



Título: O Judiciário Nacional e o Processo de Produção da Política Externa

Autor(a): Gabriela Frazão Gribel

Publicado em: Revista Eletrônica de Direito Internacional, vol. 5, 2009, pp. 573-595

Disponível em: <http://www.cedin.com.br/revistaeletronica/volume5/>

ISSN 1981-9439

Com o objetivo de consolidar o debate acerca das questões relativas ao Direito e as Relações Internacionais, o Centro de Direito Internacional – CEDIN - publica semestralmente a Revista Eletrônica de Direito Internacional, que conta com os artigos selecionados de pesquisadores de todo o Brasil.

O conteúdo dos artigos é de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es), que cederam ao CEDIN – Centro de Direito Internacional os respectivos direitos de reprodução e/ou publicação. Não é permitida a utilização desse conteúdo para fins comerciais e/ou profissionais. Para comprar ou obter autorização de uso desse conteúdo, entre em contato, info@cedin.com.br

O JUDICIÁRIO NACIONAL E O PROCESSO DE PRODUÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA

Gabriela Frazão Gribel¹

RESUMO

A partir da relativização da premissa da unitariedade do Estado enquanto ator internacional, esse trabalho tem como objetivo principal discutir a influência do judiciário tanto na criação quanto na implementação da Política Externa. Argumentar-se-á, nesse sentido, que a produção desse tipo de política é fortemente determinada pela ação de cortes domésticas, seja de maneira direta, seja pela via indireta (antecipação de reações). O primeiro capítulo discute a inserção de atores domésticos nas teorias sobre tomada de decisões internacionais. O segundo capítulo, por sua vez, é destinado à discussão do judiciário enquanto ator relevante nesse processo, o que não acontece nas abordagens tradicionais. O último capítulo é construído a partir da aplicação do referencial teórico colocado anteriormente ao caso brasileiro. A análise das instituições pátrias, associada à descrição dos poderes e instrumentos conferidos ao judiciário permitirá a formulação de significativas considerações acerca de seu papel na produção da Política Externa Brasileira, e reforçará, conseqüentemente, a hipótese de que sua ação tem implicações importantes para a análise da política internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria de Relações Internacionais; Política Externa Brasileira; Judicialização da Política; Jogos de dois níveis; Poder Judiciário.

¹ Mestranda em Direito Internacional Público pela PUC Minas; analista internacional pela PUC Minas; bacharelada em Direito, pela Faculdade de Direito Milton Campos. Contato: gabigribel@terra.com.br.

ABSTRACT

Starting from the relativization of the premise about the unitarity of the State as an international actor, this work has as its objective to discuss the influence of the judiciary at the elaboration as well as at the application of the Foreign Policy. It will be argued that the production of this kind of policy is strongly determined by the action of domestic courts, directly or indirectly (anticipating reactions). The first chapter discusses the proposition about domestic actors in the theories about international decision-making. The second chapter is dedicated to the discussion about the judiciary as an relevant actor in this process, what is not usual in the traditional international approaches. The last chapter refers to the application of the theoretical framework at the Brazilian case. The analysis of the national institutions associated to the description of the powers and instruments attributed to the judiciary will allow the formulation of important considerations about its role in the production of the Brazilian foreign policy, and it will reinforce the hypothesis that its actions have important implications for the analysis of international policy.

KEY-WORDS: Theory of International Relation; Foreign Policy; Judicialization of Politics; Two-level Game; Judicial Power.

1 INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar os efeitos da atuação do judiciário nacional no processo de produção da política externa. Buscar-se-á compreender as fases desse processo e, em cada uma delas, as ferramentas disponíveis aos juizes internos. Dessa forma, será possível extrair conclusões acerca da capacidade e efetiva viabilidade de atuação desse ator em questões relacionadas aos momentos de: definição da agenda que será negociada internacionalmente; negociação internacional; recepção de tratados internacionais no ordenamento jurídico interno e de implementação de normas acordadas internacionalmente no âmbito doméstico².

Inicialmente, faz-se necessário discutir as abordagens clássicas das relações internacionais que, ao definirem o Estado como um ator unitário, consideram a política externa como resultante de constrangimentos oriundos, exclusivamente, da arena internacional. Posteriormente, serão considerados os fenômenos da politização e judicialização da política externa como conseqüências de um novo cenário internacional, pós-Guerra Fria, que desafia a caracterização tradicional da política externa. Dessa forma, mister se faz o entendimento dos constrangimentos gerados no interior do Estado e do papel de atores domésticos como capazes de alterar os resultados do processo de produção da política externa.

