

O DÉFICIT DEMOCRÁTICO NA FORMAÇÃO DOS TRATADOS NO BRASIL

Emerson Luiz Laurenti¹

Pablo Bonilla Chaves²

Resumo: O presente artigo demonstra a ausência de elementos democráticos no que tange aos tratados internacionais, destacando seu aspecto histórico e suas particularidades no Brasil. O importante papel da participação popular na Constituição Brasileira e na Constituição Portuguesa é algo que demonstra o fato de que os tratados internacionais não acompanharam a evolução da democracia no Brasil e no resto do mundo.

Palavras-chave: Tratados Internacionais. Formação dos Tratados. Classificação dos Tratados, Democracia. Democracia Participativa. Democracia Direta. Participação Democrática. Vontade popular na formação de tratados.

Abstract: This article shows the lack of democratic elements in what concerns the international treaties, highlighting its historical and its particularities in Brazil. The civic engagement important role in the Brazilian Constitution and in the Portuguese Constitution is also something that highlights the fact that the international treaties did not run parallel to the democracy evolution in Brazil and in the rest of the world.

Keywords: International Treaties. Treaty Making. Treaties Classification. Democracy. Participating Democracy. Direct Democracy. Popular will on Treaties Making.

1. Introdução

A necessidade da existência de tratados internacionais para que os diversos países se vejam capazes de desempenhar suas mais diversas funções, principalmente no plano interno, não pode ser questionada. O processo de formação de tais instrumentos, como será visto, com maior detalhe, no primeiro capítulo, é básica e essencialmente o mesmo, desde muito. Tal situação acaba por gerar algumas falhas, principalmente, quando se analisa o tema através do prisma da contemporaneidade, que, em seu bojo, trouxe diversas e sensíveis alterações na formatação dos Estados. Destarte, é inegável que os tratados internacionais, da mesma sorte, devem ser vistos de outra forma.

Gustavo Justino de OLIVEIRA reza que “o fim do Estado contemporâneo é o de constituir-se em canal e instrumento indispensável para a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da própria sociedade”³. O autor segue sua análise dizendo que sempre, porém, é

¹ Advogado penalista na Cidade de Curitiba. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, na Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

² Advogado na Cidade de Curitiba. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, na Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL.

³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2005. p. 74.

preciso guardar as chamadas funções mínimas do Estado, sob pena de que tal ente perca a sua identidade⁴.

Resguardadas tais posturas essenciais, o Estado passa a deixar de ter certas atribuições e passa, portanto, a ter outras. Um aspecto que surge em função da narrada conjuntura é do Estado regulador (da economia privada), onde o objetivo do interesse público encontra-se ajustado ao modelo econômico de gerenciamento, com a ressalva de que não só à economia se refere tal regulação, mas, também, se não principalmente, às questões sociais⁵.

Surge, então, a figura que alguns autores chamam de Estado pós-nacional. Tal situação acaba por trazer problemas que são vivenciados no plano internacional e, ao mesmo tempo, possui situações correspondentes na esfera interna. Em tal panorama, resta nítida a importância do Direito como instrumento adequado para a busca e a manutenção da paz⁶.

MALISKA divide o tema mencionado em duas partes que, embora diversas, relacionam-se de modo íntimo: primeiramente, tem-se a questão de que “o Estado Pós-Nacional é o Estado Constitucional Cooperativo, que se abre para a cooperação e integração internacional e supranacional, seja ela regional ou global.”⁷ Concomitantemente, existe o fato de que essa mesma forma de Estado também abrange políticas públicas internas, agora vista através de outro prisma; o da afirmação da diversidade cultural, étnica, racial e outras congêneras, tomando o lugar da homogeneização que, outrora, buscava negar tais dessemelhanças.

O século XXI, portanto, independentemente das posturas que, até então, foram adotadas, traz consigo o “desafio de construir uma sociedade do bem estar plural, diversificada, marcada pelas características dos diversos grupos que formam a sua população, bem como atendendo às diversidades regionais.”⁸

Nessa linha, destaca-se que as mudanças de paradigmas e os avanços tecnológicos trazidos pelo novo século exercem papel de suma importância na reavaliação do modo de se

⁴ Id.

⁵ Ibid., p. 75.

⁶ MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição e Estado Pós-Nacional*. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil, em Curitiba.

⁷ Ibid., p. 2.

⁸ Id.

encararem as minorias e os diversos grupos. Luigi FERRAJOLI, sobre o tema, faz a seguinte asseveração:

...são justamente a rapidez e a multiplicidade das comunicações que acentuaram o anseio de identidade dos povos, das etnias, das minorias e, ao mesmo tempo, o valor associado às diferenças, acendendo conflitos étnicos desagregadores dentro das fronteiras dos Estados e processos inversos de integração nacional fora delas. Vem-se desvendando, assim, o caráter efetivamente artificial e fictício dos Estados, freqüentemente criados de cima para baixo, como muitos dos recém-formados, e, de qualquer forma, sempre destinados a engrossar as identidades dos povos com a pretensão de subsumi-los em unidades forçadas e, por conseguinte, a negar suas diferenças não menos que suas identidades comuns.⁹

Vê-se, por óbvio, que o papel das Constituições dos Estados é de relevo ímpar, pois, tal diploma se transfigura no único instrumento capaz de, ao mesmo tempo, disciplinar as relações internacionais e, sem prejuízo, salvaguardar os interesses internos das nações, incluídos nestes os direitos individuais dos cidadãos.

MALISKA aduz que, segundo os manuais de Direito Constitucional, a Constituição se trata de um “conjunto de regras concernentes à forma do Estado, à forma do governo, ao modo de aquisição e exercício do poder, ao estabelecimento de seus órgãos, aos limites de sua ação.”¹⁰ Contudo, tal conceituação não mais é capaz de definir a Constituição, pois, atualmente, ela tenciona ser “um instrumento fundamental da sociedade”¹¹, encontrando, porquanto, dois enormes reptos.

A primeira dessas dificuldades refere-se ao seu papel junto a entes supranacionais e/ou internacionais. “A Constituição aberta como hoje conhecemos é aquela não apenas aberta aos valores, mas também aberta organicamente, ou seja, a própria Constituição possibilita uma abertura do Estado para que promova a cooperação e a integração internacional e supranacional do país.”¹²

O autor faz referência a Stephan HOBE e sua Teoria do Estado Aberto, onde defende, ao discorrer sobre o que chama de “planos de cumprimento de tarefas”, o Estado, em virtude de sua incapacidade para realizar, satisfatoriamente suas incumbências, as divide em planos; internacional, regional e nacional. Destarte, ainda segundo HOBE, o Estado passa a ter as seguintes funções: “(i) de transferência de direito para as outras instâncias; (ii) de

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 49.

¹⁰ MALISKA, op. cit., p. 3-4.

¹¹ Ibid., p. 4.

¹² Id.

controle com base no conteúdo democrático da Constituição Nacional (...); (iii) de realização e execução (...); (iv) e de identificação”¹³. Dessa sorte, a defendida abertura deve ser vista como finalidade do Estado, através de uma nova interpretação dos mencionados aspectos.

Por óbvio que essa questão acaba por suscitar dúvidas quanto à soberania do Estado e à supremacia da Constituição, porém, é necessária uma análise criteriosa para que tal pergunta tenha cabimento. Essa análise, em verdade, consiste na diferenciação da forma com a qual a Constituição e o Estado se relacionam com entidades supra ou internacionais da maneira com que se relacionam com atos internos, hierarquicamente inferiores à Carta Magna. “(...) o Estado, na produção legislativa interna atua de forma absoluta, ou seja, ele possui o monopólio da produção legislativa, na produção legislativa supranacional e internacional o Estado compartilha essa competência com outros Estados, sendo a sua vontade uma entre outras várias vontades soberanas”¹⁴.

O segundo desafio reside nos chamados novos direitos, que são “entendidos como direitos que visam garantir a diversidade cultural e étnica interna”¹⁵. Através desses novos direitos, grupos que, até então, ou sofriam com a arbitrária tentativa de homogeneização ou tinham denegadas as suas cidadanias, situações fulminadas pela Constituição Federal de 1.988, no que tange ao Brasil, passam a afirmar a sua diversidade e, justamente através de tal processo, (re)conquistar seus espaços na sociedade. Dessa maneira, a isonomia, que muitas vezes se posicionava como que alheia às múltiplas facetas da população brasileira, torna-se mais efetiva, principalmente, por passar a ser vista através do prisma da dignidade do homem, respeitando a identidade de cada um e de cada grupo.

Os problemas que decorrem do papel da Constituição e o eventual conflito entre as normas internas e externas já fora, há tempos, enfrentada por Hans Kelsen que fez a seguinte afirmação:

En modo alguno queda excluído en principio que se obligue y autorice directamente a individuos. En efecto, existen tanto normas de Derecho internacional general consuetudinario como normas de Derecho particular establecido por tratados en los cuales aparecen individuos como obligados y como autorizados de manera directa. Hay normas de Derecho internacional en que se designa directamente a aquel individuo cuya conducta constituye la materia de la facultad o del deber, que el Derecho internacional establece. Hay casos en que el Derecho internacional no confiere al nacional la designación del elemento personal, sino que él mismo la hace. Estas normas del Derecho internacional son normas completas, que no necesitan complemento.

¹³ Ibid., p. 5.

