

**Ementa: CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL. RELAÇÕES EXTERIORES. TRATADOS INTERNACIONAIS. EXTINÇÃO, POR DENÚNCIA. COMPETÊNCIA. PROCEDIMENTO. CONSEQUÊNCIAS NORMATIVAS NO PLANO DO DIREITO INTERNO. EXERCÍCIO UNILATERAL PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO PARLAMENTO: INDISPENSABILIDADE.**

1. A reiterada jurisprudência do STF (RE 80.004, Min. Cunha Peixoto, RTJ 83/809-848; PPex 194, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 04.04.97, RTJ 177 /43; Ext 795, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.04.01) é no sentido de que os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) 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", inclusive para efeito de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), com eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis ( *lex posterior derogat priori* ). Aliás, após a Emenda Constitucional 45/2004, essas fontes normativas internacionais alçam-se até à estatura constitucional, quando dispõem sobre direitos humanos e são aprovadas em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros das Casas do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º da Constituição). Relativamente aos demais tratados sobre direitos humanos, que não atenderam a esses requisitos, o Tribunal lhes atribui, mesmo assim, a hierarquia de norma supralegal, com eficácia de paralisar a aplicação das normas legais em sentido diferente (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 5/6/09; RE 349.703, Min. Gilmar Mendes, DJ de 5/6/09).

2. A ratificação, etapa derradeira na processualística de internalização de tratados, com significado peculiar, é ato de competência do Presidente da República, que pode exercê-la com ampla discricionariedade. Mas, assim que ratificado, o tratado só passará a vincular outros poderes da República, bem como os destinatários em geral, por ter obtido o beneplácito do Congresso Nacional, exercido na forma de referendo.

3. O sufrágio do Parlamento, embora temporalmente anterior ao Decreto Presidencial de ratificação, é a condição elementar mais marcante e decisiva para que os tratados adquiram plena exigibilidade no domínio interno. Isso não decorre diretamente de nenhuma característica explícita do modelo de divisão de funções relativas à política exterior, mas da inafastável mensagem normativa embutida no postulado da legalidade (art. 5º, II, da CF), que, em nome da soberania popular, só consente com a

criação de novas obrigações, gerais e abstratas, no âmbito interno, quando estejam elas enunciadas por lei em sentido formal, ou, no caso dos tratados, em sentido material.

4. No Estado Democrático de Direito, a incorporação, tanto quanto a revisão ou a revogação de tratados, manifesta-se por uma sequência de ações institucionais coordenadas, mas jamais por atos pessoais isolados. Somente terá o Presidente da República autoridade para, unilateralmente, estatuir obrigações no âmbito internacional quando possuírem elas amplitude restrita, endereçadas às unidades do poder público sob sua direção superior, hipótese em que age ele na chefia da administração (art. 84, XX, da CF).

5. A declaração da vontade do Estado brasileiro no plano externo – seja mediante assinatura, entrega de nota de ratificação ou exercício de denúncia – está compreendida nas competências próprias do Presidente da República, só por ele exercitáveis. No entanto, quando este ato puder acarretar transformação da realidade normativa no direito interno, alterando, modificando ou extinguindo obrigações de outros Poderes ou então situações subjetivas de indivíduos, o Presidente da República só poderá proceder se estiver munido de autorização do Congresso Nacional.

6. Reconhece-se, todavia, a longevidade de um “senso comum internacional”, até agora prevalecente no país, que abona o exercício unilateral da denúncia de tratados pelo Presidente da República, o que reclama a modulação dos efeitos da presente decisão, para dar-lhe eficácia apenas para o futuro.

7. Ação direta julgada improcedente, mas com proclamação, em perspectiva futura, da inconstitucionalidade de iniciativas isoladas do Presidente da República na denúncia de tratados normativos.

## VOTO-VISTA

**O Senhor Ministro Teori Zavascki: 1** . Em exame ação direta de inconstitucionalidade ajuizada com o objetivo de impugnar o Decreto 2.100 /96, por meio do qual o Presidente da República fez publicar a denúncia da Convenção 158, da Organização Internacional do Trabalho, que traz

disposições sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, comunicando a data em que ela deixaria de vigorar para o Brasil.

Tendo em vista o estágio avançado deste julgamento e também para oferecer alguma comodidade de raciocínio, cumpre proceder a uma breve recapitulação dos fundamentos da ação e dos votos declarados até aqui.

