

VOTO VOGAL

O SENHOR MINISTRO NUNES MARQUES: Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade com o propósito de declarar a inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96, por meio do qual o Presidente da República externou denúncia da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, relativa ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, comunicando a data em que ela deixaria de vigorar para o Brasil.

Adoto, no mais, o relatório do eminente Relator originário do feito, Min. Maurício Corrêa.

Com as mais respeitosas vênias aos entendimentos diversos, acompanho a divergência inaugurada pelo eminente Min. Teori Zavascki, com as ponderações do ilustre Min. Dias Toffoli.

Sua Excelência, Min. Teori Zavascki, traçou importante evolução histórica do instituto em análise, que colaciono a seguir:

Com exceção dos textos de 1891 (art. 34, 12; e art. 48, 16) e de 1937 (arts. 54, “a”, e 74, “d”), as Constituições anteriores a 1988 estabeleceram arquitetura praticamente idêntica em matéria de política exterior, que outorgava ao Congresso Nacional a atribuição de “resolver definitivamente sobre os tratados”, enquanto garantia ao Presidente da República a competência para “celebrar tratados (...) ad referendum do Congresso Nacional”. A disciplina sempre teve esse sentido, de mão única, com previsão de intervenção parlamentar apenas no momento de incorporação dos tratados. Nada se disse quanto ao procedimento inverso, de desengajamento do Brasil de determinado compromisso internacional, o que causou as discepções históricas em torno do tema, que confluíram para esta ação direta de inconstitucionalidade.

O minimalismo da narrativa constitucional brasileira parece ter fomentado aquela que ainda hoje é a mais notória referência da literatura nacional sobre o tema: o parecer exarado pelo celebrado Clóvis Bevilacqua, a propósito da retirada do Brasil do Pacto da

Sociedade das Nações (1926). Como reiteradamente lembrado no curso deste julgamento, o então consultor jurídico do Itamaraty defendeu que o Poder Executivo poderia, sem qualquer autorização congressual, desvincular-se do tratado em questão. Seu principal argumento postulava que, ao aprovar o pacto, o parlamento teria assentido com todas as cláusulas nele previstas, inclusive com aquelas que disciplinariam a forma de exercício do direito de denúncia. Assim, a denúncia constituiria mero incidente de execução do tratado, ocorrência tipicamente administrativa, que, como tal, poderia ser praticada pelo poder competente para representar a nação brasileira no exterior, isto é, o Executivo.

Eis o que ponderava Clóvis Bevilacqua, em trecho de sua conhecida preleção, cujo valor não pode ser desconsiderado:

“Se há no tratado uma cláusula, prevendo e regulando a denúncia, quando o Congresso aprova o tratado, aprova o modo de ser o mesmo denunciado; portanto, pondo em prática essa cláusula, o Poder Executivo apenas exerce um direito que se acha declarado no texto aprovado pelo Congresso. O ato da denúncia é meramente administrativo. A denúncia do tratado é modo de executá-lo, portanto, numa de suas cláusulas, se acha consignado o direito de o dar por extinto. (...) Se prevalecesse o princípio da necessidade de deliberação prévia do Congresso para ser declarada a retirada do Brasil da Sociedade das Nações, logicamente, deveria ser exigida a mesma formalidade para o cumprimento das outras cláusulas do Pacto, e então seria o Congresso o executor do tratado e não o Poder a quem a Constituição confia essa função. (...) O que se quer saber é se compete ao Executivo denunciar tratados, que preveem e condicionam a denúncia. A faculdade de denunciar tratados está reconhecida; a lei não diz, de modo expresse, qual o Poder competente para esse ato; mas das suas prescrições resulta, irretorquivelmente, que o Poder competente é o Executivo. Ou isso, ou nenhum Poder teria essa competência, porque a Constituição não diz, com todas as letras, que a atribuição de denunciar tratados é deste ou daquele Poder.” (BEVILAQUA, Clóvis. Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações (Parecer de 5 de julho de 1926), in Pareceres dos consultores jurídicos do Itamaraty, vol. II (1913-1934) , Antônio Paulo Cachapuz Medeiros (org.), Brasília: Senado Federal)

Este parecer funcionou como marco de uma realidade consuetudinária que se firmou por longos anos na dinâmica das relações exteriores do país,

tendo recolhido a estima de internacionalistas de nomeada, dentre os quais Hildebrando Aciolly, que encontra no ato de denúncia um certo paralelismo com a fase de ratificação:

“O ato de denúncia, como o da ratificação, é de caráter essencialmente executivo e cabe ao órgão incumbido da representação do Estado nas relações internacionais. Além disso, a permissão da denúncia deve achar-se no próprio tratado. Assim, se o tratado internacional de que se trate pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida da aprovação pelo Poder Legislativo, sua denúncia unilateral já terá sido autorizada por este, ao aprovar o respectivo texto, no qual, como acabamos de dizer, a denúncia terá sido admitida.” (ACCIOLY, Hildebrando. A denúncia e a promulgação de tratados no Brasil, in *Jornal do Comércio*, de 2.9.56, Rio de Janeiro, apud, Sússekind, Arnaldo, *Direito Internacional do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, Ltr edit., 1987, pp. 56-57)

Após, Sua Excelência conclui de forma bastante ponderada sobre a necessária ponderação e equilíbrio que deve haver entre os Poderes Legislativo e Executivo. Isto é, conquanto reconheça que há necessidade de constante interlocução entre o Parlamento e o Executivo, a tradição no País sempre reconheceu a competência do Chefe do Executivo nesse ponto, ilustrando tal posição com diversos exemplos ao longo da História:

“Em resumo, a declaração da vontade do Estado brasileiro no plano externo – seja mediante assinatura de acordos, entrega de notas de ratificação ou exercício de denúncia – está compreendida nas competências próprias do Presidente da República, e só por ele podem ser exercidas. No entanto, quando este último ato puder acarretar transformação da realidade normativa já acomodada no direito interno, o Presidente da República só poderá proceder se estiver munido de autorização do Congresso Nacional, sob pena de sacrifício do postulado da legalidade.