¹⁴ Ibid., p. 6.

¹⁵ Ibid., p. 7.

...hasta ahora se había supuesto que en el momento en que se actualiza la obligación internacional de un Estado, la constitución de este Estado ya contiene la designación de los órganos que han de cumplir con la obligación internacional. Pero también es posible que el orden jurídico del Estado no contenga todavía una norma que designe el individuo que, como órgano del Estado, ha de cumplir con la obligación internacional. En tal caso, ha de crearse esa norma. La situación es la misma si la norma de Derecho internacional obliga al Estado a cierta conducta pero la designa tan sólo en términos generales, de tal manera que sea necesario hacer otras determinaciones para llevar a cumplimiento esta norma del Derecho internacional. En este caso, se debe dictar una norma nacional para ampliar o completar la norma de Derecho internacional, porque la conducta de los órganos del Estado que deben cumplir los deberes internacionales de este tiene que estar determinada de modo adecuado. También se debe dictar una norma de Derecho nacional para la ejecución de una norma de Derecho internacional cuando los órganos del Estado, que deben cumplir los deberes internacionales de éste, pueden, según la constitución, ejecutar únicamente normas de Derecho nacional...¹⁶

De qualquer sorte, diante do que se expôs, justifica-se a temática do presente artigo que buscará evidenciar o déficit democrático existente em toda a sistemática dos tratados internacionais, principalmente, em plagas brasileiras.

2. Processo de formação dos tratados no Brasil

Insta salientar, por oportuno, que os tratados são uma constante nos tempos hodiernos, mas sua origem e importância, no processo de integração, tanto no plano comercial, como no plano comunitário, datam de muito tempo.

Assinala João Grandino RODAS que “o fenômeno convencional é uma constante desde a antiguidade. A partir do tratado feito pelo faraó egípcio Ramsés II e o rei dos Hititas, Hatusil II, por volta de 1280 a.C., até tempos hodiernos, tal fenômeno vem se exacerbando.”¹⁷

Contudo, afirma RODAS, “que é de 1815 até o presente, por força da intensificação da solidariedade internacional, que se operou modificação fundamental, consubstanciada no aparecimento dos tratados multilaterais e no surgimento das organizações internacionais permanentes.”¹⁸

Para Paul REUTER, essa solidariedade entre os estados pode ser vista como

La solidaridad mecánica que existe entre los Estados es de naturaleza que todo cambio de los elementos altera el equilibrio del poder dentro de la totalidad del sistema; por su parte, la solidaridad de los intereses generales de la humanidad requiere que los problemas se ataquen en forma

¹⁶ Kelsen, Hans. *Derecho e Paz en las Relaciones Internacionales*. Tradução: ACOSTA, Florencio. Prólogo: SICHES, Luis Recasens. Fondo de Cultura Económica, Panuco 63, 1ª edição, 1942, apud SILVA, Luciano Nascimento. A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3655>>. Acesso em: 25 jul. 2007.

¹⁷ RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1945. p.7.

¹⁸ Id., p. 7.

comunitária y simultánea; y por último, también há de tornarse em cuenta la solidaridad de los individuos em el desarrollo de la cultura y de la opinión pública. Estas solidaridades se expresn em primer lugar dentro Del Estado, pero obligan a ir más allá, y el tratado internacional es el mecanismo que, aún apoyándose em las instituciones indispensables a su celebración y ejecución, las rebasa y las trasciende.¹⁹

É nessa esteira, que afirma Eduardo GOMES que os Estados, visando realizar acordos comerciais, de paz ou outros, o fazem no plano internacional, via de regra, através da utilização de tratados. Estes, na classificação de REZEK, podem ser tanto abertos quanto fechados, levando-se em consideração a possibilidade, ou não, de união de novos signatários. Da mesma sorte, os tratados são classificados pelo número de componentes, em bilaterais ou multilaterais. Há, ainda, uma última classificação, relacionada ao rito para que se dê a sua vigência: “*bifásicos*, se exigida assinatura e ratificação, ou *unitários*, se exigida apenas a assinatura para a sua entrada em vigor”²⁰.

GOMES cita, também, os chamados tratados institucionais, mecanismo pelo qual se originam blocos econômicos e organizações internacionais²¹.

Vê-se, assim, que o primordial objetivo dos tratados internacionais é gerar efeitos jurídicos entre os signatários; nessa linha, GOMES destaca que o aludido instituto “está definido no art. 2º, inciso I, alínea *a*, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969): ‘...acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, que conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular’”²².

É de se destacar que através da análise do Estatuto da Corte de Justiça da Haia, chega-se à conclusão de que as fontes de Direito Internacional são os tratados internacionais, os costumes internacionais, os princípios gerais de Direito, desde que reconhecidos como tais pelas nações, e, por fim, as decisões judiciais²³.

Importante salientar, também, nessa linha, segundo REZEK, “que o direito internacional público, até pouco mais de cem anos atrás, foi essencialmente um direito

¹⁹ REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 13-12.

²⁰ GOMES, Eduardo Biacchi. *Diferenças Pontuais entre o Sistema de Aprovação dos Tratados no Congresso Norte-americano e Brasileiro: a questão do “fast-track”*. In: SILVA, Roberto Luiz ; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais*. São Paulo: RT, 2003. p. 132.

²¹ Id.

²² Ibid., p. 133.

²³ Ibid., p. 134.

costumeiro”²⁴, o que não retira “a produção de efeitos de direito que é essencial ao tratado, que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma.”²⁵

Para REZEK, “o acordo formal entre os Estados é o ato jurídico que produz a norma, e que, justamente por produzi-la, desencadeia efeitos de direito, gera obrigações e prerrogativas, caracteriza enfim, na plenitude de seus dois elementos, o tratado internacional”²⁶

É de se ressaltar que o ordenamento pátrio não possui norma que mencione ou determine a posição hierárquica dos tratados, fato que ocasiona severa discussão doutrinária sobre o tema. De qualquer sorte, os princípios norteadores, supramencionados, valem e, assim, o tratado deve ser cumprido.

Nesse ponto, cabe destacar que, desde o fim da década de 70, o STF tem se posicionado no sentido de dar equiparação jurídica a tratados internacionais e a legislação ordinária. Luciano Nascimento SILVA menciona o seguinte julgamento como paradigmático, neste sentido²⁷:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 80.004 – SE

(Tribunal Pleno)

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Cunha Peixoto.

Recorrente: Belmiro da Silveira Góes.

Recorrido: Sebastião Leão Trindade

Convenção de Genebra – Lei Uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias – Aval aposto à Nota Promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei nº 427, de 22.01.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei nº 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi aposto.

Recurso extraordinário conhecido e provido.

(R.T.J. 83, p. 809-48).

A questão ainda, para além do cumprimento dos tratados internacionais e para que possam produzir efeitos na ordem interna, por determinação constitucional, no Brasil, eles passam pelo processo de *internação*, *internalização*, *incorporação* ou *recepção*, sendo que

²⁴ REZEK, José Francisco. *Direito dos tratados*. Rio de Janeiro: Forense: 1984. p. 3.

²⁵ *Ibid.*, p. 72.

²⁶ *Ibid.*, p. 72.

²⁷ SILVA, op. cit.

uma vez recepcionados pela ordem jurídica interna, passam a fazer parte dela, devendo ser cumpridos e respeitados.

Tal se dá, em razão de que no Brasil quando se fala em tratados internacionais, a teoria tida como aceita e aplicada na jurisprudência é a Teoria Dualista do Direito Internacional Público,²⁸ segundo a qual a norma internacional decorrente do tratado não é aplicada diretamente, necessitando, por ser desprovida de força normativa enquanto não ratificada e internalizada através do processo de incorporação, passar por um processo para então se “transformar” em norma e pertencer ao ordenamento jurídico interno, com força de norma jurídica com aplicabilidade e eficácia, teoria essa, diametralmente ao primado do Direito Internacional

Público²⁹ em relação à ordem interna e a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal e a Teoria Monista³⁰, que assegura que a ordem jurídica é uma só tanto nacional, como internacional.

²⁸ “Conforme Triepel e Anzilotti, dois dos mais árdios defensores do Dualismo, o Direito Internacional e o Direito Interno forma duas ordens jurídicas iguais, independentes e separadas, regulando relações jurídicas distintas com fontes distintas. Conforme a corrente dualista, uma norma internacional só pode ser reconhecida pelo Direito Interno depois de o transformada em norma de Direito Interno, ou seja, depois do Tratado se negociado, firmado, ratificado, promulgado e publicado; pois só a partir deste ponto é só assim é que estes se equiparam às Leis ordinárias Federais, sendo reconhecidos como Leis Internas e fazendo parte do Direito Interno brasileiro.” (in: PACÍFICO. Andrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 28.)