A requerente sustenta que o desligamento do tratado em questão, com suas consequências para o direito interno, não poderia ter sido formalizado sem a anuência do Congresso Nacional. Buscando fundamento na distinção dogmática entre tratados-contrato e tratados-lei, patrocina a tese de que, diferentemente das Constituições pretéritas – que teriam outorgado ao Presidente da República competência plena para firmar acordos do tipo tratados-contrato – o texto de 1988 teria consagrado disciplina distinta da matéria, exigindo que tratados-normativos fossem submetidos à ratificação do Congresso Nacional antes de sua aprovação (art. 49, I). Tal como aconteceria para a ratificação, também a denúncia, como ato complexo, estaria a depender do sufrágio do Congresso Nacional. Essa formalidade, porém, não teria sido observada previamente à edição do Decreto 2.100/96, o que caracterizaria violação ao comando do art. 49, I, da CF e resultaria na inconstitucionalidade do ato atacado.

Oficiando como Relator, o Ministro Maurício Corrêa deu acolhida às alegações da inicial, na consideração de que a competência prevista no art. 49, I, da CF “ *não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão* ”. Ressaltou que seria inconcebível admitir que pudesse o Presidente da República derrogar, sem o aval do Legislativo, ato normativo com força de lei por esse último aprovado, porque conclusão nesse sentido, além de subversiva da hierarquia das espécies normativas, resultaria em flagrante prejuízo da estabilidade das relações jurídicas. Com essas razões, votou pela procedência do pedido, com proposta de interpretação conforme, condicionando a eficácia plena do decreto atacado ao referendo do Congresso Nacional. O entendimento foi seguido, às inteiras, pelo Min. Carlos Britto.

Na sequência, pediu vista dos autos o Min. Nelson Jobim, que divergiu, votando pela improcedência do pedido. Observou inicialmente que a distinção entre tratado-normativo ou tratado-contrato seria irrelevante para o deslinde da controvérsia, porque a Constituição Federal não estabeleceria óbice à atuação isolada do Executivo na denúncia de tratados. Afirmou que,

além de encontrar precedentes na tradição brasileira, a prerrogativa do Presidente da República de atuar unilateralmente na denúncia de tratados estaria contemplada no corpo do próprio documento internacional denunciado (a Convenção 158/OIT), e que a aprovação do Congresso Nacional sinalizaria uma anuência tácita a essa disposição, tal como reconhecido desde longa data por Clóvis Bevilacqua, em parecer clássico na matéria. Esse entendimento decorreria, também, do modo como o princípio de separação de poderes teria sido articulado no regime presidencialista brasileiro.

Após o voto do Min. Jobim houve novo pedido de vista, formulado pelo Min. Joaquim Barbosa, que se manifestou pela procedência do pedido, mas com conclusão diversa do Relator. Em contraponto ao que afirmado pelo Min. Jobim, Sua Excelência averbou que a Constituição Federal de 88 teria engrandecido o papel do Congresso Nacional no plano das relações internacionais. Ele não se limitaria à aprovação ou rejeição dos tratados, englobando uma avaliação holística da atuação do Estado brasileiro na política externa, a permitir não só a aposição de reservas ou emendas, mas inclusive a análise da compatibilidade de determinadas medidas com os princípios constitucionais do art. 4º da CF, que consagra, por exemplo, o princípio da prevalência dos direitos humanos. Acrescentou, com base em vasta análise de direito comparado, que a participação do parlamento na terminação de tratados estaria a se intensificar mundo afora, a ponto de se poder deduzir um princípio de “co-participação parlamento governo em matéria de tratado”. Em ordenamentos como o brasileiro, que não resolve a questão expressamente, este princípio militaria no sentido de garantir ao Congresso Nacional uma participação constante na determinação daquilo que chamou de “política convencional” do Estado, a ser exercida conjuntamente, e em posição de igual hierarquia, por Legislativo e Executivo.

