

A FICÇÃO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O DÉFICIT DEMOCRÁTICO NAS FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL: AS LIMITAÇÕES DO PARLAMENTO BRASILEIRO

Cícero Krupp da Luz

Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante da Sciences Po Paris - L'Institut d'Études Politiques (IEP) (2011). Professor da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (Lato e Stricto Sensu) da Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Professor de Relações Internacionais da Universidade Anhembi-Morumbi. E-mail: <ciceroluz@gmail.com>.

RESUMO

A separação de poderes é um dogma constitucional que presume uma participação, divisão e controle do monopólio soberano do poder interno e externo do Estado. Entretanto, intuitivamente observa-se sua contínua concentração ao executivo, e em parte ao judiciário, relativizando a participação parlamentar, em especial, na esfera internacional. A crescente importância e debate em torno da legitimidade do direito internacional encontra obstáculos democráticos, uma vez que os processos legais limitam o Parlamento à participação em processos de aprovação de incorporação de tratados internacionais. Neste artigo são estudadas as propostas de alteração legislativa brasileiras, que têm objetivo de modificar esse paradigma, as quais incluiriam uma efetiva participação dos parlamentares na política externa. A metodologia da proposta inclui uma dialética teórica entre os estudos de propostas legislativas e a perspectiva teórica dos conceitos de sociedade e política de Niklas Luhmann e críticas ao direito internacional de Martti Koskenniemi. Os resultados demonstram que a resposta da política atual reforça o caráter ficcional e exclusivamente formal da separação de poderes. Essa relação colabora para a manutenção do déficit democrático em torno da criação do direito internacional.

Palavras-chave: Separação de Poderes. Diplomacia Parlamentar. Direito Internacional. Legitimidade. Participação.

1 INTRODUÇÃO

As normas internacionais têm conquistado espaço e preponderância significativos, principalmente após a retomada da globalização. Entretanto, as instituições que negociam e incorporam tratados e normas internacionais ainda contam com poucas formas de legitimidade, mesmo quando diante de Estados democráticos e seus processos legislativos, como no caso brasileiro. No direito internacional, o processo legislativo é abordado pelo viés de fontes do direito internacional, segundo o qual, de acordo com a ideia de soberania es-

tatal, direitos e deveres internacionais dos Estados somente podem resultar da sua vontade expressa ou tácita. Contudo, o diagnóstico de um sistema de direito internacional que passa por uma fragmentação, desformalização, império, descontinuidade e heterarquia, pode sensibilizar o debate para repensar esse tema¹.

¹ KOSKENNIEMI, Martti. International legislation today: Limits and possibilities, *Wisconsin International Law Journal* Vol. 23, No. 1, 2008. DELMAS-MARTY, Mireille. *Revista Penal*. Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho. Publicado por Librairie Arthème Fayard 2003, Paris.; GOLDSMITH, Jack L.; POSNER Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford

Desde o desenvolvimento do pensamento neopositivista jurídico, o Direito tem origem nas suas fontes, como direito autofundado, a partir de um processo legislativo que diz o que é *lícito-ilícito* no seu próprio sistema². Esta diferenciação permite fazer distinções e afastamentos momentâneos da moral, da religião, da política, e/ou dos costumes³. É o critério de validação de um sistema jurídico. Essa questão é resolvida, na modernidade ocidental por uma necessidade de mediação democrática, onde a soberania do povo torna-se legitimador de um acoplamento estrutural chamado de Constituição. Assim, a fonte primordial, e soberana, de todos os sistemas jurídicos torna-se a Constituição e a legislação infraconstitucional, conforme os critérios formais e materiais que a primeira estabelece. De legislações internacionais a decisões dos tribunais, passando pelo próprio trabalho legislativo do Estado, a Constituição é posta como critério de racionalidade do sistema jurídico.

A legislação, como fonte de direito, dentro dessa perspectiva, também seria um acoplamento estrutural *fraco* ou periférico. Ela se converte num mecanismo importante de compensação de tempo para a sociedade em seu conjunto, construindo como uma forma jurídica que dá acesso ao sistema do direito e, ao mesmo tempo, limita as expectativas para o sistema da política. “A legislação se coloca a funcionar e chega ao fim com relativa rapidez, com tal que haja suficiente pressão política. A promulgação de uma lei (isto é, a reação do sistema jurídico na direção desejada pela política) é um símbolo de êxito político: o triunfo do grupo que nesse momento está no poder.”⁴

Com a mesma racionalidade, a teoria tradicional do direito internacional afirma que para o direito internacional *positivista/voluntarista*, direitos e deveres internacionais dos Estados somente podem resultar da sua vontade expressa ou

tácita⁵. Essa forma de pensar está associada à noção tradicional de soberania e à criação do Estado Moderno⁶.

O Direito internacional é o conjunto de normas que regulam as relações entre os Estados. Declarando-se soberanos, estes não reconhecem nenhuma autoridade acima deles. Esta pretensão dá às normas jurídicas que regulam as suas relações um caráter original que as diferencia das normas de direito interno. Enquanto neste último, os sujeitos de direitos são colocados sob um poder que estabelece a lei e a faz respeitar, os Estados, sujeitos do Direito internacional, promulgam em comum, por meio de acordo, a regulamentação que exprime o interesse de todos, cabendo a cada um deles avaliar a dimensão do dever que lhe incumbe e as condições de sua execução⁷.

Essas concepções, aliadas à estrutura descentralizada e fragmentada do sistema internacional, geraram uma busca de fontes positivadas para o direito internacional público, desassociado de qualquer preocupação com processos legislativos – e de legitimidade – no plano internacional. E, assim, os processos de criação legislativa na sociedade internacional raramente foram estudados. Por essa influência, associou-se exclusivamente à criação do direito internacional às fontes enunciadas pelo artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça⁸.