²⁹ Sobre o assunto, menciona Hans Kelsen que “o sentido com que o Direito internacional impõe ao Estado o dever de realizar quaisquer atos e, especialmente, de estabelecer normas de determinado conteúdo é simplesmente o seguinte: o ato oposto ou a fixação de normas de conteúdo oposto são pressupostos aos quais o Direito internacional liga as suas sanções específicas as conseqüências do ilícito, que são as represálias ou a guerra. A norma criada com “violação” do Direito internacional permanece válida, mesmo do ponto de vista do Direito internacional. Com efeito, este não prevê qualquer processo através do qual a norma da ordem jurídica estadual “contrária ao direito internacional” possa ser anulada. Uma tal possibilidade só existe no domínio do Direito Internacional particular. A redação entre o direito internacional e a norma da ordem jurídica estadual dita contrária ao Direito internacional é a mesma que existe entre uma constituição estadual que – v. g., no seu elenco dos direitos fundamentais – determina o conteúdo de futuras leis e uma lei que ofenda os direitos fundamentais e que é, portanto, inconstitucional – dado como pressuposto que tal Constituição não estabeleça qualquer processo através do qual as leis possam ser anuladas com base na sua inconstitucionalidade, mas se limite à possibilidade de responsabilizar pessoalmente certos órgãos pela formação da chamada lei inconstitucional. A determinação e conteúdo d ordem jurídica estadual pelo Direito internacional opera-se precisamente da mesma maneira que a determinação do conteúdo de leis futuras através de uma Constituição que não institua qualquer jurisdição constitucional num sentido alternativo.” (in: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 367-368)

³⁰ Hans Kelsen abordando o tema diz que: “Se esta norma, que fundamenta os ordenamentos jurídicos de cada um dos Estados, é considerada como norma jurídica positiva- e é o caso, quando se concebe o direito internacional como superior a ordenamentos jurídicos estatais únicos, abrangendo esses ordenamentos de delegação- então a norma fundamental- no sentido específico aqui desenvolvido, de norma não estabelecida, mas apenas pressuposta- não mais se pode falar em ordenamentos jurídicos estatais únicos, mas apenas como base do direito internacional.” Para Kelsen, “a isso se opõe a concepção tradicional que pretende ver no direito internacional e no direito de cada Estado dois sistemas de norma diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes. Esta construção dualista – ou

Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros afirma que são dois os processos para celebração de tratados internacionais: “o processo solene e completo (negociação, assinatura, mensagem ao Congresso, ratificação e promulgação) e o processo simples e abreviado (é o rito dos acordos em forma simplificada: negociação – assinatura (ou troca de notas diplomáticas) e publicação).”³¹

A *fase de negociação* compreende a transação efetuada pelo Governo Brasileiro acerca dos termos do tratado internacional a ser celebrado. Para CAHAPUZ DE MEDEIROS, “negociar com governos estrangeiros, visando à celebração de acordos internacionais, no sistema brasileiro, é competência constitucional privativa do Presidente da República.”³²

Prossegue o Autor mencionado que “a Constituição da República de 1988 prescreve em seu artigo 84, inciso VII, que compete privativamente ao Presidente da República ‘manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos’.”³³

Prossegue CACHAPUZ DE MEDEIROS afirmando que

entretanto, no Brasil, como nos demais Países, o Chefe de Estado não se ocupa pessoalmente das negociações diplomáticas dos atos internacionais, confiando essa tarefa ao Ministério das Relações Exteriores. Tais atribuições, porém, não fazem do Itamaraty mais do que um organismo “auxiliar” do Presidente da República, que é a principal autoridade e o responsável pela condução da política externa.

E sendo faculdade privativa do Chefe de Estado, nos termos da Constituição, manter relações com os demais Países e com eles celebrar acordos, necessitam de sua autorização todos aqueles indivíduos que receberam incumbência para negociar tais atos.

Por isso, avulta a importância dos “plenos poderes”, instrumento pelo qual o Presidente da República confere competência a outrem para negociar ajustes internacionais.

A regra geral é, destarte, a obrigatoriedade dos plenos poderes. No entanto, são admitidas poucas exceções, tanto *ratione persone* quanto *ratione materiae*, isto é, em razão do cargo ou função que certas pessoas ocupam, ficando por lei ou documento expresse, permanentemente autorizadas a negociar e assinar convênios internacionais, ou, em razão do tipo de ato internacional, pois há alguns que não exigem para suas tratativas e assinaturas os plenos poderes do Chefe de Estado, tais como aqueles que pretensamente prescindem de aprovação legislativa e posterior ratificação, em geral concluídos por trocas de notas.³⁴

melhor, “pluralista”, se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estatuais – é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do Direito internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas e válidas igualmente como normas jurídicas. Nesta concepção, compartilhada também pela doutrina dualista já contido o postulado teórico – gnoseológico que obriga a abranger todo o Direito num só sistema, que dizer, a concebê-lo de um ponto de vista único como um todo fechado sobre si.” (in: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 365).

³¹ CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 457.

³² Ibid., p. 458.

³³ Ibid., p. 458.

³⁴ Ibid., p. 458.

Ultrapassada essa fase, a da negociação, após a análise de todos os termos do tratado a ser celebrado, segue a *fase da assinatura* que, como visto, pela interpretação do artigo 84, inciso VIII da Constituição da República Federativa do Brasil, compete privativamente ao Presidente da República celebrar todos os tratados, convenções e atos internacionais; o que leva a se afirmar que, quem possui a competência para assinar tratados internacionais em nome da República Federativa do Brasil, não fosse o instrumento do “plenos poderes” atribuído àquelas pessoas designadas para celebrar o tratado³⁵.

Ultrapassada a fase de assinatura, segue a fase de *Mensagem ao Congresso Nacional*, esta entendida como “a exposição de motivos que levaram à assinatura do tratado internacional, seguidas das análises do conteúdo do mesmo, justificando-o.”³⁶

Enviada a mensagem para o Congresso Nacional, inicia-se a deliberação do Congresso Nacional acerca dos termos do tratado assinado. De acordo com o convencionado no artigo 49, inciso I da Constituição da República Federativa do Brasil, cabe ao Congresso Nacional deliberar de forma conclusiva acerca da celebração de tratados, acordos ou atos internacionais que acarretam encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. A deliberação do Congresso Nacional pode ter como consequência a aprovação do tratado, resultante no texto de um Decreto de Legislativo.

Por oportuno, embora se entenda que na fase de negociação haja uma prévia análise sobre a constitucionalidade do tratado, pois é realizada uma minuciosa análise de seu conteúdo pelos órgãos do Itamaraty³⁷, é nessa fase (de que se faz o controle de constitucionalidade pelo Congresso Nacional: “Depois da comissão de Relações Exteriores se pronunciar sobre o mérito do tratado internacional, a comissão de Constituição e Justiça e de Redação manifesta-se sobre a constitucionalidade, legalidade e juridicidade, regimentalidade

³⁵ A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) em seu artigo 1.º diz que: “um documento expedido pela autoridade competente de um Estado e pelo qual são designadas uma ou várias pessoas para representar um Estado para a negociação, a adoção ou a autenticação do texto de um tratado, para exprimir o consentimento do Estado em obrigar-se por um tratado ou para praticar qualquer outro ato relativo a um tratado”. Por oportuno, a Convenção de Viena dispõe sobre o plenipotenciário quando fala acerca da Conclusão dos Tratados, asseverando em seu artigo 6º que “todo Estado tem capacidade para concluir tratados”, enumerando a possibilidade de outras pessoas, que não o Chefe do Estado, para assinar os tratados internacionais.

³⁶ Ibid. p. 462.

³⁷ Nesse sentido a Lei 8.8842, de 14.07.1992 e artigo 46 da Portaria n.º 580, de 13 de maio de 1987, que aprovou o Regimento Interno da Secretaria de Estado das Relações Exteriores.

e técnica legislativa do projeto de Decreto Legislativo elaborado pela Comissão de Relações Exteriores.³⁸

Aprovado o tratado pelo Congresso Nacional e o respectivo texto do Decreto legislativo, segue-se a fase de *Ratificação e Promulgação*.

O Decreto do Legislativo é apresentado ao Presidente da República para a ratificação e promulgação, que sobrevêm em um único e exclusivo ato, pela publicação do Decreto do Executivo. Após a promulgação e posterior publicação do Decreto do Executivo pelo Presidente da República, este adquire vigência no ordenamento jurídico interno brasileiro com hierarquia de lei federal ordinária ou tem *status* de normas constitucionais em se tratando de tratados que contenham normas de direitos humanos, desde que “aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.”³⁹

Ressalte-se que, as normas provenientes de tratados internacionais, aprovadas pelo Poder Legislativo e promulgadas pelo Presidente da República, ingressam no ordenamento jurídico brasileiro como atos normativos infraconstitucionais. Deste modo, após a internalização do tratado internacional por meio do Decreto, este é alçado ao *status* de lei *lato sensu*, porque não há na Constituição Federal qualquer disposição que determine qual sua hierarquia no ordenamento jurídico.

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que pode ser resumido no seguinte Acórdão, da lavra do Ministro CELSO DE MELLO, que tratou do *Exequatur* em Carta Rogatória Passiva em Protocolo de Medida Cautelar de Ouro Preto, Minas Gerais:

MERCOSUL - Carta Rogatória Passiva - Denegação de Exequatur - Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto/MG) - Inaplicabilidade, por razões de ordem circunstancial - ato internacional cujo ciclo de incorporação, ao direito interno do Brasil, ainda não se achava concluído à data da decisão denegatória do Exequatur, proferida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal - relações entre o direito internacional, o direito comunitário e o direito nacional do Brasil - Princípios do efeito direto e da aplicabilidade imediata - ausência de sua previsão no sistema constitucional brasileiro - inexistência de cláusula geral de recepção plena e automática de atos internacionais, mesmo daqueles fundados em tratados de integração - recurso de agravo improvido.

A RECEPÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DOS ACORDOS CELEBRADOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL ESTÁ SUJEITA À DISCIPLINA FIXADA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

A recepção de acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL está sujeita à mesma disciplina constitucional que rege o processo de incorporação, à ordem positiva interna brasileira, dos tratados ou convenções internacionais em geral. É, pois, na Constituição da República, e não em instrumentos normativos de caráter internacional, que reside a definição do *iter* procedimental pertinente à transposição, para o plano do direito positivo interno do Brasil, dos tratados, convenções ou acordos - inclusive daqueles celebrados no contexto regional do MERCOSUL - concluídos pelo Estado brasileiro. Precedente: ADI 1.480-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. - Embora desejável a adoção de mecanismos constitucionais diferenciados, cuja instituição privilegie o processo de

³⁸ Id., p. 463.

³⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. . Artigo, 5º, § 3º.

recepção dos atos, acordos, protocolos ou tratados celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL, esse é um tema que depende, essencialmente, quanto à sua solução, de reforma do texto da Constituição brasileira, reclamando, em consequência, modificações de *jure constituendo*. Enquanto não sobrevier essa necessária reforma constitucional, a questão da vigência doméstica dos acordos celebrados sob a égide do MERCOSUL continuará sujeita ao mesmo tratamento normativo que a Constituição brasileira dispensa aos tratados internacionais em geral. **PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DE CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM GERAL E DE TRATADOS DE INTEGRAÇÃO (MERCOSUL).**

A recepção dos tratados internacionais em geral e dos acordos celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções; (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) exequibilidade do ato de direito internacional público, que passa, então - e somente então - a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

O SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO NÃO CONSAGRA O PRINCÍPIO DO EFEITO DIRETO E NEM O POSTULADO DA APLICABILIDADE IMEDIATA DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

A Constituição brasileira não consagrou, em tema de convenções internacionais ou de tratados de integração, nem o princípio do efeito direto, nem o postulado da aplicabilidade imediata. Isso significa, de *jure constituto*, que, enquanto não se concluir o ciclo de sua transposição, para o direito interno, os tratados internacionais e os acordos de integração, além de não poderem ser invocados, desde logo, pelos particulares, no que se refere aos direitos e obrigações neles fundados (princípio do efeito direto), também não poderão ser aplicados, imediatamente, no âmbito doméstico do Estado brasileiro (postulado da aplicabilidade imediata). - O princípio do efeito direto (aptidão de a norma internacional repercutir, desde logo, em matéria de direitos e obrigações, na esfera jurídica dos particulares) e o postulado da aplicabilidade imediata (que diz respeito à vigência automática da norma internacional na ordem jurídica interna) traduzem diretrizes que não se acham consagradas e nem positivadas no texto da Constituição da República, motivo pelo qual tais princípios não podem ser invocados para legitimar a incidência, no plano do ordenamento doméstico brasileiro, de qualquer convenção internacional, ainda que se cuide de tratado de integração, enquanto não se concluírem os diversos ciclos que compõem o seu processo de incorporação ao sistema de direito interno do Brasil. Magistério da doutrina. - Sob a égide do modelo constitucional brasileiro, mesmo cuidando-se de tratados de integração, ainda subsistem os clássicos mecanismos institucionais de recepção das convenções internacionais em geral, não bastando, para afastá-los, a existência da norma inscrita no art. 4º, parágrafo único, da Constituição da República, que possui conteúdo meramente programático e cujo sentido não torna dispensável a atuação dos instrumentos constitucionais de transposição, para a ordem jurídica doméstica, dos acordos, protocolos e convenções celebrados pelo Brasil no âmbito do MERCOSUL.⁴⁰

Dá-se concluir que os tratados, no ordenamento jurídico brasileiro, sofrem o processo de internalização, em razão da adoção da Teoria Dualista pelo Supremo Tribunal Federal, para que possam ser aplicados e ter vigência no ordenamento interno brasileiro.

3. Democracia participativa

⁴⁰ BRASIL: Supremo Tribunal Federal, CR-Agr. 8279, Agravo Regimental na Carta Rogatória, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, Julgado em 17/06/1998. **Diário da Justiça** em 10/08/2000 - p. 0006, Ementário 1999-001 - p. 0042.

O assunto da participação popular é dos mais atuais, se não o mais atual. Ressalta-se que, embora contemporâneo, o assunto é não é novo, pois, de há muito, vem se discutindo uma forma de atuação popular que possa efetivar e materializar a cidadania, através de um diálogo entre Administração e administrados. Como a administração pública é o instrumento para que se atinjam os objetivos da sociedade, nada mais lógico do que intensificar a participação dessa segunda naquela⁴¹.

Assim, é iniciada a participação administrativa que segundo Odete MEDAUAR “refere-se (i) à identificação do interesse público de modo compartilhado com a população, (ii) ao decréscimo da discricionariedade, (iii) atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e (iv) às práticas contratuais baseadas no consenso, negociação e conciliação de interesses”⁴².

Ainda utilizando-se às lições de Gustavo Justino de OLIVEIRA, tem-se que “a consagração da noção de Estado de Direito por um texto constitucional (fato de relevo, como será demonstrado no primeiro capítulo) tem, originalmente, dupla finalidade: a imposição de limites ao exercício do poder estatal e a criação de uma autêntica garantia constitucional aos cidadãos”⁴³. De tal concepção, advém a legitimidade que, ao seu tempo, tem nítida relação com as diversas previsões constitucionais referentes à participação popular na administração da coisa pública.

Cabe destaque ao fato de que a cidadania é uma forma de manifestação da relação do homem com o Estado, assim, a participação popular reforça a cidadania.

Citando Fábio Konder Comparato, Gustavo Justino de OLIVEIRA aponta três etapas da cidadania: (i) a cidadania na civilização greco-romana, (ii) a cidadania individualista do Estado liberal e (iii) a nova cidadania no Estado social. Essa nova cidadania tem íntima e inafastável relação com a noção de participação⁴⁴.

Esse novo papel do cidadão perante e dentro da sociedade atribui-lhe novas responsabilidades e, assim, torna-se imprescindível a sua conscientização sobre suas funções, direitos e, principalmente, deveres. Porém, conforme aludido, para que se possam alcançar essas e outras formatações, que figuram, inegavelmente, como objetivos contemporâneos, é

⁴¹ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. In: _____. *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 402.

⁴² Ibid., p. 404-405.

⁴³ Id.

⁴⁴ Ibid., p. 408.

necessário que se estabeleça um diálogo entre a Administração Pública e os membros da sociedade.

Tal situação é válida no que tange ao tema central do presente artigo, pois, como já mencionado, há uma falha muito grande no que se refere à participação popular na matéria de tratados internacionais.

Para que aprofunde o tema da democracia participativa, será exposta, primeiramente, uma síntese da opinião de Paulo BONAVIDES e, depois, um quadro do que é (ou deveria ser) a participação popular, no Brasil.

3.1 A democracia participativa de Paulo Bonavides

O livro *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*, BONAVIDES relata a democracia participativa como sendo elo de emancipação dos povos, sua tese central é reivindicar um direito constitucional da liberdade. Sendo assim, destaca a soberania popular, tendo em vista que é através desta que o povo exerce o poder.

BONAVIDES critica o direito constitucional positivo tendo em vista que é através deste que há uma neutralidade normativista que prejudica a sociedade atual e relata que a decadência constitucional “tem sido empregada e acelerada pelos globalizadores políticos que tentam por todos os meios demoli-lo, apagando-lhe as nações, falseando-lhe os conceitos, desmoralizando-lhe os princípios, fragilizando-lhe as normas”⁴⁵. Em apertada síntese, o autor prega que ponto nodal da questão é o compromisso com a democracia, não se devendo, então, haver comprometimento demais com valores outros; a liberdade e a democracia devem prevalecer, justo por serem poderes constitucionais que fazem prevalecer a soberania popular.

Vale salientar certos princípios relatados por Paulo BONAVIDES. O primeiro é o da dignidade da pessoa humana, que são direitos positivados no ordenamento jurídico-constitucional, tratado pelo autor como “o valor dos valores da sociedade democrática e participativa”⁴⁶.

Outro, também elencado, é o princípio da soberania popular, o qual tem significativa importância, pois encarna o princípio do governo democrático e soberano em que o principal dessa estrutura é o cidadão. “Em suma o princípio da soberania popular é a carta da

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros. p. 9.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 10.

navegação da cidadania rumo as conseqüências democráticas tanto para esta como para as futuras gerações”.⁴⁷

O princípio da soberania nacional, por sua vez, estabelece a independência do Estado perante as “demais organizações estatais referidas à esfera jurídica. (...) o princípio da Constituição se destaca por elemento hermenêutico e de elucidação de cláusulas constitucionais”⁴⁸.

O autor em análise faz interessante alerta para que realize certa prevenção no que tange ao tema da globalização, pois, por ilustração, os tratados e as conciliações financeiras do capitalismo contemporâneo ocasionam a desestruturação de países. Segundo BONAVIDES os acordos feitos com o FMI trazem muitas promessas que não são estabelecidas. Com isso é possível fazer a interpretação de que esses acordos podem ser encarados como forma de recolonização⁴⁹.

