações de natureza horizontal

As relações de natureza horizontal são aquelas em que o DIP regulamenta relações entre os Estados internacionalmente. Quando a norma internacional determina como um Estado deverá agir perante outro Estado ou Organização Internacional no âmbito internacional. Esta é a fórmula clássica do direito internacional, pois regulamentar as entre entidades soberanas e entre as instituições por elas estabelecidas para coordenarem seus atos. Esse tipo de relação envolve freqüentemente questões técnicas que o processo legal interno, provavelmente, não é capaz de produzir independente resultados. A partir do consentimento, as variáveis internas estariam restritas a assegurar que estivesse garantida a legitimidade constitucional do plenipotenciário, autorizado a dar o consentimento (KUMM, 2004, p.912).

O primeiro desses núcleos normativos se fundamenta nos princípios consagrados a partir do Tratado de Westfalia, que consolidam as noções de soberania e autonomia como pressupostos balizadores do relacionamento inter-estatal. Como já discutido, tem-se, nesse caso, relações horizontalizadas, cujo objetivo maior é propiciar a coexistência entre os atores. Nesse sentido, seu conteúdo é eminentemente procedimental, na medida em que visa à regulação do exercício do poder estatal. A atuação de outros atores não é, portanto, uma questão abarcada por essa estrutura relacional, pelo que se constata que indivíduos somente são considerados enquanto sujeitos do ordenamento interno, e os povos são apenas simples componentes dos Estados.

Essas relações são chamadas horizontais, principalmente, por serem as que mais se aproximam da concepção voluntarista clássica do DI. De acordo com essa perspectiva somente se admite a possibilidade de uma limitação normativa a atuação de um determinado Estado na medida em que este consentisse com e concorresse para sua formação, já que, pelo princípio da soberania, tinha autonomia para tomar suas decisões da forma que julgasse

¹² De acordo com o exposto no livro: “ASSEMBLÉIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). General: ‘Artigo 3: caracterização de um ato do Estado como ilícito internacional: a caracterização de um ato do Estado como um ato ilícito internacional é governado pelo direito internacional. Tal caracterização não é afetada pela caracterização do mesmo ato como legal pelo direito interno’.” (tradução livre).

melhor (MELLO, 2004, p.51-76).¹³ Na medida em que as normas são criadas pelo consentimento seus efeitos se limitam àqueles que se permitam constranger. Nesse sentido, esse sistema normativo é relacional, ou seja, decorre da interação direta entre os atores que participam da sua criação. Assim, há a exata coincidência entre seu autor e destinatário. Pelo fato de não haver qualquer poder central capaz de garantir o cumprimento, pode-se afirmar que esta é descentralizada, o que significa dizer que são os próprios Estados os que formulam e aplicam as normas (SHAW, 1991, p.6). No âmbito internacional todos são formalmente iguais (já que todos detêm soberania), motivo pelo qual as relações se dão horizontalmente, com um caráter de coordenação (WALTZ, 1979, p.88)¹⁴.

No final do século XIX, percebe-se, contudo, a emergência de um conjunto normativo com características distintas, que se desenvolveu de forma mais consistente no início do século XX. Ele é resultado de ações conjuntas dos Estados no sentido de se promover a cooperação como forma de solucionar questões “isoladas”, em distintas esferas de interesse. São, portanto, esforços em certa medida desconexos e irregulares, na medida em que não objetivam a universalização de qualquer prática ou valor. Sua operacionalização se faz a partir de tratados multilaterais e reuniões periódicas em conferências internacionais. A constituição desse núcleo foi o primeiro passo para que a sociedade internacional conseguisse ultrapassar o frágil e instável arranjo de equilíbrio de poder representado pelo concerto europeu. A periodicização desses encontros multilaterais lançou o germe das atuais Organizações Internacionais, a partir da criação, por exemplo, de Comissões e Uniões internacionais (CAMPOS, 1998, pp.78-79; TRINDADE, 2002, 77-121).

A partir desse momento, assistiu-se a um movimento de crescente institucionalização, que conferiu um certo caráter de verticalização ao sistema. Assim, com o fortalecimento da cooperação internacional, foi possível que um novo grupo de normas emergisse com o intuito de promover e consagrar valores e princípios relevantes para a “comunidade internacional” como um todo. Essa tendência universalizante tem como indicador, por exemplo, a criação da ONU, que tem sua atuação voltada para a promoção da paz e dos direitos humanos, por exemplo. Surge, portanto, a noção de obrigações jurídicas internacionais oponíveis *erga*

¹³ Por esse motivo, muitos autores afirmam que nesse período existia uma Sociedade Internacional. A Sociedade Internacional se distinguiria da Comunidade Internacional na medida em que a segunda se caracteriza pela existência um valor comum que agrega e orienta a atuação dos atores nela inseridos.

¹⁴ Nesse sentido, afirma Waltz: “As partes dos sistemas políticos domésticos mantêm relações de superioridade e subordinação. Alguns têm o condão do comando, outros devem apenas obedecer. Sistemas domésticos são centralizados e hierárquicos. As partes do sistema político internacional mantêm relações de coordenação. Formalmente, todos são iguais. Nenhum tem o condão do comando, ninguém deve obedecer. Sistemas internacionais são descentralizados e anárquicos”. (tradução livre).

omnes. Os indivíduos assumem um status de sujeitos dessas normas, podendo ser inclusive responsabilizados por sua transgressão.

A criação de Organizações Internacionais não impõe questionamentos suficientes aos preceitos voluntaristas, a ponto de determinar, de pronto, a existência de uma relação vertical. Apesar de nas últimas décadas as OIs terem ampliado suas competências - algumas assumindo, inclusive, jurisdição compulsória - em princípio, a relação estabelecida entre as OIs e os Estados é horizontal; já que, ainda que por meio de um esforço que identifique o encadeamento de consentimento, obedecem à lógica “autor-destinatário” (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p.588).

As mudanças nas condições sociais implicam a modificação da própria natureza da demanda dos Estados (PELLET, 1998). Dessa forma o direito internacional tem expandido seu âmbito regulatório e passou a prever comportamentos de atores não-Estatais. Agentes que não concorreram para a formação da norma - e que não se pode identificar um elo direto entre seu consentimento e a criação da norma - são, contudo, destinatários do DIP. Ao regulamentar relações verticais e transnacionais, o DIP extrapola os limites impostos pelos seus princípios fundacionais para viabilizar sua própria existência e permitir que continue exercendo sua função - de regulamentar as relações internacionais - diante das profundas transformações sofridas nos tipos de dilemas de cooperação impostos à sociedade internacional.

2.3.2 Relações verticais

No momento de criação do Estado Moderno, tem-se a formação da primeira estrutura normativa internacional, caracterizada pela única existência dos Estados como sujeitos do DI. Nesse sentido, admitia-se que normas com caráter jurídico somente poderiam ser estabelecidas, nesse cenário, por atores dotados de soberania, na medida em que esses teriam, por essa razão, autonomia¹⁵ para decidir acerca de sua (não) submissão a determinados compromissos internacionais (CASSESE, 2001, p.22).

Com a modificação da Sociedade Internacional, notadamente após o período das duas Guerras Mundiais, pode-se perceber o surgimento e consolidação de mais um grupo de sujeitos de Direito Internacional, representado pelas Organizações Internacionais

¹⁵ A autonomia é decorrência, portanto, de não haver nesse cenário nenhum poder superior com legitimidade para criar e aplicar normas.

(Intergovernamentais – OI's)¹⁶. Elas vão, paulatinamente, adquirindo *status* cada vez mais relevante nesse Cenário¹⁷, tese reforçada pela tendência de universalização de instituições como a Organização Mundial do Comércio (OMC).

O aumento do número de áreas regulamentadas pelos Estados e pelas OIs contribuiu para a consolidação da abrangência do DIP a outros tipos de relações. Assim, o movimento de expansão é caracterizado pela criação de normas jurídicas em relação à áreas que ainda não eram regulamentadas pelo DI¹⁸. A proteção internacional dos Direitos Humanos chamou a atenção para a emergência do indivíduo como outro sujeito do DI (TRINDADE, 2004)¹⁹ e proibem o governo de infringirem direitos civis, políticos econômicos e sociais básicos do indivíduo; no campo da proteção aos investimentos e em, casos excepcionais, em relação à proteção do Meio Ambiente (PELLET, 2004, p.6)²⁰. Outros atores de direito interno, da mesma forma, passaram a ter suas relações regulamentadas pelo direito internacional como os entes federados (VIGEVANI, 2004), organizações não-governamentais (TUSSIE, 2003), e empresas (instituições públicas e privadas). Há inúmeros tratados que atribuem proteção e benefícios às pessoas privadas: proteção para diplomatas e oficiais consulares; proteção para visitantes estrangeiros ou residentes; proteção transações comerciais transnacionais, como investimento estrangeiro ou franchising.

O direito internacional passou a determinar, até mesmo, a prisão de criminosos, a garantia de suprimentos nucleares e a políticas de prevenção contra poluição. Estas são competências que estão dentro das tradicionais funções do direito interno. O resultado é que a segurança externa de muitos Estados depende da habilidade de governos nacionais de aplicarem o direito internacional internamente. Enquanto o sistema internacional de direitos humanos representa um grupo de proibições claras no comportamento dos governos em virtude de um conjunto de aspirações econômicas sociais e culturais, outras áreas do DIP, também, procuram moldar diretamente o direito doméstico. O resultado é um direito

¹⁶ O reconhecimento de sua personalidade jurídica tem seu marco em 1949, com o Parecer Consultivo da Corte Internacional de Justiça no caso da Reparação de danos sofridos a serviço das Nações Unidas (11 de abril de 1949, *Rec.* 1949, p.174).

¹⁷ Fato reconhecido com a elaboração da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre OI's de 1986, que consagra definitivamente a capacidade ativa dessas instituições para celebração de acordos internacionais com esse caráter.

¹⁸ É nesse sentido que o artigo 13, parágrafo 1º, a, da Carta da ONU estabelece que é função da Assembléia Geral a de promover estudos e fazer recomendações com fins de impulsionar o progressivo desenvolvimento do Direito Internacional e sua codificação (o que são, destarte, os objetivos precípuos da CDI).

¹⁹ Em um primeiro momento, adquiriram personalidade na perspectiva passiva, sendo destinatários de direitos; atualmente, em alguns fóruns, possuem capacidade ativa no âmbito dos Direitos Humanos. O caso da Corte Européia de Direitos Humanos é paradigmático, na medida em que permite que o próprio indivíduo proponha perante a mesma uma demanda.

²⁰ Como destaca o autor, a consolidação do indivíduo como sujeito do DI ainda carece de avanços institucionais que permitam com que ele tenha maior capacidade de atuação na esfera internacional.

internacional mais invasivo, mas também mais transformador (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006, p. 329).

Em todos esses casos relação regulamentada é a proteção dada pelo Estado a essas situações. A regulamentação dos direitos dos indivíduos e de outras pessoas de direito interno nasce de uma demanda internacional, mas afeta a conduta do Estado internamente. No âmbito doméstico a expressão da soberania se dá pela afirmação do poder estatal frente aos seus cidadãos; assim, as normas do DIP que regulamentam a relação entre o Estado e seus jurisdicionados são relações verticais (SLOSS, 2009, p.3).

2.3.3 Relações transnacionais

A modificação dos padrões de relacionamento da sociedade internacional ocorridas a partir da Segunda Guerra Mundial são acompanhados pelo reconhecimento de valores considerados de importância fundamental. Esse fenômeno é amplamente reconhecido pela doutrina, que indica, por exemplo, valores como a manutenção da paz e da segurança internacionais, proteção dos Direitos Humanos e do Meio-Ambiente, proibição do Genocídio (CAMPOS, 1998, p.79; BROTONS, 1997, p.22-30; PELLET, 2004, p. 18-19), etc. Foram criados instrumentos normativos internacionais fazem referência à existência de “interesses comuns da humanidade”, ou ainda à “comunidade internacional” como uma entidade dotada de autoridade para regular a ação coletiva (SHELTON, 2003, p.152). A própria Carta da Organização das Nações Unidas tem uma listagem de princípios fundamentais, e cria a obrigação, oponível *erga omnes*, de manutenção da paz e da segurança internacionais.

A expansão do direito internacional possibilitou que um outro grupo de normas emergisse com o intuito de promover e consagrar esses valores e princípios relevantes para a “comunidade internacional” como um todo. A criação da ONU, que tem sua atuação voltada para a promoção da paz e dos direitos humanos, por exemplo, afirma essa tendência universalizante. Surge, no sistema normativo internacional noção de obrigações jurídicas oponíveis a todos os integrantes da comunidade internacional. Dessa forma, Os indivíduos assumem um status ainda mais relevante, podendo ser inclusive responsabilizados por sua transgressão.

Por serem oponíveis *erga omnes*, essas normas do DIP passaram a regulamentar relações transnacionais. A sua previsão prescinde da interferência de um ordenamento

jurídico distinto do internacional. A relação, aqui, não é vertical, já que não se trata de uma relação de cidadãos com o Estado, tampouco horizontal, uma vez que não atende ao requisito autor-destinatário. A regulamentação de relações de natureza transnacional abre a possibilidade de uma pessoa de direito interno seja responsabilizada internacionalmente pelos atos cometidos contra a comunidade internacional.

A existência de normas imperativas (*jus cogens*)²¹ é reconhecida no artigo 53 da Convenção de Viena de Direito dos Tratados de 1969 (CVDT), que dispõe que essas são normas das quais nenhuma derrogação é possível, e que somente podem ser modificadas por norma de Direito Internacional de igual valor. Essas normas impõem-se aos sujeitos de direito interno, tanto quanto, aos sujeitos de direito internacional. Nem mesmo, indivíduos e instituições domésticas pode se furtar a seu cumprimento (SHELTON, 2003, p.152 – 158).

Deve-se ressaltar, contudo, que esses três tipos de relação estão em constante interação, sendo muito difícil identificar seus limites na realidade social. A distinção será relevante, contudo, quando forem analisados os diferentes mecanismos disponíveis para que seja garantido seu cumprimento. Será possível notar que, devido à tênue linha que as separa, mecanismos desenhados para serem aplicados apenas a um dos tipos de norma será utilizado para garantir o cumprimento de outro. Argumenta-se a partir daí que mecanismos internacionais e nacionais deverão buscar formas de conciliar esforços sob pena de ineficácia do sistema jurídico internacional.

2.4 Os mecanismos internacionais de garantia de cumprimento do DIP

A infração das normas internacionais (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003. p.785)²² que regulamentam as relações internacionais será considerada um ato ilícito internacional e gerará a responsabilidade internacional para sujeito parte (ONU, 2001.).²³ Diante da

²¹ Não há, em nenhum instrumento normativo, uma definição que forneça elementos concretos para sua identificação. As decisões de órgãos internacionais que mencionam as normas de *jus cogens* não parecem gerar nenhum tipo de consenso a esse respeito: No caso do *Arrest warrant* de 11 de abril de 2000, (*República Democrática do Congo X Bélgica*), ICJ reports, 2002, no qual a República Democrática do Congo arguiu o caráter de imperatividade do costume internacional que conferia a ministros das relações exteriores imunidade absoluta em casos de eventuais processos criminais. A Corte decidiu o caso sem discutir o possível *status* de *jus cogens* da referida norma.

²² Consuetudinária ou convencional gerada por qualquer fonte admitida pelo direito internacional (Estatuto da Corte Internacional de Justiça: Artigo 38), basta que esteja em vigor.

²³ A resolução 56/83: *Responsibility of states for internationally wrongful acts* de 2001, em seu Artigo 2 determina: “Elementos de um ato ilícito internacional do Estado: Há um ato ilícito internacional de um Estado

capacidade de gerar responsabilidade, atribui-se em contrapartida o poder para impedir que um ato de violação ao internacional ocorra. O cumprimento do direito internacional poderá ser garantido por variados mecanismos que, conforme sua estrutura, serão mais ou menos capazes de adequar o comportamento dos atores a um dado sistema normativo. O cumprimento de normas não depende da existência de um sistema coercitivo, (SCOBIE, 2003, p.64-65; PELLET, 1992; LAGE, 2007; ALLOTT, 2000)²⁴ contudo a existência de uma estrutura organizada para sancionar violações é essencial ao direito (KELSEN, 1991). Assim, deve-se compreender como o sistema internacional, essencialmente descentralizado (DAMROSCH, 1997, SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2007.)²⁵, diante das transformações ocorridas nas normas internacionais e da sua expansão, exige um modelo coercitivo específico em que devem ser coordenados esforços internacionais e domésticos (FRANCK; FOX, 1996, p.10).

Enquanto o direito interno possui um corpo político em que se concentram competências para criar normas e, simultaneamente, para aplicar sanções e garantir o cumprimento – por meio do monopólio do uso da força e sistema judiciário hierarquizado –, no direito internacional, apesar de ser igualmente uma comunidade legalmente organizada, a natureza e o nível de integração da sociedade internacional se difere fundamentalmente das sociedades domésticas (ZEMANEK, 1997, p.37). Para que seja possível analisar de que forma diferentes os diferentes tipos normativos exigem distintos mecanismos de garantia do seu cumprimento, deve-se ter em mente essas características distintivas do sistema jurídico internacional.

A partir da análise da tipologia das relações regulamentadas pelo DIP, conclui-se que para que a efetiva aplicação de grande parte das normas criadas no âmbito internacional, os sistemas de garantia de cumprimento deverão ser capazes de influenciarem e compeliarem o comportamento dos agentes internos na esfera doméstica. A presente seção analisa de que forma os mecanismos internacionais de garantia de cumprimento, em virtude de sua estrutura

quando a conduta consistente de um ato ou omissão: (a) É atribuível ao Estado sob o direito internacional; e (b) Consiste em um violação de uma obrigação internacional do Estado”, Artigo 57: “Responsabilidade de uma organização internacional: Esses artigos não prejudicam qualquer questão sobre a responsabilidade de uma organização internacional sob o direito internacional, ou de qualquer Estado pela conduta de uma organização internacional.” (tradução livre).

²⁴ A análise do cumprimento do direito internacional se distingue da discussão acerca dos fundamentos de validade das normas internacionais. Não é possível atribuir ao procedimento de formulação do DIP uma relação direta com as dimensões de eficácia e efetividade. Os mecanismos de garantia do cumprimento das normas jurídicas dizem respeito aos instrumentos necessários para que as previsões legais atinjam seus objetivos de maneira efetiva e não à sua natureza normativa.

²⁵ Esse parece ser realmente um argumento central para a compreensão dos alcances do Direito Internacional contemporâneo. Há evidências suficientes para se afirmar que ele se utiliza dos mais variados mecanismos para conformação de comportamentos. Até mesmo a implementação do Direito Internacional por mecanismos domésticos tem sido constantemente avaliada pelos internacionalistas.

se apresentam como instrumentos eficazes para a conformação do comportamento dos atores envolvidos em cada um dos tipos de relações regulamentadas pelo sistema jurídico internacional. Especial atenção será voltada para os mecanismos jurisdicionais uma vez que se buscará relacioná-los com o papel das cortes domésticas neste contexto.

2.4.1 Mecanismos Internacionais

Os mecanismos internacionais para garantirem a efetiva aplicação do direito internacional se dividem em mecanismos políticos, mecanismos institucionais e mecanismos jurisdicionais. Constrangimentos políticos podem ser individualmente capazes de proporcionar o cumprimento do DIP. Em alguns momentos, instituições deverão ser criadas para garantirem o monitoramento e a traça de informações para que o Estado alterem sua conduta. Mecanismos jurisdicionais tem ganhado uma maior relevância como estruturas eficazes na promoção da efetividade do direito internacional.

2.4.1.1 Mecanismos políticos

Os atores internacionais se conformam às normas de direito internacional devido à existência de constrangimentos políticos a sua não aplicação. Autores destacam (CHECKEL, 1999) que o comportamento dos atores na arena internacional é fortemente influenciado por sua concepção de mundo, e pela necessidade material de observância das “regras do jogo” para que os agentes tenham condições de se identificarem e se relacionarem em um espaço cujas relações são minimamente organizadas.

A busca por reconhecimento e participação, portanto, é uma razão determinante para que o sujeito sinta a necessidade de cumprimento dos comandos normativos, sob pena de colocar em xeque não só uma norma específica, mas toda a estrutura e funcionamento da ordem social na qual está inserido. Nesse caso, os destinatários da norma devem ser convencidos de que ela é um elemento essencial de organização de sua vida cotidiana, e que atendem a um interesse social de padronização e securitização de seu relacionamento. Nesse sentido, o cumprimento de uma norma internacional não é decorrente de uma “obediência

cega” dos preceitos consagrados, mas de seu convencimento de que ela é parte de um contexto social que informa a percepção (intersubjetiva) tanto da sociedade quanto de si mesmo. O que se pode afirmar, nesse ponto do argumento, é que “a questão mais importante para investigação se torna então a de se saber sob quais circunstâncias um tipo de razão serve como justificativa suficiente para o cumprimento de uma norma” (KRATOCHWIL, 1989, p.97, tradução livre).

Neste sentido, por exemplo, pode-se afirmar que a crítica normalmente feita ao DI - de que ele não é capaz de evitar de maneira efetiva o uso da força nas RI e de que por isso não seria eficaz – por si só não procede, na medida em que a relevância das normas internacionais é igualmente manifesta nas milhares e milhares de transações internacionais que acontecem regulamentadas por ele. O próprio direito interno, neste caso, funciona com base na mesma lógica, na medida em que ele também não é capaz de prevenir definitivamente o uso da violência em seus domínios (KRATOCHWIL, 2010, p.86-87).

2.4.1.2 Mecanismos institucionais

A criação de Organizações Internacionais responde ao aprofundamento das relações internacionais e a conseqüente necessidade de monitoramento da implementação dos compromissos acordados internacionalmente. Contudo, os instrumentos de monitoramento, no direito internacional, podem adquirir as mais variadas formas. Podem, por exemplo, ser levados à cabo pelas próprias partes (CHARPENTIER, 1983).²⁶; às vezes com o auxílio de um órgão independente (SHAKER, 2006, p. 43-82)²⁷; ou até mesmo por indivíduos ou ONGs (ALSTON; CRAWFORD, 2000).²⁸

A instituições criadas para garantir o cumprimento do direito internacional podem promover a aplicação e implementação de sanções. Os mecanismos coercitivos pode, igualmente, assumir feições das mais variadas, e serem levadas à cabo de maneira unilateral ou multilateral (KAEMPFER; LOWENBERG, 1999), e inclusive a partir da utilização de mecanismos domésticos (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2007). Ademais, as sanções

²⁶ Como, por exemplo, em relação ao cumprimento das normas da OMC.

²⁷ Sobre a função da Agência Internacional de Energia Atômica no monitoramento do desenvolvimento de tecnologia nuclear por parte dos signatários do TNP, ver Shaker.

²⁸ Sobre a possibilidade de reclamações individuais perante órgãos de controle da proteção de direitos humanos, ver Alston e Crawford.

podem ser desenhadas a partir de diferentes maneiras(DAMROSCH, 1997; WOLFRUM, 1998), e sua efetividade depende, em grande medida, da sua capacidade de adaptação às necessidades da matéria regulamentada(DREZNER, 2000; MILLER, 1980; TOSTENSEN,; BULL, 2002). O que se pode afirmar, ao observar tamanha diversidade de formatos de instituições desenhadas para esse fim, é que o DI, apesar de não ter uma autoridade coercitiva centralizada, se assenta, assim como o direito interno, na exigibilidade do cumprimento de suas obrigações, mas, no entanto, por via de instrumentos adaptáveis às demandas específicas da agenda internacional.

Os Estados atribuem competências a um órgão internacional para que monitore e faça cumprir, inclusive por meio de sanções, as normas de direito internacional. Conclui-se que, na sociedade internacional contemporânea o cumprimento dos compromissos acordos internacionalmente possui como mecanismos de garantia tanto constrangimentos institucionais, quanto decorrentes de valores partilhados pelos seus sujeitos.

2.4.1.3 Mecanismos jurisdicionais

O significativo aumento do número de cortes e tribunais internacionais, ocorrido nos últimos quinze anos, representa uma das conseqüências geradas na estrutura do sistema internacional devida a rápida expansão das relações regulamentadas pelo DIP. Esse fenômeno é um dos indicadores da necessidade de adaptação dos meios de garantia do cumprimento do direito internacional à suas novas funções. Apesar de existirem há mais de um século, sessenta e três por cento de toda a atividade das cortes internacionais ocorreu nos últimos doze anos (ALTER, 2002). O aumento expressivo no número de cortes internacionais é acompanhado por uma tendência de expansão e transformação da natureza e competência desses órgãos judiciais (ROMANO, 1999, p.710).

Nesse último caso, o acesso às cortes é, normalmente, um direito inerente ao sujeito, e se insere dentro de um sistema judicial hierarquizado e cujo mecanismo de implementação das sanções é eficaz. Nas relações internacionais, por sua vez, a presença de Estados Soberanos como os principais agentes do Direito Internacional implica especificidades para a própria idéia do exercício da jurisdição, dramaticamente ligado ao consentimento desses(ROMANO, 2007). Além disso, as possíveis resultantes desse contexto impedem que haja um sistema judicial análogo aquele existente na esfera doméstica. Os mecanismos de

implementação das sanções, por exemplo, são especialmente inconsistentes, normalmente de ordem bilateral (à cargo dos próprios Estados envolvidos na lide) (BRANT, 2002, p.2270-233).

No âmbito da ONU, por exemplo, a única frágil provisão de ordem institucional relativa à garantia das decisões da CIJ é aquela do artigo 94, parágrafo 2º da Carta, de acordo com a qual o Conselho de Segurança pode ser acionado nos casos de seu descumprimento²⁹. Se por um lado os Estados têm gradativamente optado por se submeter à jurisdição de Cortes e Tribunais Internacionais, por outro sua postura em relação à autoridade de suas decisões ainda é ambígua, na medida em que reflete a tensão entre soberania e comunitarismo colocada no primeiro capítulo desse trabalho. Nesse sentido, destaca Leonardo Nemer C. Brant:

A aplicação do princípio da autoridade da coisa julgada demonstra, assim, o estado de maturidade do direito internacional na atualidade. Este princípio reflete a contradição dialética entre a afirmação da soberania (voluntarismo expresso na necessidade absoluta do consentimento) e a interdependência da comunidade internacional (expressa na possibilidade de autoridade da decisão de um terceiro jurisdicional). Esta contradição se expressa, em última análise, uma vez que enquanto, por um lado, é amplamente admitido que a solução obtida através da aplicação do direito por uma corte imparcial é aquela mais propícia de ser respeitada e a durar; ou seja, enquanto por um lado o princípio da autoridade da coisa julgada se consagra como corolário da manutenção da paz por intermédio do direito, por outro, os Estados evitam engajar-se numa aventura em que um terceiro imparcial poderá estabelecer uma obrigação normativa de natureza definitiva e obrigatória para ele. (BRANT, 2002, p.369).

A CIJ é, provavelmente, o tribunal internacional mais próximo da raiz voluntarista clássica do DI – talvez pelo fato de seu estatuto ser idêntico ao da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), criada na década de 20, ainda no âmbito da Liga das Nações. Interessante notar, igualmente, que sua jurisdição *ratione materiae* é ampla o suficiente para abarcar qualquer controvérsia entre Estados relativa a qualquer questão de Direito Internacional (BRASIL, 1945, Art. 34 e 36). A cláusula facultativa de jurisdição obrigatória, por sua vez, não produz efeitos práticos significativos, uma vez que o número de Estados da ONU que a ratificaram é de 66 (em um universo de 191)³⁰. Cabe lembrar que ela somente pode ser invocada quando há reciprocidade na sua aceitação pelas partes envolvidas no conflito, o que diminui ainda mais a possibilidade de sua utilização.

²⁹ A única vez que esse dispositivo fora invocado foi em 1986, quando a Nicarágua alegou o descumprimento de uma decisão da CIJ pelos EUA. Entretanto, nenhuma medida fora adotada, vez que esses últimos exerceram seu poder de veto (S/PV 2700-2704 e 2718).

³⁰ O único membro permanente do Conselho de Segurança que a reconhece atualmente é, note-se, o Reino Unido.

Tribunais internacionais foram criados para solucionar conflitos sobre regras que regulamentam as relações verticais e transnacionais e, alguns, passaram a permitir o acesso de agentes privados. Os tribunais de Direitos Humanos, da União Européia e do Sistema Interamericano avançaram nesse sentido, proporcionando aos indivíduos mecanismos internacionais para compeli-rem a ação de seus governos conforme preceitos internacionais. O Tribunal Penal Internacional tem a competência para condenar diretamente indivíduos por infração de normas de natureza transnacionais.

O que se pode perceber, diante do exposto, é que o aumento do número de tribunais internacionais fora, nos últimos anos, acompanhado por uma forte tendência à consagração de um paradigma compulsório (em detrimento do consensual). Tal fato reforça a tese de que os Estados têm promovido esforços no sentido de que suas controvérsias sejam resolvidas por um terceiro independente. Não é seguro se afirmar, contudo, que esse é um movimento definitivo, nem tampouco que ele tenha repercussões homogêneas sobre todas as áreas do direito internacional. Seu efeito para a garantia do cumprimento do DIP certamente varia de acordo com o arranjo institucional de cada um desses órgãos de solução de controvérsias. Por esse motivo, a análise desse fenômeno deve ser feita à luz das outras condicionantes estruturais que podem ser identificadas na esfera internacional, que serão expostas a seguir.

2.4.2 Instituições domésticas como mecanismos de garantia de cumprimento de normas internacionais

A responsabilidade do Estado pela violação do DIP foi regulamentada pela resolução 56/83 adotada pela Assembléia Geral da ONU em 2001: “sempre que um ato deste Estado não está em conformidade com o que é exigido por esta obrigação, independente da sua origem ou caráter.” (ONU, 2001, p.2). Ou seja, a determinação do não cumprimento de uma norma é objetiva (NOLLKAEMPER, 2007, p.780), i. e., define-se pela adoção de atos contrários por sujeitos por ela obrigados independentemente da comprovação de danos sofridos pela parte protegida pela norma. A infração é constatada pela não conformação da conduta à norma. A conduta de um Estado, por sua vez, é determinada pelo Artigo 4: “ A conduta de qualquer órgão estatal será considerada um ato daquele Estado pelo direito internacional, sendo ele um órgão que exerça funções legislativas, executivas ou judiciais ou qualquer outra função, seja

qual for a posição que ele possui na organização do Estado, e seja qual for seu caráter como um órgão do Governo central ou de uma unidade Estado.”

A análise dos avanços na aplicação do direito internacional destaca que o grau de cumprimento varia de Estado para Estado. Essa variação revela que o corpo burocrático doméstico - constituído pelos poderes, legislativo, executivo e judiciário - interage como atores quase-autônomos. Cada uma dessas instituições age movida por interesses específicos que são moldados pela estrutura peculiar de seus sistemas políticos, a necessidade de desempenhar funções específicas como adjudicar, legislar, tomar decisões políticas, etc. (SLAUGHTER; MATLLI, 1998, p.255).

Neste contexto, o Estado soberano abre lugar para um modelo de soberania desagregada (*desagregade sovereignty*), uma imagem diferente de instituições governamentais interagindo umas com as outras, com indivíduos e grupos na sociedade doméstica e transnacional. Nesse sentido, faz-se necessário que sejam especificados os interesses que determinam as preferências dos atores envolvidos em garantir o cumprimento do direito internacional pelo Estado e os constrangimentos enfrentados por esses atores para imprimir suas preferências (SLAUGHTER; MATLLI, 1998, p.255).

Contudo, note-se que a obrigatoriedade do direito internacional não depende das preferências dos agentes políticos e jurídicos internos; será imperativo aos Estados, não servindo como justificativa nem mesmo normas constitucionais para o não cumprimento de compromissos internacionais. Aos Estados é atribuído, contudo, a discricionariedade quanto à forma de mobilização das instituições para que seja garantido o cumprimento das obrigações legais internacionais (KUMM, 2004, p.910). A carta da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, estabelece de forma clara estes preceitos: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” (BRASIL, 2009, p.7).

A expansão do direito internacional nas áreas econômica, social e tecnológica reforça a tendência de regulamentação de relações verticais e transnacionais. O direito internacional passa a restringir o campo de competência regulatório interno (KUMM, 2004, p.913). Dessa forma, realoca os insumos internos redefinindo a estrutura de preferências no nível doméstico. O direito internacional tem o condão de influenciar as preferências dos atores políticos nacionais na medida em que pode fortalecê-las, respaldando escolhas ao compelindo-as a agir. As instituições nacionais podem assegurar o monitoramento da aplicação das normas internacionais pelos atores internos e fiscalizar a adoção de políticas em conformidade com os compromissos assumidos no plano internacional. Isso somente será possível caso a estrutura

normativa internacional incorporar soluções para os desafios impostos pela estrutura de preferências dos atores domésticos para que seja garantida sua efetividade (SLAUGHTER; BURKE-WHITE, 2006. p.329).

Escolhas políticas em relação à globalização da economia nacional e às novas ameaças à segurança estão gerando um novo tipo de direito internacional: amplamente fundamentado em instituições e tratados estabelecidos após a Segunda Guerra Mundial. A expansão das normas do direito internacional tem como efeito sobreposição significativa entre o tipo de questão que tradicionalmente eram enfrentadas pelos governos domésticos e o tipo de questão abordada pelo direito internacional. A globalização faz com que as fronteiras sejam desconsideradas no fluxo de bens, pessoas e informações, contudo a forma de lidar com esse fluxo é uma decisão relevante para os constituintes nacionais, que tem sido tomada fora dos processos institucionais pátrios. De acordo com as importantes considerações de Yuval Shany, o direito internacional ao regulamentar determinadas áreas das relações domésticas exercem pressões para a harmonização em diversas outras:

Para garantir que certos bens de consumo possam circular livremente entre fronteiras, um acordo sobre especificações técnicas, lidando com uma adequada proteção do consumidor, pode ser necessário. A liberdade do capital cria pressões para garantir que os Estados assegurem o cumprimento de controles de lavagem de dinheiro, prevenindo que se tornem ferramentas para o crime organizado. Questões comerciais decididas no âmbito da OMC não são mais percebidas apenas como questões econômicas. Há pressão para ser ligada aos problemas ambientais e de direitos humanos. O contexto de paz e segurança internacional determinado pelo Capítulo VII da Carta da ONU perpassa questões relacionadas com direito penal interno, violação de direitos humanos. Não há nenhum núcleo da soberania que os Estados possam invocar como 'questões essencialmente dentro da jurisdição do Estado'. O direito internacional ao criar um conjunto denso de normas substantivas que lidam com questões tradicionalmente decididas pelo processo normativo interno. (KUMM, 2004, p.913)

A transferência de autoridade regulatória do nível nacional para o internacional gerada pela globalização pode representar a incapacidade das populações afetadas de expressarem suas preferências pela via eleitoral. O acúmulo de poder no braço executivo gerado por esse cenário é preocupante. Mas a constatação desse desequilíbrio pela via judicial oferece possibilidades de que os “freios e contrapesos” do avanço normativo internacional venham de dentro dos Estados e não de fora (BENVENISTI; DOWNS, 2009, p.930). As decisões das cortes nacionais tem sido freqüentemente analisadas por corte internacionais e as decisões de cortes internacionais tem sido exigido das cortes internas que as interprete e as faça cumprir. Benvenisti e Downs argumentam a esse respeito:

Cortes nacionais foram naturalmente lerdas para perceber que o ambiente em que uma crescente proporção de direito regulatório é formulada e implementada pelo seus governos por meio das OIs era um problema sério. Apenas gradualmente, ao passo que a globalização acelerou e o volume e a ambição das políticas das OIs inchou a um nível sem precedentes é que uma quantidade significativa de proeminentes cortes nacionais começaram a concluir que para impedir a deterioração dos processos domésticos, democrático e judicial, elas teriam que se libertar de suas práticas tradicionais que permitiam ao executivo a autoridade ilimitada na política externa. (BENVENISTI; DOWNS, 2009, p. 937).

O próximo capítulo procura analisar de que forma as cortes nacionais têm desempenhado um papel de mecanismo de garantia de cumprimento do DIP. A análise será feita a partir da tipologia das normas internacionais segundo a natureza das relações que regulamentam estabelecidas neste capítulo. Serão considerados, também, aspectos sobre o relacionamento entre as cortes domésticas e os mecanismos jurisdicionais internacionais que visam assegurar a efetividade das normas internacionais.

3 AS CORTES DOMÉSTICAS COMO VARIÁVEIS DO CUMPRIMENTO DO DIP

O Direito Internacional é um corpo normativo que regulamenta, além de relações entre pessoas de direito público, matérias que envolvem agentes privados. Em todos os casos, seu caráter obrigatório recai sobre todos os ramos do Estado, inclusive o judiciário que tem o dever de aplicar em seus julgamentos as normas acordadas internacionalmente. Dessa forma, a decisão judicial que afasta o DIP representará uma infração do compromisso internacional pelo Estado (SCHREUER, 1975, p. 157-159). A importância do comportamento das cortes domésticas deriva, portanto, da possibilidade de se evitar o descumprimento das normas internacionais em virtude de decisões judiciais e, adicionalmente, por serem capazes de compelir os outros órgãos e os atores internos a conformarem sua conduta às previsões internacionais (NOLLKAEMPER, 2007, p. 765).

A impossibilidade do acesso de agentes privados aos principais órgãos jurisdicionais internacionais fez com que muita atenção foi dirigida às cortes nacionais. Esperava-se que assumissem um papel mais ativo diante do vácuo jurisdicional (SHANY, 2009, p.74) que ocorreu após a explosão de normas dirigidas diretamente às pessoas de direito interno. Contudo, muitas cortes nacionais não assumiram essa função (MURPHY, 2009, p. 61). As variáveis que atuam sobre o comportamento das cortes domésticas em relação ao DIP, são fatores determinantes para que se possa compreender de que forma as estruturas, nacional e internacional, podem favorecer ou obstaculizar a sua efetiva aplicação. A maneira pela qual a relação entre as instituições nas quais estão inseridas interferem nas preferências dos juízes internos poderá contribuir para a superação de barreiras ao cumprimento de acordos internacionais. Os constrangimentos internos capazes de influenciar as escolhas do judiciário nacional serão o objeto deste capítulo.

3.1 O judiciário nacional como instituição capaz de garantir o cumprimento do DIP

A independência estabelecida pela perspectiva clássica do contexto político e jurídico internacional em relação à esfera doméstica é questionada na medida em que as cortes domésticas têm sido freqüentemente provocadas para apreciar questões de direito

internacional (DENZA, 2010)³¹ Para a perspectiva clássica, os efeitos do comportamento dos juízes internos eram limitados (CONFORTI, 2007, p.14).³² Em grande medida, este aumento da participação das cortes domésticas em questões internacionais é uma das conseqüências do movimento de crescente regulamentação de matérias que também são objeto de leis internamente (SLAUGHTER, 2002, p.3-4).³³ A atribuição de direitos aos indivíduos, que tendem normalmente a levar suas demandas ao judiciário nacional é outro fator decisivo (NOLLKAEMPER, 2006, p. 301-303).

A utilização das cortes nacionais como mecanismo de garantia de cumprimento das normas internacionais representa uma possibilidade de maior aplicabilidade do direito internacional, (BENVENISTI, 1994, p.1) principalmente em relação às normas que regulamentam relações entre pessoas que possuem capacidade postulatória internamente. O judiciário doméstico oferece amplo acesso aos indivíduos e detém o poder de execução estatal. Pelo fato de o processo de incorporação de tratados nem sempre se equiparar ao processo de produção de leis nacionais, as cortes domésticas oferecem a oportunidade das pessoas de direito interno se envolverem com o direito internacional (BENVENISTI, 1994, p.1). A interpretação e a aplicação do direito internacional era considerada como competência exclusiva do executivo (CONFORTI, 2007 p. 14).

O direito internacional não exige que as cortes domésticas tenham jurisdição para fazerem cumprir o direito internacional. Contudo, se uma norma internacional prevê um determinado comportamento, nenhuma questão do sistema normativo doméstico poderá ser alegada como justificativa do não-cumprimento (KUMM, 2004. p.911). Dessa forma, as cortes domésticas agem como atores internacionais sempre que lidam com demandas que envolvam o direito internacional, na medida em que suas ações geram efeitos externamente. Desempenham um papel duplo (CASSESE, 1990, p. 211) neste momento, apesar de, pelo ponto de vista de seu status legal, permanecem órgãos nacionais que podem funcionar como agentes nacionais ou internacionais (CASSESE, 1990, p. 212). Todos os ramos do Estado desempenham essa dupla função uma vez que todos os órgãos estatais possuem responsabilidade conjunta de fazer cumprir as normas internacionais. Assim, a violação do

³¹ A autora afirma, nesse sentido: “O enorme crescimento na substância do Direito Internacional indica que este tem sido mais aplicado e *enforced* pelas autoridades e cortes nacionais.”

³² Conforti argumenta: “A interpretação e a aplicação do direito internacional era considerada como competência exclusiva do executivo.” (tradução livre).

³³ De acordo com Slaughter: “Atribuições como a regulamentação da economia e imposição de constrangimentos às liberdades individuais fazem parte do rol de competências típicas do Estado. São poderes tradicionalmente exercidos apenas por governos nacionais, mas hoje, em algumas áreas eles têm sido delegados a entidades internacionais” (tradução livre).

direito internacional poderá resultar do comportamento contrário tanto pelos juízes como de qualquer outro agente público (BENVENISTI, 1994, p.7; GLENNON, 1990, p. 321).