Esse artigo enumera fontes formais de direito internacional nas quais a Corte Internacional de Justiça fundamenta suas decisões das controvérsias que lhe forem submetidas, são essas: *as convenções internacionais*, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; *o costume internacional*, como prova de prática geral aceita como sendo direito; *os princípios gerais de direito* reconhecidos pelas nações civilizadas; e, excep-

University Press, 2005. Mas também nos autores clássicos do neo-realismo: WALTZ, Kenneth, Man, *The State and War*. Columbia University Press, 1959.; TEUBNER, Gunther. *Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society*. In: Gunther Teubner (ed.) *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 3-28.

2 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

3 Referência implícita às ideias de diferenciação funcional de LUHMANN, Niklas, *El Derecho de La Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005.

4 LUHMANN, Niklas. *Derecho de la Sociedad*. 2ª Ed. México: Universidad Iberoamericana; Herder. 2005.p. 494.

5 ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio N; e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 16ª ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Saraiva, 2008. p.140.

6 O direito deixa de ser sacro e torna-se soberano: a legislação, a execução e a aplicação das leis tornam-se três momentos no interior de um único processo circular regulado politicamente. Com o absolutismo, passa-se de uma indiferenciação sacramental fundada de poder e direito para uma subordinação instrumental do direito e à política. In: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

7 DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Livraria Almedina. Coimbra, 1993.

8 SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: University Press, 2008.

cionalmente, *as decisões judiciais* e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação de regras de direito.

Com efeito, na enumeração das referidas fontes, não há preocupação de como se dá o procedimento legislativo e seu processo político, ou qualquer percepção democrática. A atenuação desse problema no âmbito internacional comporta um sério risco. Desconsiderar o processo legislativo ou seu equivalente funcional na sociedade, no sistema da política, é correr o risco da não diferenciação entre política e direito no plano internacional. Isso significaria manter a ordem social hierárquica no âmbito internacional, confirmando a hipótese neorrealista e remetendo a sociedade internacional ao estado absoluto de anarquia. Implicaria, ainda, a impossibilidade/dificuldade de questionar o *status quo dominante*.

Ao contrário, há diferentes processos legislativos existentes e contínuos no âmbito internacional. Por isso, considera-se necessária uma nova compreensão das fontes do direito como processo legislativo entrelaçado de ordens legislativas que permita observar uma evolução e diferenciação no campo da política internacional.

2 SINTOMAS DA GLOBALIZAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL

Para uma nova visão das fontes do direito, é necessário enfrentar os acontecimentos sociais que transformam a sociedade, como a globalização, que é um tema que dispensa conceitos introdutórios⁹. O importante a destacar é o tipo de contribuição que esse termo pode dar à evolução do tema, em especial à diplomacia parlamentar e aos processos legislativos extranacionais. A globalização representa a reordenação da sociedade a partir de um modo de reprodução de informações e de normas produzido por um número dinâmico e complexo de instituições. O paradoxo

9 Para a epistemologia, gênese e desenvolvimento da globalização: ARNAUD, André-Jean. Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.; *O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as conseqüências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999; ROCHA, Leonel Severo. *O Direito na forma de sociedade globalizada*. In: *Epistemologia Jurídica e Decisão*. 2ª Ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.

da globalização faz com que haja uma uniformização cada vez maior da vida social ao redor do mundo, ao mesmo tempo em que aumenta sua fragmentação, isto é, a emergência de esferas sociais especializadas e relativamente autônomas de ação e estrutura.

Há uma espécie de medo à globalização e ao enredo internacional: Tudo como se o aparato político-jurídico construído ao longo de mais de dois séculos – Constituições, parlamentos, Estado de Direito, princípios de legalidade, eleições, governo da maioria, separação de Poderes... – fosse, hoje, completamente inadequado, inútil ou contraproducente. [...] Nada indica que a globalização tenha transformado os Estados, a democracia e os direitos em estruturas políticas descartáveis. As alternativas internacionais à ação política no interior do território ainda não ganharam a posição já alcançada por partidos, minorias, oposições ou movimentos de protesto de âmbito nacional¹⁰.

Precisamente, o sistema político não deve ser descartado ou renegado, mas repensado. A sociedade moderna, destacada como sociedade mundial, apresenta-se como formação social que se desvincula das organizações políticas territoriais, embora estas, na forma de Estados, continuem a exercer dimensões fundamentais à sua reprodução. “A sociedade mundial constitui-se como conexão unitária de uma pluralidade de âmbitos de comunicação em relações de concorrência e, simultaneamente, de complementaridade.”¹¹ Como resultado, a globalização nos revela *sintomas* de diagnósticos políticos ainda não resolvidos¹². A fragmentação social e jurídica é intensificada como técnica e informação ao final século XX¹³. E,

10 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

11 NEVES, Marcelo. Op. Cit. 2009. P. 20.

12 “Sintoma” na referência político-psicanalítica de Slavoj Zizek: “Elas (as reivindicações de Wall Street) são respostas, e os intelectuais deveriam propor as questões para elas. A situação é como a da psicanálise, em que o paciente sabe a resposta (seus sintomas), mas não sabe a que ela responde, e o analista deve formular a questão.” In: ZIZEK, Slavoj. *O violento silêncio de um novo começo*. HARVEY, David... et al. *Occupy*. São Paulo, Boitempo, 2012. p.25.

13 Intensificação no aumento objetivo de legislação, os números de normas internacionais desde sua origem, apenas o direito comunitário europeu elaborou 68.000 textos. In: DELMAS-MARTY, Mireille. *Revista Penal*. Estudios jurídicos comparados e internacionalización del derecho. Publicado por Librairie Arthème Fayard 2003, Paris; DELMAS-MARTY, Mireille; et al. *Pour un nouvel imaginaire politique*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2006.; ____ *Por um direito comum*. Martins Fontes, 2004.;

no âmbito da política internacional, novas e ativas instituições internacionais, impulsionadas pelo desenvolvimento de tecnologia, desenvolvem redes de comunicação e informação que modificam a forma de atuação e publicação de resultados¹⁴.

