

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber: Senhor Presidente, assim está estruturado o meu voto quanto ao tema delicadíssimo e da maior relevância institucional que é objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade:

1. Breve exposição do caso. 2. Preliminares. 2.1 Legitimidade ativa. 2.2. Cabimento. 3. Mérito. 3.1. Incorporação e denúncia da Convenção nº 158 da OIT. 3.2. A proteção conferida pela Convenção nº 158 da OIT. 3.3. Denúncia da Convenção nº 158 da OIT - tempo e modo. 3.4. Observância da Convenção nº 144 da OIT. 3.5. Delimitação da controvérsia. 3.6. O poder de celebrar e o poder de terminar tratados. 3.7. Histórico institucional e as transformações do direito internacional. 3.8. Os efeitos da denúncia. 3.9. Hierarquia normativa da Convenção nº 158 da OIT. 3.10. Ecos da história constitucional brasileira. 4. Conclusão.

1. Breve exposição do caso

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, em que se busca a declaração de inconstitucionalidade do **Decreto nº 2.100/1996**, mediante o qual tornada pública a **denúncia**, pelo Estado brasileiro, da **Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho**, a versar sobre o **Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador**. Preconiza-se a tese de que a não submissão da denúncia ao Congresso Nacional afronta o **art. 49, I, da Constituição da República**, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional “ *resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional*”.

O **Advogado-Geral da União** manifestou-se pela extinção do processo sem resolução do mérito, e, caso conhecida a ação, pela sua improcedência..

O Parecer do **Procurador-Geral da República** é no sentido da improcedência do pedido.

Em sessão de 02.10.2003, o Relator, **Ministro Maurício Corrêa**, votou no sentido da **procedência parcial** da ação para, “ *emprestando ao Decreto Federal 2100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena.* ”

Em apertada síntese, fundou-se no entendimento de que, **(i)** reconhecida estatura de lei ordinária aos tratados incorporados ao direito brasileiro, somente podem eles ser derogados por norma de hierarquia igual ou superior; **(ii)** não tem o Presidente da República autoridade para “ *derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei por este último aprovado* ”; e **(iii)** ao atribuir ao Congresso Nacional a competência exclusiva para “ *resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional* ”, o **art. 49, I, da Constituição da República** alcança tanto a introdução de tratados no direito interno quanto a sua exclusão.

O voto do Relator foi acompanhado pelo **Ministro Carlos Britto**.

Inaugurou a divergência o **Ministro Nelson Jobim** que, após ter vista dos autos, votou no sentido da **improcedência** do feito, ao entendimento de que **(i)** é do Presidente da República, e não do Congresso Nacional, o protagonismo na política internacional; **(ii)** cabe privativamente ao Presidente da República, nos termos do **art. 84, VII e VIII, da Lei Maior**, manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; **(iii)** a denúncia de tratado internacional é ato discricionário do Presidente da República, “ *independente de anuência de outro Poder já que a esse outro Poder, seja o Legislativo seja o Judiciário, não cabe realizar esse juízo político de conveniência e oportunidade* ”.

Seguindo por uma terceira via, o **Ministro Joaquim Barbosa**, que também pediu vista regimental, julgou **procedente** a ação para declarar a **inconstitucionalidade formal do Decreto nº 2.100/1996**. Apontou, entre as razões do seu convencimento, lançadas em extenso e erudito voto, a constatação de que “ *o papel do Legislativo na história constitucional brasileira está muito além de uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados* ”, inclusive com o oferecimento de emendas,

muitas das quais a imporem, ao governo brasileiro, a apresentação de reserva, quando da ratificação de tratados, e as cláusulas neles contidas. Salientou, também, o fortalecimento do papel do Parlamento na Constituição de 1988, especialmente no campo das relações exteriores, a estatura de lei ordinária dos tratados incorporados, e, por fim, a compreensão de que a **Convenção nº 158 da OIT** consubstancia tratado de direitos humanos.

Requeru então vista dos autos a **Ministra Ellen Gracie**, a quem sucedi na forma regimental.

2. Preliminares

2.1. Legitimidade ativa *ad causam*

Conforme consta da certidão de julgamento, na sessão de 02.10.2003 o Tribunal reconheceu a ilegitimidade ativa *ad causam* da Central Única dos Trabalhadores – CUT, permanecendo no polo ativo apenas a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG.

2.2. Cabimento da ação

Não merece endosso a defesa da União de que não se credencia o **Decreto nº 2.100/1996** ao controle concentrado por traduzir norma de efeitos meramente concretos, sem conteúdo normativo.

Não obstante tenha, o Decreto questionado, como objeto dar publicidade interna ao ato internacional pelo qual denunciada a Convenção nº 158 da OIT, inova em caráter primário ao **projetar**, no ordenamento jurídico, **efeito derogatório** de ato normativo com envergadura **de lei ordinária**. Ostenta, portanto, densidade normativa que o qualifica ao controle abstrato de constitucionalidade. No mesmo sentido o seguinte precedente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DECRETO LEGISLATIVO 170/92 E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA 186/92, ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO MARANHÃO - (...) OS ATOS ESTATAIS DE CONTEUDO MERAMENTE DEROGATORIO, DESDE QUE INCIDAM SOBRE ATOS DE CARÁTER NORMATIVO, REVELAM-SE OBJETO IDONEO PARA A INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE

CONSTITUCIONALIDADE PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL . A DELIBERAÇÃO ESTATAL QUE VEICULA A REVOGAÇÃO DE UMA REGRA DE DIREITO INCORPORA, NECESSARIAMENTE - AINDA QUE EM SENTIDO INVERSO - , A CARGA DE NORMATIVIDADE INERENTE AO ATO QUE LHE CONSTITUI O OBJETO. (...)” (**ADI 769-MC/MA** , Relator Ministro Celso de Mello, julgamento de 22.4.1993, DJ 08.4.1994)

Rejeito .