Atribuições como a regulamentação da economia e imposição de constrangimentos às liberdades individuais fazem parte do rol de competências típicas do Estado. São poderes tradicionalmente exercidos apenas por governos nacionais, mas hoje, em algumas áreas eles têm sido delegados a entidades internacionais. Ian Bawnlie, considera, nesse sentido, que:

O judiciário e as cortes são órgãos do Estado e eles geram responsabilidade da mesma forma que outras categorias de agentes públicos [...] Como os órgãos do executivo e do legislativo, as cortes podem ser instrumentais na não aplicação de padrões definidos em tratados. (BRAWNLIE, 1983, p. 144).

A não-aplicação do DIP pelas cortes domésticas, de acordo com Michael Glenno, acima de tudo: “promove a desordem, pois a não-decisão de um caso ou controvérsia de boa-fé priva as partes, bem como atores futuros, de terem conhecimento das normas que eles precisam observar, debilita a previsibilidade nas relações públicas e maximiza o caos” (GLENNON, 1990, p. 321); Eyal Benvenisti, sustenta, ainda que: “uma efetiva rede de cortes nacionais aplicando o direito internacional poderia contribuir imensamente para o avanço do ‘*rule of law*’³⁴ [governança pelo direito]” (BENVENISTI, 1994, p.18). É necessário que os juízes e os governos reconheçam o papel das cortes domésticas para a implementação do direito internacional, sempre considerando a posição sensível que ocupam no aparato estatal - como assegurador do Estado de direito -, mas também atentando para o seu potencial transformador – como garantidor do sistema normativo internacional.

O Instituto de Direito Internacional chamou a atenção para a relevância das decisões judiciais no âmbito doméstico na resolução sobre “as atividades das cortes nacionais e as relações internacionais de seus Estados”:

Considerando que o direito internacional desempenha um papel cada vez mais importante em vários sistemas normativos nacionais; considerando que este fato necessariamente leva as cortes nacionais a decidirem questões cujas soluções dependem da aplicação do direito internacional; [...] considerando que, em princípio, o sistema normativo de cada estado deve prover as formas e os meios apropriados para garantir que o direito internacional é aplicado no nível nacional [...]. (CONFORTI, 1993, p. 1).

Ao apreciar demandas que envolvam o direito internacional, tanto em relação à abrangência, à matéria e os processos utilizados para gerar, interpretar e aplicar o direito não

³⁴ *Rule of Law*, em relação ao sistema jurídico interno, corresponde ao termo *Estado de direito*; por não inserir a palavra *Estado*, em inglês é possível utilizá-lo para indicar qualquer sistema em que as relações são regulamentadas pelo direito, inclusive o internacional.

são mais o que aparentemente distingue estruturalmente o direito internacional e o direito interno (KUMM, 2004. p.911). Exceto pelo fato de que o direito internacional não é gerado dentro da estrutura institucional doméstica, as funções dos mecanismos jurisdicionais nacionais e internacionais coincidirão em muitos momentos – ambos serão mecanismos jurisdicionais de garantia do cumprimento de normas internacionais.

No caso levado à CIJ pela Bélgica contra a Suíça, as atitudes das cortes nacionais deram causa à demanda. O Ministro das relações exteriores da Bélgica sustentou que:

A Bélgica considera que a Corte Suprema errou ao sustentar em seu julgamento que as futuras decisões das cortes belgas [...] não serão reconhecidas na Suíça [...] e estava errada ainda em se recusar a acolher o pedido belga para suspender o processo na pendência da decisão supra mencionada pelas corte belgas. (CIJ, 2009, p. 23).

A Bélgica não concordou com a interpretação e a aplicação pela corte suíça da Convenção de Lungano, ratificada pelos dois Estados, sobre cooperação judicial. A CIJ, segundo o argumento belga, diante da “violação das normas do direito internacional geral governando o exercício da autoridade pelo Estado, em particular em questões judiciais” (HAIA, 2009, p.26) deveria julgar o conflito. Note-se que, a demanda baseada na interpretação da corte nacional sobre um compromisso do Estado gerou uma demanda contra o Estado. A Bélgica busca internacionalmente a retificação das conseqüências geradas pela conduta do judiciário suíço sobre a interpretação e aplicação da Convenção de Lugano e das normas gerais do direito internacional (HAIA, 2009, p.49).

No caso da Companhia Barcelona Traction Light and Power Ltda. (BRANT, 2005. p742) (Bélgica v. Espanha), as cortes domésticas espanholas declararam a falência da empresa canadense requisitando a apreensão de seus recursos. De acordo com o governo espanhol, 2.736 decisões foram tomadas sobre o caso, 494 julgamentos proferidos por tribunais inferiores e mais 37 por tribunais superiores. A Bélgica, exercendo proteção diplomática em nome de cidadãos acionistas prejudicados pelas sentenças, submeteu uma demanda à CIJ argüindo que os processos julgados pelo judiciário espanhol “não obedeceram relevantes exigências legais” de notificação e publicação. Apesar da corte não ter decidido definitivamente sobre o mérito, por impertinência da utilização do instituto da proteção diplomática, o caso ilustra os argumentos sobre como o comportamento do judiciário nacional é capaz de gerar efeitos para o Estado internacionalmente.

Nestes casos, a responsabilidade do Estado pelas decisões de suas cortes gerou uma demanda perante um órgão jurisdicional internacional. Ainda que isso não ocorra, as cortes

domésticas podem produzir relevantes conseqüências internacionais ao decidir conectar obrigações de direitos humanos ao regime de refugiados, ao tratamento de suspeitos terroristas, ou às obrigações do direito do comércio; proporcionando às pessoas de direito interno uma proteção não derivada imediatamente do acordo internacional. Poderão, ainda, privilegiar normas de *jus cogens* sobre as normas tradicionais de imunidades de agentes públicos em processos envolvendo crimes de guerra - como no Caso Pinochet - ou decidir aplicar às OIs princípios de transparência administrativa. Como resultado desse comportamento ativo das cortes nacionais, podem ocorrer mudanças substanciais nos efeitos dos regimes legais internacionais, que não tenham sido antecipados - e algumas vezes são indesejados - pelo executivo de seus Estados ou pelos organismos internacionais que os desenharam.

Contudo, para garantir o cumprimento da norma internacional não é necessário que a decisão do juiz faça menção direta ao tratado ou ao costume internacional, nem que o pedido tenha sido fundamentado, bastará que a norma aplicada garanta a proteção de um benefício reconhecido internacionalmente e imposto ao Estado. Em último caso, cortes nacionais podem estar em uma posição de garantir o cumprimento aplicando o direito internacional, ao menos em sua substancia (NOLLKAEMPER, 2006, p. 317).

3.1.1 As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações horizontais

A soberania dos Estados é acompanhada pela noção de imunidade jurisdicional. Ao menos em tese, uma entidade é soberana internacionalmente uma vez que não reconhece nenhuma autoridade acima da sua que seja capaz de impor sua vontade sobre a população que vive em seu território. Por serem igualmente soberanos, os Estados não possuem mecanismos internos capazes de impor sua vontade sobre outro Estado (*par in parem non habet jurisdictionem*). Dentro dessa lógica, a garantia do cumprimento dos compromissos internacionais não poderia ser realizada mecanismos internos. Contudo, o conceito de imunidade soberana deixou de ser absoluto. Apenas os atos praticados no exercício da autoridade soberana (*de jure imperii*) são abrangidos pela imunidade jurisdicional; passou-se, assim a permitir que os atos de gestão (*de jure gestionis*) - que envolvam atividades

comerciais ou atos que podem ser praticados por uma pessoa privada (FOX, 2010, p.346) sejam objeto de um processo em cortes domésticas.

As Organizações Internacionais também possuem imunidade jurisdicional. Uma vez que os critérios para a atribuição da imunidade é material, ou seja, decorrem da natureza dos atos praticados, o mesmo pode ser aplicado às Organizações Internacionais (WISMER, 2006, p. 520). As OI's, portanto, podem ser parte de processos perante as cortes domésticas sempre que realizam atos de gestão; já em relação aos atos de império, gozam de imunidade em relação às demandas em cortes nacionais. Esta lógica tem sido confirmada pela jurisprudência das cortes de vários países.

Os princípios da imunidade são aplicados em relação aos indivíduos que representam o Estado internacionalmente por uma perspectiva distinta. O requisito para a atribuição da imunidade nestes casos é *ratione personae* (WICKREMASINGHE, 2010, p.380):³⁵ “A presente convenção não prejudica os privilégios e imunidades atribuídas pelo direito internacional aos chefes de Estado *ratione personae*.” (ONU, 2004, art.3). O benefício se estende àquelas pessoas relacionadas aos atos de império praticados pelo Estado internacionalmente (ONU, 2004, p.3.1). A Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas (BRASIL, 1961) prevê que o agente diplomático “gozará da imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa” (BRASIL, 1961, art.31)³⁶ e impõe exceções similares às impostas pela Convenção da ONU. Nestes casos, também estaria excluída a possibilidade de adjudicação pelas cortes internas de conflitos envolvendo esses indivíduos normas internacionais.

Nos últimos cinquenta anos muitas cortes nacionais adaptaram suas regras em relação ao princípio da imunidade jurisdicional do Estado, aderindo ao conceito a restringe aos atos de império para determinar sua competência (REINISCH, 2007, 292; FOX, 2010, p.346). Admite-se, assim, que conflitos entre Estados envolvendo atos *de jure gestionis* podem ser

³⁵ Segundo Wickremainghe: “[...] imunidade *ratione personae*, i.e., imunidades gozadas por certas categorias de agentes públicos em virtude do cargo.” (tradução livre).

³⁶ Segundo o Decreto “[...] a não ser que se trate de:a) uma ação sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditante para os fins da missão;b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário;c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais; 2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha;3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução, a não ser nos casos previstos nas alíneas "a", "b" e "c", do parágrafo 1º deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

adjudicados por um juiz nacional (REINISCH, 2007, 293)³⁷, uma vez que nessas situações não será obedecido o princípio da imunidade em relação às leis e à jurisdição de outros membros, já que esta se aplica que se aplica apenas aos atos de império (WISMER, 2006, p. 513-516).

A Convenção das Nações Unidas sobre as Imunidades Jurisdicionais dos Estados e de sua propriedade determina que o “Estado goza de imunidade, no que diz respeito a ele e a sua propriedade, em relação à jurisdição de cortes de outro Estado.” (ONU, 2004, art.7.1). Contudo, a Convenção autoriza ao Estado abrir mão dessa imunidade por meio do consentimento expreso. Determina, ainda, que este privilégio não poderá ser invocado nos vários casos (*de jure gestinis*) elencados no documento; dentre eles: transações comerciais; contratos de trabalho; lesões corporais e danos à propriedade; domínio, posse e uso da propriedade; propriedade intelectual e industrial; participação em empresas e outros órgãos coletivos; e efeitos de um acordo arbitral.

O princípio imunidade continua sendo flexibilizado na medida em que a distinção entre atos de império e de gestão se torna uma tarefa cada vez complexa.. Em caso recente levado à CIJ pela Alemanha contra a Itália, a possibilidade da apreciação pelas corte domésticas de relações entre Estados que envolvam, inclusive, atos *jure imperii* de um outro Estado é evidenciada pelas atitudes da *Corte di Cassazione* italiana:

Nos últimos anos os órgãos judiciais italianos repetidamente desconsideraram a imunidade jurisdicional da Alemanha como um Estado soberano. O ponto crítico desse desenvolvimento foi atingido pelo julgamento da *Corte di Cassazione* em março de 2004 no caso Ferrini. [...] Todas essas demandas devem ser rechaçadas uma vez que a Itália não possui jurisdição em relação aos atos *de jure imperii* realizados pelas autoridades do Terceiro Reich, pelos quais a Alemanha atual deve assumir a responsabilidade internacional. (HAIA, CIJ, 2008, p. 4)

A corte italiana se considerou competente pra julgar a demanda trazida por um indivíduo que, durante a Segunda Guerra Mundial, foi deportado para a Alemanha para exercer trabalho forçado. Após esse julgamento muitos outros processos foram instaurados perante as cortes domésticas italianas contra a Alemanha. O caso ainda está em andamento e sofreu recente intervenção da Grécia - que também foi citada na demanda alemã pelas “tentativas dos nacionais gregos em aplicar na Itália sentenças obtidas na Grécia” (HAIA, CIJ,

³⁷ Em Reinisch, encontra-se o argumento dada pela Corte Constitucional Alemã no caso Philippine Embassy Banl Account: “Há uma norma geral do direito internacional que a execução pelo Estado que tem jurisdição como base em um judicial de execução contra um Estado estrangeiro, argumentado sobre relações não soberanas (*acta iure gestionis*) daquele Estado [...]”.

2011), em relação aos mesmos eventos (HAIA, CIJ, 2008, p.18)³⁸ Sobre os interesses jurídicos que levaram à intervenção, o documento que reivindica a participação grega na lide destaca que: a Grécia “leva em séria consideração as ambigüidades envolvendo o instituto da ‘imunidade jurisdicional do Estado’” (HAIA, CIJ, 2011, p.5); e, portanto, possui grande interesse no caso, uma vez que: “[o] fato de que uma sustentação da Corte [CIJ] sobre a imunidade do Estado será de grande, se não cardinal, importância, pois esclarecerá uma questão legal, de fato, complexa, dado o desenvolvimento e a proliferação do direito internacional” (HAIA, CIJ, 2011, p.9). A decisão da CIJ, certamente, influenciará as considerações apresentadas neste trabalho.

Outro aspecto da expansão do direito internacional que influencia a flexibilização do princípio da imunidade jurisdicional é a criação de normas peremptórias. No caso Pinochet (UK, House of Lords, 1998), a Corte Britânica determinou que o Ex-Chefe de Governo do Chile não poderia alegar a imunidade em relação às acusações de crimes de tortura e contra a humanidade, ainda que baseadas em fatos ocorridos durante o período em que estava no exercício referido cargo (BRASIL, 1965)³⁹. Os argumentos sustentados pela *House of Lords* para afastar a aplicação da imunidade foram baseados no fato de que algumas normas do direito internacional são peremptórias e aplicam-se a todos, indistintamente (BIANCHI, 1999, p.241; SANDS, 2003). O caso, até então claro, em que se aplicaria o princípio da imunidade para afastar a jurisdição da Corte nacional, foi apreciado pela corte britânica.

Esses casos continuam sendo exceções na jurisprudência internacional e nacional. Há um longo caminho até que as cortes domésticas estejam dispostas e prontas para assumir o “fardo” de adjudicar conflitos entre os Estados diretamente baseados no DIP (WISMER, 2006, p.540), obstáculos políticos e institucionais internos e internacionais poderão ser capazes de conter um avanço nesse sentido.⁴⁰ Apesar das questões sensíveis tocadas pela atuação do judiciário nacional nesses casos, tem-se observado uma maior disposição dos judiciários nacionais nesse sentido, inclusive em casos envolvendo atos de império.

³⁸ No caso envolvendo a Alemanha e Itália a CIJ documentou: “Ao declarar julgamentos gregos, baseados em eventos similares àqueles definidos no pedido No 1, exequíveis na Itália cometeu outra violação da imunidade jurisdicional da Alemanha.” (tradução livre).

³⁹ A Convenção de Viena Sobre Relações Diplomáticas, de 1961, em seu artigo 39.2 determina: “[...]a imunidade subsiste no que diz respeito aos atos praticados por tal pessoa no exercício de suas funções [...]”

⁴⁰ Os obstáculos internos serão objeto de análise deste capítulo; e no capítulo três a atenção será voltada para os constrangimentos internacionais capazes de influenciar o comportamento das cortes domésticas nesses casos.

3.1.2 As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações verticais

A Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados não distingue os mecanismos de garantia de cumprimento em relação a tratados que regulamentem relações horizontais, verticais ou transnacionais; todas as normas internacionais geram a obrigação fundamental aos Estados de cumprirem o contrato de boa-fé (BRASIL, Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009). A obrigação recai sobre todos os órgãos do Estado que detenham os poderes para promover o cumprimento da norma. Diante de previsões internacionais que criam obrigações para os Estados em relação aos seus nacionais e aos estrangeiros sob sua jurisdição, as cortes domésticas são freqüentemente a interface crucial entre o governo - cuja atividade é constrangida pela obrigação internacional - e a pessoa de direito interno, a quem os direitos foram conferidos (WALLIS, 2008). Nesse sentido, a Corte Internacional de Justiça limitou-se a sustentar que o princípio “*pacta sunt servanda*” obriga os Estados a aplicarem o DIP “de maneira razoável, de forma que o seu propósito possa ser concretizado” (BRANT, 2005, p. 1143). A questão se concretiza, portanto, no fato de que, em algumas circunstâncias, talvez, a única forma razoável de se aplicar uma norma internacional que proteja ou beneficie pessoas de direito interno seja por meio das cortes nacionais. Nesses casos é necessário o judiciário doméstico esteja disponível para que os beneficiados recorram a tal argumento; acarretando a responsabilidade internacional em qualquer outra situação (MURPHY, 2009, p. 67).

As normas internacionais que protegem nacionais contra ações do próprio governo poderão ser invocadas em um processo perante as cortes domésticas, caberá ao juiz interno decidir sobre sua aplicação (MURPHY, 2009, p. 67).⁴¹

Sempre que o descumprimento de um tratado pelo Estado acarrete algum dano a uma pessoa privada sob sua jurisdição, haverá a possibilidade do juiz interno ter que adjudicar conflitos gerados por relações verticais regulamentadas por norma internacional - como defesa de uma acusação penal⁴²; ação civil por danos ocorridos pela violação de um tratado,

⁴¹ Segundo Murphy: “Independentemente dos motivos pelos quais o tratado está sendo invocado pelo indivíduo, a corte nacional pode ter que decidir entre permitir ou impedir o recurso ao tratado como fonte de direito interno.” (tradução livre).

⁴² No Brasil vários pedidos de Habeas Corpus e da garantia do duplo grau de jurisdição e sobre a impossibilidade da prisão do depositário infiel têm sido fundamentados na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Ver nesse sentido: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão, Habeas Corpus, 88420-2 – Paraná, 17 de abril de 2007. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão, Habeas Corpus, 88420-2 – São Paulo 8345-7, 26 de agosto de 2008. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Acórdão, Habeas Corpus, 88420-2 – São Paulo 8345-7, 26 de agosto de 2008.

mandado de segurança contra o abuso pelo Estado do poder de reter, deportar ou extraditar uma pessoa. Observando a substância das demandas internacionais, em geral, grande parte poderia ser convertida em demandas de indivíduos contra o alegado Estado violador (WISMER, 2006, p.536).

Em 1998 dois nacionais alemães foram julgados e sentenciados à morte por cortes americanas. (US, SCUS, No. A-735 98-1412, 2009) Durante o processo não foram respeitadas as previsões da Convenção de Viena Sobre Relações Consulares (BRASIL, Decreto n. 61.078, 1967), que impõem ao Estado, e às autoridades competentes, o dever de “sem tardar, informar a repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.” (BRASIL, Decreto n. 61.078, de 26 de julho de 1967, art. 36.1. “b”.) - uma norma de natureza vertical, na medida em que cria obrigações para o governo em relação a uma pessoa de direito interno estrangeira, sob sua jurisdição: “[o] Artigo 36, parágrafo 1 (b) dita a obrigação que o Estado que recebe [a repartição consular] tem em relação à pessoa detida e ao Estado que [a] envia.” (HAIA, CIJ, 2001, p. 494)⁴³

Durante o processo, a Corte Federal negou a pretensão fundamentada na inobservância do direito à assistência consular com base em na norma processual doméstica “*Procedural default*” (YOUNG, 2005, p. 1166)⁴⁴. Após a decisão do recurso – e a morte dos acusados - a Alemanha, entrou com uma demanda contra os EUA na CIJ, argüindo “que as autoridades competentes dos EUA devem aplicar o direito penal por meios que o adêquem às obrigações assumidas pelos EUA na Convenção de Viena.” (HAIA, CIJ, *Application*, 1999, p.10, tradução livre). O pedido requeria, dentre outras providencias, o reconhecimento de que os EUA:

Violaram sua obrigação internacional em relação à Alemanha, no que diz respeito ao seu direito próprio e ao direito dos nacionais em seu território, seja por um cidadão, pelos poderes legislativo, executivo, judicial ou qualquer outro poder, caso esse poder detenha uma posição superior ou subordinada na organização dos Estados Unidos, e independentemente de sua funções possuírem caráter interno ou internacional. (HAIA, CIJ, *Application*, 1999, parágrafo 15.4, tradução livre).

⁴³ No parágrafo 77.: “The Court notes that Article 36, paragraph 1 (b), spells out the obligations the receiving State has towards the detained person and the sending State”.

⁴⁴ De acordo com Young uma espécie de preclusão, que inviabiliza a argüição de um direito federal na apelação, quando não demandado em primeira instância, como fundamento do pedido de *Habas Corpus*.

Apesar da decisão da CIJ determinar que, de fato, os EUA haviam violado o DIP (HAIA, CIJ, Judgement, 2001)⁴⁵ e que, como uma medida para remediar essas violações, deveriam “permitir a revisão e a consideração dos casos pelas cortes domésticas” (HAIA, CIJ, Judgement, 2001, p.524-516), o caso Avena (HAIA, CIJ, 2003) demonstra que as Cortes norte-americanas não, apenas, se recusam a afastar a norma processual para fazer cumprir o direito internacional, como não reconhecem a aplicabilidade das decisões da corte internacional. Após a decisão da CIJ sobre o caso, o Presidente dos Estados Unidos, George Bush, em um memorando declarou que os Estados Unidos iriam *cumprir com suas obrigações internacionais* reconhecidas no caso Avena “fazendo com que as cortes dêem efeito à decisão” (US, SCUS, No. 06-984, 2008, p.1) e ordenou que as cortes americanas revissem as decisões em relação a 49 mexicanos que estavam sob pena de morte. Em *Medellin v Texas* (US, SCUS, No. 06-984, 2008), em que um desses casos foi apreciado, a Corte Suprema americana determinou que a sentença proferida pela CIJ e o memorando presidencial não possuíam status de lei federal, ausente em ambos, portanto, a autoridade constitucional para afastar a aplicação das leis processuais nacionais que impediam a aplicação do Artigo 36 da Convenção. *Medellin* foi executado, a despeito do reconhecimento de que a sentença representava uma violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado Unidos (DENZA, 2010, p. 414-415).

As normas verticais, ainda que geradas pela decisão de uma organização internacional ou mesmo pelas sentenças de órgão judiciais internacionais - criados para garantir o cumprimento de normas internacionais - também necessitarão de mecanismos que às apliquem, caso necessário, no âmbito interno. Internacionalmente, há a previsão do Artigo 94 da Carta da ONU, estabelecendo a possibilidade de medidas pelo Conselho de Segurança (CS) da ONU para garantir a conformação do Estado com a decisão da CIJ; contudo, essa regra parece ter caído em desuso (SHANY, 2009, p.85). A Corte Européia de Direito Humanos, que possuía longa tradição de dar apoio ao cumprimento voluntário das sentenças, apresenta, em relação às sentenças que determinam compensações financeiras, um percentual de menos de 60% de casos em que o pagamento tenha sido realizado dentro do prazo estipulado na decisão (SHANY, 2009, p.85). O nível nacional, dessa forma, apresenta-se como uma potencial força complementar dos mecanismos internacionais de garantia do cumprimento.

⁴⁵ No julgamento do caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos da América), na página 492, parágrafo 74 a CIJ determina: “É suficiente que a Convenção confere esses direito e que a Alemanha e os LaGrand foram, de fato, privados pela violação dos Estados Unidos de exercê-lo, caso desejassem.” (tradução livre).

Conclui-se, a partir dos casos analisados, que o comportamento das cortes nacionais foi decisivo para que o direito internacional fosse violado. A noção de que o executivo é o único poder interno que influencia os resultados internacionais resta insustentável. A previsão de relações verticais pelas normas nacionais insere o judiciário definitivamente no quadro de mecanismo para a garantia do cumprimento do DIP. Não há usurpação de competências; esta é, apenas, uma consequência da expansão do direito internacional para dentro das fronteiras nacionais. O sucesso do exercício das funções do direito internacional – regulamentar relações de relevância global –, por um lado, e das cortes nacionais – garantir a harmonia do ordenamento jurídico que lhe compete – por outro, devem ser coordenadas; sob pena de ineficácia das normas internacionais e completa incoerência e “esquizofrenia” estatal – se comprometendo internacionalmente por meio do executivo, ausentes mecanismos judiciais internos que garantam o cumprimento das obrigações assumidas.

3.1.3 As cortes domésticas como mecanismo jurisdicional para a garantia do cumprimento de normas internacionais que regulamentam relações transnacionais

Normas internacionais que regulamentam a relação direta entre as pessoas de direito interno e a sociedade internacional, possuem natureza transnacional. Sempre que uma ordem se dirigir diretamente a uma pessoa privada, a garantia do seu cumprimento envolverá, necessariamente, variáveis internas e a utilização de mecanismos internacionais dependerá do reconhecimento de sua capacidade postulatória. Por se dirigem às pessoas de direito interno sem o intermédio do Estado, normas transnacionais proporcionam a esses atores um papel participativo no sistema internacional, por exemplo, quando admitem que se relacionem diretamente com instituições internacionais (ou transnacionais) (SCHAACK, 2000, p.296; KEOHANE; MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000, p. 460; BURKE-WHITE, 2004, p.969).⁴⁶

Ainda que, em alguns casos, sejam derivadas de uma relação vertical, a natureza transnacional dessas normas deriva da interação que viabilizam entre as pessoas de direito interno e a sociedade internacional. Por meio das normas transnacionais indivíduos, organizações não-governamentais e até mesmo empresas possuem acesso significativo ao sistema internacional de garantia de cumprimento, sem a necessidade do exercício da proteção

⁴⁶ Segundo Burke-White: “indivíduos e organizações não-governamentais possuem acesso indireto à CIJ por meio da submissão de comunicados ao gabinete do procurador.” (tradução livre).

diplomática que exige o apoio estatal para que decida se mobilizar a representá-lo (BURKE-WHITE, 2004, p.670). Nos EUA, Canadá e México, por exemplo, empresas podem processar seus governos diretamente em um tribunal arbitral internacional pela violação de um direito comercial garantido pelo NAFTA; a demanda deriva de normas verticais, mais a capacidade postulatória é atribuída por uma norma de natureza transnacional; cidadãos de membros da União Européia podem deduzir duas demandas diretamente à Corte Européia de Direitos Humanos; no Sistema Inter-Americano de Direito Humanos os cidadãos dos estados membros, apesar de não possuírem capacidade postulatória independente perante a corte, têm acesso direito ao Comitê. Na esfera criminal, Milosevic esteve sob custódia em Haia por crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio; previsões que, ao mesmo tempo, proíbem determinados comportamentos do governo frente aos seus nacionais e responsabilizam, em nome da sociedade internacional, o indivíduo que as infringiu.

Há uma distinção entre as previsões transnacionais em relação ao papel desempenhado pelas pessoas privadas na relação regulamentada. Algumas normas permitirão que participem ativamente dos mecanismos de garantia de cumprimento internacionais, concedendo-lhes acesso para que exijam a conduta de outro ator internacional. Em outros momentos, poderão ser internacionalmente responsabilizadas e condenadas por seus atos, assumindo, portanto, o pólo passivo em uma relação processual internacional. No caso em que a norma estabelecer uma ordem de comportamento imposta diretamente aos indivíduos e instituições privadas, para que seu cumprimento seja garantido é necessário que o aparato nacional esteja preparado para implementá-la - uma vez que os cidadãos respondem, a princípio, apenas a autoridade doméstica. A infração das normas supranacionais que criam obrigações para os nacionais são ditas “puníveis diretamente pelo direito internacional” (SHAW, 2003, p. 234-241); contudo, isso será possível apenas quando instituições internacionais admitirem que o indivíduo seja o pólo passivo de uma demanda ou que o judiciário nacional as aplique diretamente. (WISMER, 2006).

Como resposta aos crimes às dificuldades pragmáticas de se oprimir infrações reconhecidas como ilegais pela legislação da grande maioria dos países as nações uniram esforços e criminalizaram esses atos no nível internacional permitindo e, muitas vezes, obrigando os Estados a exercerem jurisdição sobre os suspeitos ofensores (SLAUGHTER, 2004, p.169). Recentemente muita atenção tem sido voltada para esforços no nível internacional para o estabelecimento de instituições que garantam alguma forma de responsabilização por violações dos direitos humanos. Geralmente os Estados são o pólo passivo de um processo internacional, mas os mecanismos de garantia de cumprimento

internacional têm avançam no sentido de admitirem que um indivíduo, também possa ser réu em órgãos judiciais internacionais) (KEOHANE; MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000, p.458). Esses esforços incluem a criação de tribunais penais *ad hoc*, como os criados para julgar crimes contra a humanidade cometidos na Ex-Yugoslávia e Ruanda; o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional em 1998 com ampla jurisdição; e instituições híbridas que conciliam esforços entre os mecanismos judiciais de garantia de cumprimento internacionais e nacionais.⁴⁷

As instituições internacionais, por necessidade e por estrutura, têm capacidade de apreciar apenas um número reduzido de infratores e conflitos. A jurisdição de tribunais *ad hoc* é limitada substantivamente, temporalmente e geopoliticamente (BURKE-WHITE, 2002, p. 11)⁴⁸. No caso do TPI, sua característica fundamental é a complementaridade, que prevê que o Tribunal somente será acionado quando as cortes domésticas estiverem sem condições ou não estiverem dispostas a proceder com a apreciação.⁴⁹ Em qualquer fórum, a condenação internacional será provavelmente restrita àqueles indivíduos comandando ou controlando abusos em larga escala e aos indivíduos que cometem as violações mais graves do direito internacional. Para que haja um mecanismo eficiente para o controle efetivo dos crimes transnacionais o sistema judicial doméstico precisa estar preparado para agir contra os infratores.

Cortes híbridas, estabelecidas para julgar crimes de guerra em um Estado após um conflito, indicam a crescente fusão entre os mecanismos de garantia de cumprimento do direito interno e internacional (BURKE-WHITE, 2004, p.975)⁵⁰. O título de cortes híbridas é atribuído pelo fato de que esse sistema busca mesclar elementos domésticos e internacionais, utilizando tanto juízes locais como globais e aplicando uma mistura de direito internacional e nacional (BURKE-WHITE, 2004, p.975-979). Essas cortes são em geral estabelecidas por um acordo entre o governo nacional e a ONU, que proporciona o cumprimento do direito internacional penal, enquanto permite ao governo local alguma discricção em relação ao corpo

⁴⁷ Cambodia, 1970, para julgar crimes do Kehmer Rouge.

⁴⁸ Segundo Burke-White: “Enquanto a jurisprudência dos tribunais *ad hoc* terão conseqüências profundas os tribunais em si possuem uma jurisdição tão limitada que dificilmente desempenharão um papel significativo como garantidor de futuro cumprimento.” (tradução livre).

⁴⁹ O Estatuto de Roma requere que o TPI considere o caso inadmissível quando “O caso for objeto de inquérito ou de procedimento criminal por parte de um Estado que tenha jurisdição sobre o mesmo, salvo se este não tiver vontade de levar a cabo o inquérito ou o procedimento ou, não tenha capacidade para o fazer” (Brasil, Decreto n. 4388, de 35 de setembro de 2002, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Artigo 17.1 (a).

⁵⁰ Segundo Burke-White: “Apesar dessas cortes operarem apenas dentro de um sub-ramo do direito internacional elas indicam uma crescente fusão da aplicação [*enforcement*] do direito nacional e internacional. Acima de tudo, sugerem formas pelas quais o sistema normativo internacional pode acomodar diferenças legítimas entre as escolhas nacionais dentro de um ordenamento jurídico único.” (tradução livre).

de funcionários, procedimento e até o direito aplicável.⁵¹ Eles representam um modelo eficaz, pelo qual os sistemas legais nacionais e internacionais se comunicam e influenciam reciprocamente e agem em um esforço conjunto para a garantia do cumprimento do direito internacional - o que alguns autores chamam de “governança global multinível” (*multilevel global governance*) (SLAUGHTER, Anne-Marie. 2004 p. 977)⁵².

O direito internacional frequentemente requer que os Estados que regulem as condutas fora do seu território tenham alguma conexão com a pessoa que praticou a conduta (RANDALL, 1988, p 541).

O direito internacional também reconhece, contudo, o conceito de jurisdição universal; em conformidade com o qual, algumas outras categorias de conduta podem ser reguladas por um Estado. A teoria que aqueles engajados nesta conduta estão *hostis humani generis*, ou “inimigos de toda a humanidade”, desta forma todas as nações têm interesse em puni-los. No século XIX, os Estados invocavam este conceito para justificar a regulamentação da pirataria em alto mar e, em alguma instância, o comércio de escravos. Após a Segunda Guerra Mundial, as cortes domésticas e as cortes internacionais de guerra, afirmaram a jurisdição universal sobre crimes de guerra e crimes contra a humanidade (GOLDSMITH, Jack L.; BRADLEY Curtis A, 1999, p. 2134.). Nas últimas décadas, tratados sobre outros crimes como a tortura, genocídio, tomada de reféns e seqüestro de aeronaves.

A jurisdição universal apresenta-se, portanto, como o instituto processual por meio do qual as cortes domésticas são autorizadas a punir atos específicos que crimes independentes, previstos pelo direito internacional. O exemplo clássico de crimes internacionais que colocam ao sistema internacional dificuldades para oferecer algum mecanismo de garantia de cumprimento é a pirataria; por ser um crime cometido indiscriminadamente contra cidadão de diferentes Estados é um problema imposto à sociedade internacional pela conduta de indivíduos ou organizações para-estatais. Contudo, por ser cometido em alto mar o exercício de jurisdição baseado em territorialidade ou nacionalidade inviabiliza a utilização de mecanismos jurisdicionais internos (SLAUGHTER, 2004, p.170).

⁵¹ Como exemplo: Painéis Especiais estabelecidos pela Autoridade Transitória da ONU no Timor Leste têm competência para aplicar tanto o direito do Timor Leste como os tratados aplicáveis e princípios e normas de direito internacional reconhecidos (United Nations Transitional Authority in East Timor –UNTAET - 6 de junho de 2000, UNTAET/REG/2000/15); de forma similar a Corte Especial para a Serra Leoa é competente para conhecer violações do direito humanitário internacional e o direito da Serra Leoa (Estatuto da Corte Especial para a Serra Leoa, art. 1).

⁵² De acordo com Slaughter: “Uma interpretação mais precisa vê esse tipo de cortes híbridas como parte de um sistema de governance multinível em que os níveis nacional e internacional estão mais profundamente interligados que nunca.” (tradução livre).

Freqüentemente, nos casos em que ocorre um conflito entre jurisdições, define-se o fórum competente por meio da apreciação da existência de um elo mais forte entre o ofensor e o Estado ou pela afirmação de um maior interesse em adjudicar a questão. Ao assumir o princípio da jurisdição universal o direito internacional permite, em alguns casos, o exercício da jurisdição sem qualquer vínculo aparente com o autor da conduta; mesmo quando o Estado com um fundamento mais tradicional de competência não queira processá-lo (SLAUGHTER, 2004, p.172). Tanto a Convenção sobre Tortura quanto a de Seqüestro permitem o exercício de jurisdição penal extraterritorial por cortes nacionais:

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes: Artigo 5º: 2. Cada Estado Parte tomará também as medidas necessárias para estabelecer sua jurisdição sobre tais crimes nos casos em que o suposto autor se encontre em qualquer território sob sua jurisdição e o Estado não extradite de acordo com o art. 8º para qualquer um dos Estados mencionados no parágrafo 1º do presente artigo. 3. Esta convenção não exclui qualquer jurisdição criminal exercida de acordo com o direito interno. (BRASIL, 1991).

Convenção Internacional Contra a Tomada de Reféns. Artigo 5º: 2. Todo Estado Parte deverá, igualmente, tomar as também as medidas necessárias para estabelecer a sua jurisdição sobre os crimes previstos no art.1º, caso o autor presumido do crime encontre-se em seu território, e o referido Estado não proceda à extradição do mesmo para nenhum dos Estados mencionados no parágrafo 1º do presente artigo. 3. A presente Convenção não exclui a jurisdição criminal exercida em conformidade com a respectiva legislação dos Estados Partes (BRASIL, 2000).

Ao se admitir a competência de solucionar conflitos a todos os Estados, elimina-se a necessidade de uma conexão particular com a pessoa que praticou a conduta. É a única forma de jurisdição que não requer um elo entre nenhuma parte da acusação e o Estado que procura exercer a jurisdição. A jurisdição universal é, também, única em outro aspecto: em última instancia depende das cortes nacionais para a sua aplicação. Enquanto o legislativo e o executivo interno, junto com os tribunais internacionais, contribuem para a definição e a abrangência da jurisdição universal, seu ponto final de aplicação será a corte doméstica. Serão os juízes nacionais os responsáveis por lidar com a definição da relação entre o direito internacional e o direito nacional. São eles que devem considerar o âmbito procedimental e substantivo da jurisdição universal em suas cortes. E serão eles que nos devem dizer como e quando e porque a jurisdição universal será ou não aplicada no caso concreto (SLAUGHTER, 2004. p. 168).

A possibilidade do exercício da jurisdição universal vem se concretizando em alguns casos. O mencionado caso Pinochet foi julgado pela corte britânica (House of Lords), negou-se a aplicação da imunidade jurisdicional atribuída aos Chefes de Estados ao ex-presidente chileno acusado de crimes contra a humanidade. A decisão judicial baseou-se no fato de que

os crimes contra a humanidade são oponíveis a qualquer pessoa, sob pena de tornar o direito internacional um esforço inútil. Argumentou-se, ainda que atos de tortura e seqüestro são “ilegais, por determinação do direito internacional” e “não podem ser atribuídos ao Estado para a exclusão da responsabilidade pessoal” (UK, House of Lords, 1998, p. 1333).

Sobre a importância do papel desempenhado pelas cortes domésticas ao exercerem a jurisdição universal, Yuval Shany considera que:

Quando as cortes nacionais exercem a jurisdição universal, aplicando normas derivadas de tratados internacionais, param de desempenhar seu papel ordinário de órgão de solução de conflitos nacional – provendo serviço jurisdicional para a população local - e passam a desempenhar papel comparável ao desempenhado pelas cortes internacionais – prover serviços jurisdicionais para a comunidade internacional. (SHANY, 2008, p. 17).

Apesar do potencial expansivo das competências do judiciário doméstico, juízes têm respondido a ampliação de diferentes formas e utilizado diferentes estratégias para conciliá-la com a definição de competência interna. Muitas cortes continuam insistindo em um nexo jurisdicional mais tradicional além dos requisitos da jurisdição universal, exigindo algum tipo de conexão por meio da nacionalidade ou da territorialidade. Poucos estão dispostos a ousar processar um acusado sem as conexões tradicionais (SLAUGHTER, 2004, p. 102).

Diante do exposto, conclui-se que o judiciário nacional poderá representar uma variável no nível de aplicação dos acordos internacionais (DENZA, 2010, p. 436)⁵³. Seu comportamento poderá representar tanto o cumprimento do DIP pelo Estado, quanto caracterizar sua infração. Nos casos em que aplica o direito internacional, promove a conformação de outros atores domésticos aos padrões internacionais de comportamento. Ao exercer essa função, age como um mecanismo jurisdicional de garantia do cumprimento das normas internacionais. No quadro abaixo, expõe-se, de maneira didática, as idéias apresentadas até aqui:

⁵³ Em referência a DENZA, Eileen: “Enquanto o direito internacional permanecer não-invasivo no sentido de [determinar] como deve ser aplicado e garantido seu cumprimento [*enforced*] no nível nacional, haverá variações infinitas nos sistemas nacionais.”.

RELAÇÕES REGULAMENTADAS PELO DIP E OS MECANISMOS JURISDICIONAIS DE GARANTIA DO CUMPRIMENTO DAS NORMAS INTERNACIONAIS							
RELAÇÕES REGULAMENTADAS PELO DIP			MECANISMOS JURISDICIONAIS				
Índice	Natureza		Cortes internacionais	Cortes nacionais			
1	HORIZONTAL						
1.1	Estado	Estado	<i>atos de jure imperii</i>	<i>atos de jure gestionis*</i>	VARIÁVEIS PARA A UTILIZAÇÃO DOS MECANISMOS JURISDICIONAIS		
1.2		OI	OI	<i>atos de jure imperii</i>		<i>atos de jure gestionis*</i>	
1.3	OI			<i>atos de jure imperii</i>		-	
2	VERTICAL						
2.1	Estado	Pessoa de direito interno	Indivíduos			Caso admita agentes privados como parte ou o Estado estrangeiro exerça a proteção diplomática	Sempre que o estado tiver jurisdição.
2.2			Instituições	Instituições privadas			
2.3				Instituições públicas			
2.4		Pessoa de direito interno estrangeiro	Indivíduos				
2.5			Instituições	Instituições privadas			
2.6				Instituições públicas			
3	TRANSNACIONAL						
3.1	Sociedade Internacional	Pessoa de direito interno	Indivíduos		Caso admita agentes privados como parte o Estado estrangeiro exerça a proteção diplomática.	Princípio da jurisdição universal: ainda que não estejam presentes os elementos tradicionais de jurisdição.	
3.2			Instituições	Instituições privadas			
3.3				Instituições públicas			

Tabela 2. Relações regulamentadas pelo DIP e os mecanismos jurisdicionais de garantia do cumprimento das normas internacionais

O comportamento das cortes nacionais será determinado pela equação de variáveis internas e internacionais. Por possuírem o controle exclusivo da interpretação da constituição e controlar os canais pelos quais o direito internacional é juridicamente exigível domesticamente, incluindo as decisões obrigatórias dos organismos internacionais, adquirem habilidades similares à do executivo. Poderão escolher seletivamente e eleger qual dentre os

vários conflitantes padrões normativos internacionais será aplicado dentro de suas jurisdições nacionais (BENVENISTI; DOWNS, 2009, p.940). Os juízes exercitam essa discricção de inúmeras formas: interpretando tratados, ordenando-os hierarquicamente, incorporando costumes internacionais, determinando as normas é diretamente aplicável dentro do sistema doméstico nacional e ditando como irão interagir com as normas nacionais. Thomas Frank, abrindo sua obra dedicada às decisões sobre direito internacional nas cortes domésticas, adverte para esse papel desempenhado pelas cortes domésticas:

Tratados, a fonte primária do direito internacional é parte do direito de todos os Estados. O direito internacional do costume, também, constitui uma parte da jurisprudência de cada nação. Ambos, os tratados e o direito costumeiro, poderão ser relevantes para a determinação do direito das partes em uma lide apreciada por cortes domésticas e, conseqüentemente, muito da tarefa de interpretar e implementar as normas internacionais é desempenhada pelos juízes nacionais. (FRANCK, 1996, p. 3).