A figura da fragmentação pode ser observada nos parlamentos extranacionais, em que temas surgem e dão à luz outros, construídos em torno deles. “A fragmentação é ilustrada pelos agrupamentos horizontais de Estados operando ao lado e dentro da ordem jurídica internacional.”¹⁵ O problema ainda se agrava na medida em que a especialização jurídica e social não é simultânea em todos os campos e territórios, pois que há uma relativa ignorância sobre os campos adjacentes, ou sobre os princípios e práticas gerais do direito internacional. O resultado gera conflitos entre regras e sistemas de regras, divergindo das práticas institucionais e, possivelmente, implicando a perda de perspectiva especialmente para o direito internacional.

A antiga legislação internacional uniforme foi tomada por uma luta hegemônica entre os diferentes atores, cada um representando interesses e perspectivas particulares, mas reivindicando autoridade para as suas próprias instituições, por isso a fragmentação tornou-se um dos desafios à legislação internacional, em conjunto com a desformalização e o império¹⁶.

A desformalização se caracteriza pela disposição desordenada do direito internacional. Sua forma está muito longe de ser minimamente clara, ou de algum centro administrativo conseguir ter controle suficiente para tanto. “A essência da ideia de direito internacional está no fato de que a própria sociedade que *se autolegisla* também é a mesma que *se governa*. Ao contrário da ideia doméstica, onde há indivíduos ou um grupo deles que ocupam uma posição de autoridade hierárquica com poder de impor regras.”¹⁷

No entanto, não se trata de um simples deslocamento de autores e atores. O Direito é formado por uma série de regras que vão além de tratados internacionais, e incluem padrões procedimentais, regras transnacionais e outra série de formas distintas de legislar. Esses procedimentos interferem

na forma de sagrar tratados multilaterais, fazendo com que os tradicionais tomadores de decisão, os Estados, sejam submetidos aos órgãos e atores das instituições competentes para o assunto¹⁸.

Em virtude da extrema especialização do direito internacional, por exemplo, nos regimes de direitos humanos e comércio internacional, há uma radical ruptura horizontal entre organizações internacionais, que são gradualmente consideradas autônomas, por elas mesmas e pela comunidade internacional.¹⁹ Mas esta descontinuidade exclui a subordinação estreita entre diferentes conjuntos de regras, não significando que elas tenham plena autonomia. Para evitar esses transtornos, seria necessária uma teoria que fosse, ao mesmo tempo, dialética e síntese, que tivesse como objetivo construir um pluralismo ordenado. Da pluralidade de sistemas pode-se tentar combinar diferentes lógicas, exigindo os processos acima mencionados, políticas alternativas de diferentes figuras.²⁰ A fragmentação e a descontinuidade das normas geram estruturas diferentes: estáveis e instáveis.

Quando a moldura do Estado-hierarquia, com legislação política constitucionalmente legitimada no seu topo, se “quebra” sob as pressões da globalização, então a nova moldura, que substitui a antiga moldura da hierarquia, só pode ser heterárquica, e assim se utiliza uma distinção entre centro e periferia na produção da norma jurídica²¹. A hierarquia é um critério de coerência, de ligação entre todo o sistema jurídico. Na teoria neopositiva do direito, ela é um critério de racionalidade do sistema normativo, já que as normas não podem ser consideradas independentemente de suas interações.

18 Outros exemplos de desformalização no domínio do meio ambiente ou no uso de recursos são os artigos do projeto de Prevenção de danos transfronteiriços de atividades perigosas da ICL de 1998, bem como, mais genericamente, o sistema de licenças de emissões no âmbito do Protocolo de Quioto de 1992 do Tratado do Rio e o papel da Agência Global do Banco Mundial para o Meio Ambiente na administração dos tratados multilaterais ambientais. In: KOSKENNIEMI, Martti, 2008, op. cit.

19 DELMAS-MARTY, Mireille. *Revista Penal*. Estudos jurídicos comparados e internacionalización del derecho. Publicado por Librairie Arthème Fayard 2003, Paris.

20 DELMAS-MARTY, Mireille, 2003. Op. Cit.

21 Centro e periferia são conceitos próprios da Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de Luhmann e se referem a distinções em que se leva em consideração o principal tomador de decisão (centro) em desfavor dos outros atores periféricos em relação a sua função. In: TEUBNER, Gunther. *Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the lexmercatoria*. *European Journal of Social Theory*. 5(2): 199-217. p. 207.

14 Sobre a mudança da sociedade em rede, ver: CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

15 KOSKENNIEMI, Martti. *The Lady Doth Protest Too Much: Kosovo and the Turn to Ethics in International Law*, 65 *The Modern Law Review*, 2002.

16 KOSKENNIEMI, Martti, 2006 op. cit.

17 KOSKENNIEMI, Martti, 2006 op. cit

O processo legislativo extranacional é um exemplo, em dimensões globais, em que não há o recurso da produção de um código binário “lícito-ilícito”, mas se tenta sustentar um código de legitimidade, que se reproduz a si mesmo mediante o processamento de um símbolo de vigência global, como nas ordens transnacionais da *lex mercatoria*, *lex sportiva* e *lex digitalis*.

Cria-se então um paradoxo: um direito sem direito. Ou, mais precisamente: um direito autônomo, em que a estrutura do direito moderno não prevê elementos capazes de remontar uma nova coerência (num sentido de hierarquia) a partir de elementos clássicos. Esta troca de paradigma tem como característica a heterarquia de direitos múltiplos e autônomos. Pois, mesmo sem uma hierarquia jurídica, este “novo” processo legislativo, entrelaçado, cumpre sua função de elaborar normas, mesmo que para isso seja necessário regular por meio de um direito sem Estado. E o Estado é, justamente, o que dá força e validade ao direito moderno; por isso, os novos processos legislativos internacionais não têm fundamentação no ordenamento jurídico, embora outros elementos virão a integrar essa ideia de direito autônomo. “A hierarquia das fontes jurídicas é apenas uma tentativa inadequada de evitar esta auto-referência originalmente dada por acumulações de metaníveis, sempre mais novos; mas o nível superior sempre colapsa em uma identidade com o nível mais baixo.”²²

A hierarquia da validade jurídica passa a ser substituída pela heterárquica. As fontes, as operações e as decisões não se comportam de uma maneira hierárquica, mas sim de maneira a referir-se ao código do direito (lícito/ilícito), para uma definição de suas possibilidades operativas.