3. Mérito

3.1. Incorporação da Convenção nº 158 da OIT

Tratado multilateral adotado na 68^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra, em 1982, e desde então disponível à ratificação dos Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho - OIT, a **Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador – Convenção nº 158** – entrou em vigor no plano internacional em **23.11.1985** . Segundo dados do Sistema de Informação sobre Normas Internacionais do Trabalho - NORMLEX, mantido pela OIT, até hoje **trinta e seis** países, incluído o Brasil, a ratificaram.

No Brasil, a **Convenção nº 158** foi **aprovada** pelo **Decreto Legislativo nº 68, de 16.9.1992** . Depositada a Carta de Ratificação junto à OIT, pelo Governo brasileiro, em **05.01.1995**, passou a vigor em relação ao Brasil – **obrigar o Brasil** – em **05.01.1996** (doze meses após a ratificação, a teor do artigo 16 da Convenção). Finalmente, foi **promulgada** pelo **Decreto nº 1.855, de 10.4.1996** , ato que deu **publicidade interna** à incorporação da Convenção ao direito doméstico, conferindo-lhe **executoriedade** no território nacional.

3.2. A proteção conferida pela Convenção nº 158 da OIT

Da simples leitura da Convenção 158 da OIT emerge que a proteção nela prevista se subordina às modalidades admitidas no ordenamento jurídico interno do Estado signatário, a teor do seu artigo 10:

“Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é injustificado e se, em virtude da legislação e prática

nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada.”

De outra parte, o Plenário do STF, em decisão liminar proferida nos autos da ADIN 1.480-DF (Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 04.9.1997, DJ 18.6.2001), condicionou a legitimidade constitucional das diretrizes constantes da Convenção 158 da OIT a interpretação compatível com os arts. 7º, I, da Lei Maior e 10 do ADCT, respeitada a reserva de Lei Complementar aí exigida, insuscetível de substituição por tratado internacional, uma vez que, incorporado ao direito interno, assume posição hierárquica de lei ordinária. Eis a ementa do julgado:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONVENÇÃO Nº 158/OIT - PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA - ARGÜIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORARAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO Nº 68/92 E DECRETO Nº 1.855/96) - POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 - REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA DA PROTEÇÃO CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR - CONSEQÜENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) - CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/O ART. 10, I DO ADCT/88) - CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS - POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM

PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. - É na Constituição da República - e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe - enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto. O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS

INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio pacta sunt servanda, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição

brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10).” (ADIN 1.480-DF Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 04.9.1997, DJ 18.6.2001)

Nessa linha de entendimento, o conteúdo da Convenção nº 158 da OIT reveste-se de natureza programática e eficácia limitada, uma vez dependente, a matéria nele disciplinada, de regulamentação por lei complementar, na forma do art. 7º, I, da Constituição. Desse modo, insuficiente a incorporação do seu texto ao direito pátrio para garantir a permanência no emprego e autorizar comando de reintegração ou indenização, em caso de despedida sem justa causa. Nos termos em que negociada, a Convenção nº 158 da OIT não traduziu imediata alteração material da disciplina normativa da extinção da relação de emprego por iniciativa do empregador, seja pelo fato de o direito do trabalho brasileiro já atender em alguma medida aos padrões nela definidos, seja porque ela mesma reconhece a subordinação da própria eficácia à adoção de medidas legislativas adicionais pelos Estados-membros.

Pertinente, a esse respeito, o autorizado magistério do saudoso Ministro Arnaldo Süssekind:

“(…) andaram vendo "fantasmas" onde não existem, porque a Convenção não confere estabilidade no emprego a quem a legislação brasileira não assegura esse direito. **O art. 1º do tratado é flexível, admitindo a reparação da despedida injustificada pelo sistema do FGTS acrescido da indenização de 40%.**

O alvo primordial da Convenção 158 foi o de disciplinar as despedidas coletivas resultantes de causas econômicas, tecnológicas, estruturais ou análogas, promovendo o prévio diálogo entre a empresa e o sindicato dos seus empregados, com a eventual participação de autoridade pública, com a finalidade de tentar remover as causas ou atenuar os efeitos dessas dispensas. **Mas esse procedimento deve observar a legislação nacional (arts. 13 e 14) que ainda inexistente no Brasil.**”(Denúncia de Convenção gera renúncia. Consulex: Revista Jurídica, v. 1, n. 1, p. 5-7, jan. 1997)

Relembro que, diante da denúncia apresentada pelo Estado brasileiro à Convenção nº 158 da OIT, a ADI 1.480 foi extinta, por perda de objeto, sem que o seu mérito fosse apreciado.

3.3. Denúncia da Convenção nº 158 da OIT - tempo e modo

Pelo **Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996**, ato normativo objeto da presente ação direta, o Presidente da República **tornou pública a denúncia** da Convenção nº 158 da OIT, formalizada em **20.11.1996** mediante **Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho**, com efeitos a partir de **20.11.1997**. Eis o teor do ato normativo ora impugnado:

“O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, torna público que **deixará de vigorar para o Brasil**, a partir de 20 de novembro de 1997, a Convenção da OIT nº 158, relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, visto haver sido denunciada por Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho, tendo sido a denúncia registrada, por esta última, a 20 de novembro de 1996.”

Esse Decreto não foi submetido à apreciação do Congresso Nacional, seja para aprovação, seja para referendo.

A **denúncia**, rememoro, é o ato pelo qual um Estado, sendo parte em tratado bilateral ou multilateral, **comunica** ao outro ou outros convenientes, a sua **intenção de se desvincular unilateralmente do pacto**. O costume internacional consagrou e a **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, de 1969, codificou (**artigo 56**), como **regra geral**, somente serem suscetíveis de denúncia os tratados que contenham disposição com expressa previsão a respeito. Admite-se também a denúncia, ausente previsão expressa, quando passível de dedução da natureza do contrato ou possível concluir ser esta a intenção das partes ao pactuarem.