Além desses pressupostos gerais, o Min. Joaquim Barbosa aduziu duas razões, pertinentes ao caso concreto, que facilitariam a sua solução. A primeira delas decorreria de condição prevista no Decreto Legislativo 68/92 – ato por meio do qual o Congresso Nacional aprovou a Convenção 158/OIT –, que resguardaria a novo crivo do parlamento eventuais revisões no conteúdo do pacto. A segunda particularidade estaria relacionada com a natureza da avença internacional, que, ao dispor sobre direitos sociais, poderia ser enquadrado como tratado de direitos humanos, adquirindo *status* supralegal. Estes dois elementos evidenciariam a inconstitucionalidade formal do Decreto 2.100/96, que padeceria de total nulidade. Por essas razões, o Min. Joaquim Barbosa afastou a proposta de

interpretação conforme e se pronunciou pela inconstitucionalidade do Decreto 2.100/96, tornando o ato de denúncia não obrigatório no Brasil, por falta de publicidade.

Na continuação pediu vista do caso a Min<sup>a</sup>. Ellen Gracie, posteriormente sucedida pela Min<sup>a</sup>. Rosa Weber, que em 11/11/15 manifestou adesão à conclusão enunciada pelo Min. Joaquim Barbosa. Consignou S. Ex<sup>a</sup>. que a denúncia realizada por ato isolado do Executivo seria incapaz de produzir efeitos no direito interno, mas não deixou de enfatizar que “ *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* ”.

Tendo em vista a complexidade da matéria, bem como a formatação, no colegiado, de uma corrente majoritária cuja confirmação poderá resultar na modificação de uma prática até aqui consolidada no plano das relações exteriores do Brasil, também pedi vista, para depurar o convencimento pessoal no tema.

2 . Assim como os demais Ministros que já votaram, também não vejo credibilidade na preliminar que recusa valor normativo ao ato atacado. Como visto, o Decreto 2.100/96 foi editado para comunicar a data em que deixaria de vigorar, no direito interno, a Convenção 158/OIT, o que evidencia sua clara pretensão derogatória. Não obstante o sentido negativo que os caracteriza, também os atos de revogação materializam fontes de inovação primária na ordem jurídica, e por isso estão igualmente expostos aos meios de fiscalização de constitucionalidade em abstrato. Assim, não há óbice ao conhecimento da ação.

3 . Indaga-se, aqui, qual trajetória institucional deve ser percorrida para que um tratado internacional, devidamente incorporado ao ordenamento brasileiro, deixe de produzir efeitos em nosso direito interno, em hipótese de denúncia. Poderia o Presidente da República, isoladamente, manifestar o propósito de desligamento no cenário internacional, encarregando-se, igualmente por ato próprio, de dar consequências internas a essa decisão? Ou seria necessário que, antes de exercer eventual denúncia, recebesse ele o aval do Congresso Nacional, tal como acontece na incorporação dos tratados ao ordenamento?

Como cuidaram de ressaltar os votos já proferidos, não há, no texto constitucional, uma solução ostensiva para esse problema. Em linguagem breve, os arts. 49, I, e 84, VIII, da CF/88 estabeleceram o seguinte:

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

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 expresso, 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)

No voto-vista proferido nestes autos, o Ministro Jobim corroborou essa compreensão. Na visão de S. Ex<sup>a</sup>., o art. 84, VIII, da Constituição Federal teria garantido ao Executivo papel de acentuada predominância no processo de celebração de tratados. A essa primazia concorreriam as funções de iniciar as tratativas internacionais, de negociar os termos de eventuais acordos e, principalmente, de torná-los exigíveis em domínio internacional. Este último aspecto seria crucial: a decisão de admitir determinado tratado no plano interno estaria inteiramente compreendida no juízo político de conveniência e oportunidade do Presidente da República. Tal característica, admitida como sílaba tônica do desenho institucional brasileiro, levou o Min. Jobim a deduzir silogismo favorável à atuação unilateral do Presidente da República, que se estrutura nas seguintes premissas: (a) as prerrogativas políticas do Congresso Nacional, no contexto das relações internacionais, são exercidas em caráter meramente reativo (aprovar, rejeitar, fiscalizar, etc); (b) a necessidade de consentimento prévio é uma característica que destoa das linhas gerais do sistema, e, por isso, depende de previsão expressa; e (c) no silêncio da Constituição, a interpretação deve prestigiar a atuação exclusiva do Presidente da República na denúncia de tratados.

4 . É indiscutível que o Poder Executivo ocupa posição de destaque na geometria institucional das relações exteriores. Ele é - e sempre foi, aqui e na grande maioria das democracias modernas -, a instância responsável pela representação do país na comunidade internacional, estando à frente das atividades de chancelaria (art. 84, VII), em especial daquelas envolvam a celebração de tratados internacionais, que, pela sua relevância, ganharam fundamento constitucional próprio (art. 84, VIII).