Para definir um marco teórico que admita instituições domésticas como atores capazes de influenciar os resultados das interações no âmbito externo, serão utilizadas teorias que buscam compreender os constrangimentos gerados tanto na esfera internacional como no âmbito interno. Neste trabalho, utilizar-se-á os conceitos desenvolvidos pelas teorias sobre os jogos de dois níveis que propõem indicadores capazes de identificar os constrangimentos gerados por atores domésticos. Estas serão, portanto, a base das considerações posteriores sobre a atuação do judiciário nacional nas relações internacionais.

Finalmente, serão utilizadas ferramentas de teorias sobre a análise da política externa para que seja possível a definição dos momentos em que se divide a produção da mesma. Os conceitos sobre as fases da produção da política externa serão de suma importância para que se possa

² Esses momentos correspondem ao que se entende nesse trabalho como as fases que compõem o processo de produção da política externa.

definir os instrumentos disponíveis ao judiciário e, assim, procurar entender sua capacidade de atuação em cada uma delas.

2 ABORDAGENS CLÁSSICAS SOBRE A PRODUÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA: o Estado como um ator unitário

Teorias clássicas que objetivam compreender o cenário internacional concentram esforços no sentido de 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, partindo desta perspectiva, é encontrada no nível internacional e não no nacional (WALTZ, 1996, p.54-55). 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 como sendo 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; mantendo-se, desta forma, o processo de tomada de decisões constante (MORAVICSIK, 1993).

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).

3 A POLITIZAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA EXTERNA: o novo cenário internacional e o papel dos atores domésticos

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 nossa).³

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, mister se faz o entendimento sistemático do nível doméstico, para que se possa compreender como este poderá interferir nos padrões de cooperação internacional (MARTIN, 2000).

A análise da política externa é uma ferramenta que auxilia na tentativa de conciliar constrangimentos das arenas doméstica e internacional. 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).

3.1 A politização da política externa

Pode-se identificar uma forte influência da concepção liberal (clássica), nas propostas tradicionais a cerca do comportamento dos Estados internacionalmente. A política externa é colocada sob a égide exclusiva do Executivo, que gozaria de plena liberdade para conduzir as relações exteriores. O único limite à sua discricionariedade seria 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:

³ Open the “black box” of state to examine the various units that make up its decision-making apparatus.

[...] [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 limita 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 se identificam profundas alterações no cenário internacional após Guerra-Fria. Devido a 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 engrossamento 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). Nesse sentido, Pereira ressalta que:

[...] 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 reflexos do cenário internacional. (PEREIRA, 2008).

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 direitos⁴. Atos de política externa alteram a estrutura de custos das decisões dos atores domésticos. Acordos internacionais passaram a repercutem 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.

⁴ 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.

3.1 A judicialização da política externa

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).

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 de 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).⁵ 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.

4 JOGOS DE DOIS NÍVEIS

A partir do exposto, 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 um arcabouço teórico que admita os constrangimentos gerados por atores domésticos nas decisões dos Estados em se obrigarem internacionalmente. Posteriormente, deverão ser estabelecidos indicadores que sejam capazes de avaliar as possibilidades atribuídas pelo arcabouço institucional doméstico à atuação do judiciário. Em seguida aplicar-se-á o modelo e os indicadores a um caso concreto - pretende-se analisar, no presente trabalho, a estrutura constitucional brasileira⁶.

⁵ O autor reproduz esse argumento na perspectiva internacional.

⁶ Milner (MILNER, 1997) destaca que o arcabouço institucional e a distribuição de poderes sobre a tomada de decisão entre os atores internos, geralmente, emanam da própria constituição do Estado: "These conditions [distribution of powers over decision making] usually emanate from the constitution and are thus more structural, affecting the relationship between the legislature and executive at all times" (MILNER, 1997, p.100)

Finalmente, deverão ser selecionados casos em que se comprove empiricamente a atuação do judiciário brasileiro face às possibilidades estabelecidas em teoria.

A participação de atores domésticos na tomada de decisão internacional será baseada nas variáveis e indicadores estabelecidos nas teorias do jogo de dois níveis e, de maneira mais específicas, no trabalho de Milner (MILNER, 1997). Destarte, a princípio, serão identificados como atores domésticos atores de duas naturezas, quais sejam, política e social. Os atores de natureza política, de acordo com Milner, são o executivo e o legislativo. Os atores domésticos de natureza social são os grupos de interesses.

A capacidade de influência desses atores internos é determinada pela a estrutura de preferências doméstica; pelo modelo institucional; pela informação e, ainda, considerando a variável proposta por Lage (LAGE, 2005), será determinada por constrangimentos de ordem internacional.

5 O JUDICIÁRIO NACIONAL COMO ATOR NOS JOGOS DE DOIS NÍVEIS

Para que seja possível a inserção do judiciário no modelo, deverão ser identificadas as variáveis de acordo com o arcabouço teórico exposto até aqui. Para isso, primeiramente, deve ser analisado sua natureza, ou seja, deve-se definir o judiciário como um ator político ou social. Contudo, se observa que as características fundamentais do Poder Judiciário podem variar, assumindo peculiaridades em virtude do contexto institucional no qual esteja inserido. Essas particularidades são capazes de determinar sua natureza, na medida em que, podem alterar seus interesses.