No caso da **Convenção nº 158 da OIT**, o seu **artigo 17, item 1**, prevê o modo e as condições para o exercício da denúncia:

“Artigo 17

1. Todo Membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la no fim de um período de 10 (dez) anos, **a partir da data da entrada em vigor inicial**, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho. A denúncia tornar-se-á efetiva somente 1 (um) ano após a data de seu registro.” (destaquei)

Ao ratificar, **sem reservas**, a Convenção nº 158 da OIT, o Estado brasileiro comprometeu-se, perante a comunidade jurídica internacional, a cumpri-la integralmente. Esse compromisso engloba a observância do modo e das condições para a conclusão da denúncia.

A cláusula relativa à denúncia da Convenção nº 158 da OIT reproduz fórmula adotada como padrão normativo, senão em todas, certamente na imensa maioria das convenções celebradas sob os auspícios da Organização Internacional do Trabalho.

Na esteira da exegese adotada sistemática e historicamente pela OIT, a “**data da entrada em vigor inicial**”, a partir de quando se conta o prazo de carência de dez anos estabelecido para o exercício da faculdade da denúncia, diz respeito ao **início da vigência da Convenção no plano internacional**.

Portanto, nos termos da norma transcrita, o Estado que ratifica a Convenção nº 158 da OIT somente pode denunciá-la após um período de **dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial**, a saber, dez anos contados a partir de **23.11.1985** – quando a Convenção entrou em vigor no plano internacional. Implementado, pois, o prazo de carência para o exercício válido da faculdade de denúncia em **23.11.1995**. Daí que, formalizada a denúncia em **20.11.1996**, restou atendido o prazo estabelecido no artigo 17 da Convenção.

De fato, no plano internacional, a Organização Internacional do Trabalho, curadora da Convenção, reconhece a efetividade da denúncia realizada pelo Estado brasileiro.

Nessas circunstâncias, embora substanciosos, se revelam *de lege ferenda* os argumentos no sentido de que o termo *a quo* do prazo de carência para a denúncia deveria ser a data em que a Convenção entrou em vigor no Estado denunciante, enquanto critério mais justo ou mais isonômico. A alteração do conteúdo normativo, no presente momento, ainda que pela via interpretativa, equivaleria à criação de norma *ex post facto*.

De toda sorte, entendo que, circunscrito à interpretação de regra procedimental da própria Convenção, o ponto não se mostra apto a instaurar a tutela jurisdicional de constitucionalidade de ato normativo.

3.4. Observância da Convenção nº 144 da OIT

Quando efetivada – em 20.11.1996 – a denúncia da Convenção nº 158 da OIT, já estava em vigor no Brasil, desde 27.9.1995, a **Convenção sobre Consultas Tripartites para Promover a Aplicação das Normas Internacionais do Trabalho (Convenção nº 144 da OIT)**, ratificada pelo Brasil em 27.9.1994.

Em face dessa Convenção, o Brasil comprometeu-se a assegurar **procedimentos efetivos de consulta a entidades representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores** sobre, entre outros procedimentos, as **propostas de denúncias** de convenções ratificadas. *In verbis* :

“Art. 2 – 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere ao artigo 5, parágrafo 1, adiante.

(...)

Art. 5 – 1. O objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:

(...)

e) as propostas de denúncias de convenções ratificadas.”

Despiciendo aprofundar esse ponto, a meu juízo, uma vez existentes fundamentos outros independentes e suficientes para o devido equacionamento da controvérsia. Não é ocioso, contudo, o registro de que noticiada a convocação, à época, pelo governo brasileiro, entidades de natureza sindical representativas de empregados e empregadores para reunião no Ministério do Trabalho. Por outro lado, seriamente questionado, então, pela comunidade jurídica, com destaque a Arnaldo Sussekind - Ministro aposentado do Tribunal Superior do Trabalho, ex-Ministro do Trabalho e da Previdência Social e membro, durante 15 anos, da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções da OIT -, que essa medida tenha satisfeito a obrigação convencionada pelo governo brasileiro.

Tal como o ponto anterior, esse tampouco se oferece à tutela jurisdicional de constitucionalidade, uma vez pertinente à aferição do cumprimento, ou não, de norma da Convenção nº 144 da OIT, recepcionada com força de lei ordinária. Além disso, diz respeito à legalidade do próprio ato da denúncia, e não à higidez do Decreto nº 2.100/1996, objeto da presente ação direta.

3.5. Delimitação da controvérsia

Não está em causa, no processo, a constitucionalidade da **denúncia** em si – **ato jurídico de direito público externo** – efetivada mediante Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho.

O que se discute é a constitucionalidade do **Decreto nº 2.100/1996**, pelo qual, repito, o Presidente da República **tornou pública a denúncia da Convenção nº 158 da OIT**, à falta de **anuência do Poder Legislativo**.

A questão jurídica consiste, portanto, em definir, a quem compete, uma vez devidamente incorporado tratado ao ordenamento jurídico interno, dar a última palavra na hipótese de o Estado brasileiro manifestar a intenção de dele se desvincular – se o Presidente da República ou o Congresso Nacional.

Em tese de doutorado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Márcio Pereira Pinto Garcia registra que

“(…) encontramos sólidos fundamentos de lado a lado. As duas correntes têm integrantes de peso e se veem muito bem representadas tanto ontem como hoje. Em resumo, podemos indicar que Clóvis Beviláqua, Pereira de Araújo, Sette Câmara e Francisco Rezek entendem ser desnecessária consulta congressional preliminar; já Pontes de Miranda, Albuquerque Mello, Arnaldo Süssekind e Pedro Dallari estimam que ela é imperiosa.”(GARCIA, Márcio Pereira Pinto. A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro. Tese de doutorado. USP, 2008).