A concentração das responsabilidades pela política externa na instância executiva, além de influenciada por razões históricas, atendeu também a aspectos técnicos. Entre os especialistas na matéria tem força, ainda hoje, a ideia de que a política externa possui especificidades que justificariam alguma medida de alheamento em relação à política doméstica. O caráter ressaltadamente partidário do jogo político interno, com suas fortes colorações locais, não deveria contaminar a gestão dos assuntos externos do país. Para os que pensam assim, o êxito nas tratativas internacionais,



sobretudo em bancadas multilaterais, pressuporia a habilidade de leitura do contexto geopolítico em sua inteireza, algo que só seria possível pela via de um interlocutor único, representado, naturalmente, em agentes do Executivo. A socialização das decisões sobre o destino da política exterior com o parlamento, além de configurar uma séria desvantagem em termos estratégicos, poderia provocar um pernicioso retardamento das negociações, prejudicadas que ficariam pelos demorados trâmites legislativos.

A conjunção dos fatores mencionados – (a) especificidade da política exterior, (b) sucinta positivação constitucional da distribuição de poderes na matéria e (c) opiniões legais emitidas por grandes internacionalistas brasileiros – colaboraram para justificar uma espécie de deferência consuetudinária em favor da atuação expansiva do Poder Executivo na condução da política externa, circunstância que fortaleceu naturalmente a autoridade do Poder Executivo para o exercício unilateral da denúncia de tratados internacionais, mesmo sem sinalização clara a respeito dessa possibilidade no texto da Constituição Federal.

Embora tenha adquirido certa estabilidade, essa prática esteve longe de desfrutar de aceitação consensual, tendo enfrentado uma incessante oposição em sede doutrinária. Entre os talentos jurídicos que lhe prestaram antagonismo estão nomes como os de Pontes de Miranda (“Comentários à Constituição de 1967”, v. III, p. 109), Pedro Dallari (“Constituição e tratados internacionais”, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 117) e Arnaldo Sussenkind (“Convenções da OIT, São Paulo, LTR edit., 1994, pp. 40-41), que inclusive exarou parecer nos autos desta ação. Em comum, todos eles argumentaram com raciocínio que ficou conhecido na doutrina como “princípio do ato contrário”. Trata-se de crítica bastante intuitiva à atuação unilateral do Presidente da República na denúncia de tratados. O que ela preconiza é que, tal como a incorporação, a exclusão de um determinado tratado internacional do ordenamento jurídico interno deveria constituir um ato complexo, executado pelo Presidente da República, mas sempre com a autorização do Poder Legislativo. Sem essa aprovação, ter-se-ia uma excentricidade no plano da hierarquia das fontes normativas, já que um ato, que pela Constituição tem força equiparada à de lei, poderia ser desconstituído segundo os interesses exclusivos de uma única autoridade. Ao invés de justificar uma prerrogativa unilateral em favor do Poder Executivo, o postulado da separação de poderes infirmaria essa possibilidade, já que a Constituição Federal não conceberia qualquer

hipótese de atuação isolada do Presidente da República na edição de atos jurídicos com força de lei, exigindo, mesmo para medidas provisórias ou leis delegadas, a participação do Congresso Nacional.

É basicamente essa a tese subscrita por esta ação direta de inconstitucionalidade, e que conta, até aqui, com o acolhimento do Ministro Relator e de mais três votos.