A atuação desses atores deverá ser desenvolvida dentro da margem de discricionariiedade que lhes é concedida pelo ordenamento jurídico interno e pela estrutura normativa internacional. Esses constrangimentos poderão aumentar os custos de sua não conformação com o direito internacional ou reduzi-los (SLOSS, David., 2009, p. 45.).

3.2 Teorias que explicativas do comportamento do judiciário

Algumas teorias buscam explicar o comportamento do judiciário em relação ao direito internacional: teoria legalista; teoria neo-realista; teoria neo-institucionalista e a teoria da competição burocrática. Cada uma contribui para o avanço da compreensão da conduta das cortes domésticas sob um prisma particular.

Teorias legalistas partem do pressuposto que a lógica e a razão, inerentes ao sistema normativo internacional garantem a aplicação das normas do DIP. A estrutura jurídica internacional compele o cumprimento pelos atores internos. As cortes nacionais seriam convencidas pelo argumento legal da validade e da supremacia do direito internacional sobre o direito interno e a importância de sua aplicação. A ocorrência de condutas desviantes seriam erros não-intencionais gerados por erro de informação. Isto é, uma vez treinados e educados sobre o funcionamento do sistema jurídico internacional os juízes nacionais,

espontaneamente, agiriam como mecanismos de garantia de cumprimento das normas internacionais (NOLLKAEMPER, 2007, p. 760)⁵⁴.

De fato, é possível identificar uma lógica derivada do sistema jurídico internacional sobre a necessidade da conformação da conduta das cortes internas ao DIP; contudo empiricamente os juízes domésticos não se convencem sobre a necessidade de aplicarem o direito internacional simplesmente por compreendê-lo. Nem mesmo na União Européia, em que existe uma estrutura institucional exclusivamente voltada para o treinamento de juízes e o processo de aplicação dos tratados internacionais está doutrinariamente mais avançado e arraigado no cotidiano do judiciário, esse processo não se deu de forma tão automática quanto se esperaria (ALTER, 1998, p. 230)⁵⁵.

Analistas internacionais partindo da tradição realista de análise do sistema internacional, também, procuraram explicar, a partir de seus pressupostos teóricos a influência das cortes nacionais na efetividade do DIP. Para os neo-realistas o comportamento judicial é determinado pelos interesses políticos e econômicos do Estado a que pertencem. Argumenta-se que as decisões judiciais tanto no âmbito internacional como no nacional são moldadas pelo cálculo do “interesse nacional” (GARRET; KELEMEN; SCHULZ, 1998). Os governos, por meio dos atores capazes de determinarem interesse nacional, possuem ferramentas para influenciar o comportamento das cortes:

Atores políticos possuem inúmeras formas pelas quais podem alterar o limite do papel das cortes. Algumas vezes essas mudanças podem demandar uma emenda na constituição, mas frequentemente a alteração apropriada pode ser atingida mais diretamente por leis ordinárias, bem como por alteração da jurisdição da corte de uma forma que fique claro que a persistência de comportamentos indesejados resultará em mudanças mais radicais. (CASSESE, 1990, p. 213).⁵⁶

A possibilidade de retaliação pelos outros braços do governo leva as cortes preservarem o *status quo*. Uma vez que desejam preservar sua independência e legitimidade seus atos e suas decisões permaneceriam sempre em uma margem “aceitável”.

⁵⁴ De acordo com Nollkaemper: “Apesar de que muito precisar ser realizado em relação à internacionalização da cultura jurídica e o treinamento de juízes (e advogados em geral) em matéria de direito internacional”.

⁵⁵ Em referência à Alter: “Os desafios significativos e persistentes à doutrina do Tribunal Europeu pelos judiciários nacionais indica que não é apenas ignorância o que faz com que os juízes nacionais sejam reticentes em participar do procedimento pré-judicial e aceitar a jurisprudência do Tribunal Europeu.”

⁵⁶ Cassese argumenta nesse sentido: “[...] este é, precisamente, o ponto crucial: uma vez reconhecido que os agentes públicos do Estado atuam como agentes internacionais, o que importa é investigar quando e porque eles irão promover valores ‘metanacionais’ ou de longo-prazo, objetivos da comunidade (paz, direito humanos, auto-determinação dos povos, etc.) ou se irão entrar em ação exclusivamente para salvaguardar os interesses nacionais (de curto-prazo e auto-centrados).”

O paradigma realista que concebe o Estado como um ator unitário com interesse nacional dado e determinável, já que é moldado pelo sistema internacional. De fato, muitos analistas têm observado, em diferentes momentos, que a opinião pública e os setores políticos domésticos criam pressões sobre as escolhas do judiciário (SLAUGHTER; WEILER, 1998). Porém, como ficou evidente em alguns casos citados, muitos têm aplicado o direito internacional contra a política do governo;⁵⁷ além da dificuldade da constatação da percepção harmônica do interesse nacional pelos vários ramos do governo.

O fator relevante, contudo, é que ainda que as cortes nacionais permaneçam fiéis ao interesse nacional e ao direito nacional até mesmo quando aplica o direito internacional, isso não nega que ao aplicarem realizam ao mesmo tempo uma função jurisdicional internacional que afeta a efetividade do DIP (SHANY, 2008, p. 20). Principalmente com o aumento da interdependência, os incentivos para aplicar o direito internacional para promover a cooperação gera um custo de reputação elevado aos Estados que violam o direito internacional o que faz com que haja, muitas vezes, uma crescente sobreposição entre o interesse nacional e o interesse internacional.

O Neo-institucionalismo foca a análise na determinação do interesse individual dos atores nacionais para explicar o comportamento do judiciário em relação às normas internacionais. O direito internacional será aplicado pelas cortes internas pelo fato de ser capaz de criar incentivos aos juízes. O aumento do poder do judiciário por meio da aplicação do direito internacional faz com que os juízes sejam mecanismos eficazes para a garantia do cumprimento de normas internacionais (SLAUGHTER; MATLLI, 1993, p. 460). Como nem todos os atores domésticos são favorecidos pela aplicação do direito internacional, sua conduta será determinada por um cálculo de custo-benefício da aderência ao DIP.

Sob a perspectiva da política burocrática, a competição entre as próprias cortes é o grande motivador da aplicação do direito internacional pelos juízes internos. Como todo corpo burocrático a estrutura do judiciário nacional impõe constrangimentos que moldam o interesse dos atores, na medida em que atribui funções e competências distintas a cada um. Diferentes

⁵⁷ A Corte Suprema Argentina, *caso Julio Hector Simon*, 14 de junho de 2005: determinou sem efeito a lei da anistia por violar jus cogens; Corte Suprema da Nova Zelândia, *caso Zaoui v. Attorney General*, 2006: determinou que o poder do Executivo de deportar estrangeiros que representem um ameaça à segurança é limitado pela Convenção internacional Contra a Tortura e pela Convenção sobre Refugiados; Corte Federal de Toronto, Ontário – Canadá, *caso Jaballah*, 2006: regeitou a legalidade de uma “depoção por tortura” em virtude de obrigações internacionais do Estado, e caso *Canadian Council for Refugees v. Canadá*: determinou que a designação dos Estados Unidos como um “país seguro” violava as obrigações do Canadá assumidas na Convenção contra a Tortura e a Convenção sobre Refugiados. House of Lords, Reino Unido, *caso Al Jedda v. Secretary of State for Defense*, 2007: processou a revisão da política governamental utilizando o direito internacional, apesar de decidir de acordo com sua legalidade por sua legalidade

cortes agem de forma distinta em relação ao direito internacional. Esse comportamento será definido pelo modo como as normas de direito internacional favorece seu posicionamento dentro da estrutura judicial. O DIP é visto como mais um instrumento à disposição das cortes domésticas que o utilizarão para gerar vantagens na competição burocrática entre diferentes níveis do judiciário e entre o judiciário e os órgãos políticos. Nessa perspectiva, não há interesse pelos juízes de se garantir o cumprimento do direito internacional; esta poderá ser uma consequência de sua freqüente utilização para garantir um melhor posicionamento na estrutura burocrática estatal (ALTER, Karen, 1998).

O presente trabalho parte da perspectiva que nenhuma dessas abordagens é isoladamente capaz de explicar o comportamento das cortes nacionais em relação ao direito internacional. Serão consideradas as variáveis institucionais internas e internacionais sobre capacidade do judiciário exercer um papel significativo para a promoção do cumprimento e da efetiva aplicação do direito internacional. A tentativa de se identificar constrangimentos no comportamento do poder judiciário deve admitir que constrangimentos gerados pela estrutura normativa do direito internacional; pelas escolhas políticas de seus governos; pelos seus próprios interesses e pelo seu posicionamento na estrutura burocrática doméstica, todos, são intervenientes e alterarão as preferências do juiz nacional em relação ao Direito Internacional Público.

4 A ESTRUTURA INSTITUCIONAL DOMÉSTICA COMO VARIÁVEL NOS RESULTADOS INTERNACIONAIS

A influência do nível doméstico doméstica na política internacional tem sido pouco considerada pelas teorias de Relações Internacionais, uma vez que grande parte destas constrói modelos que consideram exclusivamente constrangimentos oriundos do cenário internacional (LIMA, 2000, p.269-277; MILNER, 1997; MORAVICSIK, 1993; PUTNAM, 1988). Para se atingir o objetivo deste trabalho, faz-se necessário identificar teorias que abarquem ambas as dimensões, doméstica e internacional. Neste capítulo, será realizada uma exposição dessas abordagens de maneira direcionada, com vistas a possibilitar as considerações a cerca do papel de instituições domésticas na produção da política internacional. Desse modo, busca-se viabilizar as conclusões a respeito do papel do Poder Judiciário na política externa brasileira.

4.1 Abordagens Teóricas Tradicionais

Tanto neo-realistas como neo-institucionalistas pressupõem um cenário internacional de natureza anárquica, em que os Estados são os principais atores das relações internacionais. Nessa perspectiva, os atores possuem como principal característica o fato de serem racionais e unitários (GRIECO, 1995). Teriam como único (ou principal) objetivo o desejo de sobreviver. Variações nas condições externas a eles os compelem a agir de uma forma ou de outra.

Essas teorias buscam explicar porque Estados posicionados de maneira similar no cenário internacional agem de forma semelhante, apesar de suas diferenças internas. A explicação do comportamento dos Estados é encontrada no nível internacional e não no nacional (WALTZ, 1996, p.54-55).

A consequência de maior relevância destes pressupostos para o presente estudo são as conclusões acerca da estrutura doméstica que se extrai a partir deles. A premissa do Estado unitário determina uma estrutura doméstica hierárquica, na qual os tomadores de decisões estariam no ápice da “pirâmide” e, portanto, gozariam de grande independência para conduzir suas ações no cenário internacional. Sendo assim, o sistema político doméstico é considerado

centralizado e hierárquico, cujas relações obedecem à lógica de superioridade e subordinação. Já ao sistema internacional é atribuída uma organização descentralizada e anárquica - por ser composto de atores (Estados) formalmente iguais e que, por conseguinte, manteriam relações de coordenação (WALTZ, 1979). Este tipo de abordagem considera os atributos domésticos como dados, equiparando as capacidades dos Estados de mobilizarem seus recursos e suas instituições. O processo de tomada de decisões se mantém constante (MORAVICSIK, 1993). Smith adverte nesse sentido:

Das três principais maneiras identificáveis de se pensar as relações internacionais fora da perspectiva behaviorista (idealismo, realismo e abordagens sobre a sociedade internacional), nenhuma tem como foco a análise do processo de tomada de decisão. Cada uma tem uma explicação mais parcimoniosa dos eventos internacionais, uma [explicação] que considera a tomada de decisão mais como determinada que determinante. Em todas as três perspectivas gerais, os determinantes críticos da política externa são encontrados na natureza do sistema político internacional (SMITH, 1986, p. 14, tradução livre).

Uma vez admitidas essas simplificações do jogo doméstico, a decisão do agente (Estado), tomador de decisão, passa a se pautar, exclusivamente, em fatores externos, podendo ele, em cada situação, inferir o “interesse nacional”, cujo conteúdo é determinado por sua interpretação da vontade nacional (LIMA, 2000, p.272). Neste caso, os Estados apresentariam preferências estáveis - variáveis constantes - sobre os resultados (*outcomes*) esperados de uma negociação internacional. É possível prever, portanto, que ao se depararem com as mesmas condições externas tenderiam a fazer escolhas similares (MORAVICSIK, 1993, p.5).

Teorias clássicas, realizadas a partir da premissa do ator unitário, trouxeram enorme contribuição não só para a análise do cenário internacional como, também, para a própria consagração da disciplina de Relações Internacionais (LIMA, 2000, p.269). No entanto, faz-se necessário admitir que nem sempre é possível atribuir a fatores externos as causas do comportamento dos Estados. Estas podem, e muitas vezes o são, função de aspectos domésticos (MILNER, 1997, p.4). Teorias sobre política internacional são capazes de explicar a ação dos atores (Estados) somente quando pressões externas dominam a capacidade de mobilizar recursos internos (*internal disposition*) (WALTZ, 1996, p. 57).

Para que seja possível considerar novas variáveis na análise de fenômenos internacionais a premissa da “unitariedade” do Estado deve ser relativizada. Para isso, é proposto, aqui, “[...] abrir a “caixa preta” do Estado para examinar as várias unidades que compõem o aparato de tomada de decisões” (LIGHT, 1994, p.93, tradução livre).

As tentativas de explicar os resultados de negociações internacionais muitas vezes são frustradas devido à complexidade dos processos de planejamento e implementação, que são frutos da estrutura organizacional e social interna. Nesse sentido, necessitamos de um entendimento sistemático do nível doméstico para compreendermos como ele interfere nos padrões de cooperação internacional (MARTIN, 2000).

A análise da política externa é uma ferramenta que auxilia na tentativa de conciliar constrangimentos das arenas domésticas e internacionais. Parte da análise interna aos Estados, e a transporta para o nível sistêmico e procura integrar todos esses aspectos em um todo coerente (GERNER, 1995, p.17).

4.2 O Jogo de Dois Níveis

Antes de partir para a exposição dos pressupostos teóricos que admitem variáveis internas na análise da cooperação internacional, é importante ressaltar que a premissa do cenário internacional anárquico não interfere nas proposições do modelo. Pelo contrário, possibilita compreender os efeitos de condicionantes internas no processo de produção da política externa.

Contudo, a teoria sobre o jogo de dois níveis, desenvolvida de maneira pioneira por Putnam (PUTNAM, 1988), propõe uma nova abordagem acerca da organização do nível doméstico. Identifica-se, a partir dessa abordagem, uma estrutura poliárquica (MILNER, 1997, p.11)⁵⁸ - e não hierárquica. Isto porque a autoridade sobre a estrutura interna de tomada de decisões é compartilhada, mesmo que desproporcionalmente, entre os grupos políticos.

Isso torna problemática a determinação, *a priori*, de um grupo que se coloque no topo da estrutura doméstica. Dessa forma, podemos inferir que o poder desses grupos resulta, também, das particularidades do contexto institucional no qual estão inseridos; e que, as preferências dos grupos dominantes condicionarão o comportamento do Estado na arena internacional. O que se define como “interesse nacional” não mais é tratado como decorrente de condicionantes externas, mas fica subordinado a essa dinâmica interna, na qual são determinantes as preferências dos grupos de interesse e o arcabouço institucional doméstico (MILNER, 1997, p.11).

⁵⁸ Para a autora a poliarquia refere-se à divisão de poder entre grupos domésticos.

Ao se admitir que os Estados não sejam atores unitários, faz-se necessário estabelecer quais serão os atores domésticos envolvidos no processo de tomada de decisão e, portanto, responsáveis pelo seu posicionamento internacionalmente. A partir daí, deve-se analisar de que forma esses atores serão capazes de influenciar a produção da política exterior, quais constrangimentos sofrerão e como será realizado o seu cálculo na tomada de decisão.

Considera-se, todavia, que, apesar de o Estado não ser unitário e racional, estes atores domésticos o são. Essa premissa tem como objetivo permitir o estabelecimento de hipóteses teóricas e que haja previsão sobre o comportamento dos atores. Possibilita, também, que as hipóteses sejam testadas em casos empíricos e, assim, que estudos posteriores produzam novas hipóteses, a partir da relativização desses pressupostos, com maior potencial explicativo (MILNER, 1997, p.12). E ainda, e finalmente, evita que se caia em uma infinita proliferação de variáveis e se “volte” ao nível descritivo - perigo advertido por Waltz (WALTZ, 1979, p.65), retirando qualquer potencial explicativo do modelo.

A poliarquia e a idéia de que os atores internos são racionais e unitários permite que se entenda o modelo como inovador apenas pelo fato de que identifica uma nova unidade de análise do modelo. Agora, leva-se em conta não só o sistema internacional, mas, também, o sistema interno (MILNER, 1997, p.254-255).

Isto posto, é preciso identificar as unidades de análise do modelo proposto e, posteriormente, expor suas variáveis. Assim, será possível a proposta, no Capítulo 2, de inclusão de um novo ator na análise do jogo interno.

4.2.1 Atores

Apesar de não haver a categorização explícita dos atores internos por grande parte dos importantes teóricos sobre as interações entre o jogo doméstico e as negociações internacionais - como Putnam (PUTNAM, 1988, p. 435-460), e Martin (MARTIN, 2000)⁵⁹ - aqui serão aceitas as categorias identificadas por Milner (MILNER, 1997). Para a autora os atores se diferenciam em função da natureza de seus interesses. Dividem-se entre: atores políticos e atores sociais. Os primeiros têm como interesse principal a sua manutenção no

⁵⁹ Martin preocupa-se com estabelecer a influência do legislativo nos processos de cooperação internacional e como essa interação, entre o poder executivo e o poder legislativo, afeta a credibilidade dos acordos internacionais. Os grupos internos participariam de forma subsidiária, de acordo com o poder que lhes é atribuído pelo legislativo.

poder e por isso suas ações são realizadas tendo em vista as preferências dos grupos que lhes dão suporte eleitoral (MILNER, 1997, p. 100; LIMA, 2000, p. 280.)⁶⁰. Identificam-se dois atores políticos: o executivo e legislativo. Os atores sociais, por sua vez, têm por objetivo a busca pela maximização de seus rendimentos (*incomes*) e, por essa razão, serão mais favoráveis àquelas políticas que lhes pareçam mais rentáveis.

A capacidade de influência desses atores pode, muitas vezes, não coincidir diretamente com sua capacidade de ação, uma vez que se referem a competências distintas. O ator pode interferir no processo sem ter, necessariamente, capacidade de agir diretamente nele. Pode-se determinar que um ator tenha influência sobre o processo quando possui o poder de conformar a ação dos atores diretamente envolvidos nele. Os mecanismos de conformação da ação de atores tornam-se, portanto, elemento fundamental para a análise.

Como mencionado anteriormente, os interesses dos atores são representados por seus objetivos fundamentais – sendo o interesse dos atores políticos: se manterem no poder e dos atores sociais: a maximização de seus rendimentos - e, portanto, não variam entre a mesma espécie de ator. No entanto, suas preferências são condicionadas pelo contexto em que os atores estão inseridos. Assim, podem variar de acordo com o assunto em questão (*issue*). Desta forma, interesses e preferências não se confundem. Preferências se referem às escolhas políticas adotadas pelos atores, que melhor atendam seus interesses. Preferências são variáveis de acordo com a situação, ao passo que interesses são menos suscetíveis de modificação (MILNER, 1997).

Sem se estabelecer os conceitos de interesse e preferência, difícil seria compreender posicionamentos diferentes entre a mesma espécie de atores, já que possuem interesses semelhantes. É a análise sobre as preferências dos atores que nos permite compreender que, em um determinado contexto, a adoção de uma política específica pode representar impactos distintos sobre o grupo que os apóia.

Uma vez identificados os atores, realizar-se-á a análise de cada uma das espécies de atores envolvidos no processo de produção de política externa. Esse processo compreende as fases de negociação, ratificação, implementação, aplicação e avaliação. A atuação dos atores poderá ser direta ou indireta em cada uma dessas fases.

⁶⁰ Apesar de tratar mais especificamente de governos organizados de forma democrática, o modelo apresentado é aplicável, até mesmo, a governos autoritários. Líderes autocráticos, também, dependem do apoio de grupos para manterem sua posição e o poder de fazer políticas. Da mesma forma, o modelo aplica-se a qualquer sistema de governo adotado: parlamentarista ou presidencialista. Alteram-se as instituições e, como previsto no modelo, a alocação de poder entre os atores é distinta.

4.2.1.1 Atores políticos

4.2.1.1.1 Executivo

O termo “executivo” engloba tanto os Chefes de Governo e Estado quanto o aparato burocrático a eles vinculado. Embora se admita que possa haver discrepância entre as preferências dos componentes do executivo, considera-se este um ator unitário. Apesar de possuir uma composição complexa, o executivo age como se fosse um ator unitário, pois considera-se a decisão do membro que decidiu sobre a adoção de determinada política - na maioria das vezes, cabe ao chefe do executivo a decisão final sobre o seu posicionamento. (MILNER, 1997, p.34; PUTNAM, 1998, p.432). Também é considerado um ator racional, pois visa maximizar sua utilidade o que, a princípio, só será possível por meio de sua manutenção no cargo (reeleição).

O executivo, via de regra, é o único ator doméstico que atua diretamente em ambas as arenas; se insere tanto na barganha internacional como no jogo de preferências interno. É o elo formal ente o nível doméstico e o internacional (PUTNAM, 1998, 456). Em virtude disso, adquire prerrogativas particulares, ora favorecendo seu posicionamento, ora limitando seu escopo de ação.

Por um lado, adquire posicionamento privilegiado no jogo nos dois níveis. Internamente, possui o poder de veto *ex ante* sobre assuntos. Decide sobre as questões que entrarão ou não na pauta das negociações internacionais, sem submeter, a princípio, às considerações e preferências de outras instituições domésticas. Além disso, pode decidir se empenhar mais em acordos que terão repercussões eleitorais que lhes serão mais favoráveis. Internacionalmente, podem utilizar como instrumento de barganha possíveis dificuldades ou impedimentos no processo de ratificação e manipular interesses dos atores internos para legitimar seu posicionamento, já que não possuem ação direta na etapa de negociação internacional. Impõe-se aos demais atores a possibilidade de controle *ex post*, após a negociação internacional, com custos de deserção muito maiores.

Por outro lado, o executivo sofre constrangimentos diretos de ambos os níveis sobre suas ações. A discricionariedade do executivo é limitada pelos constrangimentos decorrentes das duas arenas, interna e externa, porquanto a perseguição de seus interesses deve ter em

consideração a necessidade de credibilidade de suas ações na negociação internacional. Nem mesmo quando o legislativo delega expressamente suas funções ao executivo é possível falar em uma ação totalmente discricionária, uma vez que continua sofrendo influências indiretas provindas das preferências do legislativo (MARTIN, 2000, p.21-23) e de sua base eleitoral.

A rejeição interna de um acordo celebrado internacionalmente pode gerar custos altíssimos de credibilidade para o governo frente outros atores no nível internacional. Por esse motivo, quando em negociações internacionais, o executivo não pode se alienar das preferências de outros atores, na medida em que deverá submeter o acordo ao procedimento de ratificação. É importante mencionar que a ratificação, nesse momento (PUTNAM, 1988, p. 436)⁶¹, deve ser entendida como qualquer processo decisório, formal ou informal, pelos quais atores domésticos manifestam seu consentimento em relação ao acordo internacional. Desta forma, o negociador deve antecipar as reações dos grupos internos diante de determinada política para, assim, evitar as conseqüências negativas de uma rejeição posterior à sua celebração.

O executivo, para manter-se no poder, deve, ainda, ter como objetivo manter a economia saudável e não se indispor com sua base eleitoral. Obter bons resultados no campo econômico deve ser uma de suas principais preocupações e seu maior desafio, já que está sujeito à opinião pública, para a qual este é o principal indicador de desempenho de um bom governo. Um bom governo tem maiores chances de se manter no poder. Deve, também, procurar não contrariar o interesse dos grupos de apoio, que são sua base de sustentação eleitoral. Esse suporte é dado por exercerem influência, seja direta ou indiretamente, sobre os eleitores ou ao contribuírem financeiramente para suas campanhas eleitorais (MILNER, 1997, p.34-35).

O executivo é um importante ator interno, no entanto não é o único de natureza política. O legislativo, mesmo não atuando diretamente na fase de negociação internacional, poderá exercer influência indireta nesta fase. Ainda, poderá atuar diretamente no processo de produção de política externa, já que, na grande maioria dos casos, é responsável pela ratificação de acordos internacionais e, em larga medida, pela implementação de políticas acordadas internacionalmente. Deve-se analisar de que forma exercerá essa influência.

⁶¹ Putnam expõe o conceito amplo de ratificação: “‘Ratificação’ pode exigir um procedimento de votação formal no nível II [doméstico] [...], mas uso esse termo genericamente para me referir a qualquer processo decisório no nível II que seja necessário para endossar ou implementar um acordo do nível I [internacional], seja ele formal ou informal.” (tradução livre). Quando, no capítulo 5, estivermos tratando do processo de incorporação de tratados, o termo “ratificação” assumirá seu sentido estrito, qual seja, a última etapa da fase internacional de celebração de tratados, que deve ser realizada exclusivamente pelo executivo e, somente, depois de referendado o conteúdo do acordo pelo poder legislativo.

4.2.1.1.2 Legislativo

O legislativo tem ganhado maior atenção por parte dos autores de Relações Internacionais que têm discutido sua importância como um ator na produção de política externa. O trabalho de Lisa Martin será utilizado com o principal referencial teórico para a identificação do legislativo como ator em nossa análise. O objetivo será de discutir o nível de influência que o legislativo é capaz de exercer na formulação da política externa e quais são suas implicações para a cooperação internacional (MARTIN, 2000, p.5-6).

Esse ator também será considerado unitário e racional. Milner assume a dificuldade de se estabelecer essas premissas, mas propõe a abstração das complexidades de circunstâncias particulares. A autora argumenta sobre essa simplificação:

O que queremos saber é se o legislativo votará a favor de um acordo internacional proposto pelo executivo. Assim, o foco é no legislador médio. O membro do legislativo que deposita o voto decisivo sobre o acordo internacional torna-se o ator que representa o legislativo “unitário”. (MILNER, 1997, p.35, tradução nossa).

Dessa forma, a influência legislativa será determinada a partir do “posicionamento final” da organização, no que se refere à formulação de políticas (MARTIN, 2000, MILNER, 1997, PUTNAM, 1988). Sua racionalidade, assim como no caso do executivo, será derivada de sua busca de maximização de sua utilidade, derivada de sua manutenção no cargo (reeleição) (MILNER, 1997, p.35).

Por possuir natureza política, seu interesse se assemelha ao do executivo, qual seja, a manutenção no poder. A distinção entre executivo e legislativo deve ser feita, portanto, com base na divisão de poderes proposta por Montesquieu (MONTESQUIEU, 1979, p.148-149)⁶². Isto porque, dependendo do modelo institucional interno, ou mesmo internacional, os poderes legislativos de produção de legislação (formulação de políticas) - determinar a agenda, propor emendas, ratificar ou vetar, usar referendos e receber “pagamentos paralelos”

⁶² Segundo Montesquieu O legislativo é o órgão responsável, a princípio, pela formulação das leis. “Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado das leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas.”

(*side payments*) - podem ser alocados de maneira diferente entre o Poder Executivo e o Legislativo (MILNER, 1997, p.99).

Mesmo não atuando diretamente na negociação internacional esse ator detém mecanismos de controle e capacidade de influenciar o resultado. Para ele será, também, importante a constante preocupação com a opinião pública e com as preferências dos grupos de interesse que o apóiam.

Indiretamente, o legislativo pode dificultar a mobilização de recursos na fase de implementação de uma política ou impedir a operacionalização das mesmas, omitindo-se na tomada de medida, que a viabilizariam. De outra forma, durante a fase de negociação, pode modificar o direcionamento dos acordos no sentido de atender a suas demandas, se o executivo antecipar a possibilidade de rejeição doméstica. Através da antecipação de reações (*anticipated reactions*) por parte do executivo, o legislativo consegue influenciar indiretamente na tomada de decisão quando da negociação (MARTIN, 2000, p.41-46; MILNER, 1997, p.61)

A utilização desses mecanismos indiretos muitas vezes favorece o legislativo, que pode fazer a opção de delegar a corpos especializados tarefas sobre questões que não seja capaz de vislumbrar ou controlar os impactos. A complexidade e a incerteza estão diretamente relacionadas com a credibilidade da participação desse ator no processo (MARTIN, 2000, p. 26-36). Sua ação pode se mostrar ineficiente na medida em que adotada sem a devida avaliação de seus impactos. Para evitar esse tipo de situação, criam-se mecanismos de delegação pelos quais se institucionaliza a participação de outros grupos, para que manifestem seu posicionamento perante as demandas colocadas.

Esse mecanismo é utilizado, também, em casos de formulação de políticas chaves, centrais para o desenvolvimento do Estado. Nesses casos cria-se um órgão independente para se delegar a competência de formulação dessas políticas, uma vez que, na maioria dos casos, não há como assegurar a observância, no longo prazo, dos interesses de grupos eleitos.

Os atores políticos têm recebido maior atenção nas análises da política externa. Contudo, identifica-se outra classe de atores de natureza distinta que, também, são capazes de interferir no resultado do processo de produção de política exterior.

Por gerarem efeitos distributivos, políticas afetam a capacidade de certos grupos internos de maximizarem seus rendimentos. Os atores sociais e suas possibilidades de atuação serão objeto das considerações que se seguem.

4.2.1.2 Atores sociais

4.2.1.2.1 Grupos de interesse

Seguindo na perspectiva proposta no trabalho de Milner (MILNER, 1997), os grupos de interesse têm como principal objetivo a maximização de seus rendimentos. Esses rendimentos podem ser de qualquer natureza – lucros, incentivos fiscais, entre outros (MILNER, 1997, p.36-37). Da mesma forma com que foram abordados os atores políticos, os atores sociais, também, são considerados atores unitários (MILNER, 1997, p. 37, tradução livre)⁶³.

Apesar de não estarem inseridos diretamente no jogo eleitoral, a manutenção no poder de atores políticos que atuem de forma a garantir seus interesses torna-se elemento de fundamental importância para que os grupos de interesse atinjam seus objetivos (MILNER, 1997, p.37). A capacidade de fazer alianças com grupos políticos e constituir base de financiamento de campanhas é fundamental para que consigam influenciar atores políticos para que considerem suas preferências quando da adoção de determinado curso de ação. Maria Izabel trata do processo pelo qual os grupos sociais buscam interferir no processo:

[...] não é direto o processo pelo qual as preferências dos grupos de interesse se transplantam para a arena internacional. Muitos estudos (KATZENSTEIN, 1976; WEIR; SKOCPOL, 1985; IKENBERRY, 1988; RISEN-KEPEN, 1995; KEOHANE; MILNER, 1996; MILNER, 1997.)⁶⁴ têm enfatizado a relevância de se considerarem instituições e estruturas políticas domésticas como elementos que intermedeiam o resultado da tomada de decisão e as pressões dos grupos de interesse [...]. (CARVALHO, 2003, p.366).

Sua relação com atores políticos não se esgota aí. Como apresentado anteriormente, atores políticos enfrentam problemas referentes à complexidade e falta de informação precisa e confiável a respeito de determinadas questões a eles colocadas. Os grupos de interesse podem atuar no sentido de suprir com informações atores políticos, desempenhando papel crucial, diretamente no processo de tomada de decisão (CARVALHO, 2003, p.367-368; MILNER, 1997, p. 92-98; STEINERT, 2000, p.446).

⁶³ De acordo com Milner “Cada grupo de interesse age como uma unidade, refletindo as preferências do membro médio”.

Diante do exposto, entende-se que a atuação desses atores está condicionada ao impacto da adoção de determinada política sobre eles. Destarte, podem atuar como apoiadores ou opositores, dependendo da capacidade da ação de maximizar, ou minimizar, seus rendimentos.

A partir da identificação dos atores e suas respectivas naturezas, prerrogativas e possibilidades de atuação, podemos inferir as preferências dos agentes envolvidos na formulação de uma determinada política. A interação estratégica entre as preferências do executivo, do legislativo e dos grupos de interesse, em um contexto específico de instituições políticas determina a probabilidade e os termos de um acordo internacional (MILNER, 1997, p 99).

Diante do exposto, deve-se realizar uma análise sobre as variáveis do modelo, quais sejam, i) a *estrutura de preferências doméstica*: de que forma a diferença, de preferências sobre políticas, entre os atores domésticos, que dividem o poder internamente, afeta a produção da política externa (MILNER, 1997, p.16); ii) *instituições*: determinam como é alocado o poder de tomada de decisões entre os atores (MILNER, 1997, p.18); iii) *informação*: possuir informações desconhecidas pelos outros atores promove ineficiências e vantagens políticas (MILNER, 1997, p.20). A próxima seção visa caracterizar de maneira mais clara cada uma dessas variáveis.

4.2.2 Variáveis

4.2.2.1 Estrutura de preferências domésticas

A principal proposição teórica do modelo do jogo de dois níveis é que os resultados de acordos internacionais criam ganhadores e perdedores na arena doméstica podendo, pois produzir efeitos distributivos domesticamente (LIMA, 2000, p.276; MILNER, 1997, p. 9; PUTNAM, 1988, p.430) A admissão do jogo interno na análise da política internacional traz novidades, para as quais nos alerta Lima:

A novidade do jogo de dois níveis não é apenas introduzir a causalidade doméstica na explicação de resultados internacionais, mas apontar para a necessidade de ratificação interna de compromissos internacionais, quando envolvem questões

distributivas no plano doméstico, gerando custos internos que levam à mobilização dos atores afetados, positiva e negativamente, o que empurra para a esfera pública a discussão de política internacional (LIMA, 2000, p. 276)

A possibilidade e os termos dos acordos internacionais restam condicionados pelo embate entre essas forças domésticas - algumas em sentido favorável e outras em sentido contrário. Destarte, faz-se necessário identificar as preferências dos atores domésticos envolvidos - de natureza política e social, como classificados na seção anterior - para indicarmos seu posicionamento no jogo doméstico.

4.2.2.1.1 Preferências dos atores políticos

Os atores políticos, como definido anteriormente, possuem o interesse de se manterem no poder. Assim, suas preferências serão definidas de acordo com suas preocupações eleitorais. Optarão pela política (doméstica ou internacional) ⁶⁵ que lhes pareça mais favorável e que contribua no sentido de atingirem esse objetivo.

A opção por uma política internacional está condicionada a dois fatores: i) o grau de abertura econômica: indicada pelo nível de integração com o resto do mundo e; ii) o tipo de externalidades geradas por determinada escolha política: impacto que a ação de um agente externo tem sobre o ambiente doméstico (MILNER, 1997, p. 43). Quanto maior o grau de abertura econômica, maior o número de situações nas quais as políticas de outros Estados repercutirão domesticamente.

Os atores políticos são atores racionais e optarão pela via (doméstica ou internacional) que lhes traga menores custos. As políticas negociadas internacionalmente geram uma estrutura de custo distinta daquela gerada por políticas de natureza unilateral doméstica. Isto porque possuem diferente aparato institucional. Seus processos de ratificação, alteração ou revogação são distintos.

A escolha por políticas internacionais pode ser tomada com o objetivo de evitar possíveis problemas políticos na esfera doméstica. Políticos preocupam-se tanto com o bem estar geral (saúde econômica do país) quanto com seus interesses específicos (manutenção no poder). Alguns grupos possuem poder suficiente para impedir a adoção de determinada

⁶⁵ Nesse sentido ver MILNER, 1997, p. 43: “Uma política envolvendo cooperação com outros países poderia não ser a mais eficiente economicamente; uma política doméstica unilateral poderia ser mais eficiente, porém menos benéfica eleitoralmente para os líderes políticos”. (tradução livre).

política unilateral doméstica pelos líderes políticos - mesmo que, a princípio, façam parte de sua base eleitoral. Atores políticos podem se utilizar da cooperação internacional para superar essa oposição e possibilitar a adoção de políticas que, de outra forma, seriam inviáveis (MILNER, 1997, p.45).

Os custos políticos da escolha pela cooperação internacional são de duas ordens: i) custos decorrentes das conseqüências distributivas geradas pela política escolhida e; ii) custos suscitados pela perda do controle unilateral sobre o instrumento de política. Em alguns casos acordos internacionais podem gerar custos muito altos, por isso não haverá demanda por cooperação (MILNER, 1997, p. 46).

Isto posto, os atores políticos devem ter em mente três condicionantes ao realizarem o cálculo dos custos da cooperação: os benefícios de se realizar uma política unilateralmente; os custos gerados pela adoção unilateral da política por outro Estado; e possíveis retaliações pela ação desempenhada unilateralmente (MILNER, 1997, p.49).

Esse cálculo varia, ainda, em relação à área em questão, ou seja, de acordo com a natureza do problema (*issue area*) a ser solucionado. Na área comercial, por exemplo, em função dos graves efeitos das externalidades geradas, a opção por cooperação torna-se a de mais baixos custos. Contudo, se internamente a ação unilateral **de** gerar ganhos, a cooperação internacional somente se mostrará razoável se houver grande possibilidade de retaliação.

4.2.2.1.2 Preferências dos atores sociais

Atores sociais buscam maximizar seus rendimentos e irão favorecer a adoção de políticas que lhes beneficiem nesse sentido; posicionar-se-ão de maneira contrária àquelas que implicarem maiores custos. O posicionamento dos grupos de interesse irá variar de acordo com a matéria discutida, de acordo com a área em questão (*issue area*), pois algumas áreas afetam diretamente seus rendimentos e outras não.

Como discutido anteriormente, a atuação desses atores pode ser através do financiamento de campanhas ou pela provisão de informações aos atores políticos quando da formulação de políticas. Na prática, líderes políticos poderão considerar as preferências dos atores sociais por saberem que suas ações serão “votadas”, isto é, deverão ser ratificadas, aprovadas. Para evitar eventuais problemas eleitorais, antecipam as reações de grupos que os sustentam no poder. Nesse sentido, Milner esclarece que “Os políticos desejam manter seus

cargos [...]. Por isso antecipam a reação dos grupos sociais e evitam políticas que os coloquem em problemas eleitorais.” (MILNER, 1997, p.61, tradução nossa).

Diante do exposto, concluímos que a estrutura doméstica de preferências é uma variável independente formada pela barganha política entre os atores políticos e sociais. Estão a ela condicionadas tanto a possibilidade como os termos de acordos internacionais, sendo ambas dependentes.

Atores que possuem maior poder sobre a barganha política doméstica serão, portanto, favorecidos no processo de produção de política externa. Analisar-se-á, a seguir, como um ator pode exercer maior ou menor influência nesse processo e o papel das instituições envolvidas no jogo doméstico.

4.2.2.2 Instituições

A partir da discussão anterior sobre a influência da estrutura de preferências domésticas sobre a tomada de decisão no cenário internacional, serão agora a considerados constrangimentos gerados por instituições políticas no jogo doméstico. Analisar-se-á a capacidade destas instituições de alterarem o cálculo dos atores e atribuir maior ou menor poder a eles.

Entende-se por instituições “constrangimentos ou regras socialmente aceitas que moldam as interações humanas” (MILNER, 1997, p.18, tradução livre). Independentemente de possuírem natureza formal ou não, reproduzem padrões de comportamento, de conduta. Por atuarem como instrumento capaz de mobilizar “bias” em favor de certos atores, “determinam como o poder sobre o processo de tomada de decisões é alocado entre os atores nacionais” (MILNER, 1997, p.99, tradução livre).

As instituições são capazes de alterar a estrutura de preferências domésticas e, por isso, conseguem interferir no processo da produção de política externa. Possuem essa prerrogativa, pois determinam a distribuição do poder decisório entre os atores internos. Desta forma podem inserir ou privilegiar determinadas preferências no processo. Conclui-se, assim, que a relação institucional entre os poderes do Estado, nas democracias, é instrumento relevante para a compreensão da barganha doméstica e sua influência no jogo internacional (MILNER, 1997, p.99).

O desenho institucional é estrutural, pois, na maioria dos casos, emanado da constituição, ou seja, determinado pelo ordenamento jurídico como a própria estrutura de funcionamento do Estado. Essas prerrogativas fundamentais estabelecem os parâmetros pelos quais se dá a interação entre os poderes. Assim, essa estrutura determinará a capacidade de cada ator político de: controlar a agenda, propor emendas, ratificar ou vetar, propor referendos e de oferecer “pagamentos paralelos” (*side payments*). Deve-se, portanto, analisar os efeitos do exercício de cada um desses poderes.