3.6. O poder de celebrar e o poder de terminar tratados

Impende assentar, inicialmente, que, forte no princípio de direito internacional relativo à **não-intervenção nos assuntos internos** (reconhecido, aliás, no preâmbulo e nos artigos 27 e 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) os mecanismos de incorporação, ao direito doméstico, dos compromissos assumidos em tratados são, em geral, determinados nas constituições e no direito administrativo dos Estados.

A questão remonta às próprias origens do constitucionalismo e às primeiras experiências do sistema de Separação de Poderes. Defendendo,

quando da ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, a atribuição do poder para concluir tratados, conjuntamente, ao Presidente e ao Senado, Alexander Hamilton argumentou, no Federalista nº 75, que

“(…) a natureza particular do poder de concluir tratados indica uma especial adequação nessa união.

Embora muitos dos que escrevam sobre o tema do governo localizem esse poder no conjunto das autoridades executivas, trata-se, evidentemente, de uma postulação arbitrária; porque se observarmos cuidadosamente o seu funcionamento, concluiremos participar mais das características do legislativo do que do executivo, apesar de que não pareça se encaixar estritamente na definição de nenhum deles. A essência da autoridade legislativa é editar leis, ou, em outras palavras, estabelecer regras para regular a sociedade; enquanto a execução das leis, bem como o emprego da força, seja para esse propósito ou para a defesa comum, parecem compreender todas as funções do magistrado executivo. O poder de concluir tratados claramente não é nem uma coisa nem outra. Não está relacionado nem à execução da leis existentes, nem à edição de novas; e ainda menos ao emprego da força. Seus objetos são contratos com nações estrangeiras, que têm força de lei, embora derivada de obrigações de boa-fé. Não são regras prescritas pelo soberano para o súdito, mas acordos entre soberano e soberano. **O poder em questão parece constituir, portanto, um departamento distinto, e não pertencer, propriamente, nem ao legislativo e nem ao executivo. As qualidades já detalhadas como indispensáveis na condução das negociações externas apontam para o Executivo como sendo o agente mais adequado para essas atividades; enquanto a imensa importância da incumbência, e o funcionamento dos tratados como leis, advogam fortemente pela participação de todo ou pelo menos de uma porção do corpo legislativo na tarefa de concluí-los .”** (HAMILTON, Alexander. *The Federalist Papers n. 75*, tradução livre, destaquei)

Observa-se que, ao menos expressamente, a Constituição da República Federativa do Brasil silencia sobre o chamado *treaty-termination power*, o poder de terminar tratados. Não se trata, aliás, de omissão – se como tal considerarmos – exclusiva do Constituinte brasileiro. O estudo do direito comparado revela inexistir na maioria das constituições estrangeiras dispositivo específico sobre a competência para a terminação de tratados.

O poder de concluir tratados – *treaty-making power* –, por outro lado, está previsto nos arts. 49, I, e 84, VIII, da Lei Maior. *In verbis*:

“Art. 49. É da **competência exclusiva do Congresso Nacional** :
I - **resolver definitivamente sobre tratados** , acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...)”
“Art. 84. **Compete privativamente ao Presidente da República** :
(...)
VIII - **celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional** ;”

Conclui-se, da leitura desses dispositivos, que a Carta de 1988 não concentrou o *treaty-making power* em um único Poder. Dividiu-o entre o Presidente da República e o Congresso Nacional, como é feito, aliás, na maioria das constituições democráticas.

3.7. Histórico institucional e as transformações do direito internacional

É bem verdade que, nos regimes precedentes à ordem jurídica democrática instituída em 05 de outubro de 1988, se desenvolveu, não sem controvérsias e hesitações, uma certa prática institucional que veio a concentrar na figura do Presidente da República a prerrogativa de, singularmente, denunciar tratados. A doutrina costuma atribuir a origem dessa compreensão a parecer emitido em 1926 por Clóvis Beviláqua, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, a respeito da retirada do Brasil do Pacto da Sociedade das Nações, de 1919. Ainda sob a égide da Constituição de 1891, concluiu o jurisconsulto:

“Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1, última parte. Essa disposição parece evidente por si mesma.” (Parecer de 05.7.1926 in Relatório das Relações Exteriores de 1926, Anexo A)

Duas observações se fazem necessárias para a devida contextualização e compreensão do histórico parecer.

Em primeiro lugar, vocacionado à cooperação entre os Estados para a manutenção da paz mundial, a resolução de disputas territoriais e a intervenção em conflitos, o Pacto da Liga das Nações ostentava caráter **essencialmente executivo** . Os destinatários das suas regras eram os

próprios Estados membros, e não os indivíduos. Sem pretensão de veicular direitos e deveres subjetivos, seus efeitos operavam, pois, no plano das relações entre os Estados.

Em segundo lugar, limita-se o parecer a afirmar que “pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações” do Pacto. Ora, chega a ser um truísmo que, por se tratar de **ato típico de direito externo, a denúncia de tratado ou convenção uma vez que se aperfeiçoa no plano internacional**, onde têm lugar os seus efeitos, se insere na competência exclusiva do Presidente da República, como Chefe de Estado. Não trata o parecer Beviláqua, todavia, de eventuais efeitos da denúncia do direito interno.

Ainda que se entenda que o parecer Beviláqua, a respeito da retirada do Brasil da Liga das Nações, testemunhe em favor de uma suposta prerrogativa presidencial de denunciar tratados na tradição constitucional brasileira, não faltam, por outro lado, testemunhos da agência do Poder Legislativo no desempenho desse mister.