Além da já mencionada formatação pós-nacional dos Estados, BONAVIDES traz outra modalidade estatal, que chama de Estado neo-social da periferia. Tal modo de Estado se acha em gestação nas reflexões dos cientistas políticos e é sinônimo de Estado democrático participativo. O autor mencionado reza que esta é uma figura institucional que irá libertar os povos das periferias do globo, figurando como a única solução dos problemas dessas nações. Democracia dos povos da periferia e resposta política que eles devem dar às pressões neoliberais da recolonização e do projeto globalizador.⁵⁰

Destaca-se que, para BONAVIDES “postular nos países da periferia um Estado neoliberal é postular a perpetuidade do atraso e do subdesenvolvimento.”⁵¹

O pensamento do autor, então e em suma, prega a relação entre a opressão dos países desenvolvidos sobre os subdesenvolvidos e a necessidade de implementações e/ou aperfeiçoamentos nas instituições de democracia participativa, elevando tal figura, inclusive, ao status de direito fundamental de quarta geração.⁵²

⁴⁷ Ibid., p. 11.

⁴⁸ Id.

⁴⁹ Ibid., p. 15.

⁵⁰ Ibid., p. 17-18.

⁵¹ Ibid., p. 44.

⁵² BONAVIDES, Paulo. *Os Direitos Fundamentais e a Globalização*. In. LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 170-171.

Finalizando a visão de BONAVIDES sobre o tema, interessante destacar a seguinte passagem:

Da globalização econômica e da globalização cultural muito se tem ouvido falar. Da globalização política só nos chegam, porém, o silêncio e o subterfúgio neoliberal da reengenharia do Estado e da sociedade. Imagens, aliás, anárquicas de um futuro nebuloso onde o homem e a sua liberdade – a liberdade concreta entenda-se – parecem haver ficado de todo esquecidos e postergados. Já, na Democracia globalizada o homem configura a presença moral da cidadania. Ele é a constante axiológica, o centro de gravidade, a corrente de convergência de todos os interesses do sistema.⁵³

Quer se demonstrar com isso, portanto, que os tratados internacionais, mesmo que, em uma fase primieva, considere apenas interesses nacionais, em sentido amplo, os momentos posteriores de sua efetivação devem, obrigatoriamente, (passar a) levar em consideração os interesses dos cidadãos e, no mesmo diapasão, possibilitar-lhes uma saudável interferência no sistema.

3.2 A participação popular no Brasil

Para que se sejam quaisquer comentários acerca da participação popular no Brasil, tema atual, porém, não novo, é indispensável a análise da Carta Magna de 1988. Para tanto, trazem-se as lições do professor CLÉMERTON MERLIN CLÈVE, em artigo publicado poucos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O texto inicia mostrando que seu ponto central encontra-se no cidadão e, por óbvio, no exercício da cidadania. Apontando informações gerais sobre a cidadania, CLÈVE destaca que tão importante instituto não pode ficar reduzido à representatividade e, portanto, se faz imprescindível uma remodelação da democracia, desde há muito, ressalte-se.

Destaca-se o papel da Constituição Federal de 1988, pois, nela, se vêem elencados algumas formas novas de participação do cidadão, mas, em conjunto com outras já antigas. Dentre todas, faz-se necessário, inclusive, analisar quais são, de fato, formas de participação popular que afirmem a cidadania. CLÈVE passa, então, a discorrer sobre as formas de participação do cidadão na administração da coisa pública, enumerando certas “espécies” de cidadão; a primeira delas é que o autor denomina cidadão eleitor⁵⁴.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. *Os Direitos Fundamentais...*, p. 173.

⁵⁴ CLÈVE, Clémerton Merlin. *O cidadão, a administração pública e a nova Constituição*. Brasília: Revista de informação legislativa, n. 106, abr./jun., p. 79, 1990.

Em Constituições pretéritas, a democracia representativa era o foco central, porém, a Carta Magna de 1988 buscou romper com esse panorama, mesmo que com certa prudência, dando margens à democracia participativa. A autoridade dos cidadãos sobre o Estado, ainda gira primordialmente em torno do direito ao voto, ressaltando-se que, infelizmente, parte da população, no caso brasileiro, acaba por ficar alheia à essa importante forma de participação popular⁵⁵.

O autor, aduzindo que a administração pública brasileira é autoritária, considera o sufrágio universal exercido no Brasil uma grande conquista, mas, destaca que apenas isso não é o suficiente. Não apenas não é o bastante como, na ausência de outros mecanismos, o voto pode ter a sua primordial função esvaziada⁵⁶.

CLÈVE discorre, também, sobre o cidadão colaborador, defendendo a idéia de que “o cidadão pode colaborar com os poderes públicos para a satisfação das necessidades coletivas”⁵⁷ e alegando que este modo de participação tem estreita relação com a delegação, a particulares, de certos serviços de natureza pública. Para ilustração, o autor cita como formas dessa participação a concessão, a permissão e a autorização, não deixando esquecer que essas não são as únicas maneiras possíveis de existência do referido exercício participativo⁵⁸.

A próxima espécie de cidadão é o cidadão seduzido. Na explanação desse ponto do tema, o autor faz clara referência às atividades de fomento, rezando que “cabe referir aqui a realização conjunta (...) de finalidades públicas. É o caso da provocação do particular, por meio de estímulo ou orientação, para a prática de atividades privadas de interesse coletivo”⁵⁹. Nesse ponto, cabe fazer destaque: a “sedução” proposta pelo autor só se faz possível quando se admite a existência de um diálogo entre a Administração e sociedade. Antes, contudo, de que se considere respondida a primeira das perguntas realizadas no intróito, segue-se a análise dos dizeres de Clèmerson Merlin CLÈVE.

CLÈVE ressalta, ainda sobre o tema acima, que a prática brasileira dessa forma de participação consiste em um problema, pois, acaba por beneficiar, de forma contínua, as já favorecidas classes dominantes.

⁵⁵ Ibid., p. 81.

⁵⁶ Id.

⁵⁷ Ibid., p. 84.

⁵⁸ Id.

⁵⁹ Ibid., p. 86

Passando ao cidadão censor, CLÈVE versa sobre sua previsão na Constituição Federal de 1988 e suas origens históricas em Constituições de outras épocas. Enumerando diversas formas de exercício dessa forma de participação, o autor coloca, primeiramente, o direito de petição, rezando que ele “possui uma dimensão democrática, na medida em que assegura, a todos, por meio de petição ou representação, o acesso ao aparelho do Estado para o fim de reclamar qualquer providência, inclusive a responsabilização de funcionários pela prática de abuso de poder”⁶⁰.

Da mesma sorte, é mencionada a ação popular e suas características, dando-se especial destaque à possibilidade de tal instrumento ser utilizado visando a anulação de ato que lese a moralidade administrativa, a proteção do meio ambiente e, da mesma forma, sua utilização facilita em função de não ser necessário o pagamento de custas judiciais nem verbas de sucumbência. Ainda nessa linha, CLÈVE coloca “a ação de inconstitucionalidade genérica ou por omissão e a ação civil pública” como “mecanismos postos à disposição da cidadania para o exercício do controle popular sobre os atos dos poderes públicos”⁶¹.

Assim, passa o autor a dissertar sobre o cidadão propriamente participante, ressaltando que a forma direta de participação rompe com a idéia de representantes, pois, deve ser exercidas de modo direto, pelo particular. “Tudo se passa de tal forma que parece existir o cidadão no universo político, mas no universo administrativo há apenas o administrado, o usuário, o jurisdicionado. Tal conceito deve sofrer mutação”⁶².

Rezando sobre a cidadania participativa e o território político, CLÈVE cita as formas constitucionalmente previstas, enumerando o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, lembrando, porém, que o veto popular, existente em nível de projeto da Constituição, não chegou a existir.

Passando à participação do cidadão na esfera administrativa, o autor elenca pressupostos para que tal interação se dê, além daqueles já necessários para a participação na esfera política. Cita, primeiramente, o direito de certidão, pois, sem informação, a participação não se faz possível.

Segue, reafirmando o autoritarismo da administração pública, defendendo que ela “não pode ficar exterior à área de influência da participação popular”⁶³, sendo que uma

⁶⁰ Ibid., p. 87.

⁶¹ Ibid., p. 89.

⁶² Ibid., p. 91.

remodelação nodo de os administradores encararem os administrados consiste no terceiro dos pressupostos. Embora não descarte outras posturas e conjunturas, CLÈVE destaca que as três citadas já seriam de grande valia.

Passando às formas de participação no processo decisório de natureza administrativa, o autor divide o tópico em dois subitens: a participação de fato e a participação regulada.

Quanto à primeira das formas, CLÈVE destaca que esta pode ser pública e legítima ou, então, oculta e ilegítima. Mas, em geral, essa maneira é “aquela não regulada ou não admitida pelo direito, mas que, por uma razão ou outra, acaba por influenciar a atividade administrativa”⁶⁴.

Citando as formas de participação regulada, o autor elenca previsões constitucionais nesse sentido, fazendo ressalva semelhante à feita quando da análise do voto; a presença de tais fatores é um progresso, porém, sozinhos, não são suficientes, sendo necessário aproveitar o ensejo dado pela Constituição Federal de 1988 para ampliar e, da mesma sorte, efetivar, tais situações.