Controlar a agenda refere-se ao poder de escolher as questões (*issues*) a serem discutidas. Permite que o ator exerça uma espécie de veto *ex ante*, isto é, privilegiem alguns assuntos em detrimento dos outros, o que poderá influenciar decisivamente no resultado da negociação (PUTNAM, 1988, p. 457). Possibilita ao ator determinar os próprios termos do debate - ensejando a incidência de arcabouços institucionais distintos-, bem como de colocar em pauta, definir, classificar os problemas e propor soluções (MILNER, 1997, p.102).

O poder de propor emendas disponibiliza ao ator um importante mecanismo de conformação dos termos do acordo a suas preferências. No entanto, a utilização dessa ferramenta apresenta-se reduzida, uma vez que a posterior alteração de acordos celebrados internacionalmente por procedimentos internos implica a rediscussão destes. Essa interferência pode comprometer a cooperação ou tornar a modificação muito custosa para os agentes (PUTNAM, 1988, p.437; MILNER, 1997, p.105).

Como já discutido, a ratificação (ou veto) é entendida como qualquer procedimento, formal ou informal, pelo qual os atores domésticos manifestam seu posicionamento favorável ou desfavorável em relação à adoção de determinada política (PUTNAM, 1988, p. 436; MILNER, 1997, p. 106). Normalmente, esse poder é conferido ao legislativo, uma vez que acordos internacionais têm importantes repercussões sobre o ordenamento jurídico interno.

Esse mecanismo influencia no resultado da negociação, pois é um poder significativo de conformação de políticas a partir da antecipação de reações. Isso quer dizer que o executivo atua internacionalmente vislumbrando sempre a possibilidade de rejeição do acordo por parte do legislativo. E, como analisado anteriormente, essa rejeição acarreta custos de credibilidade ao próprio executivo.

Nesse sentido, podemos inferir que o poder de ratificação afeta tanto os termos dos acordos internacionais quanto a própria decisão sobre iniciar ou não uma negociação internacional. “O executivo decide se e como negociar internacionalmente sempre tendo em mente o processo de ratificação.” (MILNER, 1997, p. 107, tradução livre).

Referendos são votos da opinião pública, aprovando ou rejeitando uma política proposta pelo governo. Eles podem representar um poder que possibilita ao executivo diminuir a interferência do legislativo (MILNER, 1997, p.109) ⁶⁶. Pode-se conseguir aprovação de propostas mesmo que o legislativo se mostre contrário a elas.

O poder de propor referendos pode, ainda, aumentar o nível de influência indireta de atores sociais, já que atuam diretamente junto à formação da opinião pública. O proponente utilizará esse mecanismo em casos em que haja maiores chances de uma resposta positiva. Esse mecanismo gera poucos custos aos agentes, uma vez que a população pode se manifestar apenas a favor ou contra, e não há possibilidades de se modificar as disposições dos temas que lhes são submetidos (MILNER, 1997, p.109).

A proposição de ganhos secundários abrange tanto ganhos legais como ilegais; implícitos ou explícitos. Pode ocorrer sob a forma de promessas, de oferecimento de propina, ou mesmo de ameaças. Fazem parte da barganha entre os agentes. Pressupõem preferências individuais distintas, de forma que um ator possa garantir, em determinado momento, a prevalência dos interesses de outro ator visando obter seu apoio em uma próxima circunstância de maior relevância para a realização de seus objetivos (MILNER, 1997, p.110-112).

A partir da análise desses poderes é possível considerar como sua utilização pelos atores pode modificar a estrutura doméstica de preferências e, portanto, a possibilidade e os termos dos acordos internacionais.

Diante do exposto, conclui-se que as instituições são capazes de privilegiar alguns atores em detrimento de outros (MILNER, 1997, p. 122) ⁶⁷, de maneira que atuam sobre a estrutura de preferências e, conseqüentemente, determinam o resultado do processo de produção de políticas. Por esse motivo, atores terão preferências, também, sobre arranjos institucionais que lhes confirmam maior poder sobre o processo. Nesse sentido, para se compreender como as instituições interferem no resultado, devem ser analisadas conjuntamente com as preferências, uma vez que são condicionadas por estas.

Além dos da estrutura de preferências e das instituições a obtenção de informação pode alterar de maneira expressiva o jogo doméstico. Informações assimétricas ou incompletas levam a incertezas que geram resultados sub-ótimos. “Informação é poder; logo,

⁶⁶ De acordo com Milner : em sistemas constitucionais que possibilita a proposição de referendo por outros atores, que não o executivo, ambos, executivo e legislativo, podem se ver enfraquecidos

⁶⁷ Em concordância com Milner : por esse motivo, não é problemática a aplicação do modelo seja em regimes parlamentaristas ou presidencialistas. Por possuírem instituições diferentes, a alocação do poder entre os atores políticos, também, se dá de forma distinta. Assim, como proposto no modelo, não importa o regime, mas sim a distribuição de poderes resultantes de suas instituições.

atores ausentes de informação vão buscar maneiras de superar essa desvantagem política. Ao fazerem isso poderão superar as ineficiências associadas às informações incompletas”. Dessa forma, a próxima seção será dedicada à análise do papel de informações no processo de produção de política externa.

4.2.2.3 Informação

Tendo em vista a análise realizada até aqui, quando da negociação de acordos internacionais, foi traçado o seguinte cenário: atores políticos tenderão ser a favor de políticas que atendam seus interesses, sendo, em última análise, a manutenção de seus cargos; atores sociais favorecerão aquelas que maximizem seus rendimentos. O equacionamento (embate) entre os interesses desses atores internos forma a estrutura de preferências doméstica. As instituições têm participação decisiva nesse processo, na medida em que variações em sua estrutura conferem maior ou menor poder aos atores e, assim, favorecem a prevalência de determinada preferência em detrimento de outras.

A informação representa outra variável a ser considerada, uma vez que interfere de forma relevante no processo de barganha interno (STEINERT, 2000, p.450-451). Atores políticos dependem da informação sobre o possível impacto da adoção de determinada política sobre os grupos que os apóiam, já que representam sua base eleitoral. Atores sociais, ao saberem de maneira precisa a repercussão da cooperação internacional sobre seus ganhos, poderão se manifestar de maneira mais contundente no sentido de apoiá-la ou rechaçá-la (MILNER, 1997, p. 83-95; MARTIN, 2000, p. 41-46).

A participação dos grupos de pressão como provedores de informação aumenta a credibilidade dos negociadores ao celebrarem acordos internacionais, pelo que confere maior precisão no cálculo sobre a ratificação pelos atores domésticos. A antecipação de reações é o principal mecanismo influenciado pela informação. Quanto mais e melhores as informações a respeito das preferências dos grupos que os apóiam, atores políticos buscarão celebrar acordos que os favoreçam.

Portanto, a quantidade e a qualidade de informações disponíveis afetarão o cálculo e o posicionamento dos agentes. Determinará: a capacidade de antecipar reações dos atores políticos, e o grau de engajamento nas discussões por parte dos atores sociais (MILNER, 1997, p. 23).

Conclui-se, aqui, a análise dos constrangimentos de ordem doméstica. Há que se lembrar, contudo, que o modelo do jogo de dois níveis não exclui a existência de constrangimentos domésticos. Atores internos serão influenciados por variáveis oriundas da arena interna bem como por aqueles provenientes do cenário internacional. Destarte, a próxima seção tem como objetivo compreender de que forma a arena internacional poderá interferir no jogo interno.

4.2.2.4 Constrangimentos de ordem internacional

A proposta de inserir a política doméstica na análise das Relações Internacionais, não exclui, contudo, a consideração do impacto dos constrangimentos de ordem internacional. Desta forma, faz-se necessária uma análise sobre os efeitos da influência direta do ambiente institucional internacional na produção da política externa.

Os constrangimentos podem ser classificados como: constrangimentos de ordem institucional, decorrentes do ambiente internacional; e constrangimentos de ordem relacional, gerados pela relação direta entre os agentes. Seus efeitos se manifestam tanto na fase de negociação como na fase de implementação de acordos internacionais (LAGE, 2005, p.49).

4.2.2.4 .1 Constrangimentos de ordem institucional

Por representarem conjuntos institucionais distintos, a ordem interna e a ordem internacional geram diferentes padrões de comportamento. O ambiente institucional, no qual o processo se desenvolve, gera constrangimentos, na medida em que as instituições criam padrões de comportamento que condicionam a atuação dos atores ao alterarem a estrutura de custos.

Como colocado na análise do jogo doméstico, a estrutura normativa interna pode privilegiar atores ao lhes conferir maiores poderes. O mesmo ocorre no jogo internacional, uma vez que apresenta um conjunto normativo próprio, com procedimentos e sanções distintos daqueles estabelecidos internamente (LAGE, 2005, p. 50).

Podemos identificar a influência exercida pela alteração no arcabouço institucional sobre a estrutura de custos em dois momentos. Primeiro, quando da discussão acerca da adoção de uma determinada política na arena interna, os atores envolvidos no processo inclui tanto o executivo como o legislativo e os grupos de pressão. No entanto, a competência para negociar internacionalmente é exclusiva do executivo. Nesse sentido, é forçoso concluir que os grupos de apoio do poder executivo serão favorecidos em detrimento das preferências dos outros atores e à revelia destes. Por outro lado, a formulação de política na esfera doméstica, por não inserir diretamente a participação do executivo - já que essa competência é atribuída, na maioria dos casos, ao legislativo -, não o submete ao escrutínio de sua base eleitoral. Uma vez que é o responsável pela formulação de acordos internacionais, as repercussões eleitorais sofridas pelo executivo nesses casos são muito mais expressivas (LAGE, 2005, p. 51).

Os procedimentos internos para a adoção de políticas representam outro momento em que a influência dos atores domésticos na política externa pode se manifestar. Geralmente, é exigido quorum específico para adoção de políticas oriundas de acordos internacionais - distinto do exigido para a adoção de políticas domésticas.

No mesmo sentido, na fase de implementação, o descumprimento de uma política formulada internacionalmente e suas subseqüentes sanções, bem como procedimentos de modificação e extinção, se dão sob a lógica de uma ordem jurídica internacional. Destarte, o cálculo dos atores muda de acordo com essa nova estrutura de custos, distinta da estabelecida caso a política houvesse sido formulada unilateralmente, na esfera doméstica (LAGE, 2005, 51).

4.2.2.4 .2 Constrangimentos de ordem relacional

Para compreendermos a natureza desses constrangimentos precisamos reforçar a premissa de que os Estados se organizam de maneira poliárquica, isto é, não são atores unitários. Uma vez que os atores domésticos dividem o poder internamente, representantes em negociações internacionais não podem negligenciar os interesses dos outros agentes. Assim, o relacionamento entre esses atores gera constrangimentos na tomada de decisões dos negociadores (LAGE, 2005, p. 53). Os constrangimentos de ordem relacional podem ser de natureza intergovernamental ou transgovernamental.

O primeiro é gerado em virtude do relacionamento entre os negociadores. O poder a eles conferido possibilita a utilização de estratégias visando modificar a estrutura de custos a seu favor. Por exemplo, com a concessão de ganhos paralelos (*side payments*), com o objetivo de alterar o cálculo da outra parte, induzindo a adoção de uma ação distinta da inicialmente tida como razoável. Esse tipo de recurso pode ser utilizado tanto na fase de formulação como na de implementação.

Constrangimentos transgovernamentais ocorrem devido às ações oriundas de partes distintas das partes negociadores, que, no entanto, são capazes de alterar o cálculo de outros atores domésticos. O novo custo imposto aos atores domésticos altera a estrutura de custos do próprio negociador. Diante disso, o negociador estrangeiro pode agir de maneira mais eficiente se redirecionar sua ação para atores internos. Atores internos podem, ainda, buscar alianças ou infringir constrangimentos a grupos internos da outra parte e, assim, alterar o cálculo, também, do negociador estrangeiro.

Apesar do modelo de dois níveis focarem no negociador, admite, contudo, a adoção de estratégias transnacionais por parte de grupos domésticos:

Uma “aliança transnacional”, por exemplo, ocorre quando grupos domésticos em mais de um país concordam em cooperar ou trocar *assets* políticos no sentido de prevalecerem sobre outros grupos domésticos ou sobre a oposição governamental. Burocracias e outros atores estatais também podem agir como grupos de interesse e formar uma “aliança transgovernamental”. [...] Finalmente, grupos domésticos podem procurar fortalecer ou enfraquecer o apoio doméstico de um negociador (*chief executive*) estrangeiro. (MORAVICSIK, 1993, p.32, tradução nossa).

Esses recursos, também, podem ser aplicados tanto na fase de formulação como na de implementação.

Este capítulo foi dedicado à exposição dos pressupostos teóricos que serão assumidos para a análise da participação variáveis domésticas nas ações internacionais. Procura-se, a partir desse arcabouço teórico, entender a influencia do Poder Judiciário na produção da política externa brasileira (PEB). Para isso, no Capítulo 5, procura-se inserir, no modelo exposto até aqui, o judiciário como “novo” ator doméstico. Posteriormente, no Capítulo 6, essa proposição será aplicada ao arcabouço político-jurídico brasileiro.

5. DETERMINANTES INTERNAS SOBRE A CAPACIDADE DAS CORTES DOMÉSTICAS GARANTIREM O CUMPRIMENTO DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS

O modelo proposto no capítulo anterior possibilita o entendimento sobre as variáveis que determinam como os poderes, Executivo e Legislativo, bem como os grupos de interesse poderão atuar na conformação da política externa. O objetivo foi estabelecer uma base teórica sobre a qual se buscará, a partir de agora, propor a inserção do poder judiciário como novo ator no modelo.

Podemos perceber como a discussão feita até aqui está fortemente influenciada por uma concepção liberal (clássica), que coloca a política externa sob a égide exclusiva do Executivo, que gozava de plena liberdade para conduzir as relações exteriores. O único limite à sua discricionariedade era o bem público. O Poder “Federativo” (braço externo do executivo, condutor da política externa), como estabelecido por Locke, se curvaria com menor facilidade diante de leis previamente existentes e, por isso, deveria ser deixado a cargo da prudência e sabedoria daqueles que administram externamente a segurança e o interesse da sociedade. Sobre o poder federativo Locke entende que:

[...] [A] atitude adotada diante dos estrangeiros depende em grande parte de seus atos e da flutuação de seus projetos e interesses; portanto, devem ser deixados em grande parte à prudência daqueles a quem foi confiado esse poder, a fim de que eles o exerçam com o melhor de sua habilidade para o benefício da comunidade civil (LOCKE, 1994, 171-172).

Montesquieu tampouco soluciona a questão do controle dos atos de política externa, pois também a delimita como competência exclusiva do Poder Executivo. Apesar de inserir o judiciário como terceiro poder, restringe tanto sua competência como a do legislativo ao âmbito interno. Para Montesquieu, o poder executivo: “faz paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões” (MONTESQUIEU, 1979, p.148-149); enquanto o judiciário detém o poder de julgar: “pune crimes ou julga querelas dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1979, p.148-149).

Esse entendimento torna-se problemático a partir do momento em que identificamos profundas alterações no cenário internacional após a Guerra-Fria. Devido aos avanços tecnológicos e a expansão comercial promovida pela adoção de um sistema de produção

flexível, observa-se uma gradual diluição das fronteiras dos Estados. Dificultou-se o controle pelo Estado dos fluxos no interior de suas delimitações geográficas.

Por um lado, o novo modelo de produção, estabelecido pela globalização, se caracteriza pela interdependência econômica, que consiste em uma enorme volatilidade do capital; na circulação universal da produção; e na homogeneização dos produtos e de seu consumo. Por outro lado, se manifesta pela comunicação planetária, caracterizada pela formação de redes de comunicação global que provocam uma padronização cultural; bem como pela informatização global que possibilita a conformação de redes de alcance planetário (PEREIRA, 2008, p.3)

Essas redes proporcionam as condições para a mobilidade e a comunicação entre diferentes regiões geográficas. Esse cenário internacional gera uma profunda interdependência entre os Estados. Efeitos recíprocos entre países e sociedades passam a desempenhar papel determinante na própria estrutura doméstica. Dessa forma os Estados se tornaram, cada vez mais, incapazes de tomar medidas completamente independentes de constrangimentos internacionais (KEOHANE; NYE JR, 2000, p.1-12).

O adensamento das redes de interdependência (*networks of interdependence*), o aumento da velocidade institucional e da participação transnacional são resultados do adensamento do globalismo mundial. A diluição das barreiras da soberania dos Estados gera um aumento no fluxo transnacional de informação, tecnologia e pessoas. Há um aumento não só em quantidade, mas também em importância das interações transnacionais. A interdependência complexa afeta mais profundamente e em um maior número de áreas (KEOHANE; NYE JR, 2000, p.11).

Assim, a abertura das fronteiras nacionais à produção e consumo universais tornará o Estado-Nação mais suscetível às variações de acontecimentos distantes de sua base geográfica, reduzindo sua capacidade de formular e executar políticas totalmente independentes da situação externa. Quebra-se, assim, o *dogma* realista da separação entre políticas doméstica e externa. A segunda passa a ser, cada vez mais, uma extensão da primeira, ao mesmo tempo que a esfera doméstica fica cada vez mais dependente dos fluxos e refluxos do cenário internacional. (PEREIRA, 2008, p.1).

Neste cenário interdependente e globalizado, os acordos decorrentes de ações externas de um país não se restringem apenas em “fazer paz ou guerra, enviar ou receber embaixadas, estabelecer a segurança, prevenir as invasões”. Grande parte dos atos de política externa, levados a cabo pelo executivo internacionalmente, geram efeitos distributivos no âmbito

doméstico realocando insumos e redefinindo direitos⁶⁸. Atos de política externa alteram a estrutura de custo das decisões dos atores domésticos. Acordos internacionais passaram a repercutir diretamente nos direitos e deveres dos nacionais, isto é, intervêm diretamente no exercício dos direitos civis pelos atores internos, questões que anteriormente eram de competência unilateral do Estado.

Desta forma, o próprio sistema de freios e contrapesos determinado pela adoção de um sistema de divisão de poderes, como o estabelecido por Montesquieu, cria poderes intrínsecos ao poder judiciário no processo de produção de política externa. Já que cabe a ele a tutela de questões civis, e sendo estas afetadas por ações realizadas na arena internacional, deve ele ter competência para resolver sobre as mesmas. Decidir quando da aplicação de atos de política externa que interfiram no ordenamento jurídico interno. Essa competência gera, ainda, uma capacidade de influenciar, indiretamente, na formulação de política externa via antecipação de reações, já que decisões tomadas externamente por outros agentes serão submetidas à sua consideração.

Há, portanto, compatibilidade entre as propostas clássicas e o questionamento sobre o papel do poder judiciário, uma vez que o Estado se encontra inserido em uma nova lógica internacional, não prevista quando de sua elaboração. A partir delas, e de acordo com elas, propõe-se uma reavaliação do papel do judiciário na produção de política externa.

Alguns estudos nesse sentido procuram caracterizar a participação do judiciário na produção de política como um fenômeno denominado “politização do judiciário” ou “judicialização da política”.

Vianna apresenta uma definição para esses conceitos:

“Judicialização da política” e “politização da justiça” seriam expressões correlatas, que indicariam os efeitos da expansão do Poder Judiciário no processo decisório das democracias contemporâneas. Judicializar a política [...] é valer-se dos métodos típicos da decisão judicial na resolução de disputas e demandas nas arenas políticas em dois contextos. O primeiro resultaria da ampliação das áreas de atuação dos tribunais pela via do poder de revisão judicial de ações legislativas e executivas, baseado na constitucionalização de direitos e dos mecanismos de *checks and balances*. O segundo contexto, mais difuso, seria constituído pela introdução ou expansão do staff judicial ou de procedimentos judiciais no Executivo (como nos casos de tribunais e/ou juízes administrativos) e no legislativo (como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito). (VIANNA, 1999, p.17).

⁶⁸ Como discutido anteriormente, (Atores Políticos: Legislativo, p.11-12), esse efeito repercute diretamente no papel do legislativo, como órgão representativo em Estados democráticos. Este será ativado por grupos afetados que exigirão uma maior participação, ou controle, do legislativo sobre questões de política externa. Essa movimentação dos agentes sociais, a favor e contra, é chamada de politização da política externa.

A análise do termo judicialização pode gerar duas possíveis interpretações. A primeira indica um movimento de expansão do judiciário para além de suas competências. Entendido como uma “usurpação” do exercício da função judicial através da interferência em questões de caráter excessivamente político. Desta forma, as decisões judiciais acabariam sendo utilizadas para resolução de conflitos que deveriam ser resolvidos em outras esferas de poder. Ainda adverte sobre uma desproporcionalidade, que esse fenômeno pode gerar, entre poder do judiciário frente ao executivo e o legislativo, uma vez que, em alguns casos, pode ser capaz de julgar ou revogar decisões tomadas pelos demais poderes.

Por outro lado, a judicialização pode ser entendida como consequência natural (lógica) do sistema de freios e contrapesos, intrínseco ao sistema de tripartição de poderes. Diante das repercussões internas geradas por atos de política externa, o judiciário utiliza-se de mecanismos que lhes são próprios para o exercício de sua função como terceiro poder, qual seja, a jurisdição de questões internas. Esses mecanismos são, na maioria das vezes, estabelecidos pelo ordenamento jurídico do Estado.

No âmbito desse trabalho o termo será utilizado no segundo sentido. Entende-se como judicialização da política externa, portanto, a possibilidade de que decisões judiciais sobre questões internas repercutirem internacionalmente e de questões externas exercerem influência sobre a decisão do judiciário alterando a estrutura de custo dos demais atores envolvidos no processo de produção da política externa. Seja determinando o posicionamento do Brasil no cenário internacional; seja criando determinados entendimentos, ou, ainda, influenciando a ação dos negociadores, via antecipação de reações. Os mecanismos pelos quais isso será possível serão objeto de considerações posteriores.

Deve-se ressaltar, nesse sentido, que a existência de cortes ou tribunais não indica, necessariamente, que possuirão poder para influenciar em qualquer área da política (ALVAREZ 2003 p.411-115). Como será argumentado, a seguir, há uma série de variáveis que determinam a capacidade do poder judiciário de interferir nos resultados (*outcomes*) da política externa.

Isto posto, identifica-se a necessidade de se estabelecer diretrizes teóricas que insiram o judiciário como variável no modelo de análise do jogo interno, uma vez que, este será, como argumentado acima, afetado por suas ações. Primeiramente, faz-se necessário delimitar a natureza desse ator e como seus interesses determinarão suas preferências dentro da estrutura de preferências doméstica. Posteriormente, deverão ser estabelecidos os momentos do processo de produção da política externa nos quais ele será capaz de exercer influência.

Finalmente, devem ser analisadas as variáveis que determinam sua capacidade de interferir nesse processo.

5.1 Interesses do Judiciário

Primeiramente, é importante definir o judiciário como um ator racional e unitário. O judiciário será considerado um ator unitário na medida em que é representado por um juiz que profere a decisão no caso concreto. Os interesses e as preferências do juiz médio serão analisados para se identificar os interesses e as preferências do judiciário. Será considerado racional, pois suas ações terão sempre em vista a maximização de suas utilidades. Faz-se necessário, portanto, identificar seus interesses.

Nesse sentido, é importante observar que características fundamentais desse agente podem variar, assumindo peculiaridades em virtude do contexto institucional no qual esteja inserido. Essas particularidades são capazes de determinar seus interesses e definirão suas preferências.

A dificuldade em se definir, *a priori*, o interesse do judiciário gera um problema quando se busca classificar sua natureza. Não será possível fazê-lo sem antes analisar o nível de *independência* em relação aos interesses de outros atores, ou seja, sua capacidade de agir de maneira imparcial (KEOHANE, MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000 p.457-488) ⁶⁹. Haverá contextos institucionais que lhe atribuirão elevado grau de dependência, e assim, possibilitarão definir sua natureza como política - como nos casos em que exista um processo de seleção de juízes pela via eleitoral -, em outros poderá gozar de considerável nível de independência, nos quais seus interesses poderão coincidir com os interesses de atores sociais. Nesse caso, mesmo que seu objetivo seja a maximização de seus rendimentos, problemática seria a classificação de um poder do Estado como um ator social.

Diante do exposto, faz-se necessário estabelecer os indicadores pelos quais se determinará o grau de independência atribuído ao tomador de decisão do poder judiciário, para que, assim, seja possível identificar seus interesses.

⁶⁹ Baseados no modelo proposto por Keohane, Moravcsik e Slaughter: os critérios para a avaliação da independência do judiciário e a proposição de que ela irá influenciar o interesse desse ator serão: as dimensões de análise são aplicáveis a instituições nas quais a resolução de disputas, entre duas ou mais partes, que tenham sido delegadas a uma terceira parte (tribunal) incumbida de aplicar normas e princípios predeterminados. Os autores constroem o modelo para a análise da solução de conflitos internacionalmente, no entanto é perfeitamente aplicável à instituição jurisdicional doméstica.

5.1.1 Independência

A independência do tomador de decisão do poder judiciário, como exposto anteriormente, é atribuída pelo arcabouço institucional no qual está inserido. Será importante identificar como variações formais e materiais nessa estrutura determinarão as condições sob as quais as decisões serão tomadas.

Em uma ponta do espectro está o controle absoluto das decisões pelos interesses de outros atores (internos ou internacionais). O movimento em direção ao outro extremo medirá a natureza e a força dos constrangimentos políticos impostos ao tomador de decisão. Esses constrangimentos poderão ser de natureza formal ou material e serão analisados a seguir.

5.1.1.1 Indicadores formais

Formalmente, regras sobre a forma de *seleção*, tempo do *mandato* e o plano de *carreira* determinarão o nível de independência do juiz (*decision maker*) em sua decisão (*decision making*). Como cada um desses indicadores é estabelecido no ordenamento jurídico interno, sua exposição deverá fazer parte da análise dos interesses que estabelecerão o cálculo racional desse ator. Inicialmente, busca-se estabelecer parâmetros gerais para orientar análises posteriores acerca da natureza do judiciário em modelos institucionais específicos.

5.1.1.1.1 Seleção

A seleção diz respeito ao processo pelo qual devem se submeter os candidatos ao cargo judicial. Essa variável determinará quais os comprometimentos assumidos por esse ator e constrangimentos impostos a ele por outros agentes domésticos. Conseqüentemente, influenciará diretamente no seu grau de independência na tomada de decisões.

Casos em que a seleção dos juízes é feita através de voto eleitoral democrático, os interesses desse ator estarão amplamente constrangidos por seus objetivos eleitorais. Assume, nesses casos, natureza política, pois seu interesse será o de manter-se no cargo. Ao realizar escolhas políticas deverá se preocupar com as preferências de sua base eleitoral, o que afeta negativamente seu nível de independência.

De forma semelhante, em contextos nos quais a seleção se dá por nomeação, o juiz terá sua independência comprometida, uma vez que, estará constrangido pelas preferências dos grupos que o apóiam. Ambos os casos reduzem substancialmente o escopo de escolhas do tomador de decisão e alteram de maneira decisiva seus interesses, que, nestes casos, assumem natureza política.

Em ordenamentos cujo ingresso à função judicial se dá por meio de concurso público, a independência do juiz é ampliada, uma vez que, poderá, ou não, ser constrangido por preferências de outros agentes. Suas preferências serão determinadas pelo mandato, plano de carreira e, também, por aspectos subjetivos como a manutenção de sua reputação, ambições pessoais, prestígio, axiomas da profissão, jurisprudência, entre outros.

5.1.1.1.2 Mandato

O mandato define o tempo em que o juiz estará no cargo. Essa variável altera-se entre os Estados, entre tribunais internos e entre cortes e tribunais internacionais, e determinará o período da competência de um terceiro para a resolução de conflitos.

A duração do mandato constrange a ação do tomador de decisão, uma vez que amplia sua “sombra de futuro”. Há situações em que o juiz possui jurisdição *ad hoc*, ou seja, sua capacidade de decisão se restringe a apenas um jogo. Em outros casos o mandato poderá ser indeterminado e, assim, as conseqüências de suas ações passam a constranger suas escolhas.

Os mandatos vitalícios tendem a gerar uma maior independência nas decisões; enquanto mandatos por tempo restrito podem afetar seus interesses. Caso haja possibilidade, suas preferências podem passar a ser constrangidas pela perspectiva de renovação do vínculo profissional.

5.1.1.1.3 Carreira

As perspectivas de promoção estipuladas pelo plano de carreira da mesma forma alteraram o cálculo e a natureza do ator. Caso não haja perspectiva de promoção dificilmente se pode determinar *a priori* o interesse desse ator, poderão ser a maximização de rendimentos, por meio de favorecimento de grupos de interesses; como poderão ser de manutenção de sua reputação. No entanto, se a ascensão no cargo se dá por meio de nomeação ou promoção, provavelmente, a preferência por determinada política será determinada pelos interesses de atores que o apóiam ou que poderão determinar esse resultado.

Isto posto, conclui-se que quanto maior a liberdade do juiz em relação aos interesses de outros atores maior será sua independência na hora da tomada de decisão. Contudo, é possível que sua decisão seja constrangida, também, por fatores materiais. Decisões anteriores, reiteradas, ou de órgão de hierarquia superior podem restringir seu hall de possíveis escolhas e, assim, limitar sua independência.

5.1.1.2 Indicadores materiais

A independência do judiciário na tomada de decisão sofrerá constrangimentos não estabelecidos formalmente na estrutura institucional doméstica. Decisões e entendimentos a cerca de uma questão, proferidos por atores com credibilidade, restringem suas escolhas. Assim, as preferências desse ator poderão ser influenciadas por precedentes nacionais e por precedentes transnacionais (estrangeiros e internacionais).

5.1.1.2.1 Precedentes nacionais

Precedentes nacionais são formados, essencialmente, pela jurisprudência dos tribunais internos. O crescimento no número de decisões em um sentido aumenta os custos da decisão em sentido contrário. Caso um determinado entendimento a respeito da questão seja proferido por órgão de hierarquia superior, esse constrangimento se tornará ainda maior.

O termo "jurisprudência" indica a reiteração de julgamentos num mesmo sentido, capaz de criar um padrão axiológico tendente a influenciar futuras decisões judiciais.

Representa uma das manifestações da normatividade jurídica, é fonte formal e estatal do direito (SOARES, 2008, p.1). Segundo Soares:

Tradicionalmente, a jurisprudência é situada como uma fonte formal e estatal do direito. Diz-se que é formal, porque a jurisprudência veicula, em seus condutos institucionais, o complexo de dados econômicos, políticos e ideológicos que se afiguram como fontes materiais do direito. Por sua vez, afirma-se a sua natureza estatal, ante a constatação de que as normas jurisprudenciais são produzidas por um órgão do Estado: o Poder Judiciário. (SOARES, 2008, p.1).

Nos Estados em que o modelo institucional do poder judiciário é baseado nos sistema anglo-saxônico de *common Law*, os precedentes judiciais são considerados fonte direta e imediata do direito. Já os sistemas romano-germânicos de *civil Law*, são caracterizados pela primazia da lei. Neles a jurisprudência é considerada como fonte indireta ou mediata do direito (SOARES, 2008) ⁷⁰.

Os precedentes nacionais são extremamente relevantes seja nos sistemas de *common Law* seja nos sistemas de *civil Law*. Os juízes na tomada de decisão aplicam as normas jurídicas ao caso concreto e, por meio de sua percepção e fundamentação, criam uma norma jurídica, qual seja, a sentença. Sua decisão é obrigatória. A jurisprudência é a própria manifestação da normatividade jurídica, pois é fruto do exercício hermenêutico que busca dar significado concreto aos dispositivos legais. Na aplicação do direito, criam-se entendimentos sobre as normas, atribuindo efetividade para um de seus vários possíveis entendimentos.

Esse indicador será afetado, ainda, tanto pelo nível de amplitude da norma quanto pelo nível hierárquico do tribunal dentro do arranjo institucional judicial no qual esteja inserido. Normas amplas como princípios ou cláusulas gerais proporcionam maior espaço para o exercício hermenêutico do juiz, que deverá dar concretude ao conteúdo abstrato previsto nas normas abertas; ou passo que, normas rígidas restringem a possibilidade de entendimentos muito distintos, sendo possível a direta subsunção, por meio de silogismo fundamentado.

A posição hierárquica do tribunal que profere a decisão determinará o peso relativo da sua interpretação no entendimento de outros tribunais. Decisões proferidas por tribunais superiores possuem maior prestígio e tenderão a influenciar de maneira mais expressiva a

⁷⁰ De acordo com Soares: “O referido entendimento decorre das próprias especificidades de tais sistemas jurídicos. Nos sistemas de *common law*, o precedente judicial sempre teve força preponderante na aplicação do direito, adquirindo relevo a doutrina do *stare decisis*. O efeito vinculante do precedente judicial decorre do próprio funcionamento do sistema, encontrando-se arraigado na própria compreensão da atividade jurisdicional. A seu turno, nos sistemas de *civil law*, esse papel preponderante é assumido pela lei, como ponto de partida para a compreensão do direito, desempenhando a jurisprudência uma função subsidiária.”

tomada de decisão de outros juízes que decisões proferidas por juízes de primeira instância (primeiro grau), estas passíveis de revisão.

Atualmente, a facilidade e a rapidez no fluxo de informações permite que os juízes internos tenham acesso às decisões proferidas tanto por juízes de tribunais estrangeiros, bem como de cortes ou tribunais internacionais. Essa informação será também um importante constrangimento à independência do juiz nacional em sua tomada de decisão, como será argumentado na próxima seção.

5.1.1.2.2 Precedentes transnacionais

Precedentes transnacionais representam um diálogo judicial entre tribunais internos e tribunais estrangeiros ou internacionais. Esse diálogo se torna possível na medida em que se observa a transposição de barreiras nacionais de entendimentos judiciais, ou o que se pode denominar de “globalismo legal”. Este é um fenômeno para o qual Keohane e Nye (KEOHANE; NYE, 2000, p.6) alertam quando concluem que o globalismo é um fenômeno multidimensional. Ao analisarem distintas dimensões do globalismo, admitem a possibilidade de se identificar subcategorias destas.

“Globalismo legal” poderia ser entendido como uma subcategoria da dimensão “globalismo social e cultural”. Essa sub-dimensão, segundo os autores, “poderia se referir à disseminação de práticas legais e instituições a uma grande variedade de questões, incluindo comércio global e a criminalização de crimes de guerras por chefes de estados” (KEOHANE; NYE, 2000, p.6, tradução livre).

Indicam outra subcategoria que, também, poderá ser adaptada para a análise que se segue. O “globalismo político” se refere a “idéias e informações sobre poder e governança. Poderia ser medido pelo efeito de imitação ou pela difusão de políticas de governo [...] ou de regimes internacionais” (KEOHANE; NYE, 2000 p.5, tradução livre). Podemos considerar que esse fenômeno acontece também com as práticas judiciais, que têm sido imitadas e difundidas entre distintos ordenamentos jurídicos por meio da comunicação transnacional entre cortes - sendo elas nacionais ou supranacionais (SLAUGHTER, 1994, p.100-101).

O volume de disputas transnacionais geradas pelo contexto da globalização expôs juízes nacionais ao contato com outros juízes como nunca antes havia acontecido. Dessa

forma, altera-se não somente o nível, mas a própria natureza de suas interações. A autora identifica, inclusive, casos em que judiciários de diferentes países agem conjuntamente ((SLAUGHTER, 2003, p.193) ⁷¹.

Precedentes transnacionais englobam casos entre os Estados, entre indivíduos e os Estados e ente indivíduos internacionalmente. Casos que antes cabiam apenas a jurisdição nacional podem agora ser levados a uma multiplicidade de jurisdições internacionais, separadamente ou simultaneamente ao processo interno. Há uma mudança da distinção entre juízes nacionais e internacionais, para juízes aplicando direito internacional, direito interno, ou uma mistura de ambos. A identidade institucional e profissional entre eles é caracterizada mais pela função jurisdicional do que pela natureza da norma sendo aplicada (SLAUGHTER, 2003, p.192).

A consciência dessa identidade entre cortes e tribunais nacionais e outras cortes transnacionais (estrangeiras ou internacionais) forma o que Slaughter chama de uma “comunidade global de cortes”. Os juízes têm se reunido tanto fisicamente, em seminários e treinamentos, como intelectualmente, pela leitura e citação mútua de suas opiniões que agora são disponíveis em reuniões, na internet, pela mediação de tribunais internacionais em casos domésticos (SLAUGHTER, 2003, p.192). As conseqüências desse fenômeno são analisadas pela autora:

O resultado é que juízes participantes se vêem não apenas como funcionário e representantes de uma entidade política particular (*polity*), mas, também, como colegas profissionais em um empreendimento que transcende as fronteiras nacionais. Enfrentam problemas substantivos e institucionais comuns; aprendem com a experiência e ponderações de outros e cooperam diretamente para a resolução disputas específicas. Cada vez mais, se consideram capazes de ação independente tanto no nível nacional como internacional. Independentemente de ocuparem a corte suprema ou constitucional nacional ou uma corte ou tribunal internacional, eles estão, cada vez mais, reconhecendo uns aos outros como participantes de um empreendimento judicial comum. (SLAUGHTER, 2003, p.193, tradução livre).

Os indicadores desse movimento são: i) a grande influência entre constituições: cortes constitucionais citam decisões umas das outras como autoridade de argumentação para fundamentar suas decisões sobre casos similares. Pode-se falar em uma jurisprudência global emergente (SLAUGHTER, 2003, p.193); ii) conflitos de jurisdição.

Ambas as conseqüências do fenômeno da “globalização legal” levam a concluir que os precedentes transnacionais influenciarão a tomada de decisão do juiz nacional. Diante do

⁷¹ Slaughter cita casos em que os judiciários, americano e inglês, realizaram um “nine-tratado” estabelecendo o papel de cada lado na resolução do conflito, um acordo posteriormente documentado.

exposto, dificilmente encontraremos uma tomada de decisão completamente independente desses constrangimentos. No entanto, a independência do judiciário será maior quanto menor for o constrangimento exercido por precedentes transnacionais.

A área em questão (*issue area*) poderá interferir no impacto causado por precedentes internacionais, uma vez que existem áreas que determinam uma interdependência maior e outras em que o Estado ainda exerce uma maior autonomia. Questões sobre direitos humanos são mais susceptíveis de serem constrangidas por precedentes transnacionais, uma vez que este é um valor amplamente difundido na comunidade internacional. Casos envolvendo questões tributárias, provavelmente, sofrerão menor influência, ainda que seja possível que a decisão se fundamente em precedentes transnacionais.

O que se pode perceber, portanto, é que a independência é variável essencial na formação da decisão do juiz no caso concreto. A variação da natureza desse ator repercutirá, igualmente, em sua capacidade de atuação no processo de produção da política externa. Pois, caso um ator não possua qualquer grau de independência e, desta maneira, seja completamente dependente de outro ator, o interesse do primeiro será, exclusivamente, o de reproduzir as preferências do segundo. Nota-se, que mesmo neste caso, o estudo sobre os interesses do judiciário não se torna irrelevante, já que se constatará que seu funcionamento poderá representar um importante instrumento de confirmação e legitimação das ações de outros agentes.

Por esse motivo, a análise da independência e suas conseqüentes inferências sobre a natureza do judiciário serão imprescindíveis para o entendimento do papel deste ator no processo de produção de política externa.

A próxima seção visa analisar as funções do judiciário com o objetivo de identificar de maneira mais clara a natureza desse ator e o papel que desempenha no jogo doméstico.

5.2 Funções do Judiciário

O judiciário tem como principal função o exercício da jurisdição. Ele é o único poder do Estado com competência para resolver sobre conflitos de interesses. Para exercer essa função, as cortes devem atender alguns requisitos (SHAPIRO, p. 77, 1981) define uma visão do “tipo ideal” de corte: um juiz independente, aplicando normas preexistentes, em um caso de conflito de interesses, na busca de atingir uma solução dicotômica, em que o direito de

uma parte é considerado legítimo e à outra parte é imposta uma obrigação. Nesta abordagem, caberia ao juiz apenas dizer o direito.

No entanto, diante do discutido ao longo deste capítulo, identificam-se constrangimentos à independência dos juízes e conclui-se que nas decisões nem sempre se aplicam, exclusivamente, normas preexistentes no ordenamento jurídico. É possível, assim, identificar uma ampla aplicação de conceitos e entendimentos na interpretação judicial da lei, que revelarão um caráter não apenas instrumental, mas político do exercício jurisdicional.

A partir destas considerações, observa-se o desempenho de outras funções desempenhadas pelo judiciário, incompatíveis com o protótipo de corte idealizado a princípio. Em sua análise comparada e política das cortes, Shapiro destaca três funções políticas do juiz: i) a resolução de conflitos; ii) o controle social e a aplicação de um regime; e iii) a elaboração de normas (SHAPIRO, 1981, p.1).

A primeira função política destacada por Shapiro atenta para o fato de que a utilização de tribunais é apenas uma das formas de resolução de conflitos, sendo a forma consensual o outro extremo do espectro de possibilidades. Portanto, a decisão de se levar ou não uma disputa de interesses ao judiciário comporta um cálculo de suas preferências e possíveis inclinações.

As cortes, segundo Shapiro, exercem, também, a função de controle social, pois são o meio pelo qual Estados governam por meio do Direito. De acordo com Caron:

Tendo em vista que o Direito reflete o entendimento de um elemento da sociedade ou em termos de seus interesses ou, mais sutilmente, sua visão do mundo, então o direito e as cortes, capturadas (permeadas) por esse elemento, possibilitam que esse elemento adquira uma medida de controle social e imposição de um regime. (CARON, 2006, p.408, tradução livre).