É o caso da Lei nº 2.416/1911, que veio a regular a “*extradição de nacionaes e estrangeiros e o processo e julgamento dos mesmos, quando, fóra, do paiz, perpetrarem algum dos crimes mencionados nesta lei*”. Esse diploma legislativo continha dispositivo determinando a denúncia de todos os tratados de extradição então em vigor, o que importou na denúncia de doze instrumentos dessa natureza, impondo ao Governo brasileiro que negociasse novos tratados de extradição em conformidade com a legislação.

Na mesma linha – exercício do *treaty-termination power* pelo Poder Legislativo – tem-se a aprovação do **Decreto legislativo nº 20/1962**, pelo qual o Congresso Nacional, repercutindo a opinião pública, revogou o **Decreto legislativo nº 13/1959**. Por meio deste último fora aprovado o chamado **Acordo de Resgate**, tratado bilateral assinado em 1956 entre Brasil e França, dispendo sobre ressarcimentos a cidadãos franceses que tiveram bens nacionalizados pelo Brasil durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja implementação vinha sofrendo acusações de superfaturamento dos valores devidos.

Já em 1949, Raul Fernandes dava conta das profundas mudanças ocorridas no direito internacional em geral, e no **direito dos tratados** em particular, no espaço de poucas décadas, em relação ao direito internacional herdado do século XIX. Os tratados “*não só se multiplicaram, mas também mudaram de caráter, pois outrora regulavam quase exclusivamente*

questões relativas à paz ou à guerra, ao passo que hoje regem pela maior parte questões de ordem social, administrativa, econômica, cultural etc.” (FERNANDES, Raul. “As modificações do conceito de soberania”. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, n 9-10, ano V, 1949, p. 75)

Mais recente, o diagnóstico convergente de Arnaldo Süssekind é o de que:

“(…) os fundamentos, finalidades e objeto do Direito Internacional sofreram importantes alterações após a Segunda Guerra Mundial.

Com a criação da ONU e das entidades que compõem o seu sistema (OIT, OMS, FAO, UNESCO, etc.), **tornou-se comum a adoção de convenções cujas normas se destinam a criar direitos e obrigações para os habitantes dos Estados** que, por ato soberano, as ratificam. A própria OIT adotava, até 1946, apenas ‘projetos de convenção’ que só se converteriam em tratados depois da adesão de determinado número de países.” (Denúncia de Convenção gera renúncia. Consulex: Revista Jurídica, v. 1, n. 1, p. 5-7, jan. 1997, destaquei)

As transformações no escopo do direito internacional não deixaram de reverberar na doutrina do direito constitucional. Tanto é que Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967, já lecionava em sentido diametralmente oposto ao parecer de Beviláqua:

“Pode o Presidente da República, só, denunciar os tratados, convenções ou acordos que foram aprovados pelo Poder Legislativo?

(…)

Aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, *ad referendum* do Poder Legislativo.” (Comentários à Constituição de 1967, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2ª ed., vol. 111, p. 109).”

No mesmo sentido conclui Márcio Pereira Pinto Garcia, autor de minucioso estudo sobre o tema:

“o direito internacional dos dias de hoje, com sua influência em todos os domínios da vida do Estado e do cidadão, aponta para a necessidade democrática de participação do Poder Legislativo na formação da vontade estatal de pôr fim a um tratado”(Márcio Pereira

Pinto Garcia. A terminação de tratado e o Poder Legislativo à vista do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional internacional brasileiro. Tese de doutorado. USP, 2008).

3.8. Os efeitos da denúncia

O Decreto nº 2.100/1996 , ato normativo ora impugnado, **não consubstancia o ato jurídico pelo qual denunciada a Convenção nº 158 da OIT** . A denúncia em si de tratados ou convenções traduz típico ato de direito internacional, de caráter **executivo**, e não ato normativo. No caso, procedeu-se à denúncia da Convenção nº 158 da OIT mediante **Nota do Governo brasileiro à Organização Internacional do Trabalho** , por esta registrada em 20.11.1996.

O Decreto nº 2.100/1996 , por sua vez, é o ato pelo qual se deu publicidade interna à denúncia efetuada, a fim de **projetar seus efeitos sobre a ordem jurídica pátria**.

Por se tratar de **ato típico de direito externo, a denúncia de tratado ou convenção aperfeiçoa-se no plano internacional** , onde têm lugar os seus efeitos. Insere-se, pois, entre os atos cuja competência a Constituição atribui ao Presidente da República, que, na condição de Chefe de Estado, **representa o Brasil e pratica atos perante a comunidade internacional dos Estados** , a teor do art. 84, VII, da Constituição da República :

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

(...)

VII – **manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;**”

A denúncia de tratado, assim efetuada pelo Presidente da República, mostra-se, em princípio, constitucionalmente válida e, portanto, apta a produzir seus **efeitos no plano internacional** , tais como o de **desobrigar o Estado brasileiro do seu cumprimento** , observadas, é claro, as condições eventualmente pactuadas para o exercício da denúncia.

Exemplifico . Ao aderirem a determinado tratado estabelecendo padrões mínimos a serem compartilhados pelas normas, v.g. , de segurança do trabalho dos contraentes, os Estados comprometem-se a adequar suas legislações internas àqueles padrões. Podem fazê-lo tanto promulgando o próprio texto do tratado, e incorporando-o, assim, ao direito doméstico,

quanto por meio da edição de legislação interna que satisfaça materialmente as condições nele estabelecidas. Em nenhuma das hipóteses, todavia, eventual denúncia posterior do tratado tem como efeito a imediata e automática extirpação, da ordem jurídica doméstica, de normas adotadas a fim de atender ao compromisso assumido internacionalmente.