Concluindo, CLÈVE reza que a situação por ele narrada acaba por dar origem a um paradigma; “o da cidadania responsável”⁶⁵. Da mesma forma, cita DELPÉRÉE, dizendo que “é preciso, talvez, lembrar esta verdade. O cidadão é sempre uma só pessoa. Não há motivo, a partir de divisões escolásticas, para separá-lo em um *homo politicus*, que não se confunde com o *homo administrativus*...”⁶⁶.

Um momento similar ao recém-narrado ocorreu em Portugal, logo após a promulgação da Constituição Federal de 1976, naquele país. Para que se analise tal panorama opta-se pelos ensinamentos de João Baptista MACHADO, que versa, principalmente, sobre descentralização e sobre aquilo que chama de concertação, no que tange ao cenário escolhido.

A concertação é um modo de participação definido pelo autor como sendo “um método flexível de governar ou de administrar em que os representantes do Governo ou da Administração participam em debates conjuntos com representantes doutros grupos sociais

⁶³ Ibid., p. 94.

⁶⁴ Ibid., p. 95.

⁶⁵ Ibid., p. 98.

⁶⁶ Id.

autônomos (...) com vista à formação de um consenso sobre medidas de política econômica e social a adotar”⁶⁷.

Destaca MACHADO, que a persuasão é uma das marcas dessa forma de participação, entendendo-se por persuasão tanto o incentivo quanto a coação, mas, ressalta o seu caráter conciliatório e de integração (entre parceiros e Administração ou Governo)⁶⁸. Destaca-se, quanto a esse ponto, semelhança inegável com os dizeres de CLÉMERTON MERLIN CLÈVE sobre o cidadão seduzido.

A mencionada integração reforça a necessidade de troca de informações e de comunicação entre as partes, algo muito presente na concertação. A integração, porém, não ocorre apenas entre aqueles que os parceiros e a administração, mas, dentro do corpo participante, também. “Uma maior integração das forças representadas pelas associações de interesses – e, portanto, fomenta a estabilidade social e política – e, por outro lado, dá aos parceiros sociais uma mais esclarecida consciência dos problemas de política econômico-social em jogo e das medidas a adotar, ao mesmo tempo que elimina a má-vontade e resistência que costumam acompanhar as intervenções ‘agressivas’ da Administração, facilita a execução das tarefas e a realização dos objetivos da política econômica global”⁶⁹.

A concertação ganha espaço, principalmente, em função do caráter pluralista da sociedade, pois, num contexto assim, não é concebível que o Estado assuma uma postura alheia ao corpo social. A relação simbiótica entre administração e administrados, portanto, exigiria a existência da concertação. Tal simbiose, por lógica decorrência, exige um diálogo.

Mais adiante, o autor passa a versar sobre participação, descentralização e “negociação”, destacando que a presença da descentralização acaba por criar um cenário favorável ao crescimento da participação.

Acrescenta o autor, ainda, que reconhecer o direito de participação é reconhecer a autonomia, destacando, também, que “a participação em geral, e designadamente a ‘concertação’, podem ter uma função *vital* para as democracias nas sociedades contemporâneas. Só através delas se conseguirá impedir que as já referidas *funções sociais* do Estado (...) se convertam em *funções de dominação*. Isto é, só através da participação e, mais ainda, da descentralização, se evitará que ao alastramento da ação e das intervenções do

⁶⁷ MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*. Democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45-46.

⁶⁸ Id.

⁶⁹ Id.

Estado corresponda um desmesurado e colossal aumento do poder de dominação estatal, corresponda, isto é, uma ‘estatização’ da sociedade que sufocaria toda a vitalidade e iniciativa das forças sociais espontâneas”⁷⁰.

O autor segue a sua exposição sobre os temas enumerados, falando sobre a relação entre maioria e minoria e, por fim, destaca o papel da negociação nessa relação entre sociedade e Estado, chegando a dizer que “descentralização é, com efeito, o outro nome da liberdade”⁷¹.

Na seqüência tem-se o tópico sobre a articulação dos conceitos de descentralização e democracia. Nesse ponto, o autor analisa a evolução histórica da democracia e suas conseqüências; atuais e futuras. Trabalhando com a questão da maioria diante da minoria, o autor faz importantes considerações sobre o poder na sociedade, rezando que um poder soberano é sempre prejudicial, mesmo que ele resida no povo.

Mais além, citando HESSE, MACHADO diz que “um mínimo de Estado não significa de forma alguma um máximo de liberdade”⁷² e completa dizendo haver íntimo liame entre descentralização e a forma liberal de se estruturar o Estado.

Nessa linha, a sua conclusão reza que “o Estado liberal, como estrutura (...), é compatível com a liberdade – com a auto-organização e a autodeterminação -; e, do ponto de vista dinâmico, tem por função garantir e criar as condições dessa liberdade. É, assim, um Estado ‘descentralizado’, pois a *liberdade-autonomia* (diversamente da *liberdade-participação*) traduz-se sempre em ‘descentralização’”⁷³.

Conforme foi possível demonstrar até este ponto, a Administração Pública no Brasil, principalmente no período que sucedeu ao advento da Constituição Federal de 1988, passou, sim, a ter uma convivência dialógica com a sociedade e seus indivíduos. A evolução ocorrida desde 1988 até os dias atuais é bastante notada, pois, hodiernamente é inviável tratar de Direito Administrativo sem que se fale em terceiro setor, orçamento participativo e outras inúmeras formas de diálogo e parceria estabelecidas entre o poder público e o setor privado.

O exemplo português reforça essa situação no âmbito mundial, cabendo destaque ao fato de que MACHADO chega a comparar institutos de participação com direitos e garantias fundamentais, citando, conforme se lê acima, a liberdade como exemplo ilustrativo.

⁷⁰ Ibid., p. 57.

⁷¹ Ibid., p. 65.

⁷² Ibid., p. 100.

⁷³ Ibid., p. 108.

Outra questão que poderia sobrestar o avanço do tema seria a seguinte: o diálogo aludido se daria entre a Administração Pública e a sociedade, de modo direto, ou, então, como porta-vozes, por assim nominar, da Administração, figurariam os agentes públicos? A questão, embora pertinente, é de fácil resolução, pois, é evidente que o que se pretende é a comunicação direta dos cidadãos com a Administração Pública. Para fundamentar tal assertiva, é possível que se tomem as lições de Humberto ÁVILA, *mutatis mutandi*, sobre a supremacia do interesse público sobre o privado:

... ele não seria apenas um princípio, mas um “**princípio relacional**”: ele regularia a “supremacia” do interesse público sobre o particular, não relativamente ao funcionário público, que não pode representar senão o interesse público, mas com referência à “relação entre o Estado e o particular”. O seu conteúdo normativo pressupõe, portanto, a possibilidade de conflito entre o interesse público e o interesse particular no exercício da função administrativa, cuja solução deveria ser (em abstrato e em princípio) em favor do interesse público. [sem texto sublinhado no original]⁷⁴

Na mesma linha, Marçal JUSTEN FILHO aduz que falar em preponderância do interesse público é admitir a sua primazia sobre todos os outros interesses que existem na sociedade; logo, interesses de cunho privado jamais terão prevalência sobre os de âmbito público. Ressalta-se que tal preponderância deve ser encarada na forma mais ampla que o termo pode explicitar, pois, como destaca o autor, não se pode sequer transigir naquilo que tange ao interesse público. JUSTEN FILHO acrescenta que os adeptos de tal teoria relacionam-na, intimamente, com o princípio republicano; como consequência, visualiza-se uma cisão entre aqueles que são titulares do interesse público (administrados, povo) e aqueles que, de fato, o exercem (Administração, agente público). Cabe destacar que a esses segundos não é dada a possibilidade, portanto, de deixar de levar a cabo o interesse público⁷⁵.

Nos dias atuais, esse sobrecenho da Administração Pública deve ser desfeito e, assim, faz-se necessária, conforme já aduzido, uma aproximação entre o público e o particular, nessa medida. O diálogo entre Administração e sociedade, então, mostra-se como algo que deve, ao mesmo tempo, ser totalmente transparente, retratar a efetiva realidade e conseguir convencer os cidadãos de que vale a pena, por assim dizer, exercer os seus direitos e deveres de participação.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. In: SARMENTO (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 173-174.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

É possível que se conclua, então, que o diálogo tenha que se dar em pé de igualdade, isto é, deixando, como já se mencionou, Administração Pública e sociedade em um mesmo nível.

Cita-se, novamente, o exemplo português da concertação, onde, segundo MACHADO alerta, não há uma hierarquia entre a administração e os parceiros, pois, as suas características demandam a concessão de autonomia às partes⁷⁶.

Para que se dêem contornos mais exatos ao diálogo proposto, tomam-se, agora, as lições de Vanice Regina Lírio do VALLE, que relaciona o tema participação popular à idéia de controle social, dizendo que “o que se pode asseverar é que a idéia de transparência, juntamente com controle social e participação popular tem encontrado mais recentemente fortes ventos de inovação, devendo ser avaliada sempre com a ótica de maximizar seu potencial de aplicação, instrumental que é da garantia de observância, na arte de governar, daquela confiança que o povo deitou em seus representantes”⁷⁷.

Ainda nessa linha, cabe destaque á colocação da autora quando diz que “se o controle social, no perfil instituído pela Carta de 1988 tem natureza de direito subjetivo público – ... – é de se reconhecer um duplo efeito: o dever imposto à Administração de contra prestar, dando resposta ao requerimento formulado; e o direito reconhecido àquele que provocou o exercício do controle de receber a aludida resposta”⁷⁸.