Finalmente, a terceira função levada a cabo pelas cortes seria a elaboração de normas. As decisões proferidas pelos juízes no caso concreto possuem força normativa, uma vez que: i) são obrigatórias, aplicáveis por meio do poder coercitivo do estado e ii) adquirem força normativa, na medida em que são interpretadas como fonte de direito pelos demais tomadores de decisão - como discutido nas seções 1.1.2.1 e 1.1.2 e como será fundamentado durante este trabalho.

Uma vez identificadas as principais funções exercidas pelo poder judiciário, faz-se necessário o mapeamento do processo de produção da política externa. O objetivo será o de identificar os momentos deste processo nos quais o juiz será capaz de exercer seu poder de influência e decidir sobre a aplicação uma política conforme suas preferências.

É importante, neste momento, retomar o argumento sobre o significado de preferências, que neste trabalho é construído segundo as propostas teóricas estabelecidas por Milner (MILNER, 1997). Assim, quando se procura analisar os momentos da produção da política externa em que o judiciário poderá exercer influência e, em cada um destes momentos, os instrumentos que viabilizarão esse poder ao judiciário, o que se pretende é identificar, na estrutura institucional, meios que tornem possível a escolha por uma política mais favorável à concretização de seus interesses. Essas escolhas por determinadas políticas delimitam a estrutura de preferências de um ator. Desta forma - e de acordo com o discutido sobre os constrangimentos à independência do judiciário como determinantes de seus interesses - a estrutura de preferências do judiciário se pautará em seu interesse, qual seja, a busca pela concretização de seus objetivos - objetivos políticos ou de maximização de seus rendimentos⁷².

De acordo com o proposto por Milner (MILNER, 1997) a estrutura institucional poderá proporcionar aos atores instrumentos que lhes permitam tomar decisões que lhes sejam mais favoráveis. Esses instrumentos serão, então, capazes de atribuir a um ator o poder de influenciar a produção da política externa. Como discutido anteriormente, a produção da política externa é composta por diversas fases, ou momentos. A estrutura institucional poderá atribuir ao judiciário diferentes instrumentos em cada um dos momentos da produção da política externa. Por esse motivo, primeiramente, analisar-se-á os momentos que compõem a produção da política externa para que, posteriormente, seja possível a análise de seus respectivos instrumentos.

5.3 Momentos da Produção da Política Externa em que o Judiciário Poderá Exercer Influência

Uma vez identificadas as funções e analisada a natureza do judiciário - assim como toda a dificuldade de se estabelecer seus interesses e suas preferências -, faz-se necessário estabelecer os momentos nos quais o judiciário poderá exercer seu poder de interferir na produção da política externa. Para isso deverão ser identificadas as fases que compõem esse processo.

⁷² Em estruturas institucionais que atribuam baixo grau de independência ao judiciário seus objetivos tenderão a serem políticos (e

A produção da política externa é o processo pelo qual se estabelece, negocia, ratifica, incorpora e aplica uma política internacional sob a perspectiva doméstica. Isso porque, internacionalmente, tanto as consequências desses atos como a própria utilização dos termos se dão de maneira distinta. Para que se possa compreender a produção da política externa de uma maneira mais completa, analisar-se-á o processo por ambas as perspectivas, doméstica e internacional.

Internacionalmente a realização dos atos de política externa é estabelecida pelas etapas que envolvem a celebração de tratados. Tratados ou acordos⁷³ internacionais são os instrumentos de Direito Internacional capazes de vincular juridicamente, ou seja, gerar obrigações para um Estado internacionalmente. Dessa forma, para se entender os atos de política externa pela perspectiva internacional, será necessária a compreensão do processo pelo qual um Estado celebra tratados externamente.

A celebração de tratados internacionais consiste em três fases principais:

(1) *Negociação*: fase em que se discute acerca do objeto e dos termos do tratado. Encerra-se com a elaboração do texto final. A autoridade nacional que possuirá a competência para negociar internacionalmente é identificada segundo o direito constitucional de cada Estado; e das possibilidades de designação de um plenipotenciário por quem detém o poder de lhe atribuir plenos poderes⁷⁴ (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 130).

(2) *Assinatura*: A assinatura é o momento em que se autentica o texto dos tratados e a partir do qual se inicia a contagem dos prazos para troca ou depósito dos instrumentos de ratificação. É a transição entre a fase de elaboração, que ela encerra, e da expressão do consentimento em vincular-se – “que o Estado permanece, aliás, livre de não levar até ao seu termo, não obstante a assinatura do texto” (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 139)⁷⁵.

⁷³ Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados. “Artigo 2, Termos empregados: 1. Para os efeitos da presente Convenção: a) se entende por “tratado” um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, seja um instrumento único ou dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular;” (Esta Convenção é vigente no Brasil pelo Ato Legislativo N° 214, de 26 de abril de 1991)

⁷⁴ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, 1969. Artigo 7: Plenos Poderes 1. Uma pessoa é considerada representante de um Estado para a adoção ou autenticação do texto de um tratado ou para expressar o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado se: a) apresentar plenos poderes apropriados; ou b) a prática dos Estados interessados ou outras circunstâncias indicarem que a intenção do Estado era considerar essa pessoa seu representante para esses fins e dispensar os plenos poderes. 2. Em virtude de suas funções e independentemente da apresentação de plenos poderes, são considerados representantes do seu Estado: a) os Chefes de Estado, os Chefes de Governo e os Ministros das Relações Exteriores, para a realização de todos os atos relativos à conclusão de um tratado; b) os Chefes de missão diplomática, para a adoção do texto de um tratado entre o Estado acreditante e o Estado junto ao qual estão acreditados; c) os representantes acreditados pelos Estados perante uma conferência ou organização internacional ou um de seus órgãos, para a adoção do texto de um tratado em tal conferência, organização ou órgão.

⁷⁵ No entanto, os autores alertam para exceções: “Todavia, em certos casos, a assinatura pode constituir, por si só, a expressão do consentimento do Estado em vincular-se pelo tratado que se torna então obrigatório a seu

(3) *Ratificação*: Este momento consiste no ato unilateral por meio do qual o sujeito do Direito Internacional (o Estado), signatário de um tratado, exprime definitivamente seu consentimento em obrigar-se. A ratificação é a etapa que possibilita a avaliação da compatibilidade entre os termos do tratado e os compromissos previamente assumidos internamente e externamente pelo Estado signatário. Nessa fase são realizados os procedimentos internos necessários para sua entrada em vigor e que possibilitem sua plena eficácia domesticamente. Uma vez realizado o processo interno, o instrumento de ratificação, apresentado sobre a forma de “cartas de ratificação”, são trocados entre as partes.

Isto posto, mister se faz a análise de como esse processo internacional é operacionalizado sob a perspectiva interna. Será importante a exposição das fases da produção da política externa para que se possa identificar quando e como o poder judiciário interferir nesse processo.

A primeira fase, em que se negocia o tratado internacionalmente, reflete a consumação de duas fases sob a perspectiva interna a (i) elaboração de planos e objetivos da política externa e sua efetiva (ii) negociação. Ambas as fases são, na maioria das vezes, realizadas pelo poder executivo. A esse poder do Estado cabe estabelecer a agenda de política externa; e, seus membros são, normalmente, os representantes do Estado em negociações internacionais.

A assinatura, apesar de gerar efeitos internacionalmente para os signatários, internamente representa a última etapa das negociações. Portanto, ainda não gera efeitos na esfera doméstica.

A ratificação só poderá ser definitivamente exercida pelo executivo uma vez que os tratados estejam (iii) incorporados ao ordenamento jurídico interno. Em alguns casos, a norma acordada internacionalmente poderá ser imediatamente incorporada à ordem jurídica doméstica – este é o caso de Estados que admitem a teoria monista (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 96-97)⁷⁶ do Direito; em outros casos pode haver a exigência de um procedimento interno para autorizar a ratificação do tratado pelo negociador internacional – é o que acontece em estados que adotam a perspectiva dualista⁷⁷.

respeito, pelo simples facto (sic) de o ter assinado. Este processo breve, aplicável aos acordos de forma simplificada, opõe-se ao processo longo, que caracteriza os tratados em forma solene e esta posição constitui *summa divisio* na matéria”

⁷⁶ Em referência aos autores: para alguns o direito internacional e o direito interno possuem a mesma natureza. Uma dupla definição do direito é inconcebível, uma vez que o mundo jurídico é unitário, o direito é *uno*. Para a teoria monista o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica interna, pois as duas ordens jurídicas são interperetráveis por pertencem a um sistema único. Nessa perspectiva, o direito internacional é oponível às relações jurídicas no interior do Estado, sem a necessidade de se estabelecer qualquer processo de “recepção” ou “incorporação” formal das normas internacionais nas ordens jurídicas internas.

⁷⁷ A teoria dualista fundamenta na diferenças fundamentais que detecta entre o direito internacional e o direito interno, que os torna irredutíveis um ao outro. Possuem como único ponto de contato a responsabilidade

A fase de ratificação proporciona uma espécie de “parênteses interno” no processo internacional de celebração de tratados. Nesse momento coloca-se formalmente a possibilidade da influência do jogo de forças interno no processo, como destacam Daillier, Dinh e Pellet:

A questão inscreve-se, pois, exclusivamente no debate constitucional interno. A solução deriva, inevitavelmente, quer do esquema constitucional geral (regime de assembléia, regime presidencial, regime parlamentar, regime de partidos, regime ditatorial), quer da relação de forças entre órgãos constitucionais, dado mais conjuntural que orienta a política interna. Na época contemporânea em que o direito convencional [Direito Internacional] invade cada vez mais a legislação interna, o objectivo [sic] geralmente procurado é de um certo controlo [sic] prévio do executivo, quer pela opinião pública, quer pelo legislador (autorização parlamentar). (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 148).

Internamente a ratificação pode ser (a) de competência exclusiva do executivo - comum nos Estados absolutistas; (b) de competência exclusiva do legislativo – como acontece no modelo britânico em que é necessário um ato do Parlamento para que o tratado tenha eficácia interna e nos EUA onde deve haver o consentimento de 2/3 do senado; ou (c) de competência mista – quando há participação tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Uma vez ratificado o acordo internacional - após referendo do legislativo nos casos que o exijam – este deverá ser (iv) aplicado internamente. A política externa conclui seu processo quando é efetivamente aplicada domesticamente como norma nacional e imposta aos atos e agentes nacionais.

Isto posto, identifica-se quatro fases que compõem o processo chamado de produção da política externa: i) definição da agenda; ii) negociação; iii) incorporação ao ordenamento jurídico interno; iv) aplicação. Analisar-se-á, a partir de agora, as possibilidades de atuação do poder judiciário, direta ou indiretamente, em cada uma das fases da produção da política externa.

A fase de aplicação é a fase em que o judiciário poderá atuar diretamente na produção de política externa, uma vez que será o responsável pela efetivação dos acordos celebrados internacionalmente. Durante a definição da agenda e a negociação dificilmente será possível uma atuação direta do judiciário, no entanto, poderá influenciar de maneira decisiva via antecipação de reações. Por ser o responsável pela fase de aplicação tanto os negociadores (Poder Executivo) como os responsáveis pela aprovação dos atos de política externa (Poder

internacional, e esta não interfere na validade das normas de direito interno. Assim, por serem duas ordens jurídicas distintas, não podem existir conflitos entre normas pertencentes a ordem jurídica interna e a ordem jurídica internacional. A comunicação entre as duas ordens jurídicas só acontecem mediante processos próprios de cada uma delas e pela transformação de suas características para se adaptarem à ordem receptora. Um tratado só será “recebido” pelo direito interno por meio de sua introdução formal nesse ordem.

Legislativo) terão sempre em mente as preferências do judiciário quando da tomada de decisão. Assim, os demais poderes tenderão a criar mecanismos de troca de informações para diminuir incertezas em relação às possíveis reações do judiciário diante de normas oriundas de tratados internacionais.

Como mencionado anteriormente, a deserção ou o não-cumprimento de um tratado internacional geram custos altíssimos de credibilidade para o representante do Estado nas negociações internacionais. A revisão judicial do referendo parlamentar, da mesma forma, gera custos eleitorais para o legislativo. Ambos buscarão evitar essas situações, como exposto acima, via antecipação de reações e pela busca de informações sobre as preferências do poder judiciário. Em alguns casos será possível se identificar a criação de órgãos no interior dos poderes executivo e legislativo com o objetivo permanente de exercer essas duas funções.

Destarte, a capacidade de influência do judiciário nessas três primeiras fases (definição da agenda; negociação; incorporação ao ordenamento interno) - que a partir de agora serão identificadas como fases de elaboração da política externa - poderá ser identificada por meio dos mecanismos pelos quais os demais poderes buscam superar as incertezas em relação às escolhas do judiciário.

Na aplicação, momento em que se observa a maior influência judicial na produção da política externa, esse poder poderá variar em função de algumas características do contexto institucional no qual esteja inserido. Essas variáveis serão objeto das considerações da próxima seção.

5.4 Variáveis do Poder de Influência do Judiciário na Produção da Política externa

A partir do analisado anteriormente, as variáveis do poder de influência do judiciário devem ser identificadas tanto no momento da aplicação da política externa, em que sua capacidade de atuação é direta, quanto nos momentos de elaboração, nos quais terá a possibilidade de atuar indiretamente na produção da política externa.

Inicialmente, portanto, identificar-se-á de que forma o judiciário poderá influenciar na produção de política externa quando de sua aplicação. Serão analisadas variações na competência para julgar os atos de política externa; nos instrumentos utilizados na aplicação de normas; e nos efeitos da decisão que indicarão um aumento ou diminuição no poder de influência direta do poder judiciário no processo de produção da política externa.

5.4.1 Variáveis do Poder de Influência Direta do Judiciário na Produção da PEB – Momento da Aplicação

5.4.1.1 Competência

Em sistemas monistas, surge a competência do judiciário para julgar assim que o tratado é ratificado internacionalmente. Já em sistemas dualistas, poder judiciário não possui a competência para julgar atos de política externa que não foram devidamente incorporados ao ordenamento jurídico interno. Sua jurisdição é exclusivamente nacional. Assim, não é capaz de julgar atos de natureza internacional.

A competência para julgar normas oriundas de tratados internacionais, celebrados pelo executivo, está limitada pela aprovação do legislativo e sua incorporação ao hall normativo doméstico. Destarte, somente a partir do momento em que o conteúdo de um tratado é internalizado será o judiciário competente para julgar.

Uma vez identificado como competente para julgar, poderá então exercer influencia na aplicação das normas. Dessa forma, mister se faz a análise dos instrumentos disponíveis ao judiciário na decisão sobre a implementação da política externa. Estes serão analisados na próxima seção.

5.4.1.1 Instrumentos

Os juízes possuem instrumentos jurídicos formais e informais que utilizam para decidir sobre a aplicação de uma norma. Esses instrumentos são capazes criar entendimentos sobre interpretação de uma norma, ou mesmo, de afastarem sua aplicação.

Quanto maior a força desses instrumentos maior o poder do judiciário de influenciar a implementação da política externa. Esses instrumentos serão analisados a seguir.

5.4.1.1 .1 Instrumentos Formais

Os instrumentos formais disponíveis aos juízes na grande maioria dos sistemas jurídicos atuais são a revisão constitucional ((CAPELLETTI, p. 69, 1992), a possibilidade de preenchimento de lacunas, e a solução de antinomias. Cada um desses instrumentos será analisado abaixo:

a) Revisão Constitucional

Revisão constitucional diz respeito a possibilidade do juiz declarar uma norma inconstitucional. Instrumentos de declaração de inconstitucionalidade têm o poder de revogar uma norma do ordenamento jurídico ou afastar sua aplicação no caso concreto. A norma declarada inconstitucional não poderá ser aplicada já que fere a uma incompatibilidade com Carta Maior de um Estado, a fonte última de legalidade.

A utilização desse instrumento representa a mais expressiva consumação do poder judiciário, pois possibilita a não implementação de uma norma negociada pelo executivo e aprovada pelo judiciário. Em alguns casos esse instrumento pode ainda revogar, isto é, tirar do ordenamento jurídico, ou seja, invalidar um ato de política externa realizado pelos demais poderes.

Esse é um importante mecanismo que atribui ao judiciário um enorme poder, o de vetar da aplicação de um acordo internacional. Será maior quanto maior o número de pessoas que têm acesso a ele, pois aumenta a possibilidade de aplicação deste mecanismo pelo tomador de decisão.

Por ser um órgão inerte, isto é, por agir somente quando provocado, o poder do judiciário de decidir sobre atos de política externa será maior ou menor de acordo com o acesso. Ou seja, quanto maior o número de pessoas capazes de acioná-lo, maior será seu poder de decidir.

Quanto maior o número de pessoas capazes de contestarem a legalidade de uma norma oriunda de um acordo internacional, maior será a capacidade de revisão, pelo judiciário, dos atos de política externa realizado pelos demais poderes. Os instrumentos disponíveis ao juiz para exercer o poder de revisão só poderão ser utilizados na medida em que demandados em um caso submetido a sua jurisdição.

b) Solução de antinomias

A solução de antinomias é o instrumento pelo qual o juiz deverá resolver, no caso concreto, sobre o conflito (aparente) entre normas, ou seja quando a aplicação de uma norma é incompatível com a observância de outra. A essa incompatibilidade entre normas dá-se o nome de antinomia. Para solucionar esse problema existem três critérios amplamente aceitos (FERRAZ JR., p. 32, 2003): (i) Critério cronológico : prevalece a lei posterior; (ii) Critério hierárquico : prevalece a lei hierarquicamente superior; (iii) Critério da especialidade : prevalece a lei especial em detrimento da lei geral.

Ocorre, ainda, a incompatibilidade entre os próprios critérios. Os critérios para a solução deste conflito “de segundo grau” são (FERRAZ JR. ,p .65, 2003): (i) no conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, o hierárquico prevalece; (ii) No conflito entre os critérios cronológico e de especialidade, o problema resolve-se em favor do segundo; (iii) No conflito entre o critério hierárquico e o critério de especialidade, cabe ao intérprete decidir, já que se trata de conflito de uma norma superior geral com uma norma inferior especial.

A importância deste instrumento é a capacidade que atribui ao tomador de decisão de afastar a aplicação de uma norma em função de outra. Isto porque, apesar dos critérios estabelecidos para constringer a arbitrariedade do juiz, há casos em que não são suficientes para a resolução do conflito. Nesse caso a antinomia é suprimida pela edição de uma norma derogatória judicial. Esta poderá optar por uma das normas antinômicas, ou pela adaptação pela interpretação do juiz.

Assim, sendo inconciliáveis duas normas, e não se podendo aplicar nenhum dos critérios, anula-se ou limita-se a validade de uma das normas antagônicas com uma norma derogatória, produzida pelo juiz. Nesse caso, aplica-se não uma das normas, mas uma terceira norma que estabelece que uma, ou ambas as normas, perderão a validade naquele caso.

c) Preenchimento de lacunas

O preenchimento de lacunas é o principal instrumento pelo qual o juiz exerce sua função de produção de normas. Isso porque a função jurisdicional exige do juiz uma decisão que deverá sempre se fundamentar na lei. Contudo, a grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais entende que, na ausência de previsão, ou em casos de lacuna da lei, deve o juiz recorrer à analogia, aos costumes, aos princípios gerais do direito e a equidade. O Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, pelo que o juiz não pode abster-se de aplicar o direito alegando inexistência de norma.

A lacuna “caracteriza-se quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. Em uma palavra, há uma incompleição do sistema normativo” (PRADO, 1997, p. 162). O legislador não é capaz de prever todas as situações possíveis, em virtude disso o juiz deverá suprir tais falhas por meio de uma decisão judicial que integre a norma jurídica (ENGLISH, 1983, p. 286)

Sobre a analogia, Prado conceitua:

[...] costuma-se fazer referência, em geral, a um raciocínio ou procedimento argumentativo que permite transferir a solução prevista para um outro determinado caso, a outro não regulado pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro, certos caracteres essenciais ou a mesma suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante ‘simili’ ou a pari. (PRADO, 1997, 163)

A analogia é o primeiro remédio para preencher as lacunas formais do direito. Se ainda não encontrada uma norma jurídica aplicável ao caso concreto, após a utilização da analogia e, o juiz deve buscar outros meios para a integração da norma legal.

O costume é elemento de hermenêutica, que auxilia o aplicador do direito a interpretar a lei. Exerce, também, a função de direito subsidiário, para completar o Direito Escrito e lhe preencher as lacunas. Assim, o costume é ampla, e em alguns casos, expressamente admitido como meio de preenchimento das lacunas da lei.

Costume é a fonte de direito mais antiga que se refere ao direito costumeiro, consuetudinário. É uma norma jurídica que nasce do uso, de uma prática geral constante e prolongada observada com a convicção de que é juridicamente obrigatória (MONTORO, 1999, p.347). O costume são situações de fato e observadas com a convicção de corresponder a uma necessidade jurídica. Para ser considerado costume deve ser praticado por um longo período de tempo, deve ser constante e geral, aplicando-se a todos os casos compreendidos naquela espécie.

Costume é, portanto, “a repetição habitual, uniforme, ininterrupta, por longo tempo, em um meio social de um ato ou conduta de forma semelhante, da qual se deduz a sua

obrigatoriedade de necessidade.” (GUSMÃO, 2006, p.125). É necessária a convicção de que é obrigatório, de que constitui regra ou preceito correspondente a uma necessidade jurídica, *opinio iures*. Uma verdadeira norma jurídica, não editada pelo poder público. Sua principal característica é ser criada espontaneamente pela consciência comum de um povo (MONTORO, 1999, p.348).

Os costumes podem ser das seguintes espécies: segundo a lei (*secundum legem*): em que a lei reconhece expressamente sua obrigatoriedade; na falta da lei (*praeter legem*): a lei deixa lacunas que são preenchidas pelo costume, apesar de não se referir expressamente; contra a lei (*contra legem*): quando contraria disposições legais, como em casos de desuso, em que se elimina a aplicação da norma, e de costume ab-rogatório, em que se cria uma nova regra (MONTORO, 1999, p.350-351).

O juiz será constrangido por essas normas consuetudinárias na medida em que:

Diante de uma situação concreta, não definida por qualquer norma vigente, as partes envolvidas, com base no bom senso e no sentido natural de justiça, adotam uma solução que, por ser racional e acorde com o bem comum, vai servir de modelo para casos semelhantes. Essa pluralidade de casos, na sucessão do tempo, cria norma costumeira. (NADER, 2006, p.156)

São fonte de direito em grande parte dos ordenamentos jurídicos. Sua influência pode ser mais expressiva quando da elaboração ou da aplicação do Direito, mas normalmente permeia ambas as fases. Portanto, costumes constrangem a decisão do juiz. Quanto maior a força normativa atribuída a eles pelo ordenamento jurídico menor será a independência do juiz na tomada de decisão.

Os princípios gerais de direito são enunciações normativas de cunho genérico, que condicionam e norteiam a compreensão do ordenamento jurídico, tanto na aplicação, como na elaboração de normas (REALE, 1991, p. 300).

Os princípios gerais de direito não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua explicação e integração, sendo que algumas são de tamanha importância que são expressamente contidas em lei (DINIZ, 1991, p. 198)

O juiz deve analisar no caso concreto a pertinência da aplicação dos princípios gerais do direito e aplicá-lo por indução, extraindo do geral o que a solução para o específico (DINIZ, 1991, p. 202).

Após a utilização dos três métodos anteriormente mencionados, permanecendo a lacuna do direito, o juiz deve se valer da análise da equidade para a solução do conflito. nesse sentido Maximiliano argumenta:

A vida sócio-jurídica não é composta de casos gerais, senão de casos concretos e os mais diversos, de onde a simples justiça que se supõe existir na lei nem sempre ser suficiente para atender equilibradamente a essa infinita casuística. Assim, é por vezes mister o suprimento do princípio da justiça contido na lei por intermédio de um outro princípio, àquele semelhante, mas sob outros aspectos mais extensos e mais altos, o princípio da Equidade. (MAXIMILIANO, 1965, p.73).

Mesmo a elaboração de mecanismos que procuram suplantar a arbitrariedade do juiz nos casos de lacuna da lei (RÁO, 1999, p. 85)⁷⁸, o poder atribuído ao judiciário nesses casos é mais amplo do que em casos em que a utilização desse mecanismos é limitada por normas expressas e precisas.

5.4.1.1 .2 Instrumentos Materiais

O juiz possui, ainda, um instrumento material para exercer seu poder na tomada de decisões. A fundamentação das decisões poderá - assim como quando da utilização dos demais instrumentos - revelar os constrangimentos à sua independência. Estes influenciarão na medida em que as fundamentações de suas escolhas poderão serem utilizadas para exercer um posicionamento político, técnico ou, simplesmente, visar favorecer grupos de interesses. Mesmo que, em casos de julgamentos colegiados, poderá ser um instrumento para estabelecer um posicionamento político ou para se estabelecer um precedente.

a) Fundamentação das decisões

⁷⁸ Vicente Ráo aponta três regras que devem ser seguidas pelo juiz na aplicação da equidade: i) por igual devem ser tratadas as coisas iguais e desigualmente as desiguais; ii) todos os elementos que concorreram para constituir a relação sub iudice, coisa ou pessoa, ou que, no tocante a estas tenham importância, ou sobre elas exerçam influência, devem ser devidamente considerados; iii) entre várias soluções possíveis deve-se preferir a mais humana, por ser a que melhor atende à justiça.

Um mesmo evento pode ser compreendido por diversos ângulos e gerar diferentes conclusões sobre os fatos o que poderá implicar em conseqüências jurídicas diversas dependendo do observador. Assim, a fundamentação das decisões tomadas pelos juízes visa constringer o arbítrio na hora da decisão. No entanto, a fundamentação por ser eminentemente argumentativa tem a capacidade de limitar até certo ponto suas alternativas. A formulação de argumentos tem limites em regras formais concernentes ao processo judicial, e não incide diretamente sobre a subjetividade do juiz nesse processo. Ávila observa que:

Um resíduo, maior ou menor, de subjetividade é inerente a qualquer interpretação. Quando se afirma que há uma parte objetiva e um resíduo de subjetividade na interpretação não se está pretendendo dizer que há fases que são somente objetivas e fases que são somente subjetivas. Não. Desde a manipulação dos argumentos lingüísticos até o extremo da utilização de argumentos meramente práticos há uma insuplantável dialética entre objetividade e subjetividade. O esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo. No final, restará um quê de subjetivo na argumentação. Mas um subjetivo que se pode ver. Na verdade, a argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantém-na sob controle crítico. (ÁVILA, 2001, p.32)

É possível empregar argumentos lingüísticos de forma satisfatória na interpretação deste que inteligível na linguagem ordinária, esta pode, no entanto, apresentar vagueza ambigüidade e variedade de uso. Conclui-se que normas semanticamente mais abertas se interpretadas apenas com a utilização da linguagem apresentam um espaço enorme para argumentos subjetivos. No entanto, quando critérios objetivos se esgotam os argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico são necessários. No entanto, é necessário que se atente para o fato de que, “a mera menção a argumentos é artifício ineficaz para justificar minimamente uma interpretação. Sob as vestes de uma ‘fundamentação’, pode a simplificação dos argumentos esconder uma mera preferência” (ÁVILA, 2001, p. 30).

Diante do exposto, conclui-se que a fundamentação das decisões dos juízes é importante instrumento pelo qual o juiz poderá exercer seu poder de influenciar na implementação de política externa. Isto porque, será capaz de impor suas preferências sobre as decisões.

A doutrina também será fonte de hermenêutica jurídica. Doutrina consiste nos estudos desenvolvidos pelos vários juristas. Tem por objetivo o estudo aprofundado sobre os institutos jurídicos, normas e suas respectivas interpretações. Atualizam, sistematizam, criticam e aperfeiçoam o conhecimento do Direito. É, muitas vezes, a principal via de comunicação judicial.

Segundo a definição de Gusmão, a doutrina é: “Conjunto de idéias enunciadas nas obras dos juriconsultos sobre determinadas matérias jurídicas.” (GUSMÃO, 2006, 129). São regras, idéias e princípios jurídicos extraídos das obras dos juriconsultos. “Na prática, a doutrina é, sem dúvida, fonte inspiradora de decisões judiciais.” (GUSMÃO, 2006, p.130).

Deve ser uniforme, isto é, sustentadas pela maioria dos juriconsultos de uma época para motivar as decisões judiciais. No entanto, um único juriconsulto de grande reputação poder ter a autoridade jurídica para criar direito, desde que suas idéias sejam acolhidas pelos tribunais. A autoridade de certos juristas leva os juízes a escolher de acordo com sua interpretação do direito. Nesse sentido, a doutrina deve obedecer a três requisitos: alta reputação e sabedoria dos juristas; convergência de opiniões; e, sendo nova a doutrina, que correspondesse à espera, de um longo tempo, do povo. (Savigny *apud* Legaz y Lacambra, 1961, p.575)

De acordo com Gusmão: “É comum encontrarmos nas sentenças e nos pareceres citações da opinião de juriconsultos, e, muitas vezes, nessas opiniões se fundam os julgamentos. Quantas vezes os pareceres dos doutos têm modificado a opinião de juízes!” (GUSMÃO, 2006, p.130-131). Montoro alerta para este mesmo fenômeno:

A doutrina vem ganhando importância cada vez maior na formação do direito, através das construções teóricas e elaborações doutrinárias, que atuam sobre a legislação e a jurisprudência, seja pela investigação e descoberta de novas fontes, como usos sociais obrigatórios e a multiplicidade de ordenamentos jurídicos no dinamismo real das sociedades modernas. É na obra dos juristas que se encontram a origem de inúmeras disposições de lei e a inspiração de julgados que inovam e aperfeiçoam o direito, na sua perpétua procura da justiça. (MONTORO, 1999, p358).

A doutrina desempenha três funções: na formação das leis; no processo de interpretação do Direito Positivo; e na crítica aos institutos vigentes, no sentido de revelar o sentido e o alcance das disposições legais (NADER, 2006, p.182).

A ciência do direito permeia toda a trajetória profissional do juiz e terá grande impacto em suas decisões como demonstrando acima. Nader explica que “tanto a arte de postular em juízo como a arte de julgar requerem o conhecimento do Direito. A lição dos juristas, apresentada em seus tratados monografias, é uma fonte valiosa de orientação capaz de propiciar embasamento científico e raciocínio jurídico.” (NADER, 2006, p.184).

Dessa forma, é possível considerar que a doutrina possui uma importância fundamental no processo. Influencia de maneira indireta nos julgamentos, pois fornece pontos de apoio ao juiz em sua atividade intelectual. Sua influência é menos consagrada que a dos

costumes. No entanto, uma vez que tem-se, no presente trabalho, como perspectiva a independência do juiz para identificarmos seus interesses, estes serão influenciados pelo pensamento de autores que formaram seu posicionamento profissional.

5.4.1.2 Efeitos da decisão

São variáveis do poder do judiciário na medida em que o escopo e repercussão das decisões são indicadores de uma maior ou menor capacidade de influenciar a produção da política externa. Analisar-se-á de que forma os efeitos formais e matérias serão capazes de determinar o poder do judiciário nesse processo.

5.4.1.2.1 Efeitos Formais

Os efeitos formais da decisão serão determinantes, na medida em que se identifica seu escopo, ou seja, se as decisões proferidas pelo judiciário sobre a aplicação de determinada norma gera efeitos *inter partes* ou *erga omnes*.

Efeitos *inter partes*, repercutem apenas às partes envolvidas no caso concreto, julgado pelo juiz. Efeitos *erga omnes*, têm a capacidade de repercutir em todos os casos semelhantes. Isto é, seus efeitos ultrapassam as partes e atingem um número muito maior de pessoas, pois terá efeitos não só para outras partes em casos semelhantes, mas gerará um poder de prevenção de condutas no mesmo sentido. Uma vez que, por ter efeito *erga omnes*, poderá ser invocada por todos os tribunais.

Nota-se que, caso a decisão possua efeitos *erga omnes* seu poder de influencia é ampliado, enquanto em casos em que seus efeitos são limitados às partes da mesma forma é contraído sua capacidade de atuar de maneira expressiva no processo. Assim, a análise dos efeitos formais é extremamente importante para se determinar as possibilidades de interferência pelo poder judiciário na política externa.

5.4.1.2.1 Efeitos Materiais

O poder do judiciário de influenciar a produção de política externa na fase de implementação, pode ser identificado através da análise dos efeitos produzidos a partir de suas decisões. As decisões de um juiz nacional são capazes de criar entendimentos ou mesmo de determinar a posição do país internacionalmente, o que poderá, em alguns casos, gerar compromissos internacionalmente para o Estado. Há, ainda, a possibilidade de que suas decisões reforcem regimes internacionais. Essas hipóteses serão analisadas a seguir:

a) Criação de Entendimentos

A partir da discussão estabelecida na seção 1.1.2.2 sobre Precedentes transnacionais, compreende-se a importância da comunicação judicial transnacional, na qual os juízes nacionais e transnacionais relacionam entre si. Agem como atores “independentes”, capazes de determinarem seu próprio posicionamento transnacionalmente. Slaughter argumenta que:

Cortes tipicamente desaparecem atrás da fachada do Estado-unitário nas relações internacionais. Domestically, atuam em função, mas também como ferio, do legislativo e executivo nacionais. Internacionalmente, apresentam-se como uma força unificada, contrapondo-se ao executivo, em qualquer caso, com implicações significativas na política externa. [...] Contudo, essa auto-concepção autônoma não as vincula, necessariamente, a um internacionalismo ou a interesses universais. Como discutido acima, é bem possível que as cortes nacionais se engajem em diálogos umas com as outras para proteger o que percebem como sendo o interesse de seus governos. Mas é necessário que as cortes tenham uma concepção sobre elas mesmas como atores capazes de determinar esses interesses por conta própria, mesmo se escolherem considerar o ponto de vista de outro departamento do governo. (SLAUGHTER, 1994-1995, p.123).

O a comunicação transnacional gera uma disseminação de idéias de um sistema legal nacional para outro ou para um determinado sistema legal regional ou para o sistema legal internacional. Essa fertilização mútua (*cross-fertilization*) serve como constrangimento, inspiração ou fundamentação para a solução de casos concretos por juízes nacionais ou internacionais (SLAUGHTER, 1994-1995, p.117).

Da mesma forma com que o um país é constrangido (ou fertilizado) por decisões e fundamentações de outros juízes, este será capaz de influenciar na decisão de juízes transnacionalmente.

b) Determinação do Posicionamento do País

Ao decidir sobre a aplicação de uma norma de natureza internacional, que obriga o Estado internacionalmente, o judiciário produz efeitos no cenário internacional que poderão acarretar conseqüências para o Estado. Isto porque, ao fazê-lo, determina o posicionamento do país sobre determinada matéria. Esse posicionamento poderá gerar uma espécie de cooperação internacional - em que uma corte nacional age em consonância com uma corte transnacional – ou um conflito de entendimentos o que poderá acarretar custos para o Estado internacionalmente (SLAUGHTER, 2003, p.205-210).

5.4.2 Variáveis do Poder de Influência Indireta do Poder Judiciário na PEB – Momentos da Elaboração

Será possível identificar a possibilidade de influência do judiciário na política externa nos processos de definição de agenda, negociação e incorporação mediante a identificação de mecanismos de antecipação de reações.

Os indicadores serão órgãos, secretarias, comissões, temporárias ou permanentes, estabelecidas no ceio das instancias decisórias dos demais atores. A partir deles será possível identificar de que forma as preferências do executivo, o legislativo e os grupos de interesses, são influenciadas pelos constrangimentos impostos pelas preferências do judiciário.

Diante do exposto, conclui-se que o poder do judiciário irá variar de acordo com o momento do processo da política externa que se está avaliando. No entanto, fica claro que existe a possibilidade de atuação em todas as fases deste processo e buscou-se definir parâmetros para que seja possível identificar seu poder de influência em cada uma delas.

O próximo Capítulo terá como objetivo aplicar esse modelo ao caso brasileiro. Buscar-se-á extrair conclusões a respeito de seu poder de influenciar o processo de produção da política externa do país.

6 AS CORTES DOMÉSTICAS E A GARANTIA DO CUMPRIMENTO DOS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS ASSUMIDOS PELO BRASIL

O capítulo anterior teve como objetivo desenvolver variáveis e indicadores a partir dos quais fosse possível inserir o judiciário como variável no modelo de análise proposto. A partir desses pressupostos analíticos o presente capítulo buscará analisar a participação do judiciário na estrutura institucional brasileira. Tem-se como objetivo identificar a capacidade do judiciário nacional agir como um mecanismo que previne ou possibilita o cumprimento do DIP.

Primeiramente será definido o grau de independência gozado pelo Poder Judiciário brasileiro a partir dos indicadores estabelecidos. Posteriormente, será analisada a capacidade do judiciário brasileiro de influenciar nas diversas fases da Política Externa Brasileira. Finalmente, serão feitas considerações a respeito da capacidade do Poder Judiciário brasileiro agir como um mecanismo de garantia de cumprimento dos acordo internacionais assumidos pelo Brasil.

Primeiramente será definido o grau de independência gozado pelo Poder Judiciário brasileiro a partir dos indicadores estabelecidos no Capítulo 2. Posteriormente, será analisada a capacidade do judiciário brasileiro de influenciar nas diversas fases da PEB. Finalmente, serão feitas considerações a respeito da capacidade do Poder Judiciário brasileiro influenciar a PEB.

6.1 Independência do Judiciário Brasileiro

Será importante analisar o grau de independência do Poder Judiciário brasileiro, pois este indicador definirá os interesses desse ator. Dessa forma, será possível definir sua natureza e estabelecer suas preferências. Assim, se buscará inserir o judiciário como ator no modelo de análise proposto no Capítulo 1, por meio das variáveis identificadas no Capítulo 2.

Serão identificados os meios de seleção dos juízes brasileiros, o termo de seus mandatos e o plano de carreira. Como estabelecido anteriormente, esses são os indicadores formais da independência do juiz na tomada de decisão, na medida em que poderão

constranger suas escolhas alterando seus interesses. A partir desses indicadores buscar-se-á definir a natureza do judiciário brasileiro.

6.1.1 Indicadores formais

6.1.1.1 Seleção

A seleção dos juízes brasileiros, via de regra, é realizada por meio de concurso público. De acordo com o estabelecido na constituição federal de 1988, em seu artigo 93, inciso I:

Art.93 Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios:

- I- ingresso na carreira, cujo cargo inicial será de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, mínimo de 3 (três) anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; (Constituição Federal, 1988).

Morais reflete sobre a importância dessa garantia para que os magistrados não sejam expostos a uma prova de resistência política:

A doutrina norte-americana já apontava a necessidade de permanência do magistrado no cargo, como garantia de independência e imparcialidade do órgão julgador, pois a debilidade do órgão julgador resulta em opressão e medo de influência de ações coordenadas, e nada pode contribuir com tanta firmeza para a independência como a permanência no cargo, a garantia que se consubstancia em um baluarte da justiça pública e segurança pública. (MORAIS, 2004, p.471)

Essa forma de seleção atribui grande independência aos juízes brasileiros uma vez que não se submetem a nenhum tipo de processo político para o ingresso na magistratura. Pode-se considerar, assim, que a estrutura institucional brasileira, em relação ao indicador formal de independência: seleção, atribui ao tomador de decisão um alto grau de independência em relação aos interesses dos demais atores. De acordo com Meirelles:

A magistratura brasileira foi pioneira na adoção do critério racional para o acesso a cargo público, inicialmente com a previsão formal de concurso na Constituição de

1934, posteriormente aprimorado na Carta de 1946. Assim, diversamente da tradição latino-americana, o Brasil utiliza critério racional, fundado em parâmetros técnicos, para o acesso à magistratura, tendo sido este modelo estendido às demais carreiras a partir da atual Constituição. (MEIRELLES, 2005, 43).

Apesar dos avanços no sentido de um ingresso mais imparcial dos juízes na magistratura, essa forma de seleção se aplica apenas aos juízes de primeira instância, de primeiro grau. Para o ingresso como juiz de um Tribunal Regional ou Superior seleção se dá de forma distinta. Para esses cargos, a seleção apresenta critérios políticos, como será analisado a seguir.

Primeiramente será necessário apresentar minimamente, de forma extremamente rudimentar, a complexa estrutura judiciária brasileira. Essa exposição visa apenas auxiliar na visualização da hierarquia dos tribunais para uma melhor compreensão do sistema de seleção, já que não é o objetivo desse trabalho analisar profundamente a estrutura judiciária como um todo. A análise será feita, sempre, tendo em vista o objetivo deste trabalho, qual seja, identificar as variáveis proposta no modelo desenvolvido no Capítulo II.