5 . Realmente, o protagonismo do Presidente da República na promoção das relações exteriores do país não o investe, só por isso, numa espécie de autoridade desconstitutiva especial, capacitando-o a revogar, a qualquer tempo, e pela só manifestação de sua vontade individual, ato normativo que tenha sido incorporado ao nosso direito interno, com alcance geral e abstrato, em decorrência da celebração de tratados internacionais. Como se sabe, a reiterada jurisprudência do STF (RE 80.004, Min. Cunha Peixoto, RTJ 83/809-848; PPex 194, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 04.04.97, RTJ 177/43; Ext 795, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 06.04.01), é no sentido de que os tratados e convenções internacionais de caráter normativo, "(...) 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", inclusive para efeito de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade (STF, ADI-MC 1480-3, Min. Celso de Mello, DJ de 18.05.2001), com eficácia revogatória de normas anteriores de mesma hierarquia com eles incompatíveis ( *lex posterior derogat priori* ). Aliás, após a Emenda Constitucional 45/2004, essas fontes normativas internacionais alçam-se até à estatura constitucional, quando dispõem sobre direitos humanos e são aprovadas em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros das Casas do Congresso Nacional (art. 5º, § 3º da Constituição). Relativamente aos demais tratados sobre direitos humanos, que não atenderam a esses requisitos, o Tribunal lhes atribui, mesmo assim, a hierarquia de norma supralegal, com eficácia de paralisar a aplicação das normas legais em sentido diferente (RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 5/6/09; RE 349.703, Min. Gilmar Mendes, DJ de 5/6/09). Nesse contexto, a ratificação é a etapa derradeira na processualística de internalização de tratados, com significado peculiar, e constitui, ninguém haverá de contestar isso, competência inalienável do Presidente da República, que pode exercê-la com ampla discricionariedade. Pode, inclusive, como sobejamente acentuado pelo Min. Jobim, recusar-se o Presidente a ratificar um acordo, mesmo quando ele mesmo o tenha celebrado. Isso não está dito em nenhuma passagem da Constituição Federal, mas deve-se, segundo a dogmática ainda prevalecente (ver, nesse

sentido, o RE 71.154, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, DJ de 27/8/71), a um mecanismo de preservação da soberania da República do Brasil, na qual se pratica o que se chama de “dualismo moderado”, que submete ao crivo de autoridades nacionais a aprovação de tratados internacionais.

Mas, assim que ratificado, o tratado só passará a ter a força normativa de vincular outros poderes da República, bem como os indivíduos e destinatários em geral, por ter obtido o beneplácito do Congresso Nacional, exercido na forma de referendo. O sufrágio da maioria, embora temporalmente anterior ao Decreto Presidencial de ratificação, é a condição elementar mais marcante e decisiva para que os tratados adquiram plena exigibilidade no domínio interno. Isso não decorre diretamente de nenhuma característica explícita do modelo de divisão de funções relativas à política exterior, mas da inegável mensagem normativa embutida no postulado da legalidade (art. 5º, II, da CF), que, em nome da soberania popular, só consente com a criação de novas obrigações, gerais e abstratas, no âmbito interno, quando estejam elas enunciadas por lei em sentido formal ou, no caso dos tratados, em sentido material. Trata-se de preceito que dá concreção, em nosso sistema, ao princípio da maioria, de íntima conexão com a forma de governo democrática. Essa, segundo penso, é a razão mais forte para a solução deste caso.

6 . É absolutamente previsível que o Presidente da República, como chefe de Estado, seja o elo oficial habilitado para conduzir as relações da República do Brasil com outras nações e para com elas articular os termos de obrigações mútuas, assumidas em documentos internacionais, tenham eles a natureza que tiverem (tratados-lei ou tratados-contrato). Por outro lado, causa indiscutível estranhamento admitir que o Presidente da República, como chefe de um governo eminentemente democrático, venha a dispor de poderes para interferir livremente na realidade do direito interno, ainda que tenha este se consolidado mediante gênese singular, típica de tratados. No Estado Democrático de Direito, a incorporação, tanto quanto a revisão ou a revogação de tratados, manifesta-se por uma sequência de ações institucionais coordenadas, mas jamais por atos pessoais isolados. Somente será concebível que o Presidente da República tenha autoridade para, unilateralmente, estatuir obrigações, quando possuírem elas amplitude restrita, endereçadas que sejam às unidades do poder público sob sua direção superior, hipótese em que age ele na chefia da administração (art. 84, XX, da CF). Fora dessas hipóteses, e também das exceções transitórias contempladas no art. 25 do ADCT, parece não haver fundamento constitucional para que o Presidente da República atue, nesse

domínio, como titular de competências tipicamente legislativas, nem muito menos que se lhe reconheça, por uma condescendência histórica praticada no universo das relações exteriores, a faculdade de capturar para sempre essas competências.