Fixado este entendimento, passa a ser desnecessário, para a solução do caso concreto, fazer qualquer juízo a respeito da eficácia das disposições veiculadas pela Convenção 158/OIT – se contida ou de plena aplicabilidade – ou sobre a natureza dos padrões jurídicos por ela trazidos, ficando dispensada qualquer avaliação a respeito de ser ela, ou não, um tratado de direitos humanos, que estaria provido de força supralegal (como sustentado, por exemplo, pelo Min. Joaquim Barbosa). Basta considerar, na verdade, que a Convenção 158/OIT, e também o Decreto 1.855/96, que a promulgou internamente, trataram

de instituir obrigações para o Poder Legislativo, o que já demonstra que não poderiam ter sido elas desconstituídas sem a expressa aquiescência do parlamento.

8. Todavia, é imperioso reconhecer a longevidade de um contexto institucional, até agora prevalente no país, que, se não desfruta do consentimento, pelo menos se beneficia de certa indiferença dos demais poderes constituídos em relação a esses episódios de extroversão presidencial. Há notícia de que, desde 1934, o Brasil denunciou pelo menos outras quatorze Convenções da OIT (Convenção 4, denunciada em 12/5/37; Convenção 110, denunciada em 28/8/70; Convenção 81, denunciada em 23/6 /71; Convenção 96, denunciada em 14/1/72; Convenção 94, denunciada em 19/10/73; Convenção 41, denunciada em 25/4/57; Convenção 3, denunciada em 18/12/62; Convenção 7, denunciada em 18/12/62; Convenção 52, denunciada em 23/9/98; Convenção 101, denunciada em 23/9/98; Convenção 91, denunciada em 24/9/98; Convenção 5, denunciada em 28/6/01; Convenção 58, denunciada em 28/6/01; e Convenção 107; denunciada em 25/7/02).

Ainda que não se possa identificar aqui um costume constitucional, com rigorosamente todos os elementos reclamados para a configuração dessa categoria jurídica, é inevitável perceber, no mínimo, a existência de uma prática, fruto de um “senso comum institucional”, suficientemente projetado e consolidado no tempo, em sentido contrário à tese patrocinada pela inicial. Em situações como essas, o Tribunal, cioso da necessidade de resguardar a segurança jurídica, ponderou pelo acionamento da cláusula de modulação de efeitos da Lei 9.868/99 (art. 27), diferindo as consequências executivas de suas decisões. Apenas a título ilustrativo, podem ser citados a ADI 5127, Rel. Min^a. Rosa Weber, julgada em 15/10/15 (MP’s e contrabando legislativo), o ARE 709.212, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 19/2/15 (FGTS e prazo prescricional) e a ADI 4029, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 27/6/12 (MP’s e exigibilidade de parecer da Comissão mista parlamentar). Solução no mesmo sentido deve ser adotada neste caso, e, embora os fundamentos defendidos neste voto estejam em linha de concordância com aqueles manifestados pela maioria formada até aqui, proponho conclusão que atende a essa prudência de cancelar os atos praticados segundo o centenário entendimento em outro sentido, o que leva a julgar improcedente o pedido formulado na ação direta. É o que proponho ao Tribunal.

8. Ante o exposto, e com essas chegadas finais, o meu voto é no sentido de afirmar tese segundo a qual a denúncia de tratados internacionais pelo Presidente da República depende de autorização do Congresso Nacional. Todavia, proponho que de outorgue eficácia apenas prospectivas a esse entendimento, a fim de que sejam preservados dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade não só

o Decreto aqui atacado, como os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo Presidente da República até a data da publicação da ata de julgamento da presente ação, o que conduz, no caso concreto, a um juízo de improcedência. É o voto”.

O raciocínio acima exposto, trilhado pelo saudoso Min. Teori Zavascki, reflete a prudência adequada ao caso, que, a meu sentir, deve ser trilhada por esta Suprema Corte.

Em reforço a este conjunto de ideias, somaram-se as posições dos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, fundamentos aos quais também adiro.

Ressalto, a considerarmos que se trata de matéria tratada em convenção internacional, a título comparativo, conforme consta no próprio site da Organização Internacional do Trabalho, que a grande maioria dos países não aceitou a Convenção 158 em seus ordenamentos, incluindo-se, nesse grupo: Alemanha, Itália, Inglaterra, Japão, Estados Unidos da América, Canadá, Colômbia, Chile, Paraguai, Cuba, entre outros.

Além de todas as razões expostas por Suas Excelências, é importante destacar que, conquanto louvável o zelo do art. 158, OIT, seus efeitos podem ser adversos e nocivos à sociedade. Isso provavelmente explica a razão da denúncia feita por decreto pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso à época, cioso quanto ao fortalecimento do número de empregos, bem como à necessidade, para isso, de investimento nacional e internacional, com vistas à evolução e geração de desenvolvimento da própria sociedade brasileira. Daí a necessidade de se conferir ao julgado efeitos prospectivos.

Ante o exposto, com as mais respeitadas vênias aos entendimentos diversos, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Teori Zavascki, na linha do quanto ponderado pelos Ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, ou seja, de que a denúncia, pelo Presidente da República, de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional exige a sua aprovação para a produção de efeitos no ordenamento jurídico interno, possuindo efeitos prospectivos a partir da publicação da ata de julgamento desta ação, preservada a eficácia das denúncias em período anterior a tal data.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 26/05/2023