Efetuada a denúncia, e sendo ela válida e eficaz, o Estado deixa de estar comprometido perante seus pares, a partir de então, com a adoção ou manutenção, na sua ordem jurídica interna, daqueles padrões mínimos pactuados. Caso adote nova legislação sobre a matéria, em desconformidade com o tratado denunciado, ou simplesmente revogue as normas que lhe conferiam efetiva aplicação interna, não procederá em violação de obrigação internacional. Contudo, **do mesmo modo que a simples denúncia do tratado não revoga leis com ele convergentes, tenham sido ou não nele inspiradas, tampouco revoga ato normativo, de hierarquia não inferior à lei, que incorpora o texto do tratado ao direito interno** .

A denúncia da Convenção nº 158 da OIT, ato jurídico de direito público externo, produziu seus efeitos no plano internacional, modificando as relações jurídicas entre o Estado brasileiro e os demais Estados membros da Organização Internacional do Trabalho. Em si, nada altera no ordenamento jurídico interno.

Assim como a denúncia não teria o condão de, por si só, revogar lei ordinária aprovada nos termos da Convenção ou nela inspirada, tampouco tem como efeito a derrogação do ato normativo de direito público interno pelo qual promulgado o texto da Convenção nº 158 da OIT aprovado pelo Congresso Nacional.

Apesar de exonerar o Brasil de qualquer responsabilidade perante os demais membros da OIT em caso de superveniente inovação legislativa contrária ao conteúdo da Convenção denunciada, não retira da ordem jurídica interna, repito, o **Decreto nº 1.5855/1996** , pelo qual o seu texto foi incorporado, com força, no mínimo, de lei.

3.9. Hierarquia normativa da Convenção nº 158 da OIT

A solução da presente controvérsia independe de que seja reconhecida, ou não, a natureza de **tratado de direitos humanos** à Convenção nº 158 da OIT. Explico. Na esteira da remansosa jurisprudência desta Suprema Corte, uma vez concluído o processo de sua **incorporação** ao direito brasileiro, com a aprovação pelo Congresso Nacional e subsequente promulgação pelo

Presidente da República, os **tratados** que não veiculam norma protetiva de direitos humanos assumem **status hierárquico** equivalente ao das **leis ordinárias**. Nesse sentido:

“DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO. DIREITO CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (ONU/PNUD). RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. CONVENÇÃO SOBRE PRIVILÉGIOS E IMUNIDADES DAS NAÇÕES UNIDAS (DECRETO 27.784/1950). APLICAÇÃO. 1. Segundo estabelece a “ *Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas* ”, promulgada no Brasil pelo Decreto 27.784, de 16 de fevereiro de 1950, “ *A Organização das Nações Unidas, seus bens e haveres, qualquer que seja seu detentor, gozarão de imunidade de jurisdição, salvo na medida em que a Organização a ela tiver renunciado em determinado caso. Fica, todavia, entendido que a renúncia não pode compreender medidas executivas* ”. 2. Esse preceito normativo, que no direito interno tem **natureza equivalente a das leis ordinárias** , aplica-se também às demandas de natureza trabalhista. 3. Recurso extraordinário provido.” (RE 578.543/MT, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgamento em 15.5.2013, DJe 26.5.2014)

Se os **tratados em geral** , uma vez incorporados por ato complexo do qual participaram os Poderes Executivo e Legislativo, têm, no mínimo, **força de lei** , entender que a denúncia, ato exclusivo e discricionário do Presidente da República, tem como efeito a revogação da norma incorporadora é afirmar a autoridade do Poder Executivo para inovar na ordem jurídica produzindo ato normativo com *status* de lei ordinária, sem a participação, em momento algum, do Poder Legislativo no processo de normogênese. Na prática, equivale a reintroduzir na ordem jurídica a figura autoritária do **Decreto-lei** .

Poder-se-ia postular que os procedimentos de entrada e saída, adesão e desligamento, de normas internacionais ao direito doméstico devessem guardar, por princípio, relação de paralelismo. Ainda que a tese encontre ressonância na inclinação do intelecto pela simetria, não me parece que tal suposição traduza uma exigência natural.

Isso porque é, seguramente, plausível imaginar um hipotético regime constitucional positivo no qual o Chefe do Poder Executivo reúna os poderes necessários para implementar as medidas de natureza legislativa

destinadas a eliminar do plano interno normas decorrentes de tratados por ele denunciados, inobstante tenha o Parlamento participado do processo de incorporação daquelas normas.

Tal hipótese, todavia, não corresponde ao sistema delineado na Constituição brasileira promulgada em 1988, que não contempla hipótese alguma de exercício de atividade de caráter legislativo, pelo Presidente da República, sem a participação do Congresso Nacional.

Assim, o Presidente da República poderá editar medidas provisórias, com força de lei, mas deverá submetê-las de imediato ao Congresso Nacional (art. 62). A elaboração, pelo Presidente da República, de leis delegadas depende, naturalmente, de prévia delegação do Congresso Nacional (art. 68). A legitimidade dos decretos e regulamentos expedidos pelo Presidente está vinculada à “fiel execução” das leis a serem regulamentadas (art. 84, IV). E, como já visto, a celebração de tratados, convenções e atos internacionais sujeita-se a referendo do Congresso Nacional (art. 84, VIII).

Sempre que a Constituição atribui ao Presidente da República papel na edição de atos normativos, o faz sob a chancela do Congresso Nacional. Parece-me claro que a orientação constitucional deve ser mantida para a derrogação de decreto promulgador de tratado.

O reconhecimento da autoridade do Presidente da República na condução da política exterior não induz a que lhe sejam atribuídos poderes ilimitados. A Constituição da República consagra, no art. 4º, os princípios regentes do Estado brasileiro na condução das suas relações internacionais. Ao fazê-lo, estabelece condições materiais para submeter o Poder Executivo, nas relações exteriores, tanto ao controle político do Poder Legislativo quanto ao controle jurídico do Poder Judiciário.