O judiciário brasileiro se organiza hierarquicamente da seguinte maneira:

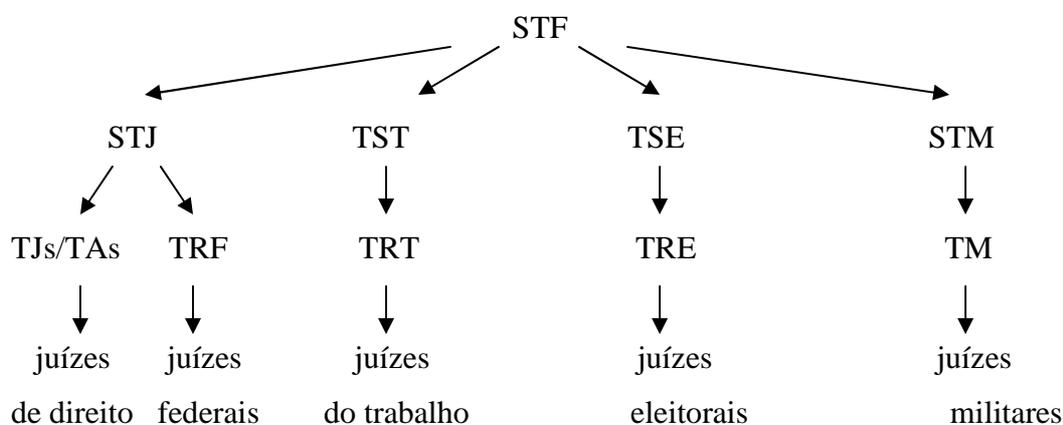


Figura 1 Estrutura do poder judiciário brasileiro

A seleção por meio de concurso público é regra de seleção para o ingresso em qualquer cargo público como previsto na Constituição artigo 37, inciso II:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

II – a investidura em cargo ou emprego público dependente de aprovação prévia em concurso público de provas ou títulos, de acordo com a natureza e complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo

em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. (Constituição Federal, 1988).

Contudo há exceções à regra constitucional. Para os Tribunais Regionais Federais é previsto o ingresso sem a necessidade de concurso público. É o chamado quinto constitucional. Um em cada cinco desembargadores (juízes dos Tribunais Regionais) ocupa o cargo por meio de indicação.

Os Tribunais Regionais são os posicionados na segunda linha, de baixo para cima, no quadro organizacional acima. São eles os Tribunais de Justiça (TJs), os Tribunais de Alçada (TAs), os Tribunais Regionais Federais (TRF), os Tribunais regionais do Trabalho (TRT), os Tribunais Regionais Eleitorais (TER) e os Tribunais Militares (TM)

O quinto constitucional está previsto no artigo 94 da Constituição Federal que estabelece:

Art.94 Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.
Parágrafo único. Recebida as indicações, o tribunal formará lista tríplice, enviando-a ao Poder Executivo que, nos vinte dias subseqüentes, escolherá um de seus integrantes para a nomeação. (Constituição Federal, 1988).

Os juízes selecionados por meio do quinto constitucional sofrem constrangimentos de ordem política muito maiores que aqueles selecionados por meio de concurso público. Fica claro, no caso brasileiro a dificuldade de se definir, *a priori*, o interesse do judiciário. No entanto, há que se considerar que os juízes de primeira instancia são, todos, selecionados por meio de concurso público, adquirindo assim, maior autonomia. E, apesar de possuírem menor independência em relação àqueles, a maioria dos desembargadores dos Tribunais Regionais prevalece com considerável autonomia, já que, quatro em cada cinco devem se submeter ao concurso público.

Contudo, existe, ainda, uma exceção à regra constitucional, sobre a investidura em cargo público por meio de concurso público, para os Tribunais Superiores, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM).

O STF é composto por 11 membros, denominados ministros. O preenchimento das onze vagas é de livre nomeação do Presidente da República, após aprovação por maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Os únicos requisitos são: idade entre 35 e 65 anos;

ser brasileiro nato; ser cidadão em pleno gozo dos direitos políticos e; notável saber jurídico e reputação ilibada. Nota-se que não é exigido, sequer, formação jurídica, o critério é puramente político.

O ingresso ao STJ obedece a regras pré-determinadas. Este Tribunal é composto por 33 ministros escolhidos pelo Chefe do Poder Executivo. A escolha deve observar os critérios obrigatórios sobre a composição do tribunal que teve ser: 1/3 de juízes dos Tribunais Regionais Federais; 1/3 de desembargadores dos Tribunais de Justiça Estaduais; 1/3 divididos entre: 1/6 de advogados; 1/6 de membros do Ministério Público Federal, Estaduais e Distrital.

Nos casos dos TRFs e TJs o próprio STJ elaborará, livremente, lista tríplice e enviará ao Presidente da República; observados os critérios: idade entre 35 e 65 anos; serem brasileiros natos ou naturalizados; notável saber jurídico e reputação ilibada.

O candidato selecionado pelo presidente da república deverá, ainda, ser aprovado pela maioria simples do Senado Federal. Somente então, poderá ser nomeado pelo presidente. Esses procedimentos estão regulamentados nos artigos 104, 47 e 27 da Constituição Federal.

A composição dos demais tribunais superiores observa critérios semelhantes de indicação e posterior escolha pelo presidente da república, mediante aprovação parlamentar.

Conclui-se, portanto, independência do juiz, em relação ao indicador *seleção*, é drasticamente diminuída na medida em que aumenta o nível hierárquico da corte. Quanto maior a importância do cargo, maior o constrangimento político sofrido pelo tomador de decisão, ao realizar suas escolhas.

Os interesses do judiciário serão definidos, portanto, em função do tribunal ao qual se submete a causa. A decisão de um juiz de primeira instância tenderá a sofrer menores influências das preferências dos demais atores, destarte, sua escolha por determinada política será baseada em preferências subjetivas. Em contrapartida, as preferências por determinada política, pelos juízes de instancias superiores, no Brasil, serão determinadas por seus interesses políticos, quais sejam, permanecer no cargo e não tomar medidas que vão contra os interesses de sua base de apoio político.

6.1.1.2 Mandato

Ao ingressarem no cargo os juízes devem, como previsto no artigo 93, mencionado na seção anterior, desempenhar a função de juiz substituto por dois anos. Findo prazo, os juízes

gozarão de vitaliciedade. Assim, o juiz somente perderá seu cargo por decisão judicial transitada em julgado, como previsto no artigo 95, inciso I:

Art. 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; (Constituição Federal, 1988).

Considera-se, assim, que no requisito formal: *mandato*, o sistema brasileiro se aproxima mais ao extremo do espectro referente à independência, uma vez que, somente nos primeiros dois anos sofrerá constrangimentos políticos por aqueles que possuem a capacidade de deliberar sobre sua permanência no cargo. Após esse período inicial, a vitaliciedade atribui altíssimo grau de independência.

No entanto, existem algumas exceções a essa regra, previstas na Constituição Federal, em relação à vitaliciedade do Ministro do Supremo Tribunal Federal. No artigo 52, estabelece a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, na ocorrência de crimes de responsabilidade (MORAES, 2004, p.470)⁷⁹. E, ainda, de acordo com o previsto no artigo 93, inciso VIII:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da magistratura, observados os seguintes princípios: VIII – o ato de remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado, por interesse público, fundamentar-se-á em decisão por voto da maioria absoluta do respectivo tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, assegurada ampla defesa; (Constituição Federal, 1988).

Mais uma vez, também no indicador *mandato*, observa-se uma diminuição da independência dos juízes que ocupam o cargo em instâncias superiores. Neste caso, o STF fica subordinado, não só, a seus membros, como a todas as demais cortes e ao Senado Federal. Confirma-se, assim, a tendência do legislador brasileiro de constranger politicamente as preferências das mais elevadas instâncias do judiciário. Assim, de acordo com a variável forma *mandato*, a independência do judiciário brasileiro, assim como concluído na análise sobre a seleção dos juízes, irá variar de acordo com o nível hierárquico da corte à qual se submete a causa.

⁷⁹Nas palavras do constitucionalista Alexandre de Moraes: “Trata-se de uma regra de responsabilização política dos membros da mais alta Corte Judiciária que pratiquem infrações político-administrativas atentatórias à Constituição Federal (*impeachment*)”

Faz-se necessário, nesse momento, a análise do último indicador formal, qual seja, o plano de carreira dos magistrados brasileiros.

6.1.1.3 Plano de carreira

Uma vez titular do cargo, o juiz poderá ser removido ou promovido somente por sua própria iniciativa e nunca por decisão de qualquer outra autoridade (MORAES, 2004, p.470). Portanto, gozam de inamovibilidade. A essa garantia ao magistrado, prevista pela constituição pelo artigo 95, inciso II, cabe apenas uma exceção prevista nesse mesmo instituto: “Art.95 Os juízes gozam das seguintes garantias: II – inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art.93, VIII;” (Constituição Federal, 1988). O artigo 93, em seu inciso, VIII, trata da remoção do cargo pelo consenso do tribunal ou do Conselho Nacional de Justiça, e foi tratado na seção anterior.

Ao contrário dos demais indicadores, o plano de carreira tenderá a constranger de maneira mais expressiva os juízes ocupando cargos de menor nível hierárquico. Isto porque, objetivam ascensão para cargos superiores, para os quais, como já demonstrado, a seleção se dá por meio de indicação. Suas preferências serão constrangidas pelos interesses daqueles que poderão indicá-los a cargos superiores ou, ainda, promovê-los para outras entrâncias de seus interesse. Conforme o artigo 93, inciso II:

Art. 93. Lei complementar de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura observados os seguintes princípios:

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: [...]. (Constituição Federal, 1988).

Dessa forma, visto que os juízes em cargos inferiores possuem maiores constrangimentos de ordem política para a promoção tanto de entrância (posição geográfica da corte), como de instância (posição hierárquica da corte) estes serão menos independentes segundo o indicador formal de independência plano de *carreira*.

A partir de agora, devem ser analisados os indicadores matérias de independência das cortes e tribunais brasileiros. Procura-se com essa análise, posteriormente, chegar a conclusões sobre os interesses e preferências do judiciário brasileiro.

6.1.2 Indicadores Materiais

Indicadores materiais, como discutido no capítulo anterior, são aqueles capazes de constrangerem a independência do tomador de decisão, mas, contudo, não são formalmente previstos como sendo capazes de fazê-lo. Os indicadores materiais da independência do juiz são a força dos precedentes nacionais, transnacionais, bem como dos costumes e da doutrina. Cada um desses indicadores será analisado sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro.

6.1.2 .1 Força dos precedentes nacionais

O Brasil se baseia no sistema de *civil Law*, pois é um dos Estados segue a tradição direito romano-germânica. Destarte, como discutido anteriormente, nesses sistemas o precedente não possui força normativa formal. A jurisprudência não se equipara formalmente às leis emanadas dos processos legislativos ou decretos.

Contudo, é um fato, dado pela experiência, que o direito codificado não consegue abarcar todas as hipóteses possíveis de situações quotidianas passíveis de conflito. As leis são normas genéricas e abstratas que devem ser aplicadas pelo juiz mediante avaliação, com discernimento, do alcance de suas disposições. A jurisprudência é o exercício de conciliação do Direito aos fatos sociais. Segundo Paulo Nader: “O papel dos juízes e tribunais se revela, assim, como o de complementação das normas judiciais” (NADER, 2006, p.176).

O papel da jurisprudência no ordenamento jurídico brasileiro fica evidente quando analisamos sua capacidade de vincular os tribunais, ou seja, de constranger a liberdade dos juízes ao realizarem suas escolhas. A jurisprudência possui autoridade científica e, assim, a capacidade de orientar, informar. Os juízes de instâncias inferiores apesar de não terem a obrigação formal de acompanhar as orientações hermenêuticas dos tribunais superiores são constrangidos pelo posicionamento dos juízes de hierarquia superior. Isso ocorre por dois motivos principais: i) em virtude dos processos de unificação da jurisprudência dos tribunais brasileiros e; ii) como consequência do sistema do plano de carreira dos juízes brasileiros.

O sistema jurídico brasileiro dispõe de recurso especial para unificar as jurisprudências conflitantes. De acordo com o estipulado no artigo 105, inciso III, alínea “c”:

Art.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:

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (Constituição Federal, 1988).

Assim, caberá ao STJ dar seu ponto de vista e unificar os procedimentos de aplicação do Direito.

No mesmo sentido, as *súmulas* possuem caráter unificador, pois orientarem os advogados e juízes, ao fixarem “inteligências” (NADER, 2006, 178). As súmulas firmadas pelo STJ e pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) possuem efeito impeditivo de recurso, isto é, qualquer juiz poderá decidir contrariamente a ela, porém, dessa decisão caberá recurso. Quando a decisão proferida for no mesmo sentido, não caberá recurso, uma vez que, o posicionamento do STJ foi consagrado pela súmula.

Existem, ainda, as *súmulas vinculantes* que são interpretações que, uma vez aprovadas por dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal (STF), se tornam obrigatórias para os tribunais e juízes em geral. Segundo as reflexões de Paulo Nader:

Tal efeito visa a evitar o congestionamento de ações junto às altas cortes de justiça, que se vêem obrigados a julgar questões jurídicas anteriormente decididas em numerosos processos. Acorrente doutrinária, que se posiciona contra o efeito vinculante da súmulas entende que a sua adoção é nociva, pois retira dos juízes a liberdade de interpretação, impedindo-lhes de decidir de acordo com suas próprias convicções. (NADER, 2006, 179).

As súmulas e o recurso especial de competência do STJ para unificação de jurisprudências divergentes tendem a constranger de maneira mais expressiva cortes de instâncias inferiores. Nesse mesmo sentido, pode-se identificar o constrangimento sofrido pelos tribunais de hierarquia inferiores em virtude do próprio sistema do plano de carreira. Por de penderem, na maioria dos casos, de indicação tanto para a transferência entre instâncias, quanto para a promoção para cargos em tribunais de hierarquia superior, juízes de hierarquia inferior tenderão a conformar suas preferências com aqueles que detêm o poder de indicá-los para os respectivos cargos. Uma forma de demonstrar conformação de preferências é a través da unificação da jurisprudência.

Diante do exposto, conclui-se que, em relação ao indicador material *precedente nacional*, a independência também irá variar de acordo com a hierarquia da corte para a qual o caso é submetido. As cortes de hierarquia inferior tenderão a ser menos independentes, face

aos precedentes nacionais, na tomada de decisão quando comparadas com as cortes de hierarquia superior.

Isto posto, deve-se analisar a influência dos precedentes transnacional no grau de independência do juiz nacional ao realizarem suas escolhas. Essa discussão se mostrará muito menos pacífica e com moldes menos definidos que a realizada sobre precedentes nacionais, no entanto, será de grande potencial analítico por ser um debate relevante entre os teóricos de Direito e Relações Internacionais.

6.1.2 .2 Força dos Precedentes Transnacionais

Os Precedentes transnacionais, como discutido no Capítulo II, são fruto do diálogo judicial entre tribunais internos e tribunais estrangeiros ou internacionais. Os juízes brasileiros serão constrangidos por esses entendimentos uma vez que, como argumentado por Slaughter, parece haver, cada vez, mais um reconhecimento mútuo entre os juízes e um entendimento de que fazem parte de uma comunidade de profissionais, vinculados menos pela natureza da norma que aplicam e mais pelo papel que exercem de jurisdição (SLAUGHTER, 2003, p.192).

Da mesma forma que os precedentes nacionais criam entendimento científicos e são utilizados para a construção do pensamento jurídico, os precedentes transnacional também possuem a capacidade de persuadir e criar entendimentos constrangendo as juízes que se baseiam em conclusões de cortes e tribunais estrangeiros ou de jurisdição internacional.

No cenário interdependente e globalizado em que o Brasil se obriga internacionalmente por diversos tratados e se submete a jurisdições internacionais como a Corte Internacional de Justiça e mesmo órgão de soluções de controvérsias da Organização Mundial do Comércio o judiciário como poder do Estado não é ileso aos entendimentos criados no âmbito internacional. Sua ignorância pode, em muitos casos, inclusive gerar efeitos negativos para o Brasil internacionalmente.

Outros fatores subjetivos podem levar os juízes nacionais a observarem os precedentes transnacionais. No entanto, o constrangimento gerado por decisões judiciais no âmbito internacional não podem ser ignorados tanto pelo fato da comunicação judicial explicitada no Capítulo II, como pelos efeitos internacionais das decisões judiciais nacionais que serão discutidos de maneira mais profunda quando tratarmos dos efeitos da decisão na cessão 2.4.4.

Os precedentes transnacionais são capazes de constranger tanto as decisões das cortes de hierarquia superior como inferior. No entanto, pode-se vislumbrar um peso maior no constrangimento gerado às cortes de nível superior, pois, por possuírem o posicionamento final, representam internacionalmente o entendimento brasileiro sobre determinada matéria.

Em especial, o STF, sofrerá o maior constrangimento à sua independência uma vez que, por ter a competência principal sobre questões constitucionais, e por ser o órgão de mais alta cúpula do sistema judiciário brasileiro, seu posicionamento representará a última instância do entendimento brasileiro sobre questões de mais alta relevância no cenário internacional. Este é o caso, por exemplo, das normas sobre Direitos Humanos - institutos de mais alta relevância no Direito Internacional; no ordenamento jurídico interno assumem hierarquia constitucional. Em última instância, portanto, são da competência do STF. Destarte, decisões nesse sentido serão fortemente constrangidas por precedentes transnacionais.

Isto posto, entende-se que neste requisito material, as cortes de hierarquia superior tenderão a ser menos imparciais tendo em vista decisões judiciais estrangeiras ou de organismos internacionais. Cortes de nível hierárquico inferiores também serão afetadas, no entanto, o peso das decisões da comunidade internacional sobre as cortes superiores e, principalmente, sobre o STF será maior, por ser a última instância das decisões judiciais brasileiras.

Uma vez estabelecidos os indicadores da independência do judiciário brasileiro, conclui-se que, a imparcialidade dos juízes varia de acordo com sua posição hierárquica no sistema organizacional institucional. Apesar de que, em relação à variável *plano de carreira e precedentes nacionais* as cortes de nível hierárquico inferior demonstrarem menor independência em relação às cortes de nível hierárquico superior, em todos os demais indicadores constatou-se tendência contrária.

Assim, entende-se que as cortes de nível hierárquico superior tenderão a apresentar interesses políticos, pois estão constrangidas por um maior número de indicadores de constrangimentos pelos demais atores. Suas preferências, na maioria dos casos, serão pautadas pelas preferências dos atores que resguardam seus interesses, como permanência no cargo, seleção/promoção. Casos submetidos a cortes de nível hierárquico inferior tenderão a ter uma decisão menos pautada por interesses políticos, ainda que não inteiramente, uma vez que, os juízes de instâncias inferiores serão constrangidos por interesses de permanência nos primeiros dois anos, transferência, promoção e ainda o forte constrangimento dos precedentes nacionais.

Conclui-se que, na maioria dos casos o judiciário terá suas preferências constrangidas por seus interesses políticos, assumindo assim, na grande maioria dos casos natureza política. Decidirá por políticas que garantam sua permanência no cargo, sua possível promoção ou transferência, e, ainda, por políticas que assegurem a manutenção de suas garantias.

A partir de agora, passa-se a analisar os momentos da produção de política externa nos quais o judiciário brasileiro será capaz de atuar. Uma vez analisado no capítulo anterior como se dá esse processo na esfera internacional, busca-se, na próxima seção, identificar as peculiaridades do processo brasileiro e as possibilidades de atuação de se colocam ao judiciário.

6.2 Momentos da Produção da Política Externa Brasileira

Para que se identifique os momentos da produção da PEB em que o judiciário brasileiro terá a capacidade de exercer influência, faz-se necessário entender como se dá a incorporação, ou recepção de tratados no ordenamento jurídico interno. Isso porque os tratados são a expressão normativa dos atos externos praticados pelo Estado, e o judiciário tem competência restrita para questões jurídicas. Desta forma, para que seja analisado seu papel na produção de política externa, por mais que consiga afetar indiretamente em momentos como a negociação e definição da agenda, somente poderá fazê-lo quando as questões a serem discutidas internacionalmente envolverem a elaboração de tratados. Só assim, estará o Estado vinculado juridicamente - seja internacionalmente, seja internamente.

De acordo com as fases da produção da política externa estabelecidos no Capítulo II, para se entender o processo de produção da PEB devem ser identificadas as particularidades do caso brasileiro em relação aos seguintes momentos: i) definição da agenda; ii) negociação; iii) incorporação ao ordenamento jurídico interno; iv) implementação/aplicação. Cada um dos momentos será analisado a seguir:

a) Definição da agenda: A definição da agenda da política externa brasileira é realizada pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE), ou Itamaraty, como é conhecido. Segundo o MRE, sobre o papel do Itamaraty, este é: “Responsável por assessorar o Presidente da República na formulação e execução da política externa brasileira [...]”.⁸⁰

b) negociação: A negociação de tratados e acordos internacionais pelo Brasil é

⁸⁰ Em: http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=6&Itemid=342

realizada executivo. Segundo a previsão do artigo 84, incisos VII e VIII:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
 VII – Manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;
 VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (Constituição Federal, 1988).

Como discutido anteriormente, o Presidente da República tem o poder de nomear representantes para negociarem em seu nome a través da carta de plenos poderes. Geralmente esse poder é atribuído ao Ministro das Relações Exteriores e aos líderes de missões diplomáticas.

A negociação, na perspectiva interna abarca, também, o momento internacional de “*assinatura*”. Esse momento representa a finalização das negociações internacionais e para o plano interno não possui efeito diverso da própria negociação.

c) incorporação ao ordenamento jurídico interno: A constituição brasileira não estabelece com clareza os procedimentos sobre a recepção e integração dos tratados internacionais na ordem jurídica interna (DALLARI, 2003, p.86). Observa-se a existência de um número escasso de dispositivos sobre o assunto. No entanto, a vontade do Executivo passou a conjugar com o assentimento do Poder legislativo, com o intuito de democratizar o processo de conclusão de tratados internacionais impedindo o arbítrio do Executivo na condução da política externa. A partir do texto constitucional “[...] o controle legislativo das relações exteriores passa a ter grande influencia na condução da política externa por parte do Poder Executivo, modificando a sobremaneira a prática de conclusão de tratados no cenário mundial.” (MAZZUOLI, 2004, p.267).

O processo de incorporação, internalização ou recepção é necessário para que os tratados internacionais sejam exigíveis no ordenamento jurídico brasileiro. Consagra-se, então, o sistema dualista (MELLO, 1994, p.263)⁸¹ adotado pela República Federativa de

⁸¹ Como discutido no Capítulo 2, é corolário da teoria dualista a necessidade de, através de alguma formalidade, transportar o conteúdo normativo dos tratados internacionais para o ordenamento jurídico interno, para que estes, mesmo que já existentes no plano internacional, possam ter validade e executoriedade no território nacional. Contrariamente para a teoria monista, não é necessário a realização de qualquer ato no ordenamento interno depois da ratificação. Alguns autores consideram que no Brasil existe um sistema dualista misto, pois a constituição prevê em seu artigo 84., parágrafo 8: “Compete privativamente ao Presidente da República: celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”. Em relação à competência para referendar do Congresso Nacional o Artigo 45, inciso I, regulamenta: “É da competência Exclusiva do Congresso Nacional: resolver definitivamente sobre tratados, acordos, ou atos, internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Existe uma exceção em relação à discricionariedade do Poder Executivo em relação ao envio do tratado para referendo do Congresso Nacional, são as normas concluídas no âmbito da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Em seu tratado

Brasil.

A recepção de tratados e de acordos firmados pelo Brasil está condicionada a uma sucessão causal e ordenada de atos político-jurídicos. Isto porque a constituição Brasileira não consagrou, no tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, tampouco o postulado de aplicabilidade imediata. Por isso, estes princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional. A raiz disto, não se podia invocar a existência da norma do parágrafo único do artigo 4º da Constituição da República⁸² - estudado na sessão anterior, que faz parte dos princípios fundamentais - que tem um conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de incorporação para a ordem jurídica doméstica dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.

A incorporação ocorre através do Procedimento Constitucional de Incorporação de Convenções. Seus atos são definidos cronologicamente da seguinte forma:

a) Aprovação do Congresso Nacional: depois da negociação e assinatura, o Presidente da República, respeitando o disposto no Art.49, I⁸³, remete o tratado para a apreciação e aprovação pelo Congresso Nacional, que ocorre mediante decreto legislativo⁸⁴, das convenções em questão;

b) Ratificação: os atos internacionais referendados pelo congresso nacional devem ser ratificados pelo Chefe de Estado, mediante depósito, internacionalmente, do respectivo instrumento;

c) Promulgação: os acordos ratificados internacionalmente Presidente da República devem ser promulgados mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais a sua vigência doméstica⁸⁵:

constitutivo, estabelece que todas as normas produzidas no âmbito da organização deverão ser submetidas obrigatoriamente ao legislativo.

⁸² Art. 4º A República Federativa do Brasil se rege em suas relações internacionais pelos seguintes princípios: Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações.

⁸³ Art. 49;. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que tragam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

⁸⁴ Constituição Federal 1988: Art. 59. O processo legislativo compreende na elaboração de: VI - decretos legislativos, e Art. 47 Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões vão ser tomadas pela maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros. (Procedimento confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na Carta Rogatória N° 8.279).

⁸⁵ Os Decretos Legislativos são leis que a constituição não exige a remessa ao Presidente da República para sanção, mas o STF considerou que a promulgação é requisito essencial para a incorporação dos tratados internacionais ao direito interno.

- (1) publicação oficial do texto do tratado;
- (2) exequibilidade do ato de direito internacional público, que passa, então, e somente então, a vincular e obrigar no plano do direito positivo interno.

No Brasil, depois de negociado e assinado pelo poder Executivo, o tratado deve ser aprovado pelo Poder Legislativo, podendo, então, ser ratificado por aquele. Os instrumentos de ratificação são trocados (tratados bilaterais) ou depositados diante o depositário. Depois da sua conclusão. O tratado é promulgado pelo Presidente da República, por intermédio de decreto, publicado no Diário Oficial da União.

A aprovação do tratado pelo Legislativo obedece quase o mesmo processo de elaboração de leis, dele é diferente em dois pontos: por não comportar emendas; por ser promulgada pelo Presidente do Senado, sem necessidade de sanção do Presidente. A aprovação é feita por um Decreto Legislativo⁸⁶. Ainda que, tal ato se compreenda no processo legislativo, ele não tem a condição de transformar o acordo assinado pelo Executivo em norma a ser observada, nem na órbita interna, nem na internacional. Ainda que, ao autorizar a ratificação este, também, dando sua aquiescência à matéria contida no ato internacional, não há nesta aprovação uma atividade legislativa capaz de gerar uma norma interna e, menos, ainda, capacidade de transformar o tratado em direito interno a ser aplicado pelos tribunais. Isto só ocorre com a promulgação - do decreto pelo Executivo, depois de sua eventual ratificação internacionalmente -, data na qual entra em vigor na ordem interna.

Mazzuoli desenvolve um quadro esquemático do processo de realização de atos internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2004, p.72).

⁸⁶ Decreto legislativo é instrumento que visa o desempenho de sua missão fiscalizadora do Poder Legislativo, constitucionalmente prevista dentro do sistema de freios e contrapesos que caracteriza o presidencialismo, e que se destina a garantir a independência dos poderes constituídos e o seu relacionamento harmônico, indispensáveis ao aperfeiçoamento do regime democrático. Existem decretos legislativos federais, estaduais e municipais, todos eles essencialmente destinados ao desempenho da competência inspectiva das Casas Legislativas. A Constituição Federal, o art. 49 enumera, em dezessete incisos, os assuntos que devem ser objeto de decreto legislativo, O decreto legislativo não será submetido à sanção presidencial, mas simplesmente promulgado pela Mesa do Congresso e publicado no Diário Oficial.

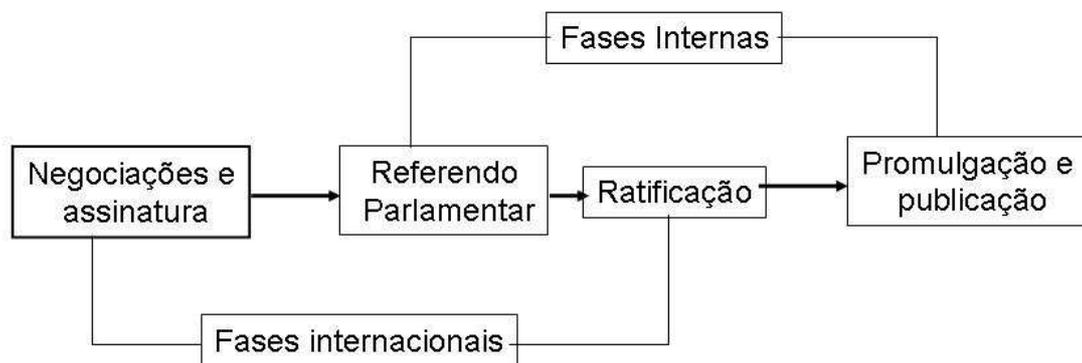


Figura 2 Processo de realização de atos internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno

Fazendo expressa referência à aplicação da norma internacional pelos tribunais, a Constituição implicitamente determina a sua aplicação sem a exigência de uma lei que disponha sobre a mesma matéria nela contida. Concedida a aprovação, não fica, sem embargo, o Chefe do Executivo obrigado a sua ratificação. A palavra final deverá ser do Presidente da República a quem compete, como órgão representativo do Estado, nas relações internacionais, celebrar tratados, obrigando o Brasil (CR. 1988, Art. 84).

Depois da aprovação pelo Congresso, se ratificado, o acordo firmado entra, na data nele estipulada, em vigor na ordem internacional. No Brasil, entretanto, depois da conclusão do ajuste, ele é promulgado pelo Chefe do Executivo por meio de decreto. A promulgação é o atestado de que a lei existe tendo sido cumprida as formalidades exigidas para que fosse concluída. O tratado só é obrigatório a partir da data de inserção no Diário Oficial do decreto de promulgação, contendo em apenso o tratado. Uma vez publicado, junto ao decreto, o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos tribunais.

O Congresso nacional terá a competência para referendar tratados internacionais somente nos casos em que estes acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Esta é a previsão do artigo 49, inciso I:

Art. 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.

Existe uma exceção em relação à discricionariedade do Poder Executivo em relação ao envio do tratado para referendo do Congresso Nacional, são as normas concluídas no âmbito

da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Em seu tratado constitutivo, estabelece que todas as normas produzidas no âmbito da organização deverão ser submetidas obrigatoriamente ao legislativo (MELLO, 1994, p.263).

Em conclusão, no Brasil, o tratado, regularmente concluído, é fonte de direito, e deve, como qualquer fonte positiva, ser promulgado pelo Poder competente, neste caso, o Executivo, publicando, em seguida, esta promulgação para o conhecimento de todos, depois de que será obrigatório. Os tribunais, ao aplicarem disposições convencionais (atos internacionais), aplicam o próprio tratado e não um ato legislativo interno.

Depois de internalizados os tratados adquirem status de lei federal ordinária. Há hoje, muitas discussões acerca da hierarquia dos tratados internacionais e suas conseqüências para a vigência e a garantia de manutenção dos compromissos internacionais assumidos pelo país como diz José L. M. Amaral Júnior: “Manter os tratados internacionais no mesmo nível hierárquico das normas ordinárias pode causar graves conseqüências, entre elas, a possibilidade de que o tratado seja anulado por qualquer lei ordinária posterior com ele incompatível⁸⁷”.

Há duas exceções, nas quais o tratado internacional não possui hierarquia igual à de uma lei federal, quais sejam: i) as normas oriundas de Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, que possuem hierarquia constitucional (MAZZUOLI, p. 99, 2004)⁸⁸ e; ii) normas que versem sobre assuntos tributários (Código Tributário Nacional Art.98).⁸⁹

⁸⁷ De acordo com a norma prevista na LICC (Lei de Introdução ao Código Civil) Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revoque. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule integralmente a matéria de que tratava a lei anterior.

⁸⁸ A exceção que existe para os tratados de Direitos Humanos é objeto de muitos debates e está prevista no Art.5º da Constituição da República em seus parágrafos §2º y §3º⁸⁸. Entretanto, a doutrina majoritária está de acordo que, no Art.2º da Constituição, os tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte, já recebem “status de norma constitucional” e adentram ao rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo assim, materialmente constitucionais. O Art. 3º coloca uma exigência para que possam se equiparar a uma emenda constitucional: “necessita que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”, obtendo assim, eficácia formal, sendo assim, formalmente constitucionais. Nas palavras do Professor Valério de Oliveira Mazzuoli: “Assim, fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional em vigor, à luz dos princípios constitucionais e internacionais de garantismo jurídico e de proteção à dignidade humana, chega-se à seguinte conclusão: o que o texto constitucional reformado quis dizer é que esses tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, que já tem status de norma constitucional, nos termos do § 2.º do art. 5.º, poderão, ainda assim, ser formalmente constitucionais (ou seja, se equivaler às emendas constitucionais), desde que, a qualquer momento, depois de sua entrada em vigor, sejam aprovados pelo quorum do § 3.º do mesmo art. 5.º da Constituição”.

⁸⁹ A exceção concernente às normas tributárias também se apresenta debatida. A norma que coloca a discussão se encontra no Art. 98 do Código Tributário Nacional, SEÇÃO II, “Leis, Tratados e Convenções Internacionais e Decretos”, que estipula: “O tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenham”. Duas questões surgem na interpretação literária do artigo e sua eventual aplicação: i) s os tratados internacionais seriam hierarquicamente superiores às leis internas e; ii) considerando o sistema federativo brasileiro, que atribui competência distributiva em matéria tributária à União, aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, surge a seguinte pergunta:

iv) Aplicação: a aplicação de tratados é realizada pelas cortes e tribunais internos, uma vez que adquirem, como analisado anteriormente, status de norma doméstica. Aos tribunais cabe exercer a jurisdição e aplicá-las no caso concreto sempre que necessário.

Diante do exposto, entende-se de maneira sistemática o processo de produção da política externa brasileira. Faz-se necessário agora, identificar como poderá o judiciário nacional atuar em cada uma delas para que se conclua, então, sobre sua capacidade de influenciar a PEB. Na próxima sessão serão identificadas as variáveis do poder de influenciar a política externa do judiciário brasileiro, de acordo com o estabelecido no Capítulo II. Buscar-se-á compreender sua capacidade de influência no momento da aplicação e nos momentos de definição da agenda, negociação e incorporação, que para motivos didáticos, a partir desse momento serão referidos como parte de em um só momento que englobará todos eles, qual seja, o da elaboração.

6.3 Variáveis do Poder de Influência Direta do Judiciário Brasileiro

6.3.1 Aplicação

6.3.1.1 Competência

poderia a União enquanto representante do Estado Brasileiro internacionalmente, firmar tratados que versem sobre matéria tributária de competência dos Estados-membros ou do Distrito Federal ou dos Municípios?

As duas questões são amplamente debatidas e existe pouco consenso entre os doutrinários. Entretanto, vamos aceitar a interpretação que está sendo mais aplicada pelos Tribunais Superiores brasileiros (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça).

Para solucionar a primeira questão, que em princípio se mostra inconstitucional por ser previsto por uma lei ordinária a superioridade dos tratados internacionais em relação a leis internas anteriores e posteriores, os tribunais entendem que o Art. 98 quis garantir o cumprimento dos acordos internacionais assumidos pelo Brasil. Entretanto, os tratados internacionais tem hierarquia de leis federais, uma vez incorporadas ao ordenamento jurídico, observado o processo de incorporação acima descrito, e as exceções previstas no Art. 5º parágrafos 2º y 3º, nos quais não está incluída a matéria tributária. Desta forma, para solucionar o eventual conflito entre uma norma tributária interna e uma oriunda de um tratado internacional, há que recorrer aos princípios constitucionais e os seguintes critérios: i) critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior; ii) critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral; iii) critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior, que neste caso não se aplica por se tratar normas de igual hierarquia.

Para solucionar a segunda questão, há que observar os princípios constitucionais federativos⁸⁹ e as disposições sobre o poder de tributação de cada Ente-federado.

O poder judiciário brasileiro só terá competência para aplicar as normas de tratados internacionais uma vez que estes estejam devidamente incorporados ao ordenamento jurídico interno. Isso porque no Brasil é exigido procedimentos de recepção de normas internacionais para que estas passem a ser exigível internamente. Esse processo foi discutido na sessão anterior.

A partir de agora serão analisados os instrumentos disponíveis ao juiz para exercer influencia no momento da aplicação da política externa. Serão analisados os instrumentos disponibilizados pela estrutura institucional brasileira. Estes instrumentos são de ordem formal e material como discutido no Capítulo II. Primeiramente, serão analisados os constrangimentos formais.

6.3.1.1 Instrumentos

Os instrumentos formais são aqueles devidamente previstos no ordenamento jurídico interno. Foram atribuídos ao judiciário pelo poder legislativo e, são instrumentos que visam viabilizar o sistema de freios e contrapesos, atribuindo, ao judiciário, competências específicas para exercer seu controle sobre os demais poderes, dentro de determinados limites.

Instrumentos materiais são aqueles não previstos formalmente, mas que, no entanto, em virtude de suas competências são disponibilizados ao judiciário e atribuem a ele um maior poder de influenciar a produção da política externa.

6.3.1.1.1 Instrumentos Formais

O legislador brasileiro atribui formalmente ao Poder Judiciário tanto o poder de revisão judicial como poderes de suprimento de lacunas como o de solução de antinomias. Esses instrumentos conferem ao poder judiciário grande capacidade de manifestar suas preferências e assim ser capaz de influenciar a aplicação da política externa em um sentido ou em outro. Suas escolhas serão realizadas com base em suas preferências como definido na sessão 3.1. Aqui, tentaremos compreender os mecanismos que possibilitam os juízes

manifestarem e reproduzirem suas preferências em uma decisão sobre a aplicação de uma norma internacional:

a) Revisão Constitucional no Ordenamento Jurídico Brasileiro:

A revisão judicial é o instrumento mais poderoso que pode ser atribuído ao Poder Judiciário, pois confere a esse ator o poder de impor suas preferências aos demais atores domésticos. Isso porque a revisão judicial tem a capacidade de anular a aplicação de uma norma. Como estamos tratando de normas internacionais, ao exercer o poder de revisão judicial o juiz anula todas as demais fases da produção da política externa desempenhada pelos demais atores e se nega a aplicá-la em um caso concreto.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é a mais poderosa ferramenta de revisão judicial. Este instrumento consiste na verificação da adequação, ou compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a constituição. Para tanto, verifica-se os requisitos formais e materiais de constitucionalidade.

Os requisitos formais recaem sobre o processo legislativo, a inobservância de normas constitucionais para o processo legislativo tornará uma lei ou ato normativo passível de revisão judicial. Dessa forma, tratados internacionais que não tenham sido devidamente incorporados ao ordenamento jurídico interno poderão ser declarados inconstitucionais pelo juiz.

Requisitos materiais se referem a compatibilidade da matéria, do conteúdo da lei ou ato normativo com as disposições constitucionais. Ou seja, caso um tratado internacional tenha sido incorporado e seja formalmente constitucional, o juiz pode verificar sua incompatibilidade com disposições e garantias constitucionais e declará-lo inconstitucional afastando sua aplicação.

Existem duas espécies de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro: o controle preventivo e o controle repressivo. Tradicionalmente, o controle preventivo é realizado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, já que visa impedir que uma espécie normativa ingresse no ordenamento jurídico passando a ter vigência e eficácia; já o controle repressivo visa expurgar a norma contrária à Constituição do ordenamento jurídico e é, geralmente, exercido pelo Poder Judiciário.

O controle preventivo será analisado nos momentos de elaboração dos tratados já que nestes atuarão tanto executivo como legislativo. Será possível notar, quando analisando esse instituto, que o controle preventivo será uma ferramenta de antecipação de reações do poder

judiciário pelos demais poderes, representando, assim, um instrumento de poder do judiciário nas fases de elaboração. Nesse momento, em que o foco será a aplicação deve-se analisar o controle repressivo realizado pelo judiciário em suas decisões.

O controle repressivo poderá ser exercido de forma concentrada ou difusa. Conforme o artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal precipuamente:

I – processar e julgar, originariamente:

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; (Constituição da Federal, 1988).

O artigo 97 estende a competência de declaração de inconstitucionalidade aos tribunais, mas impões a condição de: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (Constituição Federal, 1988).

O controle difuso permite a todo e qualquer juiz ou tribunal realizar a análise sobre a compatibilidade, no caso concreto, da lei ou ato normativo com a Constituição. A inconstitucionalidade não é manifestada quanto ao objeto principal do caso, mas sim sobre anterior ao julgamento do mérito. A declaração de inconstitucionalidade isenta o juiz do cumprimento da lei ou ato, no caso concreto, por estarem em desacordo com a Constituição. Contudo, a lei ou ato permanecem válidos e obrigam terceiros (MORAIS, 2004, p.608).

A declaração de inconstitucionalidade no controle difuso recai apenas no caso concreto. Não é oponível a terceiros e poderá ser aplicada em outros casos. Em razão disso, apesar de ser um instrumento eficaz disponível ao juiz para afastar a vontade dos demais atores, é limitada pois só atua em um caso. Assim, a mesma norma poderá ser aplicada por outros juízes em outros casos.