Feitas tais considerações, parece pacífico que o diálogo tem de se dar com titular e destinatário em mesmo nível e, da mesma sorte, ser transparente e adequado, no caso, para não só possibilitar a participação popular como, também, para incentivá-la.

Tal situação, ressalte-se, não se faz presente apenas no caso em tela. DALLA-ROSA faz os seguintes alertas:

Um discurso somente irá produzir efeitos se a ligação existente entre sua natureza ontológica, sua finalidade, seu destinatário e o seu titular incidam de forma coerente e racional na prática efetiva do discurso.

A necessidade de um titular capaz para o discurso, apto a desenvolver de premissas conclusões adicionada à existência de um destinatário possível de compreensão e efetivo meio de concreção, conduz a uma ordem do discurso que nada mais é que sua natureza própria observada sob o prisma da razão humana; isto é, o movimento discursivo, em todas as suas etapas e por qualquer de seus

⁷⁶ MACHADO, op. cit., p. 48.

⁷⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Controle social: promovendo a aproximação entre administração pública e a cidadania*. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 2001: monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da administração Pública. Brasília: TCU, 2002. p. 89.

⁷⁸ Ibid., p. 112.

elementos, tende, energicamente, a uma coerência capaz de equilibrar estas modificações e organizar, de maneira sistêmica, o conjunto todo do discurso. Em vista desta coerência é que o discurso humano se propõe como meio de ação efetiva e eficaz, e é por esta coerência que se pode garantir o discurso humano, para posteriormente buscar nele garantia de ação⁷⁹.

A importância de uma atuação conjunta de Administração Pública e sociedade, então, resta evidenciada. Como demonstrou até o momento, essa via de mão dupla acaba por não se fazer presente quando se trata da matéria de tratados internacionais.

4. Déficit democrático na formação e recepção dos tratados

A questão que se põe é: existe democracia na formação dos tratados? De que forma pode se efetivar a democracia no processo de formação dos tratados, inclusive aqueles de integração?

Assim, essa análise passa pelo conceito de democracia, pelo de cidadania e pela análise de como o homem pode se inserir e contribuir para a democracia e exercê-la de forma efetiva.

Ora, no Brasil e no mundo a questão não é diferente. Inicialmente, há que se verificar em que pode o homem contribuir para a formação democrática dos tratados e nas teorias da democracia, quando “cidadãos de uma sociedade mundial que foram reunidos numa involuntária comunidade de risco, sem ter sido consultados”, se vêm obrigados conviver com culturas que nunca fizeram parte de suas vidas, conforme sugere JÜRGEN HABERMAS,⁸⁰ diante de um Estado Nacional em crise.⁸¹

NOBERTO BOBBIO analisando o significado de democracia e fazendo uma distinção entre *democracia formal* e *democracia substancial*, diz que

o discurso sobre o significado de democracia não pode ser considerado concluído se não se dá conta do fato de que, além da democracia como forma de governo de que se falou até agora, quer dizer, democracia como conjunto de instituições caracterizadas pelo tipo de resposta que é dada às perguntas “Quem governa?” e “Como governa?”, a linguagem política moderna conhece também o significado de democracia como regime caracterizado pelos fins ou valores em direção aos quais um determinado grupo político tende e opera. O princípio destes fins ou valores, adotado para distinguir não mais apenas formalmente mas também contendidicamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em

⁷⁹ DALLA- ROSA, , Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. Geore Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 2. ed.. São Paulo: Loyola, 2002. p. 7.

⁸¹ A respeito da Crise do Estado Nação ver: NOVAES, Adauto. *Invenção e crise do estado-nação*. In: NOVAES, Adauto (org.). *A Crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo desta forma. Estes dois significados podem ser encontrados em perfeita fusão na teoria rousseauiana da democracia, já que o ideal igualitário que a inspira se realiza na formação da vontade geral, e portanto são ambos historicamente legítimos. A legitimidade histórica, porém, não autoriza a crer que tenham, não obstante a identidade do termo, um elemento conotativo comum. Tanto é verdade que pode ocorrer historicamente uma democracia formal que não consiga manter as principais promessas contidas num programa de democracia substancial e, vice-versa, uma democracia substancial que se sustente e se desenvolva através do exercício não democrático do poder. Desta ausência de um elemento conotativo comum temos a prova na esterilidade do debate sobre a maior ou menor democraticidade dos regimes que se inspiram uns no princípio do governo do povo, outros no princípio do governo para o povo. Cada um dos regimes é democrático segundo o significado de democracia escolhido pelo defensor e não é democrático no significado escolhido pelo adversário. Além do mais, o único ponto sobre o qual um e outro poderiam concordar é que uma democracia perfeita deveria ser ao mesmo tempo formal e substancial. Mas um regime deste gênero pertence, até agora, ao gênero dos futuríveis.⁸²

Para IRWIN P. STOTZKY

la literatura de la teoría democrática sugiere dos enfoques tradicionalmente diferentes para la justificación de la democracia. Primero, están las teorías que intentan separar una esfera para la operación de la política em general, y para política democrática mas particularmente, em la que las questiones morales no son controvertidas y em la cual la evaluación moral se suspende *a priori* porque se presupone ele valor del processo político. Según esta visión, el processo democrático toma los intereses e las preferencias de la gente como dados, incluso cuando son egoístas o moralmente reprochables. Ese processo también toma como dadas las acciones políticas de las personas y de los grupos sobre la base de sus preferencias. Se considera que la democracia genera una dinámica de accion colectiva que produce resultados moralmente aceptables. Por lo tanto, no resulta necesario modificar las preferencias de la gente nun sentido moralmente virtuoso.⁸³

Assim entendido, a democracia é participação nas decisões políticas, inclusive no que toca a formação dos tratados, sem que se afastem as preferências pessoais e as características de cada povo, ou seja, a democracia pode ser vista então como sinônimo de cidadania.

Para a verificação do déficit democrático na formação e recepção dos tratados, tome-se como exemplo a formação dos tratados de integração.

Habermas, ao analisar o déficit de legitimidade da União Européia, já que as decisões de Bruxelas atingem diretamente os cidadãos sem que os mesmos tenham qualquer participação no processo decisional, pois as escolhas são tomadas por especialistas representantes dos governos membros, afirma que é necessário que a transnacionalização seja operada não somente no mercado, mas sim que também haja a construção de uma esfera pública mundial e de um governo global, pois somente assim o mercado livre poderá sofrer

⁸² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade* - Para uma Teoria Geral da Política. 13. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 157-158.

⁸³ STOTZKY, Irwin P. Crear las condiciones para la democracia. In: KOH, Harold Hongju ; SLYE, Ronald. *Democracia deliberativa e derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004. p.189.

restrições e poderão ser compensadas as desigualdades que tal processo globalizante neoliberal necessariamente vem gerando. Para HABERMAS,

Como um primeiro exemplo para uma democracia além dos limites do Estado nacional, apresenta-se, naturalmente, a União Européia. Contudo, a criação de unidades políticas maiores ainda não muda nada no estilo de fazer concorrência pelas sedes ou praças de investimento, ou seja, na prioridade dada à integração de mercado, enquanto tal. A política somente poderá "ganhar terreno" diante dos mercados globais, quando, a longo prazo, for possível criar uma infra-estrutura capaz de sustentar uma política interna voltada para o mundo, a qual não pode estar desvinculada dos processos democráticos de legitimação.⁸⁴

O que Habermas observa nessa nova ordem internacional não é, portanto, o ir além dos Estados-Nacionais para a formação de blocos econômicos egoístas, mas sim a possibilidade de criação de uma sociedade cosmopolita, na qual a política terá o papel de regulamentar, de certa forma, o mercado global, além de domesticar suas conseqüências secundárias, como o aprofundamento das desigualdades sociais. Trata-se de uma retomada da política frente à economia globalizada e de retomada da participação do cidadão no processo democrático.

Todavia, o que se sente, não existe participação efetiva do cidadão no processo de tomada de decisões de formação ou recepção dos tratados.

Tal constatação é facilmente visualizada quando se depara com a fase de negociação do tratado, quando não se envolve o cidadão no processo, que é totalmente negociado por agentes do Estado, que não recebem delegação do nacional para tanto, caso do ministro das Relações Exteriores que negocia as bases de um acordo ou de um tratado, sem que o elemento povo tenha conhecimento ou dele participe direta ou indiretamente.

No entanto, aqui surgiria a dúvida: na análise que o Congresso Nacional faz da constitucionalidade dos tratados, estaria fazendo uma análise da vontade do povo, ou seja, estaria escutando a voz do cidadão no processo de formação e recepção dos tratados, havendo a efetiva participação do cidadão nesse processo? Por óbvio que não. Somente poderia se falar em efetiva participação, se antes de assinado o tratado fosse a sociedade (cidadão) consultada de alguma forma.

O que ocorre, no ordenamento jurídico brasileiro é uma participação através da chamada democracia representativa, onde o cidadão delega poderes para que um grupo

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 115.

“seleto” de cidadãos decida em seu nome, sem que seja ouvido em importantes decisões que alterariam substancialmente o *modus vivendi*.

Todavia, a questão é mais complexa porque não se pode falar em democracia direta nos moldes de Atenas – *Cidade Estado*, onde os cidadãos participavam diretamente nas tomadas de decisões da vida da Cidade.