Tudo indica, aliás, que é também esta a visão que está à raiz de um outro dissídio crônico do nosso direito internacional – que não está em debate nessa oportunidade, mas que é conexo ao tema aqui tratado –, relativo à viabilidade constitucional da celebração do que se chama de “acordos executivos” internacionais, ou acordos aprovados por modo abreviado, que são aqueles firmados apenas por autoridades do Executivo, sem qualquer chancela do Congresso Nacional. Tendo em vista que também essa faculdade não está capitulada entre as competências privativas do Presidente da República, é de se considerar que somente acordos veiculadores de obrigações de impacto financeiro irrelevante e destinadas a órgãos do próprio Poder Executivo – como aquelas que viabilizam troca de informações, por motivos de cooperação técnica, ou protocolos diplomáticos específicos –, poderiam ser aprovadas sem o crivo do Parlamento. Não há qualquer razão de Estado, ínsita às relações exteriores, tais como a indispensável celeridade dos acordos realizados nessas arenas, que possa justificar licenciosidade mais dilatada em prol do Executivo.

No particular, é de todo pertinente aludir a uma passagem de texto da lavra autorizada do Ministro Francisco Rezek. Embora reconheça a possibilidade de denúncia unilateral de tratados pelo Presidente da República – potestade que, segundo ele, também acudiria ao Congresso – o Ministro Rezek é crítico renhido da possibilidade de celebração de “acordos executivos” no Brasil, o que está espelhado nas seguintes ponderações, em que rejeita efusivamente argumentos clássicos lançados pelos defensores da validade deste tipo de atuação presidencial:

“A Constituição brasileira vigente diz ser da competência exclusiva do Congresso Nacional ‘resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional’, sendo que, ao Presidente incumbe ‘celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional’.

A Carta não inova substancialmente por mencionar encargos, etc: não há compromisso internacional que não os imponha às partes, ainda que não pecuniários. Ela preserva, ademais, a redundância terminológica, evitando qualquer dúvida sobre o propósito

abrangente do constituinte. Uma exegese constitucional inspirada na experiência norte-americana – e em quanto ali se promoveu a partir da compreensão restritiva do termos *treaties* –, se não de todo inglória no Brasil republicano anterior, tornou-se agora (ou mais exatamente desde o regime constitucional de 1967-1969) impensável). Concedendo-se, pois, que tenha Accioly abonado, a seu tempo, uma prática estabelecida *extra legem*, é provável que tal prática, na amplitude que tenciona convalidar acordos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar, não se possa hoje defender senão *contra legem*.

Muitas vezes se viu tratar a prática dos acordos executivos como uma imperiosa necessidade estatal, a ser escorada, a todo preço, pela doutrina. Os argumentos metajurídicos que serviram de apoio a essa tese enfatizavam a velocidade com que se passam as coisas na política internacional contemporânea, diziam da importância das decisões rápidas, enalteciam o dinamismo e a vocação simplificadora dos governos deplorando, por contraste, e, finalmente, a lentidão e a obstrutiva complexidade dos trabalhos parlamentares. Não se sabe o que mais repudiar nesse repetido discurso, se o que tem de frívolo ou o que tem de falso. O suposto ritmo trepidante do labor convencional, nas relações internacionais contemporâneas, seria fator idôneo à tentativa de inspirar o constituinte, nunca à pretensão de desafiá-lo. Por outro lado, é inexata e arbitrária a assertiva de que os parlamentos, em geral, quando vestidos de competência para resolver sobre tratados, tomem nisso maior tempo regular que aquele dispendido pelos governos – também em geral – para formar suas próprias decisões definitivas a respeito, mesmo que não considerando o período de negociação, em que agentes destes – e não daqueles – já conviviam com a matéria em processo formativo. Toda a pesquisa por amostragem permitirá, neste país, e não apenas nele, concluir que a demora eventual do Legislativo na aprovação de um tratado é companheira inseparável da indiferença do próprio Executivo em relação ao andamento do processo; e que o empenho real do governo pela celeridade, ou a importância da matéria, tendem a conduzir o parlamento a prodígios de expediência.” (REZEK, Francisco. Parlamento e tratados: o modelo constitucional do Brasil. In Revista Brasília, <sup>a</sup> 41, n. 162, abr./jun. 2004, p. 130)

As observações fazem todo o sentido, seja qual for o contexto em que se apliquem – incorporação ou revogação de tratados. Da mesma forma que a celeridade não é um argumento consistente para justificar possa o Presidente da República, por ato exclusivo, criar obrigações normativas gerais e abstratas no plano interno, não há motivo algum inerente às relações internacionais que possa justificar a autoridade do Presidente para

decidir, por iniciativa solitária, qual o destino de uma realidade normativa consolidada no direito interno. Frise-se: o Executivo é instância com tirocínio institucional para administrar as relações exteriores do país, mas não para avaliar a subsistência, no plano doméstico, dos direitos e obrigações decorrentes de eventuais tratados, porque isto já não é matéria sujeita a flutuações de conveniência ou oportunidade, sobre a qual lhe caiba dispor indeterminadamente, mas um compromisso jurídico de cidadania, afirmado pelo Estado brasileiro não apenas com outras nações, mas com seus súditos e, eventualmente, com os estrangeiros encontrados no seu território.