Ainda que a **denúncia** de tratado em si, **típico ato de direito internacional público**, seja, forte no **art. 84, VII, da Carta Política**, privativa do Presidente da República, que na qualidade de **Chefe de Estado**, personifica a República Federativa do Brasil nas relações com Estados estrangeiros, o Decreto legislativo pelo qual fora aprovada a absorção, ao ordenamento jurídico interno, do tratado ora denunciado, equivale, uma vez promulgado, no mínimo, à **lei ordinária** e, como tal, só pode ser revogado por norma jurídica de igual hierarquia.

A conclusão não se altera mesmo que se entenda veicular, a Convenção nº 158 da OIT, **normas de proteção dos direitos humanos**, e haver assim

adentrado no ordenamento jurídico pátrio, na esteira do *leading case* **RE 466.343/SP** (Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgamento de 03.12.2006, DJe 04.6.2009), em plano hierárquico de supralegalidade – abaixo da Constituição, porém acima da legislação ordinária. Nessa hipótese, porque inderrogável o tratado de direitos humanos inclusive em face da legislação doméstica posterior, em sentido contrário, ainda mais antinômica se revela a admissão de sua derrogação por ato exclusivo do Presidente da República.

O argumento apresentado traduz verdadeiro silogismo.

Dada a premissa maior de que, nos termos da Constituição, **leis ordinárias** não podem ser revogadas pelo **Presidente da República**; e a premissa menor de que o **decreto promulgador de tratado** aprovado e ratificado equivale à **lei ordinária**; a conclusão decorrente é de que, **logo**, a norma incorporadora de tratado tampouco pode ser derogada pela exclusiva vontade do Presidente da República.

Na mesma linha, destaco o magistério de Arnaldo Süssekind:

“(...) se as normas da convenção ratificada se incorporam à legislação nacional, conforme tem decidido reiteradamente o colendo Supremo Tribunal Federal, afigura-se-nos que a revogação das respectivas normas, em virtude de denúncia efetivada pelo Presidente da República sem a manifestação do Congresso Nacional, afronta o sistema constitucional brasileiro.” (SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004)

Vale ressaltar que, ao serem incorporados com estatura hierárquica de lei, os dispositivos de um tratado revogam, a teor do **art. 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (Decreto-lei nº 4.657/1942), leis anteriores quando sejam com elas incompatíveis ou quando regulem inteiramente a matéria de que tratavam. Nos termos do **art. 2º, § 3º, da LINDB**, ainda, a lei revogada, em regra, não se restaura com a perda da vigência da lei revogadora.

Nesse quadro, seria perfeitamente viável um cenário insólito no qual o Poder Executivo, decidido a revogar uma lei qualquer, mas sem encontrar, para tanto, ressonância no Poder Legislativo, aderisse a um tratado que, vindo a regular em termos ligeiramente diferentes a matéria dessa lei, fosse aprovado pelo Congresso Nacional e, finalmente, promulgado. Em seguida, o Poder Executivo denuncia o tratado e, admitida a desnecessidade de

participação do Parlamento, o resultado prático será a simples revogação de uma lei pela vontade exclusiva do Poder Executivo, em absoluta dissintonia com o postulado da separação de poderes.

Não se pode admitir albergada na Constituição da República uma arquitetura institucional a tal ponto inconsistente.

A derrogação de norma incorporadora de tratado pela vontade exclusiva do Presidente da República é, pois, incompatível com o equilíbrio necessário à preservação da **independência e da harmonia entre os Poderes** (**art. 2º, da Constituição da República**), bem como com a exigência do **devido processo legal em sua dimensão substantiva** (**art. 5º, LIV, da Constituição da República**). Consequentemente, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

À análise da Constituição dos Estados Unidos da América, que investe no Presidente, com o **consentimento do Senado** , o poder de celebrar tratados (**Artigo 2º, seção 2**), Daniel Horwitch conclui que a mesma garantia se infere em relação ao poder de terminar tratados:

“Uma vez que ao Senado é assegurada a autoridade para ratificar tratados firmados pelo Presidente, podendo, portanto, aceitar ou rejeitar um pacto internacional antes que ele seja convertido em lei, se infere naturalmente que a mesma garantia existe para a terminação de tratados. (...) Um tratado, sendo uma lei do país, parece requerer a mesma ação legislativa que outras leis requerem para ser alteradas.” (HORWITCH, Daniel. *Treaties termination: the unresolved question of unilateral treaty terminations: Goldwater v, Carter* . Suffolk Transnational Law Journal v. 4. p. 359, tradução livre)

Esse arranjo entre Governo e Parlamento, tanto para a celebração quanto para a terminação de tratados, combina as exigências constitucionais da legitimação democrática e da eficiência administrativa. O tópico é sintetizado com singular maestria por David Schnitzer:

“O Presidente é o único ente que pode depositar a notícia da denúncia, mas é requerido a fazê-lo sob a direção do Congresso, como parte do seu dever de executar as leis do país.” (SCHNITZER, David. *Into Justice Jackson's Twilight: A Constitutional and Historical Analysis of Treaty Termination* . The Georgetown Law Journal. Vol. 101:243, 2012, tradução livre)

3.10. Ecos da história constitucional brasileira

Da análise da história constitucional brasileira, verifica-se que na Constituição de 1824, o Imperador, na condição de Chefe do Poder Executivo, tinha a primazia do *treaty-making power*, na medida em que, nos termos do art. 102, VIII, dele era a atribuição de “ *fazer Tratados de Aliança offensiva, e defensiva, de Subsídio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem* ”.

Ainda assim, o mesmo dispositivo ressaltava que não poderiam ser ratificados sem terem sido aprovados pela Assembleia Geral os tratados concluídos em tempo de paz que envolvessem cessão ou permuta de território ou possessões do Império.

A Constituição de 1891 cuidou de distribuir o *treaty-making power* de maneira mais equitativa entre o Legislativo e o Executivo. Assim, de modo estruturalmente semelhante à Carta vigente, ao mesmo tempo em que fixava a competência privativa do Presidente da República para “ *entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso* ” (art. 48, item 16), a primeira constituição republicana dispôs ser do Congresso a competência privativa para “ *resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras* ” (art. 34, item 12).