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 imparcial⁷. Haverá contextos institucionais que lhe atribuirão elevado grau de

⁷ Os critérios para a avaliação da independência do judiciário e a proposição de que ela irá influenciar o interesse desse ator serão baseados no modelo proposto por Keohane, Moravcsik e Slaughter (KEOHANE, MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000 p.457-488). 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

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. A independência atribuída ao tomador de decisão do poder judiciário pelo arcabouço institucional será o indicador chave para que sejam identificados os interesses do judiciário. Será importante analisar como variações formais e materiais nessa estrutura determinarão as condições sob as quais as decisões serão tomadas.

Em uma ponta do espectro está a 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.

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.

A independência do judiciário na tomada de decisão, também, 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, estrangeiros e internacionais (precedentes transnacionais).

Analisada natureza do judiciário, assim como toda a dificuldade de se estabelecer seus interesses e suas preferências, faz-se necessário estabelecer quando o judiciário poderá exercer

normas e princípios predeterminados (KEOHANE, MORAVCSIK; SLAUGHTER, 2000 p.459). Os autores constroem o modelo para a análise da solução de conflitos internacionalmente, no entanto é perfeitamente aplicável à instituição jurisdicional doméstica.

seu poder de interferir na produção da política externa. Para isso devem ser identificadas as fases que compõem esse processo.

5.1 Fases da produção da política externa

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 conseqüências 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 analisada pelas etapas que envolvem a celebração de tratados. Tratados ou acordos⁸ internacionais são o instrumento 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 necessário compreender o 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 competente para negociar depende do direito constitucional de cada Estado e da designação do plenipotenciário por quem detém o poder de lhe atribuir plenos poderes⁹ (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 130).

⁸ 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)

⁹ 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

2) *Assinatura*: autentica o texto dos tratados e para que se inicie 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)¹⁰.

3) *Ratificação*: consiste no ato unilateral por meio do qual o sujeito do Direito Internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente seu consentimento em obrigarse. Possibilita a avaliação da compatibilidade entre os termos do tratado e o os compromissos assumidos internamente e externamente pelo Estado signatário. Nessa fase são realizados os procedimentos internos necessários para sua entrada em vigor. Uma vez realizado o processo interno o instrumento de ratificação apresentado sobre a forma de “cartas de ratificação” são trocadas ente as partes.

5.2 Fases da produção da política externa no âmbito doméstico

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 poderá 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.

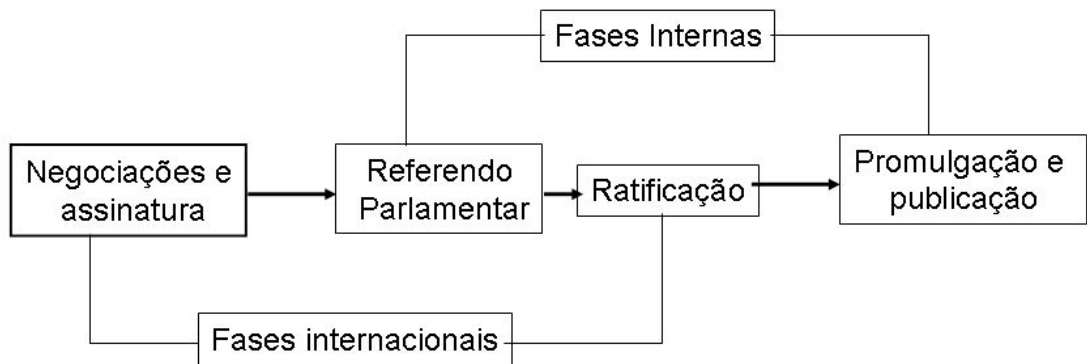
A assinatura apesar de gerar efeitos internacionalmente para os signatários, internamente, representa a última etapa das negociações. Portanto, ainda não gera efeitos na esfera doméstica.

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.

¹⁰ 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 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”

A ratificação só poderá ser definitivamente exercida pelo executivo uma vez que os tratados estejam (iii) incorporados ao ordenamento jurídico interno. A norma acordada internacionalmente pode ser imediatamente incorporada à ordem jurídica doméstica – este é o caso de Estados que admitem a teoria monista¹¹ 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 dualista¹².

Mazzuoli desenvolve um quadro esquemático do processo de realização de atos



internacionais e sua incorporação ao ordenamento jurídico interno (MAZZUOLI, 2004, p.72):

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,

¹¹ 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 processos de “recepção” ou “incorporação” formal das normas internacionais nas ordens jurídicas internas (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 96).