3 A REVISÃO DAS FONTES, E OS TRÊS PODERES?

A diferenciação moderna entre política e direito, que implica na formação do Poder Legislativo, consubstancia-se no ideal de separação de poderes. Em sociedades democráticas, o indivíduo conquista a possibilidade de participar das decisões do Estado, ainda que não de forma direta, mas por meio de seus direitos políticos de votar

e ser votado num representante e do processo formal de Legislatura. Na Roma antiga, essa divisão de poder tinha o objetivo de garantir a liberdade política, mesmo que a liberdade civil ainda fosse limitada. Então, os plebeus e patrícios podiam compartilhar o acesso ao poder, ainda que outras classes estivessem excluídas. Esse equilíbrio explica que o acesso ao bem público fosse modificado gradualmente.²³ Ainda no Império Romano, já se observava um esboço ideia da divisão de poderes, como relata Montesquieu, no *Espírito das Leis*. A forma pura ou absoluta da teoria da separação de poderes afirma que: o governo deve estar dividido entre três ramos, Legislativo, Executivo e Judiciário; cada ramo é limitado ao exercício próprio de sua função e não pode se permitir usurpar as funções de outros ramos; os três órgãos devem ser compostos de membros diferentes e não podem permitir que um indivíduo pertença a mais de um ramo ao mesmo tempo²⁴.

Da República em Roma à passagem do absolutismo à democracia moderna, impõe-se a forma de dividir o poder. O Estado Moderno é definido, desde seu surgimento, como estrutura secularizada e unificada de poder, necessitando da separação dos poderes em determinado momento de sua evolução, por motivos políticos, que permitiram a passagem do absolutismo monárquico ao liberalismo constitucionalista democratizante²⁵. As re-

23 Pois que em um Estado livre todo homem que se reconhece uma alma livre deve ser governado por si mesmo, seria necessário que o povo, em corpo, possuísse o poder legislativo; mas assim como é impossível nos grandes Estados e é sujeito a muita desordem nos pequenos, ocorre que o povo faça por meio dos seus representantes tudo aquilo que não pode fazer por si próprios. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. P. 75.

24 MANIN, Bernard. Frontières, Freins et Contre-poids: La Séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787. *Revue française de science politique*, Année 1994, Volume 44, Numéro 2. p. 257 – 293. p. 260. Ainda: É preciso notar que os três poderes podem estar bem distribuídos em relação à liberdade da constituição, ainda que não o estejam tão bem em relação à liberdade do cidadão. Em Roma, como o povo tinha a maior parte do poder legislativo, uma parte do poder executivo e uma parte do poder de julgar, constituía um grande poder que devia ser equilibrado por outro. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 193.

25 SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 83-4. Também: Foi uma assembleia de nobres (barões) que impôs ao rei João Sem Terra a assinatura da Magna Carta inglesa, em 1215. Mas o povo estava ausente, de sorte que só se tem, mesmo, como as primeiras assembleias representativas aquelas que se foram a partir da admissão dos membros

22 TEUBNER, Gunther. “And God Laughed...” Indeterminacy, Self-reference, and Paradox. In: *Law. Stanford Literature Review*. N. 7. p. 19.

voluções liberais na França e nos Estados Unidos são marcos para o início da aquisição de novos direitos civis, políticos e sociais, mas também resultam na separação dos poderes. Esses direitos não são promulgados rapidamente, são conquistas históricas e não lineares²⁶. A divisão de poderes estabiliza-se somente a partir da ideia de direitos fundamentais, fenômenos novos, como a construção de leis objetivas. Assim, o sistema de freios e contrapesos difunde-se entre os novos Estados de Direito, principalmente onde Constituições nacionais foram elaboradas com legítimo intuito democrático²⁷.

De fato, o princípio da separação de poderes tem sua primeira objetivação positiva na Constituição estadunidense de 1787, que foi a primeira carta política que a admitiu, universalizando-a para o constitucionalismo moderno²⁸. O princípio democrático de Abraham Lincoln, *governo do povo, pelo povo e para o povo*, torna-se constitucionalmente consagrado. Ele é mais do que um método ou técnica para os governantes escolherem os governados, pois, como princípio normativo, deve ser considerado nos seus vários aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais: ele aspira tornar-se *impulso dirigente* de uma sociedade, contendo dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais²⁹.

A Constituição do Estado Democrático de Direito institucionaliza tanto o procedimento eleitoral e a “divisão de poderes” quanto os direitos fundamentais. Aqueles configuram exigências primariamente políticas, estes, jurídicas [...]. Assim é que a eleição como procedimento político importa o voto como direito fundamental, a “di-

das classes livres das cidades e vilas aos corpos políticos deliberantes, junto com os nobres e prelados. E assim se reuniu na Inglaterra, em 1295, formada de prelados, barões e deputados dos condados, cidades e burgos, constituindo uma representação completa de todos os estamentos sociais. In: SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. P. 47.

- 26 Ver: COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.
- 27 PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório. Primera parte: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. In: PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo. II: Siglo XVIII Vol. III. Madrid: Editorial Dukinson S. L., 2001. p. 213.
- 28 NEVES, Marcelo. Op. Cit. 2009.
- 29 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. P. 288.

visão de poderes”, o controle jurídico da política mediante, sobretudo, as garantias fundamentais contra a ilegalidade do poder³⁰.