O controle de constitucionalidade concentrada é exercido independentemente de um caso concreto e visa obter a invalidade da lei ou ato normativo, por serem inconstitucionais. Esse controle, diferentemente do difuso, recai sobre o objeto principal da ação. As espécies de controle concentrado estão previstas nos artigos: 102, I, “a” - ação direta de inconstitucionalidade (ADIN); 36, III – ação direta de inconstitucionalidade interventiva; 103, parágrafo 2º - ação direta de inconstitucionalidade por omissão; 102, parágrafo 1º - arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Compete privativamente ao STF processar e julgar originariamente a ADIN. O autor da ação pede que seja examinada a constitucionalidade de lei ou ato normativo independente de caso concreto. O objetivo é obter a invalidação da lei ou ato. Assim, os tratados internacionais poderão ser invalidados. A ADIN tem o poder de retirar o tratado internacional ordenamento jurídico interno, o que possibilita, ao STF, exercer a função de uma espécie de “legislador negativo” (MORAIS, 2004, p.693). Alexandre de morais argumenta que:

Assim, os compromissos assumidos pelo Brasil em virtude de atos, tratados, pactos ou acordos internacionais de que seja parte, devidamente ratificados pelo Congresso Nacional e promulgados e publicados pelo Presidente da República, apesar de ingressarem no ordenamento jurídico constitucional (CF, art.5º, parágrafo 2º), não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua constituição, devendo pois, sempre serem interpretados com as limitações impostas constitucionalmente. [...] Conclui-se, portanto, plena supremacia das normas constitucionais em relação aos tratados e atos internacionais, mesmo que devidamente ratificados pelo Congresso Nacional (CF, art.49, I) e promulgados e publicados pelo Presidente da república (CF, art.84, VIII), e, conseqüentemente, plena possibilidade de incidência do controle de constitucionalidade. (MORAIS, 2004, p.634)

A Constituição de 1988 atribui legitimidade, para propor a ADIN, ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governado do Estado ou Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os efeitos da ADIN são *ex tunc* (retroativos) e *erga omnes* (para todos) “desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as conseqüências dele derivadas” (MORAIA, 2006, p.646). Os tratados considerados inconstitucionais perdem a eficácia jurídica inclusive referente aos atos pretéritos praticados baseados na sua vigência. O tratado sai do ordenamento jurídico.

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é proposta contra qualquer lei ou ato normativo do Poder Público que venha a violar um dos princípios sensíveis constitucionais, quais sejam: a forma republicana, o sistema representativo e o regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais.

A ação interventiva é de competência exclusiva do Procurador-Geral da república e é de competência do STF processar e julgá-la. Sua finalidade é a declaração de

inconstitucionalidade formal ou material e a decretação de intervenção federal. Uma vez transitada em julgado o STF comunicará as providências necessárias.

A ação de inconstitucionalidade por omissão declara a ausência de medida para tornar efetiva a norma constitucional. Algumas normas constitucionais dependem de outras para sua eficácia e, portanto, a omissão na tomada de medidas que a viabilizem resultará na possibilidade de proposição da ação de inconstitucionalidade por omissão.

Quando a ausência de medida for omitida por órgão administrativo, providências devem ser tomadas no prazo de 30 dias, sob pena de futura responsabilização do Poder Público administrativo. Caso a omissão seja do poder legislativo não há prazo preestabelecido. Declara-se apenas judicialmente a ocorrência da omissão. Seus efeitos são *ex tunc* e *erga omnes*, e gera a responsabilização do legislativo por prejuízos ocorridos da omissão, respondendo por perdas e danos, na qualidade de pessoa de direito público da União Federal.

A ação declaratória de constitucionalidade pode ser proposta pelo Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e pelo Procurador-Geral da República. O objetivo da ação declaratória de constitucionalidade é o de transferir aos STF a decisão sobre a constitucionalidade de um dispositivo legal que esteja sendo questionado por tribunais inferiores. Afasta-se o controle difuso e declara-se a constitucionalidade da norma, assim, ficam vinculados pela decisão tanto o judiciário como o Executivo (MORAIS, 2004, p.658). Seus efeitos são *ex tunc* e *erga omnes*.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental deverá ser processada e julgada pelo STF e, poderá ser proposta contra atos do Poder Público, já concretizados, para evitar (preventiva) ou reparar (repressiva) a lesão a preceito fundamental e quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à constituição. Seus efeitos são *erga omnes* e vinculam os demais órgãos do Poder Público. Em relação à amplitude temporal, seus efeitos serão decididos pela maioria de dois terços dos membros do STF.

São legitimados para propor a argüição de descumprimento de preceito fundamental: Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governado do Estado ou Distrito Federal, ao Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Nota-se, portanto, que esse instrumento atribui preceitos especiais STF, sendo ele o ator capaz de exercer a maior influência. Os demais juízes poderão atuar por meio do controle difuso, no entanto sempre estarão sujeitos e submetidos às revisões do STF. Conclui-se que esse instrumento poderá ser utilizado de maneira mais expressiva por juízes de hierarquia superior quando comparados com juízes de hierarquia inferior.

b) Solução de antinomias no Direito Brasileiro:

No Brasil aplicam-se os princípios gerais do Direito para solução de antinomias. Ou seja, quando houver conflito entre normas deverá o juiz aplicar a norma posterior (*lex posterior derogat legi priori*), a lei específica em detrimento da geral (*lex specialis derogat legi generali*) e a lei de hierarquia superior em detrimento da de hierarquia inferior (*lex superior derogat legi inferiori*).

A particularidade do ordenamento jurídico brasileiro e, que alterou a forma com que os conflitos com tratados de hierarquia de lei federal são solucionado, foi introduzida pela Emenda Constitucional No 45 de 30 de dezembro de 2004. A emenda modificou as atribuições do STJ que passou a ter competência para julgar normas conflitantes com lei federal. Tendo em vista que grande parte dos tratados é incorporada com hierarquia federal, essa alteração é importante para o presente estudo.

A solução de antinomias é outro instrumento que o judiciário possui para afastar a aplicação de normas no caso concreto. Portanto, ela atribui ao juiz a capacidade de imprimir suas preferências e afastar a aplicação de determinadas leis alegando a supremacia de outra norma, afastando a aplicação desta.

Tratados em matéria de Direito Humanos são menos suscetíveis a esse poder uma vez que assumem *status* de norma constitucional como discutido anteriormente. No entanto, tratados com status de lei federal poderão ser afastados por normas hierarquicamente superiores.

Conclui-se que, cortes de hierarquia superior poderão exercer de maneira mais expressiva esse poder uma vez que são competentes para decidir definitivamente sobre a prevalência de uma norma em face de outras, ainda que estas sejam de hierarquia constitucional. Aos juízes de instancias inferiores poderão exercer esse poder, no entanto, sua competência será restrita, tanto quanto a matéria, pois não será competente para decidir definitivamente sobre normas constitucionais, como em relação aos efeitos que não serão *erga omnes* e sim, somente entre as parte envolvidas no caso específico (*inter partes*).

c) Preenchimento de Lacunas e o Judiciário Brasileiro:

O instrumento *preenchimento de lacunas* é passível de utilização por todos os juízes não importando seu nível hierárquico. Isso porque, a Lei de Introdução ao Código Civil estabelece (LICC): “Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” (LICC, 1942).

Portanto, conforme o discutido no Capítulo II, esse será um importante instrumento dos juízes brasileiros para decidirem por políticas de sua preferência. Pois na ausência da lei caberá ao juiz suprimi-la e invocar a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Esses dispositivos são abrangentes o suficientes para que se possibilite a prevalência do plano subjetivo e se busque atingir seus interesses por meio da decisão.

6.3.1.1.2 Instrumento Material

a) Fundamentação das Decisões:

Como discutido no capítulo anterior, o juiz poderá se valer da argumentação de do silogismo para imprimir suas preferências por meio de decisões coerentes e lógicas. Pois, a interpretação da norma pode gerar diversos entendimentos, que uma vez fundamentados se tornam legítimos.

Os juízes se valerão dessa preciosa ferramenta para optarem por determinadas políticas que lhes parecem mais favoráveis para a realização de seus interesses. Apesar da variação da independência entre juízes de diferentes hierarquias, a utilização desse instrumento se dará de forma uniforme, ou seja, juízes de instâncias inferiores e superiores se valerão da fundamentação de suas decisões para atingir seus interesses.

6.3.1.2 Efeitos das Decisões

Os efeitos gerados a partir da decisão são variáveis do poder de influência do judiciário, na medida em que, quando mais amplos e mais efetivos os efeitos das decisões,

maior será a capacidade de interferir e modificar a realidade alterando a estrutura de custo dos demais atores. Dessa forma, os efeitos da decisão precisam fazer parte da análise da capacidade do judiciário de influenciar no processo de produção da política externa.

Os efeitos podem ser de ordem formal e material. Os efeitos formais indicarão qual a força, efetividade e o escopo atribuídos formalmente às decisões emanadas do juiz. Já os efeitos materiais representam repercussões, não previstas formalmente, geradas a partir das tomadas de decisão do juiz nacional.

6.3.1.2.1 Efeitos Formais

Por ser um poder do Estado, o judiciário, na maioria dos casos, inclusive no Brasil, tem o poder de proferir decisões obrigatórias, uma vez que detém o poder coercitivo e o monopólio do uso da força legítimos. Assim, suas decisões terão força de decisão estatal, oponível à qualquer cidadão, sob pena do uso legítimo de meios coercitivos pelo Estado para garantir seu cumprimento.

O escopo das decisões será maior quanto maior for o número de pessoas (civil ou jurídica) tocadas pela decisão. Assim, aqueles instrumentos que possuem efeitos *erga omnes* aumentam expressivamente o poder do judiciário de influenciar a ação dos demais atores e assim interferir no processo de produção de política externa. Já as decisões cujos efeitos se fazem valer *inter partes* indicam uma menor capacidade de influenciar no processo. No entanto, faz-se necessário notar que, sendo uma das partes um representante ou mesmo um dos Poderes Públicos o efeito será, no entanto, muito expressivo, indicando, assim, um aumento na capacidade do judiciário de influenciar na tomada de decisão sobre política externa, uma vez que interfere diretamente na autonomia dos demais poderes. Assim, nesses casos, apesar de ser *inter partes* a decisão indicará um alto grau de poder de influência pelo juiz.

6.3.1.2.1 Efeitos Materiais

A capacidade de criar entendimentos e de determinar o posicionamento do país internacionalmente são os dois principais efeitos materiais gerados pelas decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Destarte, identifica-se o poder do juiz de gerar efeitos internacionalmente em ambos os casos. Entendimentos criados pelos juízes nacionais terão capacidade de interferir no jogo doméstico, bem como serão fonte de precedentes transnacionais na comunicação judicial global identificada no Capítulo II. Da mesma forma ao determinar o posicionamento do país internacionalmente repercutirá tanto no jogo da esfera doméstica, como no jogo da esfera internacional:

a) Criação de Entendimentos:

Todas as cortes e tribunais internos têm a capacidade de criar entendimentos por meio de suas decisões. No entanto, as cortes de hierarquia superior possuem instrumentos, como analisado nas seções anteriores, mais poderosos, uma vez que, são capazes de constranger as cortes de nível hierárquico inferior, formalmente ou materialmente, ou ambos. Além disso, somente as decisões proferidas por tribunais superiores têm a possibilidade de gerar efeitos *erga omnes*.

Assim, apesar de cortes de hierarquia inferior serem capazes de criar entendimentos seus efeitos serão menores que aqueles gerados por tribunais de hierarquia superior. A não ser que, várias cortes de hierarquia inferior decidam em um mesmo sentido e assim estabeleçam uma forte jurisprudência poderão constranger cortes de nível hierárquico superior a consagrarem seu posicionamento. Somente assim, serão capazes de gerarem efeitos suficientes para indicar um alto grau de poder de influência do judiciário no processo de produção da política externa.

b) Determinação do Posicionamento Brasileiro:

Esse indicador será manifestado com maior eficácia pelo STF. Por ser o órgão de mais alta cúpula do sistema judiciário brasileiro suas posições serão imediatamente reconhecidas internacionalmente como o posicionamento do próprio país. Contudo, cortes e tribunais de hierarquia inferior poderão exercer o poder de influenciar na política externa sempre que proferirem decisões que gerem compromissos para o país internacionalmente.

Dessa forma, tanto cortes de hierarquia inferior como de hierarquia superior serão capazes de determinar o posicionamento do país internacionalmente. No entanto, toda e

qualquer decisão dos órgãos da mais alta hierarquia do sistema judiciário, como STJ e, principalmente o STF, sempre determinarão o posicionamento do Brasil internacionalmente.

6.3.2 Variáveis do Poder de Influência do Judiciário nos Momentos da Elaboração da Norma

Como definido anteriormente, a elaboração consiste nas fases de definição da agenda, negociação e incorporação. Analisar-se-á cada um desses momentos. Contudo, faz-se necessário constatar que possuem variável comum, qual seja, o estabelecimento de organismos capazes de antecipar as reações do judiciário antes da definitiva tomada de decisão. Assim, seu poder de influenciar nas fases de elaboração será maior quanto maior o número de organismos e quanto mais expressiva for a repercussão do posicionamento antecipado nas escolhas realizadas pelos demais atores.

Tendo em vista que, no caso brasileiro, o mesmo órgão é responsável tanto pela definição da agenda como pela negociação, buscar-se-á identificar a existência de mecanismos de antecipação de reações no MRE para satisfazer ambas as fases. Já na fase de incorporação esses mecanismos deverão ser identificados no processo legislativo, já que este é o procedimento capaz de receber tratados internacionais ao ordenamento interno.

6.3.2.1 Definição da Agenda e Negociação

De acordo com o analisado anteriormente, o MRE é o responsável pela definição da agenda da política externa brasileira. Assim, faz-se necessário identificar organismos criados no interior do MRE com o objetivo de antecipar as reações do Poder Judiciário brasileiro.

Ao se analisar a estrutura do MRE, identifica-se atrelado diretamente ao Ministro do Estado das Relações Exteriores um organismo chamado Consultoria Jurídica. Esse órgão tem é encarregado de:

[...] dar parecer sobre as negociações de quaisquer ajustes internacionais, os atos internacionais submetidos à aprovação ou ratificação, a inteligência e execução de quaisquer obrigações internacionais, as indenizações reclamadas por via

diplomática, as contestações de Direito Internacional Público ou Privado e as propostas legislativas e regulamentos apresentados ou expedidos pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros. (MRE, Consultoria Jurídica).

O estabelecimento deste órgão está previsto em Lei Complementar, n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, e no art. 7º, do Decreto n.º 5.979, de 6 de dezembro de 2006.⁹⁰ É importante ressaltar que segundo a referida Lei Complementar, em seu artigo 42⁹¹, está previsto que os pareceres obrigam somente ao ministério e seus respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas. Concluí-se, portanto, que as interpretações fixadas pela CJ não vinculam diretamente os tribunais. Serão instrumentos utilizados para constranger as preferências dos juízes mais não são obrigatórios.

De acordo com o regimento interno do Itamaraty⁹², a Consultoria Jurídica terá competência para prestar assessoria e consultoria ao Ministro de Estado e ao Secretário-Geral

⁹⁰ Segundo o art. 7º, do Decreto n.º 5.979, de 6 de dezembro de 2006, compete à Consultoria Jurídica: I - prestar assessoria e consultoria ao Ministro de Estado em questões de natureza jurídica; II - exercer a coordenação das atividades do órgão jurídico da entidade vinculada; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida no âmbito do Ministério e da entidade vinculada, quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações por solicitação do Ministro de Estado; V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados e daqueles oriundos de órgãos ou entidade vinculada; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério: a) os textos de edital de licitação, bem como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; e b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação. VII - realizar outras atividades determinadas pelo Ministro de Estado.

⁹¹ A Lei complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, estabelece: Art. 11. Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente: I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo; V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação. Art. 42. Os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

⁹² Compete à Consultoria Jurídica: I - prestar assessoria e consultoria ao Ministro de Estado e ao Secretário-Geral das Relações Exteriores em questões de natureza jurídica; II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União; IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação do Ministro de Estado e do Secretário-Geral das Relações Exteriores; V - assistir ao Ministro de Estado no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ele praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica; VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério: a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos

das Relações Exteriores em questões de natureza jurídica; fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação e; realizar outras atividades determinadas pelo Ministro de Estado dentre outras tarefas, de natureza administrativo-jurídica, internas.

Portanto, caberá, ainda à CJ, segundo o Regimento Interno da Secretária de Estado, dar parecer sobre:

- I - Matéria de Direito Internacional Público ou Privado;
- II - Interpretação e aplicação de atos internacionais;
- III - Divergências de ordem jurídica entre o Brasil e outros Estados ou organismos internacionais;
- IV - Questões jurídicas relacionadas com mecanismos internacionais de solução pacífica de controvérsias;
- V - Relação entre o ordenamento jurídico interno brasileiro e o ordenamento jurídico internacional;
- VI - Aplicação da legislação brasileira.

Constata-se a presença de um organismo de antecipação de reações do judiciário no interior do MRE, com posição hierárquica privilegiada, que possui acesso direto ao Ministro das Relações Exteriores. Suas atribuições são de claramente direcionadas a evitar qualquer incompatibilidade entre a tomada de decisão do MRE e as possíveis reações do judiciário.

O jurista, especialista em direito internacional, buscará prever os constrangimentos impostos ao judiciário, bem como as possíveis ferramentas a ele disponíveis, pois proverá o executivo com informações sobre: i) indicadores materiais de independência do judiciário (precedentes nacionais e transnacionais), ao analisar a aplicação de atos internacionais internamente e o relacionamento entre o ordenamento jurídico interno e o ordenamento jurídico internacional (incisos II, IV, VI); ii) instrumentos formais (revisão judicial, solução de antinomias, preenchimento de lacunas), ao analisar os possíveis conflitos entre as normas jurídicas internacionais e o ordenamento jurídico interno (incisos, III, IV e IV); ii) instrumento material (fundamentação das decisões), pois serão analisadas as interpretações possíveis para os eventuais tratados e atos internacionais (inciso II).

Esse órgão procurará, ainda, imprimir as preferências do executivo e procurar constranger as escolhas dos juízes por meio da doutrina. Isso porque, o órgão estabelece pareceres e lança publicações acadêmicas e boletins informativos visando estabelecer entendimentos sobre matérias de seu interesse. As publicações dos pareceres dos

ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados; e b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação. VII - realizar outras atividades determinadas pelo Ministro de Estado.

jurisconsultos do MRE são publicadas desde 1903 e são importante instrumento pelo qual o MRE procura conformar as preferências do judiciário.

Diante do exposto, conclui-se que no Brasil existe um eficiente mecanismo de antecipação das reações do judiciário no interior do órgão incumbido das fases de estabelecimento da agenda e negociação. Pode-se concluir que o poder do judiciário de influenciar indiretamente o processo de produção da política externa é consideravelmente alto via antecipação de reações.

6.3.2.2 Incorporação no Ordenamento Brasileiro

Para se identificar a capacidade do judiciário de influenciar indiretamente, via antecipação de reações, no processo de incorporação, mister se faz a identificação de mecanismos que sejam capazes de prover informações sobre as preferências do judiciário ao Poder Legislativo. Esses mecanismos deverão se encontrados mediante a análise do processo legislativo, processo capaz de incorporar atos e normas internacionais ao ordenamento jurídico interno.

A aprovação dada pelo legislativo ao texto do tratado internacional, autorizando, assim, o executivo a ratificar internacionalmente o tratado, dá-se na forma de referendo parlamentar por meio de um decreto legislativo. O decreto legislativo é um processo legislativo que não possui o caráter de instauração de normas gerais e abstratas, ou seja, ela não produz lei. Apesar de ser elaborado pelo processo previsto para a elaboração de leis, não exigem a remessa ao Presidente da República para sanção, como deve ser feito nas demais espécies de processo legislativo. Fica evidente o motivo da exceção para tratados internacionais, uma vez que, foram enviados ao legislativo pelo próprio executivo (FERREIRA FILHO, 2002, p.196-199).

As matérias inseridas no campo do decreto legislativo estão previstas nos artigos 63 e 49 (FERREIRA FILHO, 2002, p.1999). Entre seus dispositivos, destaca-se, aqui, o inciso primeiro do artigo 49 que prevê: “Art. 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;” (Constituição Federal, 1988). Uma vez que o decreto legislativo obedece aos mesmos procedimentos observados para a elaboração de leis, deve-se analisar o processo legislativo para elaboração

de leis para se identificar os instrumentos disponíveis ao judiciário para atuar na fase de incorporação de tratados internacionais.

Os tratados são, obrigatoriamente, instruídos, discutidos e votados em ambas as casas legislativas (Senado Federal e Câmara dos Deputados). Não serão admitidas emendas ao conteúdo do tratado. O decreto legislativo será promulgado pelo Presidente do Senado Federal na qualidade de Presidente do Congresso Nacional. Como alertado anteriormente, o tratado não entrará em vigor, na medida em que só se tornará vigente, uma vez ratificado internacionalmente e posteriormente promulgado via decreto do Presidente da República. Vale lembrar que, as normas previstas nos tratados internacionais, devidamente incorporados, mesmo quando se tratando de direitos fundamentais, ingressam no ordenamento jurídico com leis federais⁹³.

O judiciário poderá atuar no processo de incorporação de tratados por meio do controle preventivo de constitucionalidade em dois momentos: nas comissões de constituição e justiça e mediante o veto jurídico.

A primeira hipótese está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 58, que estabelece a criação de comissões pelo legislativo, de acordo com seu regimento. O artigo 32, inciso III, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados criou a comissão de constituição e justiça. Estabelece “seu campo temático e sua área de atividade em aspectos constitucionais, legais, jurídicos regimentais e de técnicas legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas comissões, para efeito de admissibilidade e tramitação” (MORAIS, 2004, p.605). Esse controle poderá ser realizado, também, pelo plenário da casa legislativo nos casos de rejeição do projeto de lei por inconstitucionalidade.

O Regimento Interno do Senado Federal, da mesma forma, estabelece, em seu artigo 101, a criação da comissão de constituição justiça e cidadania. Tal instituto prevê que a comissão terá a competência de: “opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do plenário, por despacho do presidente, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o plenário”.

Isto posto, conclui-se que as comissões de constituição e justiça têm por finalidade antever possíveis reações do judiciário. Uma vez que, mesmo aprovados pelo legislativo e

⁹³ Nos casos das normas de Direito Humanos serão materialmente direito constitucional, segundo o parágrafo 2º, do artigo 5º da CF. E, ainda, poderão equivaler a emendas constitucionais mediante a aprovação em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turno, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

promulgados pelo executivo, poderiam os juízes, posteriormente, afastar a aplicação dos tratados internacionais por meio de seus instrumentos capazes de afastar a aplicabilidade das normas, estudados nas seções anteriores.

O veto jurídico é um meio de antecipação de reações pelo executivo, que interfere diretamente no processo legislativo, uma vez que, poderá vetar a aprovação do legislativo por considerar o tratado inconstitucional. Nota-se que essa hipótese dificilmente ocorrerá, no entanto, ela é possível, já que pode ter sido identificada a inconstitucionalidade durante o curso do processo legislativo.

Ambos os mecanismos são formas de prever as preferências e evitar futura incompatibilidade entre decisões dos poderes do Estado. A antecipação ocorrerá mediante transferência de informação, como proposto por Milner (1997), e este é o principal papel desempenhado pelas comissões. O veto jurídico é consequência da transferência de informações ocorridas no âmbito do executivo, de acordo com o analisado na seção anterior.

7 CONCLUSÃO

As cortes domésticas são atores internos que exercem uma função internacional na medida em que devem garantir a aplicação das normas internacionais. Sob a perspectiva internacional sua atuação tem sido favorecida pela expansão do DIP para áreas que envolvem as relações domésticas que são usualmente de sua competência. Contudo, as variáveis impostas ao seu comportamento pelo nível nacional não atuam de maneira uniforme em todos os Estados. As diferentes estruturas institucionais indicam que a aplicação dos compromissos internacionais tem se dado de maneira variável. A atenção, tanto dos analistas de Relações Internacionais como do Direito Internacional, devem ser voltadas a esse ator doméstico que tem sido, por uma lado, instrumentalizado pelo direito internacional e , por outro lado, não possui ferramentas, materiais ou formais, homogêneas no âmbito interno que viabilize sua atuação como mecanismo de garantia do cumprimento das normas internacionais.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Friederick M. **NAFTA and the legalization of world politics: A case study.** *International Organization* vol.54, issue3, Summer 2000, p.519-547.

ABBOTT, Kenneth W.. **International relations theory, international law, and the regime governing atrocities in international conflicts.** *American Journal of International Law*, v.93, n.2, p.361-379, Apr. 1999.

ABBOTT, Kenneth W. et al. **The concept of legalization.** *International Organization* vol.54, issue3, Summer 2000b, p.401-419.

ABBOTT, Kenneth W. & SNIDAL, Duncan. **Hard and soft law in the International Governance.** *International Organization* vol.54, issue3, Summer 2000b, p.421-456.

ABILA, Committee on Intergovernmental Settlement of Disputes. **Reforming the United Nations: what about the International Court of Justice?.** *Chinese Journal of International Law*, Oxford University Press, v.5, n.1, p.39-65, Feb 2006.

ABI-SAAB, Georges. **Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks.** In.: *New York Journal of International Law and Politics*, vol 31, 1999, pp.919-933.

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** 15ª ed., rev. e atual, São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

AHDIEH, Robert B. **Between dialogue and decree: international review of national courts.** *New York University Law Review*, v. 79, p. 600- 769. 2004.

AKANDE, Dapo. **International Organizations.** In: EVENS, Malcolm D. (Ed.) **International Law.** 3a ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Cap. 252-283. 2010.

ALEXANDROV, Stanimir A.. **The compulsory jurisdiction of the International Court of Justice: how compulsory is it?.** *Chinese Journal of International Law*, v.5, n.1, p.29-38. Mar 2006.

ALLEE, Todd L.; HUTH, Paul K.. **Domestic politics and the adjudication of international disputes.** *Territorial Conflict Management Conference at the University of Illinois*, p.1-52, Oct 2004.

ALLOTT, Philip, *The Concept of International Law*. In.: BYERS, Michael (ed.), **The Role of Law in International Politics**, Oxford University Press, 2000, pp. 69-90.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. **Estrutura constitucional das relações internacionais**. In: *O estudo das relações internacionais do Brasil*. São Paulo: Unimarco, 1999. Cap.3, p. 77-114.

ALSTINE, Michael P. Van. The role of domestic courts in treaty enforcement: summary and conclusions. In: SLOSS, David (Ed.). **The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Cap. 14, p. 555-613.

ALTER, Karen J.. **Delegation to international courts: a challenge to the principal agent approach**. Alter, Karen J. *Delegation and Agency in International Organizations*, New York: Cambridge UP, pp 312-339, 2006.

ALTER, Karen. Explaining national court acceptance of European Court jurisprudence: a critical evaluation of theories of legal integration. In: SLAUGHTER, Anne-Marie; SWEET, Alec Stone; WEILER, J. H. H (Eds) **The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context**. Oxford: Hart Publishing, 1998. Cap. 8, p. 227-252.

ALTER, Karen J.. **International courts in international politics: four judicial roles and their implications for state-IC relations**. Manuscrito, version 2.0, draft date: 1/ 19/2005, p.1-69.

ALTER, Karen J. **The European Union's Legal System and Domestic Policy: Spillover or Backlash?** *Interantional Organization* vol.54, issue3, Summer 2000, p.489-518.

ALVAREZ, José E.. **International Organizations: then and now**. *American Journal of International Law*, v.100, p.324- 351, Apr. 2006.

ALVAREZ, José E.. **The new dispute settlers: (half) truths and consequences**. *Texas International Law Journal*, v.38, p.405-444, 2003.

ARENAL, Celestino del. **Introduccion a las relaciones internacionales**. Madrid, Tecnos, 3ª Ed., 1994

ARRIGHI, Giovanni; SILVER, Beverly J. **Caos e governabilidade no moderno sistema mundial**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001. 334p.

ASKEY. **Making and Implementing U.S. Trade Law.** In: Economic Perspectives, Na eletronic journal of the U.S. Information Agency, n.3, vol.2, jun97, pp.9-12.

ASSEMBLÈIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). General Assembly resolution 56/83: Responsibility of states for internationally wrongful acts 2001. **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, v. II (Part Two). Documento: A/56/49(Vol.1)/Corr.4.

ASSEMBLÈIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **General Assembly resolution 59/38:** United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of Sates and their property (2004). *Official Records of The General Assembly*, Fifty-ninth Session, Supplement No. 49 (A/59/49).

ÁVILA, Humberto. **Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico.** *Diálogo Jurídico*, Salvador, ano1, v.1. Ago, 2001. , p.1-34.

BAHDI, Reem. **Globalization of judgment:** transjudicialism and the five faces of international law in domestic courts. *The George Washington International Law Review*, v. 34, p. 555-603. 2002-2003

BARNETT, Michael N.; FINNEMORE, Martha. **The Politics, Power and Pathologies of Internarional Organizations.** *International Organization*, Autumn99, vol.53 issue 4, p.699-733.

BARROS, Felipe L. M. **Os Tratados internacionais em matéria tributária**, 2003. Artigo - Federal - 2003/0429.

BAUDENBACHER, Carl. **Judicialization:** can the European model be exported to other parts of the world?. *Texas International Law Journal*, v.39, p.381-399, 2004.

BEACH, Derek. **Why governments comply:** an integrative compliance model that bridges the gap between instrumental and normative models of compliance. *Journal of European Public Policy*, Taylor & Francis Ltd, v.12, n.1, p.113-142, Feb.2005.

BEAULAC, Stéphane. **The rule of law and international law today.** In: PALOMBELLA; Gianluigi; WALKER, Neil (eds). *Reallocating the rule of law.* Oxford, UK and Portland: Hart Publishing. 2009. Cap. 9, p. 197-205.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **Court cooperation, executive accountability, and global governance.** *International Law and Politics*, v. 41, p. 931-958. 2009.

BENVENISTI, Eyal; DOWNS, George W. **National courts, domestic democracy, and the evolution of international law.** *The European Journal of International Law*, v.20, n.1, 59-72. 2009

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'. *The European Journal of International Law*, v. 5.1994.

BENVENISTI, Eyal. United we stand: national courts reviewing counterterrorism measures. In: BIANCHI, Andrea; KELLER, Alexis (Eds.). **Counterterrorism: Democracy's Challenge.** Oxford: Hart Publishing, 2008. Cap.7, p. 251-276.

BETLEM, Gerrit; NOLLKAEMPER, André. **Giving effect to public international law and the european community law before domestic courts.** A comparative analysis of the practice of consistent interpretation. *The European Journal of International Law*, v. 14, n. 3, p. 568-589. 2003.

BIANCHI, Andrea. **Immunity versus human rights:** the Pinochet case. *The European Journal of International Law*, v.10, n.2, 236-277. 1999.

BIANCHI, Andrea. International law, counterterrorism and the quest for checks and balances: why the calling sirens of constitutionalism should be resisted. In: BIANCHI, Andrea; KELLER, Alexis (Eds.). **Counterterrorism: Democracy's Challenge.** Oxford: Hart Publishing, 2008. Cap. 12, p. 395-424.

BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico.** 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

BODANSKY, Daniel, **The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?**, *American Journal of International Law*, 1999.

BOGDANDY, Amin. **Constitutionalism in international law:** comment on a proposal from Germany. *Harvard International Law Journal*, v.47, n.1, p.223-242, 2006.

BRANT, Leonardo Nemer C. **A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público.** Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2002.

BRANT, Leonardo Nemer C. A Competência da Corte Internacional de Justiça na Busca de uma Paz Durável. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 39-92.

BRANT, Leonardo Nemer C. **A Corte Internacional de Justiça e a Construção do Direito Internacional**. Belo Horizonte, MG: ed. CEDIN, 2005.

BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **Terrorismo e Direito: Os Impactos do Terrorismo na Comunidade Internacional e no Brasil: Perspectivas Político-Jurídicas**. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2003.

BRASIL, Decreto n. 3.517, de 20 de junho de 2000. **Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns**. *Diário Oficial da União* de 21 de junho de 2000.

BRASIL, Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. **Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. *Diário Oficial da União* de 18 de fevereiro de 1991.

BRENER, Ana Cristina. **A emenda constitucional no 45/04 e a posição hierárquica das normas internacionais sobre direitos humanos na ordem interna**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/04de2005/aemendaconstitucional_anacristinabrenner.htm>. Acesso em: jun, 2010.

BRIGAGÃO, Clóvis. *As Incertezas do Sistema Internacional de Segurança*. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 663-671.

BROTONS, Antonio R. La Acción Exterior del Estado, Tecnos, Madri, 1984.

BROTÓNS, Antonio Remiro, et al, **Derecho Internacional**, Madrid: McGraw-Hill, 1997, 1269p.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 809p.

BROWNLIE, Ian. **System of the Law of Nations: Part I State Responsibility**. Nova Iorque: Oxford University Press. 1983. 320p.

BRUNBORG, Helge. **Contribution of statistical analysis to the investigations of the international criminal tribunals.** Statistical Journal of the United Nations, ECE 18, p.227–238, 2001.

BUCHANAN and KEOHANE, **The Legitimacy of Global Governance Institutions**, EIA, n.43, 2006, pp.405-437.

BUERGENTHAL, Thomas. **New upload:** remembering the early years of the inter-american court of human rights. N.Y.U. Journal of International Law and Politics, New York, v.37, n.2, p.259-280, Oct. 2005.

BULL, Hedley. 1977. **The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics.** New York: Columbia University Press.

BULL, Hedley. The importance of Grotius in the Study of International Relations. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations.** Oxford: Clarendon Press, 1990. p.65-93.

BURKE-WHITE, William W. International legal pluralism. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, p. 963-979. 2004.

BURKE-WHITE, William W. A. **Toward a community of courts:** toward a system of international criminal law enforcement. *Michigan Journal of International Law*, v. 24, n1, Fall, p. 1 – 101. 2002.

BURGENTHAL, Thomas, **Proliferation of International Courts and Tribunals:** Is it Good or Bad?, 14 *Leiden Journal of International Law*, 2001.

BURKE-WHITE, William; SLAUGHTER, Anne-Marie. **An international constitutional moment.** *Harvard International Journal*, v.43, n.1, p.1-23, 2002.

BYERS, Michael (ed.), **The Role of Law in International Politics**, Oxford University Press, 2000.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. **O Poder de Celebrar Tratados.** Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

CALETTI, Leandro. **A incorporação dos Tratados internacionais de direitos humanos no cenário da emenda à Constituição No 45/2004:** Notas acerca da compulsoriedade do novo

regime e da denúncia dos tratados. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1388, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9754>>. Acesso em: jun, 2008.

CAMPOS, João Mota de (coord.), **Organizações Internacionais**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, 733p.

CAMPOS, Julio D. Gonzáles; RODRIGUEZ, Luiz I. Sánchez & MARIA, Paz Andrés de Santa. **Curso Derecho Internacional Publico**. Madrid (Espanha): Editorial Civitas S.A., 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial da constitucionalidade das leis no direito comparado**. Porto Alegre: Safe, 1992.

CARON, David D.. **Towards a political theory of international courts and tribunals**. Berkeley Journal of International Law, University of California School of Law, v.24, n.2, p.401-422, 2006.

CARVALHO, Maria Izabel V. **Estruturas domésticas e grupos de interesse: a formação da posição brasileira em Seattle**. *Contexto Internacional*, v.25, n.2, p.363-401, 2003.

CASSESE, Antonio, **International Law**, Oxford University Press, 2001, 468p.

CASSESE, Antonio. Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting'(dedoublement fonctionnel) in International Law. *The European Journal of International Law*, v.1, 1990. p. 210-231.

CERVO, Amado Luiz; Instituto Brasileiro de Relações Internacionais. **Relações internacionais da América Latina : velhos e novos paradigmas**. Brasília: FUNAG, 2001. 316p.

CHARNEY, Jonathan I. **Compromissory clauses and the jurisdiction of the International Court of Justice**. American Journal of International Law, v.81, p.855-883, Oct. 1987.

CHARNEY, Jonathan I., **The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals**. In.: New York Journal of International Law and Politics, vol 31, 1999, pp.697-708;

CLAUDE JR., Inis L.. **The United Nations, the Unites States, and the maintenance of peace: the changing setting**. International Organization, v.23, Issue 3, p. 621-636, 1969.

CLINE, William R. **Evaluating the Uruguay Round**. Washington: Institute for International Economics, 1995.

COBBAN, Helena. **Think Again:** International courts. *Foreign Policy*, p.22-28, Mar. 2006.

COLLINGWOOD, Vivien; LOGISTER, Louis. **State of the Art:** Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'. *Tilburg University – Political Studies Review*: 2005 Vol.3, 175–192.

CONFORTI, Benedetto; LABELLA, Angelo. **Invalidity and Termination of Treaties:** the role of national courts. *The European Journal of International Law*, v.44. 1990

CONFORTI, Benedetto (Rap). **The activities of national judges and the international relations of their state**. *Justitia et Pace Institut de Droit International*, Session of Milan, ninth commission. 1993.

CONFORTI, Benedetto. **The role of the judge in international law**. *European Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2. 2007.

COUTO, Estevão Ferreira. **Judicialização da Política Externa e Direito Humanos**. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v.47, n.001, Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2004.

COVIELO, N. **Doctrina General Del Derecho Civil**. México: Union Hispano-Americana, 1938.

DAHL, Robert. **Modern Political Analysis**. Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1984.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Relações Exteriores**. São Paulo, Saraiva, 1994.

DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**, São Paulo, Saraiva, 2003.

DAILLIER, Patrick; DINH, Nguyen Quoc; PELLET, Alain. **Direito Internacional Público**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p.1517.

DAVI, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1998.

DAVIS, Christina. **Linkage and Legalism in Institutions:** evidence from agricultural trade negotiations. WCFIA working paper series, Department of Government, Havard University. February, 2001.

DENZA, Eileen. **The relationship between international Law and national Law.** In: EVENS, Malcolm D. (Ed.) *International Law*. 3a ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Cap. 14, p. 411-440. 2010.

DINIZ, Arthur José de A. **Novos Paradigmas em Direito Internacional Público.** Porto Alegre, RS: Sérgio Antônio Fabríz Editor, 1995.

DINIZ, Arthur José de A. *Direito Internacional: Nova Ordem ou velho Caos?* In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional.** Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 611-618.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DIEHL, Paul F.; KU, Charlotte; ZAMORA, Daniel. **The Dynamics of International Law:** the interaction of normative and operating systems. *International Organization*, v.57, p. 43-75, 2003.

DOORNBOS, Gerard. *Agricultural Trade Negotiations in the WTO: Aspirations of Farmers.* In: **Millenium Round of WTO Negotiations and International Agricultural Trade.** JOSLING, Tim, et al. Working Paper no. 96; Helsinki, novembro 1999.

DUNNING, Wm. A.. **Jean Bodin on Sovereignty.** *Political Science Quarterly*, Academy of Political Science, v.11, n.1, p.82-104, Mar.1896.

DUPUY, Pierre Marie, **The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice.** In.: *New York Journal of International Law and Politics*, vol 31, 1999, pp.791-807.

DUPUY, Pierre Marie, **L'Unité de l'ordre juridique international.** Cours général de droit international public, Académie de droit international de la Haye, Recueil des Cours, Nijhoff, 2003.

EVANS, Malcolm D (Ed). **International Law.** Oxford: University Press, 2003.

ENGISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

EVANS, Peter B.; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert D. (eds.). **Double-Edged Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics**. Los Angeles, CA: University of California Press, 1993. p.3-42.

FARBSTEIN, Susan Hannah. **The effectiveness of the exercise of the jurisdiction by the International Criminal Court: The issue of complementarity**. European Centre for Minority issues, working paper n° 12, 2001, disponível em <www.ecmi.de>, acesso em 02/2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do processo legislativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2002. 303p.

FILDER, David P. **Revolt Against or From Within the West? TWAIL, the Developing World, and the Future of International Law**. Chinese Journal of International Law, 2003. pp.29- 76.

FINNEMORE, Martha; SIKKING, Kathryn. **International Norm Dynamics and Political Change**. International Organization vol.52, issue 4, Autumn98, p. 887-917.

FINNEMORE, Martha & TOOPE, Stephen J. **Alternatives to “legalization”**: richer views of law and politics. International Organization vol.55, issue3, Summer 2001, p.743-758.

FOX, Hazel. **International law and restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States**. In: EVENS, Malcolm D. (Ed.) *International Law*. 3a ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Cap. 12, p.340-179.2010.

FRANCK, Thomas M.; ELBARADEI, Mohamed. **The codification and progressive development of international law: a unitar study of the role and use of the international law and commission**. American Journal of International Law, p.1-9, Jul 1982.

FRANCK, Thomas M. **Fairness in International Law and Institutions**, Oxford University Press, 1995, 500p.

FRANCK, Thomas, **The Power of Legitimacy Among Nations**, New York: Oxford University Press, 1990.

FRANCK, Thomas M.; FOX, Gregory H. Introduction: Transnational Judicial Synergy. In: FRANCK, Thomas M.; FOX, Gregory H.(Eds). *International Law Decisions in National Courts*. Nova Iorque, Transnational Publishers, Inc.1996. Cap. 5, p. 71 – 106.

FRANCO, Humberto; MARTINS, Israel et al. **Idade mínima para ingresso na magistratura e vitaliciedade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=261>>. Acesso em: 14 nov. 2010

GARRET, Geoffrey; KELEMEN, Daniel; SCHULZ, Heiner. **The European Court of Justice, national governments, and the legal integration in the European Union**. *International Organization*, v. 52, n. 1, winter, p. 149-176. 1998.

GERNER, Deborah J. **The evolution of the study of foreign policy**. In: NEAK, L.; HEY, J.A.K. & HANEY, P.J. *Foreign policy analysis*. Continuity and change in its second generation. Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, pp.17-32, 1995.

GERSTENBERG, Oliver. **What International Law should (not) become**: a comment on Koskeniemi. *European Journal of International Law*, v.16, n.1, p.125-130, Feb. 2005.

GILPIN, Robert; GILPIN, Jean M. **The political economy of international relations**. Princeton: Princeton University Press, c1987. 449p.

GINSBURG, Tom. National courts, domestic democracy, and the evolution of international law: a reply to Eyal Benvenisti and George Downs. **The European Journal of International Law**, v.20, n.4, 1021-1026. 2009.