Trata-se de noção axiomática em nosso sistema de direito, que não comporta capitulações em função da peculiar tipologia normativa dos tratados. Independentemente das singularidades dessas fontes, quando impliquem elas consequências normativas próprias de lei - a saber, veiculando (a) obrigações que acarretem encargos ou compromissos gravosos para o país, mesmo que a cargo do Poder Executivo; (b) obrigações para outros poderes da República; (c) ou normas que interfiram diretamente na situação subjetiva de particulares, seja por modificar as relações jurídicas entre estes ou por criar direitos/obrigações a serem observados pelo Estado -, em todas essas situações, só pode o Estado brasileiro prover a revogação dessas normas com o consentimento do parlamento, seja ele diferido (art. 59, V, da CF), excepcionalmente delegado (art. 59, IV, da CF), ou exercido em instrumento próprio pelo Congresso Nacional (art. 59, VI, da CF).

Diversamente, portanto, do que sustentado pela divergência, o modo sucinto pelo qual a Constituição Federal verbalizou a distribuição de poderes nas relações internacionais brasileiras não traduz silêncio eloquente, capaz de superficializar a missão do Legislativo no tema, nem muito menos de cassar a sua palavra quanto a deliberações estatais que, por qualquer dos motivos acima alinhavados, estejam sob o resguardo da regra geral da legalidade. Nem o laconismo das disposições constitucionais, nem tampouco a previsão específica de denúncia nos instrumentos internacionais poderiam conduzir a uma verdadeira erosão das competências exclusivas do Poder Legislativo. A previsão expressa da denúncia no corpo de um tratado, exigida como regra geral para o exercício dessa faculdade pela Convenção de Viena (art. 56 da Convenção, promulgada pelo Decreto 7.030/09), é cláusula de efeito isolado, que adquire significação no contexto internacional, mas que não sobrepuja a autoridade de regras centrais do direito interno, como a que exige o beneplácito parlamentar para aprovação e a revogação de leis.

6. Além disso, hoje também sofrem severa contestação doutrinária as razões técnicas antes referidas, que postulariam uma certa autonomia da política exterior, favorecendo a capacidade institucional do Poder Executivo para concentrar diversas decisões sobre o tema, inclusive aquelas referentes à denúncia de compromissos internacionais já internalizados. Um dos motivos que ensejariam essa significativa releitura, já considerado na inicial e em alguns dos votos proferidos, diz respeito à amplitude e à versatilidade adquiridas pelo direito internacional. Com a proliferação de documentos capazes de interferir cada vez mais sobre os direitos dos indivíduos, os especialistas passaram a considerar que a política externa adquiriu consequências distributivas próximas às da política doméstica, num fenômeno de convergência que justificaria uma participação mais assertiva por parte do Poder Legislativo nesse particular, como ilustrado no seguinte magistério:

“Do ponto de vista da teoria democrática contemporânea, vale argumentar, ademais, que o insulamento burocrático do Itamaraty não é desejável, em função de seus altos riscos externos. Como afirma Lima (2000), não procede a postulação realista de uma distinção ontológica entre política externa e demais políticas públicas. No contexto da pluralização da agenda da política externa e da conseqüente produção de efeitos distributivos, no nível doméstico, pode-se assinalar que, se a política externa é uma política pública em seus efeitos, ela deveria sê-lo também em sua produção (representatividade) e em seu controle (responsabilização). Daí, importa indagar sobre o lugar do Poder Legislativo na política externa brasileira, considerando ser ele o poder constituído por meio do método representativo democrático, portador das funções de representar cidadãos, de legislar e de fiscalizar os atos e as omissões do Poder Executivo.