O conceito moderno de legislação surge com a criação deliberada de normas gerais por um órgão central, caracterizado por reunir representantes do povo ou de uma classe do povo. A distinção teórica decorrente dos três poderes é incorporada pela maioria das democracias e monarquias constitucionais modernas. “A criação de normas gerais, em princípio, de todas as normas gerais, de todas as *leis* – pertence ao corpo legislativo, sozinho ou com o chefe do Estado”³¹. Na maioria das constituições ocidentais, em que figura a forma de divisão de poderes, as limitações que cada poder impõe ao outro são garantias contra o despotismo e toda forma de autoritarismo, como uma garantia democrática. “Se os três poderes – o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de punir os crimes ou solver pendências entre particulares – estivessem reunidos num só homem ou associação de homens, isso redundaria na máxima concentração de poderes do despotismo, implicando a total abolição da liberdade política.”³²

Para que se manifeste a separação de poderes são necessários dois elementos: especialização funcional e independência orgânica. Assim, as funções especializadas (legislativa, executiva e jurisdicional) são entregues a órgãos separados, dotados de autonomia: nesse momento, sim, fala-se a separação de poderes³³, que atribui o poder de legislar ao Parlamento, órgão de caráter representativo. Esse representante tem direitos e deveres limitados pela própria lei, nos casos modernos, pelas Constituições. Mas as fronteiras da soberania não são absolutas. Embora o conceito de separação de poderes designe um princípio de organização política, sendo possível definir fronteiras que separem cada uma dessas três funções, os atuais sistemas de governo desmentem esse ideal³⁴.

Todos sabem que o ideal político da “separação de poderes” é impraticável na sociedade contemporânea. Mas o Direito ainda não absorveu este fato político. Para ele a história parou no século

- 30 NEVES, Marcelo. 2006. Op. Cit. p.102.
- 31 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 366.
- 32 BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 150.
- 33 SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 47.
- 34 KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 385.

XIX. Certamente nossos magistrados procuram formar direito, embora o façam dissimuladamente. Tanto o sistema quanto a doutrina lhe dão cobertura para proteger e praticar o dogma da “separação de poderes”³⁵.

Assim, uma crítica recorrente no tema recai sobre a grande assimetria de poder, apesar da separação de poderes. Há uma predominância significativa do Executivo no Estado contemporâneo. Essa predominância é também caracterizada por uma forte influência no Poder Legislativo. Esse fato de influenciar significativamente o processo legislativo para assegurar resultados consistentes com suas preferências é referido por alguns autores de *teoria da preponderância executivo*³⁶.

Também sob a perspectiva de modelo de organização do poder, há uma forte crítica no seio da separação de poderes. A doutrina marxista-leninista repudia o princípio de separação de poderes, porque ele conduziria cada vez mais ao enfraquecimento da verdadeira função da lei – que é obra do parlamento – em proveito dos outros poderes, especialmente do poder executivo ou administrativo³⁷.

4 AS LIMITAÇÕES DO PARLAMENTO NO BRASIL

Essa crítica torna-se ainda mais contundente quando se trata de Poder Legislativo e relações internacionais. No Brasil, essa relação, no âmbito nacional, é ilustrada por meio da evolução política brasileira, consolidada por meio de suas constituições durante todo o século XX. O Poder Executivo negocia o tratado e posteriormente o submete a voto de aprovação ou rejeição, sendo ele normalmente aprovado. Assim, o Poder Legislativo federal dispõe de prerrogativas de competência para aprovação dos tratados internacio-

35 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 318

36 PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 15, n. 43. junho/2000. Sobre o tema: LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003. DAHL, Robert. *On Democracy*, New Haven: Yale University Press, Part III cap.9-11, p.100-130. 1998.

37 DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002. p. 256.

nais ordinários, *conditio sine qua non* da vigência dos últimos³⁸.

Nas constituições brasileiras, tanto na Constituição de 1967 quanto na de 1988, o Poder Executivo, em comparação com os demais poderes, tem um papel eminentemente concentrado nas fases de formulação e decisão da política externa. As competências do poder Executivo em ambas as Constituições não foram modificadas na sua essência³⁹. Assim, os rumos da política externa e os métodos de ação diplomática no Brasil têm sido confiados ao Poder Executivo. O Parlamento, por sua vez, exerce controle sobre a atividade governamental, desempenhando não um papel ativo e positivo, mas passivo e negativo. Esse insulamento burocrático da política externa encontra abrigo na legitimidade atestada pela estabilidade do princípio constitucional da competência do Executivo na condução da política externa. “Duas políticas governamentais têm sido mais insuladas do jogo legislativo: a política econômica e a política externa, mas por razões diferentes.”⁴⁰

Esta delegação é fruto da percepção entre as forças políticas e sociais de que a política externa tem sido um instrumento de desenvolvimento importante, ou pelo menos assim o foi no período do modelo de substituição de importações. Neste sentido, a mudança do modelo de inserção internacional com a abertura econômica e as modificações decorrentes na política externa, em especial a adesão do Brasil aos novos regimes econômicos internacionais, de propriedade intelectual, serviços e outros sistemas normativos internacionais, tendem a erodir esta delegação prévia, na medida em que a internalização de novas normas e disciplinas internacionais inevitavelmente gera a politização interna da política externa⁴¹.

Uma maior participação do parlamento seria, de todo modo, desejável por uma sim-

38 VENTURA, Deisy; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Introdução ao direito internacional público*. 3ª Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35.

39 Exceto quanto à avaliação de questões relativas à guerra, fase para a qual não há previsão na Constituição vigente. In: SANCHEZ BADIN, M. Ret al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional. *Revista de Sociologia e Política*, v. 27, 2006 125-143.

40 DE CASTRO NEVES, João Augusto. O Papel do Legislativo nas Negociações do Mercosul e da ALCA. *Contexto Internacional* 25.1. 2003.103-138.