Para NORBERTO BOBBIO,

que a democracia direta não seja suficiente se torna claro quando se considera que os institutos de democracia direta no sentido próprio da palavra são dois: a assembléia de cidadãos deliberantes sem intermediários e o *referendum*. Nenhum sistema complexo como é o caso de um Estado moderno pode funcionar apenas com um ou com outro, e nem mesmo com ambos conjuntamente.⁸⁵

Assim entendido, o déficit democrático resultante da aprovação ou não de um tratado celebrado pelo Chefe de Estado brasileiro pelo Congresso Nacional pode ser diminuído por uma ‘terceira via’, que é a democracia participativa.

Daí afirmar e concluir NOBERTO BOBBIO,

que o que acontece hoje quanto ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formais, ainda tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é, de espaços até agora dominados por organizações de tipo hierárquico e burocrático.

Deste ponto de vista, creio que se deve falar justamente de uma verdadeira reviravolta no desenvolvimento das instituições democráticas, reviravolta esta que pode ser sinteticamente resumida numa fórmula do seguinte tipo: da democratização do Estado à democratização da sociedade.⁸⁶

A questão da participação efetiva no processo de decisões políticas, como forma de efetivo exercício de cidadania fica mais claro, quando afirma NINO SANTIAGO que,

quase nenhum pensador mais duvida que a democracia seja a forma legítima de governar um povo, todavia existindo pouca ou nenhuma concordância entre os autores acerca da origem dessa legitimidade, fazendo indagações acerca do valor da democracia, “se é instrumental ou intrínseca? Procedimental ou substantiva? Reside a característica negativa de evitar a monopolização do poder, ou se encontra associado a sua atitude positiva de promover a auto-realização pessoal? Por acaso a virtude da democracia residiria na capacidade de transformar as preferências do povo para impedir que estas sejam alteradas? A democracia é um processo independente da moral, ou é um modo de eleger valores morais e solucionar conflitos morais? São os indivíduos os sujeitos da democracia ou são os grupos ou as associações? A democracia somente deveria se restringir somente a “comunidade política” ou deveria se estender a outras dimensões da sociedade civil como, por exemplo, o lugar de trabalho? Quais as previsões constitucionais seriam essenciais a democracia e quais seriam os contingentes e instrumentais? Neste caso, qual seria o sentido, por exemplo, do princípio “um homem um voto”, das eleições periódicas, da liberdade de expressão, da divisão de poderes, da representação política, dos partidos políticos e do controle judicial da constitucionalidade.⁸⁷

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 65.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 65-67.

Desta forma, é que para HABERMAS,

Em lugar da controvérsia sobre ser melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgadas a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma concepção jurídica procedimentalista, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar ao mesmo tempo a autonomia privada e a pública (...).⁸⁸

Logo, se há déficit democrático na formação dos tratados e na sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão da ausência ou da tímida participação popular no processo que os envolve, também há instrumentos que permitem uma maior participação, através da *democracia semidireta* ou *participativa* caracterizada pela convivência de mecanismos da *democracia representativa* com outros da democracia direta (referendo, plebiscito, revogação, iniciativa popular e etc.), previstos nos ordenamento jurídico brasileiro – conforme se denota do artigo 14 da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual determina que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

Aliás, como afirma Carlos Alberto TORRES, citando MACPHERSON,

a democracia participativa traz um sentido de comunidade, de associação, de vizinhança e união, de sentir-se parte de um todo na construção de um sistema mais tolerante porém ainda politicamente eficiente. Isto acontece porque, como argumenta Macpherson (1973), a democracia participativa “traz consigo o sentido de comunidade, (...) de gozo e o desenvolvimento das capacidades de alguém é alcançado sobretudo em união com outros, numa certa relação de comunidade”.⁸⁹

Não obstante, infelizmente, mesmo diante dessas normas constitucionais a vontade política da Nação não de forma concreta ouvida quando de celebração de tratados e acordos internacionais. Talvez em razão de preocupações econômicas e não efetivamente políticas, como o exercício da democracia na sua plenitude.

⁸⁷ SANTIAGO, Nino. *La constitucion de la democracia deliberativa*, Buenos Aires: Gedisa Editorial, 2003. p. 14.

⁸⁸ HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p. 298.

⁸⁹ TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em mundo globalizado*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Vozes, 2001. p. 167.

5. Conclusão

Os tratados, acordos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro são mecanismos de integração a ordem jurídica internacional no que concerne a sua celebração para assuntos comerciais de cooperação ou de integração, como o caso do Tratado de Assunção.

O ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito a jurisprudência adota para sua recepção e internalização a Teoria Dualista, pelo que os tratados têm que passar pelo processo de internalização para serem recepcionados pelo sistema jurídico brasileiro.

No processo de formação dos tratados e acordos celebrados pelo Brasil há um déficit democrático em razão da ausência ou da “pouca” participação do cidadão brasileiro na formação desses instrumentos, em razão da própria legislação que delega a um único homem – o Presidente da República a celebração de acordos e tratados internacionais, num primeiro momento; e depois ao Congresso Nacional sua aprovação e internalização no ordenamento jurídico brasileiro sem efetivamente consultar o cidadão brasileiro da conveniência ou não do instrumento, num segundo momento.

O controle de constitucionalidade efetuado pelo Supremo Tribunal Federal não se traduz em efetiva participação do cidadão no processo de formação dos tratados concluídos pelo Brasil, mas tão somente sua compatibilidade com o texto constitucional e a ordem jurídica interna.

O déficit democrático resultante do processo de formação dos tratados internacionais celebrados pelo Brasil pode ser minorado através de uma democracia *semidireta* ou participativa, por meio de mecanismos como o plebiscito, referendo, voto e até mesmo mecanismos como o de *revogação* e o veto.

Embora haja instrumentos constitucionais de participação efetiva como os que foram mencionados, é tímida a utilização de ditos mecanismos constitucionais, posto que rara ou nunca o povo é consultado quando da celebração de um tratado intencional pelo Estado brasileiro.

A democracia participativa não implica falar que todas as formas de representação sejam necessariamente eliminadas. Ao contrário, envolve a convivência harmônica com os institutos da democracia representativa, de mecanismos da democracia direta, como a iniciativa popular, o referendo e o plebiscito – que a democracia representativa da Constituição Federal de 1988 albergou, mas que merece desenvolvimento, juntamente com o

direito de revogação e o veto como forma de efetiva participação popular no processo político de decisão.

6. Referências bibliográficas

ÁVILA, Humberto. Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’. In: SARMENTO (org.) *Interesses públicos ‘versus’ interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Fundamentais e a Globalização. In. LEITE, George Salomão (org.). *Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - Para uma Teoria Geral da Política*. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros,

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O Poder de Celebrar Tratados*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *O cidadão, a administração pública e a nova Constituição*. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 106, abr./jun., 1990.

DALLA-ROSA, Luiz Vergílio. *Uma teoria do discurso constitucional*. São Paulo: Landy, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *A Soberania no Mundo Moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Era das Transições*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A Constelação Pós-Nacional*. Trad. Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

GOMES, Eduardo Biacchi. Diferenças Pontuais entre o Sistema de Aprovação dos Tratados no Congresso Norte-americano e Brasileiro: a questão do “fast-track”. In. SILVA, Roberto Luiz e MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). *O Brasil e os Acordos Econômicos Internacionais*. São Paulo: RT, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Derecho e Paz en las Relaciones Internacionales*. Trad. ACOSTA, Florêncio; Prólogo; SICHES, Luis Recasens. Fondo de Cultura Económica, Panuco 63, 1ª edição, 1942, apud SILVA, Luciano Nascimento.

A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o direito dos tratados e o direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, v. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3655>>. Acesso em: 25 jul. 2007.

MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*. Democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982.

MALISKA, Marcos Augusto. *Constituição e Estado Pós-Nacional*. Reflexões sobre os desafios do Direito Constitucional em face da abertura da ordem jurídica estatal e das demandas internas por cidadania não homogeneizantes. Texto produzido como atividade de pesquisa acadêmica realizada junto ao NUPECONST – Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional da UniBrasil, em Curitiba.

NOVAES, Adauto. Invenção e crise do estado-nação. In: NOVAES, Adauto (org.). *A Crise do Estado Nação*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O contrato de gestão na administração pública brasileira*. Tese. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Participação administrativa. In: *Direito administrativo: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

PACÍFICO. Andrea Maria Calazans Pacheco. *Os tratados internacionais e o direito constitucional brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

REUTER, Paul. *Introducción al derecho de los tratados*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

RODAS, João Grandino. *Tratados internacionais*. São Paulo: RT, 1945.

SANTIAGO, Nino. *La constitucion de la democracia deliberativa*, Buenos Aires: Gedisa Editorial, 2003.

SERZEDELLO Corrêa 2001 - monografias vencedoras: perspectivas para o controle social e a transparência da administração Pública. Brasília: TCU, 2002.

STOTZKY, Irwin P. Crear las condiciones para la democracia. In: KOH, Harold Hongju, SLYE, Ronald. *Democracia deliberativa e derechos humanos*. Barcelona: Gedisa, 2004, p.189.

TORRES, Carlos Alberto. *Democracia, educação e multiculturalismo: dilemas da cidadania em mundo globalizado*. Trad. Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.