Dadas tais atribuições, pode-se afirmar que a minimização dos riscos externos na condução da política externa brasileira está positivamente associada à ampliação da assertividade do Poder Legislativo na matéria.” (ANASTASIA, Fátima; MENDONÇA, Christopher; e ALMEIDA, Hugo. Poder Legislativo e Política Externa no Brasil: jogando com as regras, in Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol. 34, n. 2, jul/dez. de 2012, pp. 287/288)

Maria Regina Soares de Lima veicula opinamento semelhante:

“A globalização, no sentido amplo de internacionalização da economia e de diversos fenômenos sociais, fomenta a superação da

fronteira interno/externo e, conseqüentemente, a internacionalização da agenda doméstica, com a incorporação à esfera da decisão legislativa de questões de política externa, questões que previamente estavam restritas ao Executivo. A integração à economia internacional e a abertura econômica contribuem para a politização da política externa em vista dos impactos distributivos internos da maior participação no comércio internacional, uma vez que em uma economia aberta há ganhos e perdas diferenciados frutos de decisões e negociações internacionais. A economia global estimula a criação de redes de intercâmbio entre cidades e estados de diferentes países. A formação dessas novas redes federativas questiona a tradição constitucional latino-americana calcada na maior autonomia do Executivo na condução da política externa. Por seu turno, a liberalização política também pode fomentar a politização da política externa, tendo em vista sua maior exposição ao escrutínio público. Dessa forma, tanto a internacionalização econômica quanto a liberalização política desafiam o processo tradicional de formação da política externa. Afinal, onde estará o interesse nacional quando a ação do Estado tem conseqüências distributivas domésticas?"

(LIMA, Maria Regina Soares de. Instituições democráticas e política exterior, in Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, jul/dez. de 2000, pp. 287/288)

Mais do que isso. Há quem considere que uma participação mais incisiva dos parlamentos na incorporação ou na revogação de tratados, ao revés de se provar uma dificuldade, é uma característica do direito interno que pode significar um incremento no grau de confiabilidade dos compromissos assumidos, revelando-se, na verdade, como um trunfo adicional nas negociações. Este entendimento, sustentado por alguns cientistas políticos na atualidade, tem derivação da "teoria dos jogos de dois níveis", cuja formulação é atribuída a Robert Putnam, como também esclarece Maria Regina Soares de Lima:

"De um ângulo que claramente enfatiza a dimensão causal da política doméstica na formação da política internacional e a necessidade de se integrar teoricamente os níveis de negociação internacional e da ratificação doméstica, está a contribuição de Putnam (1988) e seu modelo dos jogos de dois níveis. A solução cooperativa de qualquer negociação internacional requer que se superponham as respectivas estruturas dos ganhos domésticos dos parceiros. O modelo de Putnam pressupõe um problema de cooperação entre Estados e uma ordem poliárquica, uma vez que o sucesso da negociação internacional depende das expectativas de cada



um dos parceiros com respeito aos resultados do processo de ratificação interna do outro. A novidade do jogo de dois níveis é não apenas introduzir a causalidade doméstica na explicação de resultados internacionais, mas apontar para a necessidade da ratificação interna de compromissos internacionais, quando estes envolvem questões distributivas no plano doméstico, gerando custos internos que levam à mobilização dos atores afetados, positiva e negativamente, o que empurra para a esfera pública a discussão da política internacional.”

(LIMA, Maria Regina Soares de. Instituições democráticas e política exterior, in Contexto Internacional, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 2, jul/dez. de 2000, p. 276)

Essas ponderações, se não desmentem prontamente, pelo menos mitigam a validade da compreensão mais conservadora a respeito do tema – que entusiasma o modelo de articulação por interlocutores únicos – e incrementam ainda mais as considerações que já se fizeram neste julgamento a respeito da indelegabilidade e imprescritibilidade da competência do Poder Legislativo para decidir a respeito da vigência, no direito interno, de obrigações e direitos nascidos de tratados internacionais. A previsibilidade da participação dos órgãos legislativos, ao invés de se mostrar desnecessariamente tumultuária das negociações internacionais, é vista agora com mais simpatia, por funcionar, ao fim e ao cabo, como uma espécie de fiança de cumprimento de acordos entre nações. É preciso prestigiar essa realidade de coisas, o que é mais um motivo relevante para rechaçar a consolidação, na figura do Presidente da República, de uma quase ilimitada potestade abdicativa dos tratados denunciáveis.

7 . 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<sup>a</sup>. 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 achegas 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.

Plenário Virtual - minuta de voto - 19/05/2023