¹² A teoria dualista fundamenta na diferenças fundamentais que detecta entre o direito internacional e o direito interno, que os torna irreduzíveis um ao outro. Possuem como único ponto de contato a responsabilidade 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 (DAILLIER; DINH; PELLET, 2003, p. 96-97).

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 de competência exclusiva do executivo - comum nos Estados absolutistas; 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 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) implementado. A política externa conclui seu processo quando é efetivamente aplicada internamente como norma nacional e imposta aos atos agentes domésticos.

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) implementação/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 implementação é a fase em que o judiciário poderá atuar diretamente na produção de política externa, uma vez que será o responsável pela aplicação 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 implementação tanto os negociadores (executivo) como os responsáveis pela aprovação dos atos de política externa (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.

6 CONCLUSÃO

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 podem ser agrupadas na categoria: “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.

REFERÊNCIAS:

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

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.

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

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

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

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, 2008.

BOBBIO, Norberto, **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997

BROTONS, **La Acción Exterior del Estado**, Tecnos, Madri, 1984, pp. 93-103.

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.

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*, v.24, n.2, 2006, p.401-422.

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.

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.

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.

DINIZ, Maria Helena. **Lacunas no direito**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

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.

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. 2008

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.

GRIECO, Joseph M. Anarchy and the limits of cooperation: a realist critique of the newest liberal institucionalism. In: KEGLEY, Charles. **Controversies in international relations theory: realism and the neoliberal challenge**. New York, St. Martins's Press, 1995

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 37 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.465.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Jr. **Globalization: What's New? What's Not? (And So What?)**. Foreign Policy, spring, 2000.

KEOHANE, Robert O.; NYE, Joseph S. Jr. **Power and Interdependence**. 3. ed. New York: Longman Publishing Group, 2000. 352p.

KEOHANE, Robert O.; NYE JR., Joseph S. O. "Introduction". In: DONAHUE, John D.; NYE JR., Joseph S. (ed.). **GOVERNANCE IN A GLOBALIZING WORLD**. Washington: Brookings Institution Press, 2000. p.1 – 40.

KEOHANE, Robert O.; MORAVCSIK, Andrew; SLAUGHTER, Anne-Marie. **Legalized dispute resolution**: interstate and transnational. *International Organization* 54, 3, summer 2000. p.457-488.

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.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho**. Barcelona: Bosch, 1953. 2. ed., Bosch, Casa Editorial.Barcelona,1961.

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

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 Constitucional 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. 2008.

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.

MARQUES, Frederico do Valle M. **A Intenarlização dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. O Caso do Mercosul**. Artigo Publicado na *Revista de Derecho Internacional y del MERCOSUR*. 2002.

MARTIN, Lisa L. **Democratic commitments**: legislatures and international cooperation. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Reforma do Judiciário e os Tratados de Direitos Humanos**. *Revista LA ONDA digital*, Acesso em: jun, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados Internacionais**. 2ª ed.. São Paulo, Editora Juarez de Oliveira, 2004.

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.

MILNER, Helen. **Interests, institutions and information: domestic politics and international relations**. Princeton, NJ.: Princeton University Press, 1997

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.

MORAVICSIK, Andrew. Integrating international and domestic theories of international bargaining. In: Evens, Peter B.; JACOBSON, Harold K.; PUTNAM, Robert D. (eds.). **Double-edged diplomacy: international bargaining and domestic politics**. Los Angeles, CA: University of California Press, p.3-42, 1993;

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.

OLIVEIRA, Henrique Altemani de, **Política Externa Brasileira**, São Paulo, ed Saraiva, 2005.

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, 2008.

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>>.

PRADO, Luiz Regis. **Argumento analógico em matéria penal**, artigo publicado pela Revista de Ciências Jurídicas. Maringá. Publicação oficial do curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, n° 1, 1997.

PUTNAM, Robert R. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. In: **International Organization** v.42, summer, pp.427-460,1988.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

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.

SANTOS, Giancarlo dos. **A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro na visão do Supremo Tribunal Federal**. 2004. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?pag=2&action=tema&idtema=21>>. Acesso em: jun 2008.

SHAPIRO, Martin. **Courts: A Comparative and Political Analysis**. Chicago: University of Chicago Press, 1981. p. 1-64.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A typology of transjudicial communication**. University of Richmond Law Review, v.29, 1994. p.99-137.

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A global community of courts**. Harvard International Law Journal, v.44, n.1, winter, 2003. p.191-219.

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, 2008.

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.

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.

WALTZ, Kenneth N. International politics is not foreign policy. **Security Studies**, v.6, n.1, p.

WALTZ, Kenneth N. **Theory of international politics**. New York: Random House, (1979) 1996.