GLENNON, Michael. **Constitutional Diplomacy**. New Jersey: Princeton University Press.1990. 353 p.

GOLDSMITH, Jack L.; LEVINSON, Daryl. Law for states: international law, constitutional law, public law. **Harvard Law Review**, v.122, n. 7, mai. p. 1791-1868. 2009.

GOLDSMITH, Jack L.; POSNER, Eric A. **The limits of international law**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2005. p.262.

GOLDSTEIN, Judith. International Law and Domestic Institutions: reconciling North American “unfair” Trade Laws. In.: **International Organization**, 50, volume 4, Autumn 1996, pp.541-564.

GOLDSTEIN, Judith. The impact of ideas on trade policy: the origins of U.S. agricultural and manufacturing policies. In.: **International Organization**, 43, volume 1, winter 1989, pp.31-71.

GOLDSTEIN, Judith; KAHLER, Miles; KEOHANE, Robert O. & SLAUGHTER, Anne-Marie. **Introduction:** Legalization and World Politics. *International Organization* vol.54, issue3, Summer 2000, p.385-399.

GOLDSTEIN, Judith & MARTIN, Lisa. Legalization, trade liberalization, and domestic politics: a cautionary note. **International Organization** vol.54, issue3, Summer 2000, p.603-632.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os Princípios Filosóficos do Direito Moderno**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 1999.

GREENLEAF, Graham; CHUNG, Philip; MOWBRAY, Andrew. Responding to the fragmentation of international law - [WorldLII's World Legal Information Institute] International Courts and Tribunals Project. **Canadian Law Library Review**, v.30, n.1, p.13-21, 2005.

GRIBEL, Gabriela F.; ALVAREZ, Ana M. Principais contribuições de Hugo Grócio para o Direito Internacional. **Revista Eletrônica de Direito Internacional - CEDIN**, v. 7, 2º sem. P372- 389. 2010

GRIECO, Joseph M. **Anarchy and the limits of cooperation:** a realist critique of the newest liberal institutionalism. In: KEGLEY, Charles. *Controversies in International Relations Theory: Realism and the Neoliberal Challenge*. New York, St. Martin's Press, 1995.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**. Ijuí: UNIJUÍ, 2004. 2v.

GROTIUS, Hugo. **Free Sea**. Liberty Fund Inc., 2004. p.170.

GUILLAUME, Gilbert. **Some thoughts on the independence of international judges vis-à-vis states**. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, v.2, p.163-168, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.465.

HAIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Application for permission to intervene submitted by The Hellenic Republic** (Grécia), 13 de janeiro de 2011.

HAIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Application Instituting the preceding** (Alemanha v. Itália), 23 de dezembro de 2008.

HAIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Judgement**, 27 de junho de 2001, caso LaGrand (Alemanha v. Estados Unidos da América), p. 494, 77.

HAIA, CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **caso envolvendo Avena e outros nacionais mexicanos (México v. Estados Unidos da América)**, 9 de janeiro de 2003.

HALE, Thomas N.; SLAUGHTER, Anne-Marie; KELL, George. **Silent Reform through the Global Compact**. UN CHRONICLE, v.44, n.1., p.26-31. 2007

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. 9. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004. 102p.

HAMILTON, Colleen; WHALLEY, John. **Evaluating the Impact of the Uruguay Round on Developing Countries**. Whashington: Institute for International Economics, 1995.

HART, H. L. A., **The Concept of Law**, 1994.

HAYDEN, Patrick. **Cosmopolitanism and the need for transnational criminal justice: the case of the International Criminal Court**. Journal of Social & Political Theory, v.51, n.2 p.69-95, 2004.

HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) **Governing Globalization**, London: Polity Press, 2002.

HELPER, Laurence R.; SLAUGHTER, Anne-Marie. **Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo**. California Law Review, v.93, p.1-58, 2005.

HERRMANN, Richard K.; SHANNON, Vaughn P.. **Defending international norms: the role of obligation, material interest, and perception in decision making.** *International Organization*, v.55, n.3, p. 621-654, 2001.

HIGGINGS, Rosalyn. **A Babel of judicial voices?** Ruminations from the bench. *International & Comparative Law Quarterly*, Oct, 2006.

HIGGINGS, Rosalyn. Grotius and the Development of International Law in the United Nations Period. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations.** Oxford: Clarendon Press, 1990. p. 267-280.

HOPMANN, P. Terrence, **The Negotiation Process and the Resolution of International Conflicts**, 1996.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Jr. Globalization: **What's New? What's Not? (And So What?).** *Foreign Policy*, spring, 2000.

HUENEMANN, John E. *On Trade Policy-Making Process in The United States.* In: **The Trade Policy-Making Process Level One of The Two Level Game: Country Studies in The Western Hemisphere.** INTAL-ITD-SA, Occasional Paper 13, Argentina, 2002. p.67-73. Disponível em <http://www.iadb.org/intal/ingles/publicaciones/intal-iad-munkcentre_OP13.pdf> acesso em 02/11/04.

INTERNATIONAL LAW COMMISSION, Study Group on Fragmentation report, 2002. **International Organization**, 54, 3, Summer 2000.

JACKSON, John H.. The fragmentation or unification among international institutions: the World Trade Organization. **International Law and Politics**, v.31, p.823-831, 1999.

JESSUP, Philip C.. **The reality of International Law.** Foreign Affairs, Council on Foreign Relations, Inc., p.244-253, 2004.

JOERGES, Christian. *Compliance research in legal perspectives.* In: ZÜRN, Michael, JOERGES, Christian (Eds.). **Law and governance in postnational Europe: compliance beyond the nation-state.** Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005. Cap. 7, p.218-261.

KAHLER, Miles. Legalization as a Strategy: the Asia-Pacific case. **Interantional Organization** vol.54, issue3, Summer 2000a, p.549-571.

KAHLER, Miles. Rationality in International Relations. **International Organization**, The 10 Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, v.52, n.4, p.919-941, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 3^a. ed., São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KEOHANE, Robert O. **After Hegemony**. Cooperation and Discord in the World Political Economy. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1984.

KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen (eds.). **Exploration and Contestation in the Study of World Politics**. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 279-301.

KEOHANE, Robert O.; MARTIN, Lisa. The promise of institutionalist theory. In.: BROWN, Michael et al. **Theories of war and peace**. Cambridge (Mass.): MIT Press, 2000.

KEOHANE, Robert O.; MACEDO, Stephen; MORAVCSIK, Andrew. **Democracy-enhancing multilateralism**. Global Administrative Law Series, International Law Justice Working Papers, New York, 2007/4, 2007.

KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew & SLAUGHTER, Anne-Marie. Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational. **International Organization** vol.54, issue3, Summer 2000, p. 457-488.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. **Power and Interdependence: World Politics in Transition**. Boston: Little, Brown, 1977.

KINGSBURY, Benedict. **Foreword**: is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?. *International Law and Politics*, v.31, p.679-696, 1999.

KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. Introduction: Grotian Thought in International relations. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p.1-64.

KNOP, Karen. Here and there: international law in domestic courts. *NYU Journal of International Law and Politics*, v. 32, p. 501-535.1999-2000.

KONRAD ADENAUER STIFTUNG E.V.; SECRETARÍA DEL MERCOSUR. **Primeiro relatório sobre aplicação do Direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais (2003)**.

KONRAD ADENAUER STIFTUNG E.V.; SECRETARÍA DEL MERCOSUR (Eds).
Segundo relatório sobre aplicação do Direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais (2004).

KONRAD ADENAUER STIFTUNG E.V.; SECRETARÍA DEL MERCOSUR(Eds).
Terceiro relatório sobre aplicação do Direito do MERCOSUL pelos tribunais nacionais (2005).

KOREMENOS, et al, The Rational Design of International Institutions, **International Organization**, no.55, 2001.

KOSKENNIEMI, Martti, **From Apology to Utopia**. The Structure of International Legal Argument, Helsink: Finnish Lawyers' Publishing Co, 1989.

KOSKENNIEMI, Martti, **Lauterpacht**: The Victorian Tradition in International Law, *European Journal of International Law*, vol. 8, no. 2, 1997, pp.215-263.

KOSKENNIEMI, Martti, **International Law in Europe**: Between Tradition and Renewal. *European Journal of International Law*, no.16, fev. 2005, pp.113-124.

KOSKENNIEMI, Martti. What is International Law for? In.: EVANS, Malcolm D. **International Law**. Oxford: University Press, 2003. p. 89-115.

KOWERT, Paul; LEGRO, Jeffrey. Norms, Identity, and Their Limits: A Theoretical Reprise. In.: KATZENSTEIN, Peter J. (ed.). **The Culture of National Security**: Norms and Identity in World Politics. New York, NY: Columbia University Press, 1996. p.451-497.

KRASNER, Stephen D. **Sovereignty**: Organized Hypocrisy. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1999.

KRASNER, Stephen. **International Regimes**. Ithaca: Ed. Cornell University Press, 1993.

KRASNER, Stephen, Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables. In.: KRASNER, Stephen (ed). **International Regimes**. Ithaca: Ed. Cornell University Press, 1993, pp. 1-22.

KRATOCHWIL, Friedrich V., **How do Norms Matter?** In.: BYERS, Michael (ed.), *The Role of Law in International Politics*, Oxford University Press, 2000, pp.35-68.

KRATOCHWIL, Friedrich V. **Rules, Norms and Decisions.** On the Conditions of Practical and legal reasoning in International Relations and Domestic Affairs. New York: Cambridge University Press, 1989.

KUMM, Mattias. **The legitimacy of international law:** a constitutionalist framework of analysis. *The European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 907-931. 2004.

LAFER, Celso. **A OMC e a Regulamentação do Comércio Internacional.** Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2000.

LAGE, Délber A. **Política doméstica e barganha internacional:** a política agrícola dos EUA e a sua atuação em fóruns multilaterais, Belo Horizonte, 2005. 210 p.

LASMAR, Jorge M.; e RANGEL, Leandro de A. *Desafios Contemporâneos dos Sistemas de Solução de Controvérsias Internacionais.* In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional.** Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 695-712.

LAUTERPACHT, Hersch, **The Function of Law in the International Community,** Oxford, Clarendon Press, 1933, 469p.

LEBEN, Charles. **The changing structure of international law revisited by way of introduction.** *The European Journal of International Law*, v. 3, p. 399-408. 1997.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho.** Barcelona: Bosch, 1953. 2. ed., Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1961.

LEGRO, Jeffrey W.; MORAVCSIK, Andrew. **Correspondence.** *International Security*, Harvard College and Massachusetts Institute of Technology, v.25, n.1, p. 184-193, 2000.

LEGRO, Jeffrey W.. **Which norms matter?** Revisiting the “failure” of internationalism. *International Organization*, The IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, v.51, n.11, p.31-63, 1997.

LESSA, Antônio Carlos. **A construção da Europa:** A última utopia das Relações Internacionais. Brasília: IBRI, 2003.

LIBERMAN, Peter. An eye for an eye: public support for war against evildoers. **International Organization** 60, The 10 Foundation., p.687-722, 2006.

LIGHT, Margot. Foreign policy analysis. In: GROOM, A.J.R & LIGHT, M. (Eds). **Contemporary international relations: a guide theory**. London, Printer Publishers, pp.93-108.1994

LIMA, Maria Regina Soares. Instituições democráticas e política exterior. **Contexto internacional**, v.22, n.2, pp.265-304, 2000

LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael, Dispelling the Chimera of “self-contained regimes”: International Law and the WTO. **European Journal of International Law**, no.16, nov.2005, pp. 857-876.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil: ensaio sobre a origem, limites e os fins verdadeiros do governo civil** (1690). Petrópolis: Vozes, 1994.

LOPES, Anselmo H. C. **A Força Normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Cosntitucional No 45/2004**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 549, 7 jan. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>. Acesso em: 18 jun. 2010.

Lord Bingham of Cornhill. International law in national courts. In CRAWFORD, James; YUNG, Margaret (Eeds). **The function of law in the international community: a anniversary symposium**. 2008.

LOWE, Vaughan; STAKER, Cristopher. Jurisdiction. In: EVENS, Malcolm D. (Ed.) **International Law**. 3a ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Cap. 11, p. 313-339. 2010.

LUTZ, Ellen L. & SIKKINK, Kathryn. International Human Rights Law and Practice in Latin America. **Interantional Organization** vol.54, issue3, Summer 2000, p.633-659.

MACKENZIE, Ruth; SANDS, Philippe. International courts and tribunals and the independence of the international judge. **Harvard International Law Journal**, v.44, n.1, 2003.

MADRÉ, Aletta; ZANGAL, Bernhard. **Judicialization in international security: a theoretical concept and same preliminary**. *Fifth Pan-European International Relations Conference*, Constructing World Orders, Studding group on International Relations, The Hague, set, 2004.

MAIA, Clarira Costa; CESAR, Susan Elizabeth Martins. A diplomacia congressual: análise comparativa do papel dos legislativos brasileiro e norte-americano na formulação da política externa. **Revista de Informação Legislativa**, a.41, n.163, jul./set. 2004.

MALINTOPPI, Loretta. **Methods of dispute resolution in inter-state litigation: when states go to arbitration rather than adjudication**. *Law and Practice of International Courts and Tribunals* v.5, p.133-162, 2006.

MARCH, James; & OLSON, Johan. **Rediscovering Institutions**. New York: Free Press, 1989.

MARQUES, Frederico do Valle M. **A Internalização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. O Caso do Mercosul. *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*. 2002.

MARTIN, Lisa L., and Beth A. Simmons. Theories and Empirical Studies of International Institutions. **International Organization** 52 1998 (4):729-57.

MARTIN, Lisa L. **Democratic Commitments: Legislatures and International Cooperation**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000.

MARTIN, Lisa L. Interests, Power and Multilateralism. In.: **International Organization**, 46, no.4, 1992, pp. 765-792.

MATHERSON, Michael J.. The fifty-eighth session of the International Law Commission. **American Journal of International Law** 98, pp. 211-221, Apr 2007.

MATTILI, Walter; SLAUGHTER, Anne-Marie. Europe before the Court: a political theory of legal integration. **International Organization**, v.47, n.1, p.41-76, 1993.

MATTILI, Walter; SLAUGHTER, Anne-Marie. Revisiting the European Court of Justice. **International Organization**, v.52, n.1, p.177-209, 1998.

MAZANDARAN, Pouyan A.. Prosecuting international terrorists. **International Criminal Law Review**, Koninklijke Brill NV. Printed in the Netherlands, v.6, p.503-548, 2006.

MAZUOLLI, Valério de O. **Direito Internacional: Tratados e Direitos Humanos Fundamentais na Ordem Jurídica Brasileira**. Rio de Janeiro, RJ: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos**. Revista LA ONDA digital, Acesso em: jun, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª ed.. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MCKAY, David. **Essentials of American Government**. Colorado: Westview Press, 1999.

MCKEOWN, Timothy; FORDHAM, Benjamin. Selection and Influence: Interest Groups and Congressional Voting on Trade Policy. In.: **International Organization**, 57, summer 2003, pp.519-549.

MCWHINNEY, Edward. The International Court of Justice and international law-making: the judicial activism/self-restraint antinomy. **Chinese Journal of International Law**, Oxford University Press, v.5, n.1, p.3-13, Feb 2006.

MEIRELLES, Delton R. S. Formação do magistrado e legitimidade judicial: o caso das escolas de magistratura. **Jurisprudência catarinense**, Florianópolis, a.31n108-109(4º trim.2003-1ºtrim.2005), p.43-52.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002.

MERRILS, J. C., **International Dispute Settlement**, 3a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1998, 345 p.

MEYERSON, Christopher C. **Domestic Politics and International Relations in Trade Policymaking: The United States and Japan in the GATT Uruguay Round Agriculture Negotiations**. International Studies Association. 41st Annual Convention. Los Angeles, CA. March 14-18,2000.

MILLER, Nathan J.. **Independence in the international judiciary: general overview of the issues**. Background Paper for the Meeting of the Study Group of the International Law Association, Manuscrito, Working Draft: 24 Jan. 2002.

MILNER, Helen; & JUDKINS, Benjamin. **Partinanship and trade Policy**: is there a left-right divide on trade policy? Paper 8-02, Columbia University, Department of Political Science. August, 2002.

MILNER, Helen V.. **Globalization, Development, and International Institutions**: normative and positive perspectives. *Perspectives on Politics*, Princeton, v.3, n.4, p. 1-58, Sep. 2005.

MILNER, Helen. **Interests, Institutions and Information: Domestic Politics and International Relations**. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1997

MILNER, Helen. Rationalizing Politics: The Emerging Synthesis of International, American, and Comparative Politics. In.: KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Stephen (eds.). **Exploration and Contestation in the Study of World Politics**. Cambridge: The MIT Press, 1999. p.119-145.

MILNER, Helen V.. Why Multilateralism? Foreign aid and domestic principal-agent problems. In Darren Hawkins et al., eds, **Delegation and Agency in International Organizations**. NY: Cambridge University Press, p. 107-139, 2006.

MITCHELL, Ronald B. Regime design matters: international oil pollution and treaty compliance (1994). In: SIMMONS, Beth A.; STEINBERG, Richard H. **International law and international relations**. Cambridge University Press, 2006. Cap. 18, p. 457-485.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secon dat. **Do espírito das leis (1748)**. São Paulo, Abril Cultural, 1979.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**: justiça, lei, faculdade, fato social, ciência. 25 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.863.

MORAVCSIK, Andrew. Integrating International and Domestic Theories of International Bargaining. In: EVANS, Peter B.; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert D. (eds.). **Double-Edged Diplomacy**: International Bargaining and Domestic Politics. Los Angeles, CA: University of California Press, 1993. p.3-42.

MORAVCSIK, Andrew. **The paradox of U.S human rights policy**. American Exceptionalism and Human Rights, Princeton: Princeton University Press, p.1-39, 2003.

MURPHY, Sean D. Does international law obligate states to open their national courts to persons for the invocation of treaty norms that protect of benefit persons?. In: SLOSS, David (Ed.). **The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Cap. 2, p. 61-119.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 26 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.436.

NASCIMENTO, Claudia L. **O Dilema da incorporação das normas do Mercosul no ordenamento jurídico brasileiro**. Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS e Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo, 2005.

NASSIF E COSTA, Kazan Sidharta. **Fundamentos constitucionais e solução de controvérsias no MERCOSUL**. São Paulo, Memória Jurídica Editora, 2000.

NOLLKAEMPER, André. Internationally wrongful acts in domestic courts. **American Journal of International Law**, v 101, p. 760-800, out. 2007.

NOLLKAEMPER, André. The role of domestic courts in the case law of the International Court of Justice. **Chinese Journal of International Law**, v. 5, n. 2, p. 301-322. 2006.

NORMAN, George; TRACHTMAN, Joel P.. The customary international law game. **American Journal of International Law**, p.1-49, Jul 2005.

OLESZEK, Walter J. **Congressional Procedures and the Policy Process**. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1997, 4ª ed.

OLIVEIRA, Henrique Altemani de, **Política Externa Brasileira**, São Paulo, ed Saraiva, 2005.

OLSEN, Johan; MARCH, James G. *The Institutional Dynamics of International Political Orders*. In.: KATZENSTEIN, Peter J.; KEOHANE, Robert O.; KRASNER, Sthepen (eds.). **Exploration and Contestation in the Study of World Politics**. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 303-329.

OLSON, Mancur. **A Lógica da Ação Coletiva**. Tradução: Fabio Fernandez. São Paulo: Edusp, 1999.

O'NEILL, Timothy. **Dispute settlement under the Rome Statute of the International Criminal Court: Article 119 and the possible role of the International Court of Justice.** Chinese Journal of International Law, Oxford University Press, v.5, n.1, p.67-78, Mar 2006.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **The concept of international judicial jurisdiction: a reappraisal.** The Law and Practice of International Courts and Tribunals v.3, p. 501-550, 2003.

ORAKHELASHVILI, Alexander. **Peremptory norms in international Law.** Nova Iorque: Oxford University Press, 2006. p.622.

OZANI, Ivan O. **As restrições na celebração de tratados internacionais no Direito Tributário.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3713>>. Acesso em: jun, 2010.

PAARLBERG, Robert L. **The Uruguay Round and Agriculture: international path to domestic policy reform?** The Weatherhead Center for International Affairs. Harvard University, paper no. 96-1. January 30, 1996.

PASQUINO, Pasquale. **Prolegomena to a theory of judicial power: the concept of judicial independence in theory and history.** Law and Practice of International Courts and Tribunals, Kluwer Law International. Printed in the Netherlands, v.2, p.11-25, 2003.

PAULUS, Andreas L. Dispute Resolution. In: ULFSTEIN, Geir; MARAUHN, Thilo; ZIMMERMANN, Andreas (Eds). **Making Treaties Work Human Rights, Environment and Arms Control.** Cambridge University Press, 2007. Cap. 14, p.351-383.

PAUWELYN, Joost. The role of Public International Law in the WTO: how far can we go?. **American Journal of International Law**, American Society of International Law, v.95, p.535-583, Jul. 2001.

PELLET, Alain. *As Novas Tendências do Direito Internacional: Aspectos "Macrojurídicos"*. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional.** Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 3- 25.

PELLET, Alain; et al. **Direito Internacional Público.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2004, 2ª ed.

PELLET, Alain. The normative dilemma: Will and consent in International law-making. In: **The Australian Year Book of International Law**. V.12. Australian National University, 1992. p.22-53

PELLET, Alain. **Strengthening the role of the International Court of Justice as the principal judicial organ of the United Nations**. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, v.3, p.159–180, 2004.

PEREIRA, André Gonçalves & QUADROS Fausto de. **Manual de Direito Internacional Público**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997, 3ª ed.

PEREIRA, Antônio Celso A. Soberania e Pós Modernidade. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p. 619-661.

PEREIRA, Chyara Sales Pereira. **Cidades e transnacionalidades**. Belo Horizonte: PUC-Minas, 2008. 50 slides: color.

PEREIRA. Chyara Sales. O Estado-Nação e as cidades - a redefinição do papel do Estado e a emergência das cidades no cenário internacional - uma questão paradiplomática. In: **Congresso de Comemoração dos 50 anos da FLACSO**, 2007, Quito, Equador. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.org/web/debate.php?c=1486&debate=126>>

PORTO, Manuel. O papel dos países pequenos num processo de integração: o caso da União Européia. In.: MARTINS, Ives Gandra da S (coord.). **As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo**. Rio de Janeiro, RJ: América Jurídica, 2002.

POSNER, Eric A.; YOO, John C.. Judicial independence in international tribunals. **California Law Review**, v.93, n.1, Jan. 2005.

PRADO, Luiz Regis. Argumento analógico em matéria penal. **Revista de Ciências Jurídicas**. Maringá. Publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, nº 1, 1997.

PRAGER, Dietmar W. Procedural Developments at the International Court of Justice. In.: **The Law and Practice of International Courts and Tribunals 2**. Koninklijke Brill NV, Leiden, The Netherlands, 2003. p. 339-345.

PROST, Mario; CLARK, Paul K.. **Unity, diversity and the fragmentation of international law: how much does the multiplication of international organizations really matter?**. Chinese Journal of International Law, Oxford University Press, v.5, n.2, p.341-370, Jun 2006.

PUTNAM, Robert R. Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games. In: **International Organization** 42 (Summer): 427-460, 1988.

RANDALL, Kenneth R. Universal Jurisdiction Under International Law. **Texas Law Review**. v. 66, p.785, 1988.

RÁO, Vicente. O direito e a vida dos direitos. 5ª Ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1999.

RAUSTIALA, Kal; SLAUGHTER, Anne-Marie. **International Law, International Relations and Compliance**, Handbook of International Relations. London: Sage, 2000. Cap.28, p.538-558.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

REINISCH, August. The International Relations of National Courts: A Discourse on International Law Norms on Jurisdictional and Enforcement Immunity. In: REINISCH, August; KRIBAUM, Ursula (Eds.). **The Law of International Relations – Liber Amicorum Hanspeter Neuhold**. Utrecht, Eleven International Publishing, 2007. p. 289-309.

RESEK, J. F. **Direito Internacional Público**. São Paulo, SP: Saraiva, 2000.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Supremacia dos tratados internacionais sobre a legislação tributária brasileira: o caso do Mercosul**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1630>>. Acesso em: jun, 2008.

ROACH, Steven C.. Value pluralism, liberalism, and the cosmopolitan intent of the International Criminal Court. **Journal of Human Rights**, Taylor & Francis Inc., v.4, p.475–490, 2005.

RÖLING, B. V. A. Are Grotius' Ideas Obsolete in na Expanded World? In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p.281-299.

ROMANO, Cesare P. R. The United States and international courts: getting the cost-benefit analysis right. IN: ROMANO, Cesare P. R. (Ed.). **The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals**. Cambridge: CUP, 2009. Cap. 13, p. 419-444.

ROMANO, Cesare P.R.. International justice and developing countries: a quantitative analysis. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v.1, p.367-399, 2002.

ROMANO, Cesare P.R.. International justice and developing countries (continued): a qualitative analysis. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v.1, p.539-611, 2002.

ROMANO, Cesare P.R., The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of consent, **Journal of International Law and Politics**, New York University, vol. 39, no.4, 2007, pp.791-872.

ROMANO, Cesare. 1999. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle. **New York University Journal of International Law and Politics** 31 (4):709-51.

ROSENAU, James. Toward an Ontology for Global Governance. In.: **Approaches to Global Governance Theory**, HEWSON and TIMOTHY (eds) 1999. New York: State U. N. Y. Pres.

ROSENAU, James, Governance in a New Global Order, 2002; In.: HELD, David, and MCGREW, Anthony (eds.) **Governing Globalization**, London: Polity Press, 2002.

ROSENFELD, Michel. Judicial balancing in times of stress: a comparative constitutional perspective. In: BIANCHI, Andrea; KELLER, Alexis (Eds.). **Counterterrorism: Democracy's Challenge**. Oxford: Hart Publishing, 2008. Cap. 11, p. 357-394.

RUGGIE, John Gerard. **Constructing the World Polity: Essays on International Institutionalization**. New York: Routledge, 1998.

RUGGIE, John Gerard. Multilateralism: The Anatomy of an Institution. In.: RUGGIE, John Gerard, ed., **Multilateralism Matters**. New York: Columbia University Press, 1993, pp. 3-47.

SACERDOTI, Georgio. The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Cap.5, p. 49-75, 2006.

SANDS, Philippe QC; UCL; CHAMBERS, Matrix. **Extraordinary rendition: complicity and its consequences**. Justice International Rule of Law Lecture, Monday 15 may 2006, 615pm. p.1-28.

SANDS, Philippe. **Principles of International Environmental Law**, Second Edition, Cambridge University Press, 2003.

SANDS, Philippe. After Pinochet: the role of national courts. In: SANDS, Philippe (Ed.). **From Nuremberg to The Hague: The Future of International Criminal Justice**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. Cap. 3, p.68-108.

SANTOS, Giancarlo dos. **A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro na visão do Supremo Tribunal Federal**. 2004.

Disponível:

<<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?pag=2&action=tema&idtema=21>>. Acesso em: jun 2010.

SCOBBIIE, Iain. 'The last refuge of the tyrant'? Judicial deference to executive actions in time of 'terror'. In: BIANCHI, Andrea; KELLER, Alexis (Eds.). **Counterterrorism: Democracy's Challenge**. Oxford: Hart Publishing, 2008. Cap. 8, p. 277-312.

SCHAACK, Beth Van. The civil enforcement of human rights norms in domestic courts. **ILSA Journal of International and Comparative Law**, v. 6, p. 295-303, spring. 2000.

SCHARF, Michael P.. Foreword: the role of justice in building peace. *Case Western Reserve Journal of International Law*, **Case Western Reserve University School of Law**, v.35, p.153-160, 2003.

SCHREUER, Cristoph H. The implementation of international judicial decisions by domestic courts. **International and Comparative Law Quarterly**, v. 24, p. 153-183. 1975.

SCHWARZENBERGER, Georg. The Gortius Factor in International Law and Relations: A Functional Approach. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. p.301-312.

SCOBBIIE, Iain. Some Common Heresies About International Law: Sundry Theoretical Perspectives. In.: EVANS, Malcolm D. **International Law**. Oxford: University Press, 2003. p.59-87.

SCOTT, Joanne. International trade and environmental governance: relating rules (and standards) in the EU and the WTO. **European Journal of International Law**, v.15, p.307-343, Apr. 2004.

SEWELL, James P.. Review essay: Justice and truth in transition. **Global Governance**, v.8, p.119-134, 2002.

SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1981. p. 1-64.

SHANY, Yuval. **How supreme is the supreme law of the land?** Comparative analysis of the influence of international human rights treaties upon the interpretation of constitutional texts by domestic courts. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 31, p. 341-404. 2006

SHANY, Yuval. Jurisdictional competition between national and international courts: could international jurisdiction-regulating rules apply? **Netherlands Yearbook of International Law**, v. XXXVII, p. 3-56. 2006.

SHANY, Yuval. National courts as international actors: jurisdictional implications. **Hebrew University International Law Research**, paper n. 22-08, out, 2008. p. 1-35.

SHANY, Yuval. **No longer a weak department of power?** Reflections I the emergence of a new international judiciary. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 1, p. 73-91. 2009.

SHANY, Yuval. Toward a general margin of appreciation doctrine in international law? **The European Journal of International Law**, v. 16, n. 5, p. 907-940. 2006.

SHAW, Malcon N. **International Law**. New York, NY: Cambridge University Press, 3^a ed, 1991.

SHELTON, Dinah. Centennial Essay - Normative hierarchy in international law. **American Journal of International Law**, v.100, p.291-326, Apr. 2006.

SHELTON, Dinah. International Law and “Relative Normativity”. In.: EVANS, Malcolm D. **International Law**. Oxford: University Press, 2003. p.145-172.

SILVA, Roberto Luiz; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Brasil e os acordos econômicos internacionais** : perspectivas jurídicas e econômicas à luz dos acordos com o FMI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 509p.

SIMMA, Bruno; PULKOWSKI, Dirk. Of planets and the universe: self-contained regimes in International Law. **European Journal of International Law**, v.17, p.483-520, Jun. 2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A brave new judicial world**. American Exceptionalism and Human Rights. Princeton: Princeton University Press, 2005. Cap.10, p.277-303.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. **Harvard International Journal**, Harvard college, v.44, n.1, p.191-220, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A typology of transjudicial communication**. 29 University of Richmond Law Review, p.99-138. 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **Breaking Out**: the proliferation of actors in the international system. Global Legal Prescriptions: The Production and Exportation of the New State Orthodoxy 12, Michigan: University of Michigan Press, p.12-36, 2003.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Building Global Democracy. **Chicago Journal of International Law**, v.1, n.2, p. 223-229, 2000.

SLAUGHTER, Anne-Marie; CHAVES, Abram. **The ICC and the future of the global legal system**. The future of international legal regimes, National Security and International Law: the United States and the International Criminal Court, Lanham, MD: Roman & Littlefield Publishers, Inc., 2000. Cap.14, p. 237-247.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **Court to Court**. The American Journal of International Law, v.92, n.4, p.708-712, Oct, 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **Defining the limits: universal jurisdiction and national courts**. Universal Jurisdiction: National Courts and the Prosecution of Serious Crimes under International Law. Edited by Stephen Macedo. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2004. Cap.9, p.168-192.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International law and international relations theory: a dual agenda. **American Journal of International Law**, v.87, p.205-239, 1993.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **International law and international relations theory: a prospectus**. The Impact of International Law on International Cooperation: theoretical perspectives, New York: Cambridge University Press, 2004. Cap.2, p.16-49.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International Law in a World of Liberal States. *European Journal of International Law*, 6 *European Journal of International Law*, p.503-538, 1995.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Nationalism versus internationalism: another look. 26 **New York University Journal of International Law and Policy**, p. 585- 588, 1994.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Notes and comments. Security, solidarity, and sovereignty: the grand themes of UN reform. **American Journal of International Law**, v.99, n.3, p. - . Jul 2005.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Pushing the Limits of the Liberal Peace: Ethnic Conflict and the "Ideal Polity". **International Law and Ethnic Conflict**, Cornell University Press, 1998. Cap.5, p.128-144.

SLAUGHTER, Anne-Marie; STONE SWEET, Alec; WEILER, J. H. H.. **The European Court and National Courts- doctrine and jurisprudence: legal change in its social context**. Oxford: Hart Publishing1998. Cap.9, p.253-276,

SLAUGHTER, Anne-Marie. The Robert L. Levine distinguished lectures series: a new UN for a new century. **Fordham Law Review**, v.74, p.2961-2970. 2005-2006.

SLAUGHTER, Anne-Marie; TULUMELLO, Andrew S.; WOOD, Stepan. International Law and International Relations theory: a new generation of interdisciplinary scholarship. **American Journal of International Law**, v.92, n.3, p.367-397, Jul. 1998.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Winning back the world's trust This. **Global Agenda - 2005**, the magazine of the World Economic Forum, p.1-5. 2005.

SLOSS, David. Treaty Enforcement in domestic courts: a comparative analysis. In: SLOSS, David (Ed.). **The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2009. Cap.1, p. 1-60.

SLYZ, George. International Law in National Courts. In: FRANCK, Thomas M.; FOX, Gregory H.(Eds). **International Law Decisions in National Courts**. Nova Iorque, Transnational Publishers, Inc.1996. Cap. 5, p. 71 – 106.

SMITH, James McCall. The politics of dispute settlement design: explaining legalism in regional trade pacts. **International Organization**, v.54, n.1, winter, 2000. p.137-180.

SMITH, Steve. Theories of policy: an historical overview. **Review of international Studies**, v.12, n.1, p. 13-29, 1986.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Jurisprudência é Fonte Jurídica?** Disponível em: <http://www.periodicoedireito.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=304&Itemid=31>. Mai, 2008. Acesso em: out, 2010.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. 906p.

SNYDER, Francis. **Economic Globalization and the law in the 21st Century**. The Blackwell Companion to Law and Society, New York and Oxford, Blackwell Publishers, p. 624-640, 2003.

STEINBERG, Richard H.; ZASLOFF, Jonathan. Centennial Essay: Power and International Law. **American Journal of International Law**, American Society of International Law, v.100, p.64- 92, Jan. 2006.

STEINERT, Marlins G. A decisão em matéria de política externa: ensaio sobre a utilização das teorias. In: DUROSELLE, Jean-Baptiste. **Todo império perecerá**. Teoria das Relações Internacionais. Brasília: Editora da UnB, 2000.

STEPHENS, Tim. The limits of international adjudication in International Environmental Law: another perspective on the Southern Bluefin Tuna Case. **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Centre Associate, Sydney Centre for International and Global Law, Faculty of Law, University of Sydney, Australia, v.19, n.2, 2004.

STEPHENS, Tim, Multiple International Courts and the ‘Fragmentation’ of International Environmental Law, (2006), 25, *Aust YBIL*, pp.230-231.

STRANGE, Susan. **The retreat of the state: the diffusion of power in the world economy**. New York: Cambridge University Press, 1996. 218p.

SUAREZ, Francisco. Selections from Three Works of Francisco Suarez, De Legibus (1612). In: *Classics of International Law*, Oxford, 1944.

SUMNER, Daniel A. Implications of the US Farm Bill of 2002 for Agricultural Trade and Trade Negotiations. In.: The **Australian Journal of Agricultural and Resource Economics**, 46:3, 2003, pp.99-122.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATE, **caso Medellin v. Texas**, No. 06–984. Julgamento em 25 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-984.pdf>>.

SWEET, Alec Stone. Constitutional dialogue in the European Community. In: SLAUGHTER, Anne-Marie; SWEET, Alec Stone; WEILER, J. H. H (Eds) **The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context**. Oxford: Hart Publishing, 1998. Cap. 11, p. 305-330.

TALLBERG, Jonas. Paths to compliance: enforcement, management, and the European Union. **International Organization**, v. 56, n. 3, p; 609-643, summer. 2002.

TAMS, Christian J. The abuses of executive powers: what remedies? In: BIANCHI, Andrea; KELLER, Alexis (Eds.). **Counterterrorism: Democracy's Challenge**. Oxford: Hart Publishing, 2008. Cap. 9, p. 313-334.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito das Organizações Internacionais**. Brasília, DF: Escopo Editora, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, *Direitos Humanos: personalidade e capacidade jurídica internacional do indivíduo*. In.: BRANT, Leonardo Nemer C (coord.). **O Brasil e os Novos Desafios do Direito Internacional**. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2004. p.199-263.

TSEBELIS, George. **Jogos Ocultos**. Tradução: Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Edusp, 1998.

TSEBELIS, George; GARRET, Geoffrey. The institutional foundations of intergovernmentalism and supranationalism in the European Union. **International Organization**, v. 55, n. 2, spring. p. 357-390. 2001.

TUCKER, Robert W.. **Alone or with others: the temptations of Post-Cold War power**. Foreign Affairs, v.78, n.6, p.15-20. 1999.

TUSSIE, Diana; RIGGIROZZI, Maria P. Novos Procedimentos e Velhos Mecanismos: a governança global e a sociedade civil. In: ESTEVES, Paulo L. (organizador). **Instituições Internacionais: segurança, comércio e integração**. Belo Horizonte: PUCMinas, 2003. Cap2. p.41-70.

ULFSTEIN, Geir; MARAUHN, Thilo; ZIMMERMANN, Andreas. Introduciton. In: ULFSTEIN, Geir; MARAUHN, Thilo; ZIMMERMANN, Andreas (Eds). **Making Treaties Work Human Rights, Environment and Arms Control**. Cambridge University Press, 2007. Introdução, p.3-12.

UNITED KINGDOM, HOUSE OF LORDS, **Session 1998-99**. Judgments - Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division) Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division),1998.

UNITED KINGDOM, House Of Lords. Session 1998-99. **Judgments** - Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (on appeal from a Divisional Court of the Queen's Bench Division). 25 nov. 1998.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION. **Vienna Convention on the Law of Treaties**. 1969 (United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 33).Disponível em: <http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?&src=TREATY&mtdsg_no=XXIII~1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en>. Acesso: 28 de janeiro de 2011.

UNITED STATES, UNITED STATES SUPREME COURT, Stewart, Director, Arizona Department of Corrections v. LaGrand **No. A-735 (98-1412)**. Decisão em 3 de março de 1999.

VEDDHIO, Angela Del. Globalization and its effect on international courts and tribunals. **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, v.5, p.1–11, 2006.

VERHOOSSEL, Gäetan. **National treatment and WTO dispute settlement**: adjudication the boundaries of regulatory autonomy. Oxford: Hart Publishing, 2002. p. 124.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.

VIGEVANI, Tullo (org.), et al, **A Dimensão Subnacional e as Relações Internacionais**, São Paulo: ed. UNESP, 2004, 462p.

VINCENT, R. J. Grotius, Human Rights, and Intervention. In: BULL, Hedley; KINGSBURY, Benedict; ROBERTS, Adam. **Hugo Grotius and International Relations**. Oxford: Clarendon Press, 1990. P.241-256.

VINJAMURI, Leslie; SNYDER, Jack. Advocacy and scholarship in the study of international war crime tribunals and transitional justice. **Annual Review of Political Science**, v.7, p.345-362. 2004.

WALD, Patricia M.. Punishment of War Crimes by International Tribunals. **Social Research**, New School for Social Research, v.69, n.4, p.120-134, 2002.

WALLIS, Diana. **The role of the national judge in the judicial system of the European Union**. Discurso da Vice Presidente do Parlamento Europeu na Semana Européia, e de maio, 2008.

WALTZ, Kenneth N. **Theory of International Politics**. New York: Random House, 1979.

WALTZ, Kenneth N. International politics is not foreign policy. **Security Studies**, v.6, n.1, p.

WEIL, Prosper. Towards relative normativity in International Law? **American Journal of International Law**, American Society of International Law, v.77, p. 413-439, Jul. 1983.

WEILER, J. H. H.; HALTERN, Ulrich R. Constitutional or international? The foundations of the Community legal order and the question of judicial kompetenz-kompetenz. In: SLAUGHTER, Anne-Marie; SWEET, Alec Stone; WEILER, J. H. H (Eds) **The European Court and national courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context**. Oxford: Hart Publishing, 1998. Cap. 12, p. 331-364.

WENDT, Alexander. Anarchy is What States Make of It: The Social Construction of Power Politics. In.: **International Organization**, 46, 1992, pp.391-425.

WET, Erika. The international constitutional order. **International & Comparative Law Quarterly**, v.55, n.1, p.51-76, Jan. 2006

WHYTOCK, Christopher A. Thinking beyond the domestic-international divide: toward a unified concept of public law. **Georgetown Journal of International Law**, v. 36, n.1, p. 155-193, fall. 2004.

WICKREMASINGHE, Chanaka. Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations. In: EVENS, Malcolm D. (Ed.) **International Law**. 3a ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Cap. 13, p. 380-410. 2010.

WIGHT, Martin. Grotius: 10 April 1583-28 August 1645. In: WIGHT, Martin. **Four seminal thinkers in international theory: Machiavelli, Grotius, Kant, and Mazzini**. Oxford: Oxford University Press, 2005. Cap.2. p.29-61.

WISMER, Peter. **Bring down the walls!** – On the ever-increasing dynamic between the national and international domains. *Chinese Journal of International Law*, v. 5, n. 3, p. 511-553. 2006.

YOUNG, Ernest A. Institutional settlement in a globalizing judicial system. **Duke Law Journal**, v. 54, p. 1143-1261. 2005.

ZÜRN, Michael; NEYER, Jürgen. Conclusions – the conditions of compliance. In: ZÜRN, Michael, JOERGES, Christian (Eds.). **Law and Governance in Postnational Europe: Compliance beyond the Nation-State**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2005. Cap. 6, p.183-217.