41 DE LIMA, Maria Regina Soares. A política externa brasileira e os desafios da cooperação Sul-Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional* 48.1, 2005. 24-59.

ples questão de legitimidade, sobretudo porque a discussão em âmbito parlamentar possibilita a participação mais ativa da sociedade em temas de seu interesse, contribuindo para uma condução mais transparente dos assuntos externos⁴². A legitimidade do Poder Legislativo no Brasil e do conjunto do sistema de freios e contrapesos poder ser questionada com base em diferentes críticas. A crescente participação social no processo decisório de organizações internacionais de toda ordem é combinada com as tradicionais representações de governos nacionais. Em geral, esse processo legislativo extranacional, que produz tratados internacionais e regras internacionais cogentes, comporta exclusivamente a representação dos órgãos executivos. Evidentemente, o Poder Executivo tem competência para convidar qualquer outro ator a integrar a delegação nacional. Portanto, toda a abertura à participação de parlamentares, no Brasil, é atualmente discricionária.

Em 1982, contudo, o deputado José Frejat submeteu um projeto de lei que pretendia modificar essa concepção. O Projeto de Lei n.º 5.974/1982 dispôs sobre a participação de representantes parlamentares opositores em missões oficiais brasileiras no exterior. O projeto previa, em seu artigo primeiro, a *presença obrigatória* de pelo menos um representante indicado pela oposição em toda missão oficial do governo brasileiro ao exterior. Conforme a justificativa do deputado autor:

É da índole democrática a fiscalização dos atos do Governo pela Oposição. Os representantes do povo, eleitos pelas legendas opositoras, têm o dever de exercer essa tarefa. É bem verdade que os atos, tratados e convenções internacionais, firmados pelo governo brasileiro, vêm ao Congresso para apreciação. Todavia, na maioria das vezes, o Parlamento não dispõe de muitos dados para aferir as reais condições que predominavam quando da celebração daquele ato internacional.⁴³

Contudo, o projeto obteve um parecer fortemente desfavorável emitido pelo Consultor do Itamaraty, M. Franchini-Netto. Este se manifestou por sua inconstitucionalidade, além de afirmar que o projeto era desnecessário e contrário aos interesses nacionais. O projeto foi declarado *inconstitucional* com base no argumento de que, pela

42 VENTURA, Deisy; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Introdução ao direito internacional público*. 3ª Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35.

43 BRÁSIL. DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. (Seção I) Março de 1982. p. 1559.

Constituição da época, de 1969, o art. 62 determinava independência e harmonia dos Poderes. Ao presidente da República, caberia “manter relações com os Estados estrangeiros (art. 81, IX), celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional (art. 81, X)”. Segundo o referido consultor, “isto significa que não caberá ao Congresso intervir nas negociações, senão após a sua concretização, ficando-lhe, entretanto, livre o acesso ao Ministro de Estado para as informações que julgue necessárias, mediante convocação que lhe dirija.”⁴⁴

Foi considerada *desnecessária* a presença de qualquer membro do Poder Legislativo, seja ou não de partido ou oposição, pois a gênese dos tratados, convenções e atos internacionais é de competência do Executivo, ao qual se associa ou não o Congresso Nacional, mas sempre *a posteriori*, tendo em vista a repercussão jurídica interna. O Congresso deve ser elucidado sobre o pensamento político do Executivo; sem essa precaução a lei será abstrusa. A pretensão legislativa também é *contrária aos interesses nacionais* e ao “arrepio da imemorial tradição diplomática, zelosamente defendida pelo Ministério de Relações Exteriores.”⁴⁵ O projeto foi arquivado sem chegar a ser debatido nas Comissões ou no Plenário. Não se sabe da *força* que teve ou tem um parecer consultivo, nota-se seguramente *força* que o Ministério das Relações Exteriores faz ao tentar blindar-se da intervenção alheia. Nesse caso, seria um passo inédito em direção à democratização das missões diplomáticas brasileiras.

A Proposta de Emenda à Constituição 52/2001 é outro exemplo de uma tentativa de inclusão do Congresso Nacional no debate da política externa, ao menos em matéria de comércio internacional. A justificativa da PEC é uma crítica forte e lúcida ao atual sistema de incorporação legislativa brasileira: “a agenda do comércio mundial para os próximos quatro anos não poderá transformar o Congresso Nacional num mero fantoche, homo-

44 FRANCHINI-NETTO, M. Projeto de Lei n.º 5.974/1982, que dispõe sobre a participação de representantes opositores em missão oficial brasileira no exterior. Brasília, 1982. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.) *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol VIII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. pp. 358-361.

45 FRANCHINI-NETTO, M. Projeto de Lei n.º 5.974/1982, que dispõe sobre a participação de representantes opositores em missão oficial brasileira no exterior. Brasília, 1982. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.) *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol VIII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. pp. 358-361.

logador de acordos comerciais decididos na esfera do Executivo [...].⁴⁶ O projeto trouxe como proposta o acréscimo de inciso e parágrafo único ao art. 49 e outro inciso ao art. 84 da Constituição Federal:

“Art. 49: é da competência exclusiva do Congresso Nacional:

XVIII: acompanhar as negociações realizadas pelo Poder Executivo dos atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o seu início até o momento de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e os países signatários.

Parágrafo único. O Congresso Nacional terá um prazo de até 30 dias para emissão de relatório autorizativo para assinatura dos atos, acordos, convênios e tratados referidos no inciso XVIII.”

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XXVIII: - submeter ao Congresso Nacional, para o acompanhamento de seu processo de elaboração até a fase de sua conclusão, para assinatura entre o Brasil e seus países signatários, os atos, acordos, convênios e tratados que versem sobre matéria de comércio internacional, desde o início de suas negociações.⁴⁷

O projeto, de autoria principal do Senador Roberto Requião (PMDB-PR), foi adiado pelo Senador Aloizio Mercadante (PT-SP), sendo arquivado em 22 de janeiro de 2007, pelo fim da Legislatura⁴⁸. Ironicamente, a justificativa

46 BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Proposta de emenda à Constituição N° 52, 2001*. Sexta-feira, 30 de Novembro de 2001. p. 29892.

47 BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Proposta de emenda à Constituição N° 52, 2001*. Sexta-feira, 30 de Novembro de 2001. p. 29890.