À exceção da Polaca, a autoritária Constituição do Estado Novo (1937), que amesquinhou o papel do Parlamento, todas as demais constituições da história do Brasil republicano preservaram, no tocante ao *treaty-making power*, o seguinte conteúdo: a) a competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados e convenções, *ad referendum* do Poder Legislativo; e b) a competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados e convenções. Confira-se:

Constituição de 1934

“Art 40 - É da competência exclusiva do Poder Legislativo:

a) resolver definitivamente sobre tratados e convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz;

(...)

Art 56 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

§ 6º) celebrar convenções e tratados internacionais, ad referendum do Poder Legislativo;”

Constituição de 1946

“Art 66 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebradas com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República;

(...)

Art 87 - Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII - celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do Congresso Nacional;”

Constituição de 1967

“Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República;

(...)

Art 83 - Compete privativamente ao Presidente:

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, ad referendum do Congresso Nacional;”

Emenda Constitucional nº 01/1969

“Art. 44. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República; ”

“Art. 81. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

X - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional; ”

Constituição de 1988

“Art. 49. É da **competência exclusiva do Congresso Nacional** :

I - **resolver definitivamente sobre tratados** , acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

(...)

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

(...)

VIII - **celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional** ;”

O art. 49, I, da Constituição da República não restringe a competência do Poder Legislativo à aprovação dos tratados – decidir positivamente

sobre a incorporação de tratados. Ao afirmar, seguindo a tradição republicana, a competência exclusiva do Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados” e não apenas para “aprovar tratados”, o Constituinte de 1988 realizou uma clara e deliberada opção semântica para conferir à Casa do Povo, no regime democrático, tanto o juízo positivo sobre a incorporação de tratado – aprovação – quando o juízo negativo – desincorporação.

Colho, nessa linha, o magistério de Thomas da Rosa de Bustamante:

“A expressão RESOLVERÁ é entendida aqui num sentido forte, abarcando a decisão *final* tanto acerca da *celebração* quanto da *extinção* dos tratados; resolver significa dar a última palavra, decidir com contornos de definitividade, e não meramente opinar. Assim, a afirmação de que o Presidente da República pode, por autoridade própria, extinguir um tratado internacional é insustentável à luz da distribuição de competências realizada pela Constituição Federal, eis que o tratado internacional é fonte de regras gerais de comportamento obrigatórias para todos os indivíduos e pessoas jurídicas que se submetem ao *imperium* do Estado (Brasileiro, *in casu*). A função legislativa é típica do Poder Legislativo, e não do Executivo. Se, no caso particular, o Poder de Celebrar Tratados (*Treaty-Making Power*) é compartilhado entre o Chefe do Poder Executivo e o Congresso Nacional (tratando-se de uma exceção à regra de que a função do legislativo é criar normas gerais e a do Executivo é aplicá-las de ofício), isso não pode significar que o Presidente da República possa arbitrariamente denunciar um compromisso internacional assumido pelo Brasil, pois uma exceção à regra da Divisão dos Poderes (art. 2º da Constituição da República) deve ser interpretada restritivamente.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. A Impossibilidade de Denúncia de Tratados Internacionais por Ato Privativo do Presidente da República. *In* Repertório de Jurisprudência IOB – Nº 2/2003 – Volume I)

Ao pretender dar eficácia interna à denúncia de tratado, sem anuência do Poder Legislativo, o Decreto nº 2.100/1996 traduz ato pelo qual o **Presidente da República** “resolve definitivamente sobre tratado”, usurpando prerrogativa do Congresso Nacional, em **afrenta direta** ao **art. 49, I, da Lei Maior**.

4. Conclusão

Enquanto não submetida ao Congresso Nacional, órgão ao qual a Constituição atribuiu a competência exclusiva para **resolver definitivamente** sobre tratados, a denúncia da Convenção nº 158 da OIT permanece insuscetível de produzir efeitos no direito interno.

A edição do **Decreto nº 2.100/1996**, com a pretensão de dar publicidade interna e excoutoriedade ao ato de denúncia da **Convenção sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador (Convenção nº 158)** efetuada pelo Estado brasileiro, sem prévia submissão à aprovação do Congresso Nacional, mostra-se eivada de **nulidade formal**, à luz dos **arts. 49, I, e 84, VIII, da Lei Maior**.

Consequentemente, permanecem hígidos no ordenamento jurídico interno o **Decreto Legislativo nº 68/1992**, pelo qual aprovada, e o **Decreto nº 1.855, de 10.4.1996**, pelo qual promulgada a **Convenção nº 158 da OIT**.

Não obstante, a vigência, no direito pátrio, do texto da Convenção nº 158 da OIT de modo algum se traduz em garantia de permanência no emprego, tampouco autoriza comando de reintegração ou indenização, em caso de despedida sem justa causa, conquanto dependente, a matéria nele disciplinada, de regulamentação por lei complementar, na forma do art. 7º, I, da Constituição. Nos termos em que redigida a Convenção nº 158 da OIT, o direito individual do trabalho brasileiro já atende aos padrões nela definidos no tocante à disciplina normativa da extinção da relação de emprego por iniciativa do empregador, sendo certo, ainda, que ela subordina a própria eficácia à adoção de medidas legislativas adicionais pelos Estados-membros, assumindo caráter eminentemente programático.

Ante o exposto, com a devida vênia, acompanho o eminente Ministro Joaquim Barbosa e julgo **procedente** o pedido para **declarar a inconstitucionalidade formal do Decreto nº 2.100/1996**, por ofensa aos **arts. 2º, 49, I, e 84, VIII, da Constituição da República**.

É como voto.