48 “Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: I – as originárias da Câmara ou por ela revisadas; II – as de autoria de Senadores que permaneçam no exercício de mandato ou que tenham sido reeleitos; III – as apresentadas por Senadores no último ano de mandato; IV – as com parecer favorável das comissões; V – as que tratem de matéria de competência exclusiva do Congresso Nacional (Const., art. 49); VI – as que tratem de matéria de competência privativa do Senado Federal (Const., art. 52); VII – pedido de sustação de processo contra Senador em andamento no Supremo Tribunal Federal (Const., art. 53, §§ 3o e 4o, EC no 35/2001).” In: BRASIL. CONGRESSO. SENADO FEDERAL. Regimento Interno: Resolução n° 93, de 1970. Brasília: Senado Federal. ; BRASIL. SENADO FEDERAL. SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO PEC

do adiamento e nova diligência à Comissão de Constituição Justiça e Cidadania, que levou ao arquivamento à revelia, foi fundamentado por não avançar o suficiente no que toca aos poderes do parlamento: “a redação dada à Proposta não alcança o objetivo (*inserção do Parlamento no processo de formulação, negociação e implantação da política exterior*), pois na proposta o parlamento se limitaria a *acompanhar* as negociações, não participando da formação ou negociação comercial.”⁴⁹ Contudo, na avaliação anterior da Comissão de Constituição, Justiça e Soberania, em 19 de junho de 2002, o projeto teve parecer favorável e foi aprovado, sendo relator o Senador José Fogaça, que destaca no voto:

De imediato, o Parlamento brasileiro terá pela frente o desafio da montagem, em um curto espaço de tempo, de uma estrutura leve, porém ágil, no cenário do Congresso Nacional, capaz de providências o estudo e a análise de propostas de negociação para o ingresso do Brasil no bloco econômico da União Europeia e uma possível Área de Livre Comércio das Américas, a ALCA, além de buscar acelerar as negociações comerciais destinadas a fortalecer, ampliar e consolidar o Mercosul [...].⁵⁰

O fato de o voto do Relator incluir as negociações da ALCA e as questões regionais do MERCOSUL e União Europeia demonstra preocupação e interesse do Congresso nos temas estratégicos da época ao Brasil. Essa atenção incorpora uma visão democrática e constitucional que vai além da Constituição brasileira positivada, isto é, da Constituição posta: “No Brasil de hoje prevalece a visão ultrapassada, mesmo na Constituição Federal de 1988, de que as questões de política exterior são de exclusiva competência do Executivo, cabendo ao Legislativo apenas a função homologatória dos seus atos internacionais.”⁵¹ Assim, po-

- PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, N° 52 de 2001. Situação: ARQUIVADA AO FINAL DA LEGISLATURA. Matéria arquivada ao final da 52ª Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno e do Ato n° 97, de 2002, do Presidente do Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=49034>. Acesso em: 10 out. 2013.

49 In: BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Requerimento N° 825/2003*. Senador Aloizio Mercadante. Quinta-feira, 18 set. 2003. p. 27437.

50 BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. *Parecer N° 861/2002*, da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Quinta-feira, 8 ago. 2002. p. 15544.

51 BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SE-

demos entender que uma visão democrática da diplomacia parlamentar brasileira necessariamente precisa ir além da constituição vigente. “Maior ingerência do Poder Legislativo nos temas concernentes à política externa é, indubitavelmente, uma das mais importantes tendências da relação entre Poderes nas democracias modernas.”⁵²

O próprio Ministério de Relações Exteriores (MRE) tem modificado sua estrutura nos últimos anos para melhor responder às demandas oriundas dos Parlamentos federal e estaduais. Recentemente, o MRE criou a *Assessoria Especial para Assuntos Federativos e Parlamentares*. Suas atribuições incluem assistência direta ao ministro, a articulação entre o MRE e o Poder Legislativo e o atendimento às consultas e aos requerimentos formulados pelos parlamentares.⁵³ Desde então, passos pouco significativos foram dados em direção a uma maior participação do Congresso Nacional.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, o que se observa hoje é a contínua blindagem do Poder Executivo à participação da diplomacia parlamentar em assuntos internacionais, ao menos no caso brasileiro. A separação de poderes é uma *ficção* que vai além da perspectiva de organização e divisão do poder nacional. Ela concentra também os poderes na atuação internacional do país, minguando a participação de outros poderes, diminuindo seu debate doméstico, sob o pretexto constitucional *formal*.

Ao contrário, sob uma perspectiva constitucional *material*, a inclusão do contraditório, a participação de diferentes atores no trabalho legislativo são aspectos péticos na concepção de um Estado que organiza e divide seu poder sob princípios democráticos.

A noção de Constituição é mais do que uma ideia positivada. Um dos seus objetivos é conter o poder, distribuí-lo, fazer com o que poder político seja controlado. A Constituição surge como uma resposta complexa aos problemas que ensejaram o surgimento do Estado moderno: controle de poder e afirmação dos direitos humanos.⁵⁴

NADO FEDERAL. Parecer Nº 861/2002, da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Quinta-feira, 8 ago. 2002. p. 15544.

52 BRASIL. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Parecer Nº 861/2002, da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Quinta-feira, 8 ago. 2002. p. 15544.

53 ASANO, AMPARO, 2008. Op. Cit.

54 NEVES, Marcelo. Op. Cit. 2009. p. 91.

Pode-se afirmar, portanto, que a constituição brasileira atual é menos *constitucional* quando limita a atuação do Poder Legislativo e concentra no Poder Executivo à função de Política Externa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio N; e CASELLA, Paulo Borba. *Manual de Direito Internacional Público*, 16ª ed. (revista, atualizada e ampliada). São Paulo: Saraiva, 2008. p. 140.

ARNAUD, André-Jean. Eliane Botelho.(orgs). *Dicionário da Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.; *O Direito entre Modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999;

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 150.

BRASIL. CONGRESSO. SENADO FEDERAL. Regimento Interno: Resolução nº 93, de 1970. Brasília: Senado Federal.

_____. DIÁRIO DO CONGRESSO NACIONAL. (Seção I) Março de 1982. p. 1559.

_____. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Parecer Nº 861/2002, da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania. Quinta-feira, 8 ago. 2002. p. 15544.

_____. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Proposta de emenda à Constituição Nº 52, 2001. Sexta-feira, 30 de Novembro de 2001. p. 29892.

_____. SENADO FEDERAL. DIÁRIO DO SENADO FEDERAL. Requerimento Nº 825/2003. Senador Aloizio Mercadante. Quinta-feira, 18 de Setembro de 2003. p. 27437.

_____. SENADO FEDERAL. SSCLSF - SUBSEC. COORDENAÇÃO LEGISLATIVA DO SENADO PEC - PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO, Nº 52 de 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet*. Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Editora Saraiva. 1999.

- DAHL, Robert. *On Democracy*, New Haven: Yale University Press, Part III cap.9- 11, p.100-130. 1998.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo : Martins Fontes, 2002. P. 256.
- DE CASTRO NEVES, João Augusto. O Papel do Legislativo nas Negociações do Mercosul e da ALCA. *Contexto Internacional* 25.1. 2003.103-138.
- DE LIMA, Maria Regina Soares. A política externa brasileira e os desafios da cooperação Sul-Sul. *Revista Brasileira de Política Internacional* 48.1, 2005. 24-59.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Revista Penal*. Estudos jurídicos comparados e internacionalização del derecho. Publicado por Librairie Arthème Fayard 2003, Paris.
- _____.; et al. *Pour un nouvel imaginaire politique*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 2006.;
- DUPUY, René-Jean. *O Direito Internacional*. Livraria Almedina. Coimbra, 1993.
- FRANCHINI-NETTO, M. Projeto de Lei n.º 5.974/1982, que dispõe sobre a participação de representantes opositores em missão oficial brasileira no exterior. Brasília, 1982. MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (Org.) *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol VIII (1972-1984). Brasília: Senado Federal, 2004. pp. 358-361.
- GOLDSMITH, Jack L.; POSNER Eric A. *The Limits of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. _____.
- _____. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOSKENNIEMI, Martti. International legislation today: Limits and possibilities, *Wisconsin International Law Journal* Vol. 23, No. 1, 2008.
- _____. The Lady Doth Protest Too Much: Kosovo and the Turn to Ethics in International Law, 65 *The Modern Law Review*, 2002.
- LIJPHART, Arend. *Modelos de Democracia*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- LUHMANN, Niklas, *El Derecho de La Sociedad*. Tradução Javier Torres Nafarrate. México: Editorial Herder, 2005.
- _____. *Derecho de la Sociedad*. 2ª Ed. México: Universidad Iberoamericana; Herder. 2005. p. 494.
- MANIN, Bernard. Frontières, Freins et Contrepoids: La Séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787. *Revue française de science politique*, Année 1994, Volume 44, Numéro 2. p. 257 – 293. p. 260
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório. Primera parte: Sentido y contenido de la Declaración de 1789 y textos posteriores. In: PECES-BARBA MARTÍNTEZ, Gregório; FERNÁNDEZ GARCIA, Eusebio; DE ASÍS ROIG. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo. II: Siglo XVIII Vol. III. Madrid: Editorial Dukinson S. L., 2001. p. 213.
- PEREIRA, Carlos; MUELLER, Bernardo. Uma Teoria da Preponderância do Poder Executivo: o sistema de comissões no sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Sociais* – v. 15, n. 43. junho/2000
- ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. In: *Epistemologia Jurídica e Decisão*. 2ª Ed. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2002.
- SALDANHA, Nelson. *O Estado Moderno e a Separação de Poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 83-4.
- SANCHEZ BADIN, M. Ret al. Política externa como política pública: uma análise pela regulamentação constitucional. *Revista de Sociologia e Política* Vol. 27, 2006 125-143.
- SHAW, Malcolm. *International Law*. Cambridge: University Press, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de Formação das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TEUBNER, Gunther. “And God Laughed...” Indeterminacy, Self-reference, and Paradox. In: *Law. Stanford Literature Review*. N. 7.
- _____. Breaking Frames: Economic Globalization and the Emergence of the *lexmercatoria*. *European Journal of Social Theory*.5(2): 199–217.
- _____. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: Gunther Teubner (ed.) *Global Law Without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1996. p. 3-28.
- VENTURA, Deisy; SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Introdução ao direito internacional público*. 3ª Ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- WALTZ, Kenneth, Man, *The State and War*. Columbia University Press, 1959.;
- ZIZEK, Slavoj. O violento silêncio de um novo começo. In: HARVEY, David... et al. *Occupy*. São Paulo, Boitempo, 2012.

The fiction of separation of powers and the democratic deficit in the sources of international law: the Brazilian Parliament limitations

ABSTRACT

The separation of powers is a constitutional dogma that assumes a participation, division and control of the sovereign monopoly of State's internal and external power. However, intuitively we observe its continued concentration to the Executive, and in part of the judiciary, diminishing the Parliament participation, especially internationally. The growing importance and debate on the legitimacy of international law finds democratic obstacles, since the legal process limits the Parliament's participation in international treaties incorporating approval processes. This paper studies the proposals for legislative change in Brazil, which have aimed to alter this paradigm, which would include the effective participation of parliamentarians in foreign policy. The proposed methodology includes a theoretical dialectic between the legislative proposals and Niklas Luhmann theoretical perspective of society and politics, and international law criticism of Marti Koskenniemi. The results show that the response of the current policy reinforces the fictional and exclusively formal character of the separation of powers. This relationship contributes to the maintenance of democratic deficit surrounding the creation of international law.

Keywords: Separation of Powers. Parliamentary diplomacy. International Law. Legitimacy. Participation.

Recebido em: 31/08/2015

Aprovado em: 24/10/2015