

03/06/2009

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.625-3 UNIÃO FEDERAL

V O T O - V I S T A

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - (Relator):

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores - CUT contra o Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, aprovada e promulgada, respectivamente, pelo Decreto legislativo nº 68/1992 e Decreto nº 1.855/1996.

Preliminarmente, a Corte não conheceu da ação em relação à requerente Central Única dos Trabalhadores. No mérito, o relator, ministro Maurício Corrêa, considerou a imprescindibilidade da intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral de tratados. Em sua visão, a competência outorgada ao Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados" incluiria não apenas "a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão". Assim, somente outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento jurídico brasileiro os tratados, pois, em caso contrário, conceder-

se-ia ao Presidente da República a prerrogativa de "derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei por esse último aprovado". Do mesmo modo que a aprovação de tratados seria um ato complexo, a sua denúncia também o seria, devendo intervir o Parlamento. O voto de Sua Excelência concluiu pela declaração de interpretação conforme ao Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, para 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. O voto foi acompanhado pelo ministro Carlos Britto.

Em seguida, o ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos e concluiu no sentido da improcedência da ação direta. Segundo o ministro Jobim, uma leitura do princípio da separação de poderes do modo com que se desenvolveu no Brasil levaria à conclusão de que o Presidente da República pode denunciar tratados sem a intervenção do Congresso Nacional, aliás, como tem feito há décadas.

Pedi vista dos autos para uma melhor reflexão.

Antes de mais nada, é preciso lembrar que a presente ação direta de inconstitucionalidade possui forte relação com outra ação direta julgada por esta Corte: a ADI 1.480, cujo relator foi o eminente ministro Celso de Mello. Na ADI 1.480 discutiu-se a constitucionalidade do Decreto que incorporou ao direito brasileiro a Convenção 158 da OIT, que versava sobre o tema da despedida arbitrária. Por

ocasião do julgamento da medida cautelar, o Tribunal, por maioria de votos, decidiu atribuir interpretação conforme ao texto da Convenção para entender que suas disposições não gozavam de auto-aplicabilidade. Antes, contudo, de ser apreciado o mérito da ação, o Governo Brasileiro procedeu à denúncia da dita Convenção na Organização Internacional do Trabalho, dela dando publicidade por meio do Decreto 2.100/1996. O ajuizamento da presente ação direta se insere exatamente nesse contexto. É de se lembrar, ainda, que após a denúncia da Convenção pelo Governo Brasileiro, o ministro Celso de Mello julgou extinta a ADI 1.480, baseando-se na sólida jurisprudência desta Corte de que os atos normativos objeto da ação direta - no caso, os decretos legislativo e executivo envolvidos no ato de incorporação da Convenção 158 ao ordenamento jurídico brasileiro - já haviam perdido sua eficácia.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO DO CASO

Como é de conhecimento geral, nenhuma de nossas Constituições tratou explicitamente do tema relativo à denúncia de tratados internacionais. Em verdade, as Constituições brasileiras costumam dedicar poucos dispositivos àquilo que foi originalmente chamado por Mirkine-Guetzevitch como sendo o Direito Constitucional Internacional. Essa omissão, no entanto, não impediu que os

poderes constituídos desenvolvessem uma prática acerca do tema.

Em 1926, Clovis Bevilaqua, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, foi indagado sobre a necessidade de a denúncia do tratado constitutivo da Sociedade das Nações ser submetida ao Congresso Nacional. Em um minucioso estudo, Bevilaqua respondeu que o assentimento parlamentar era desnecessário. O seu principal argumento apoiava-se no fato de que o próprio tratado que se pretendia denunciar continha uma cláusula que possibilitava a denúncia. Se assim o era, no momento em que o Congresso Nacional teria consentido com a futura ratificação do tratado teria autorizado, também, uma futura denúncia. E, como cabe ao Presidente da República todas as funções de execução do tratado, a denúncia seria apenas uma aplicação do conteúdo do tratado. Segundo o próprio Bevilaqua, um ato "meramente administrativo" (*in* BEVILAQUA, Clovis. *Denúncia de tratado e saída do Brasil da Sociedade das Nações*. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol. II (1913-1934). Brasília: Senado Federal, 2000, p. 347-354).

Embora o parecer de Bevilaqua se refira a uma denúncia específica em um contexto histórico determinado, muitos doutrinadores consideram-no como o início da prática desenvolvida pelo Poder Executivo de denunciar o tratado

sem qualquer intervenção parlamentar, prática essa que perdura até os dias de hoje e que motivou, inclusive, a presente ação direta.

Cumpra saber se essa prática há de ser corroborada, levando em conta o advento da Constituição de 1988 que, saliente-se novamente, também é omissa sobre o tema da denúncia de tratados internacionais.

Com efeito, o art. 49, I, estabelece que compete exclusivamente ao Congresso Nacional

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

Por sua vez, o art. 84, VIII, estabelece, dentre as competências privativas do Presidente da República:

"VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional"

Se é verdade que tais disposições não são explícitas ao admitir a participação do Congresso Nacional na denúncia dos tratados, também não o são quanto a uma possível vedação.

Ante tal impasse, parece mais produtivo analisar o papel que o Congresso Nacional exerce historicamente na processualística dos tratados internacionais do que confinar-se numa tentativa de interpretação literal.

Como é sabido, a Constituição dos Estados Unidos comparte o chamado *treaty-making power* entre o Presidente e um dos órgãos do parlamento: o Senado. Esse compartilhamento se traduz na expressão "aconselhamento e consentimento" (*advice and consent*). Ou seja, o Presidente pode celebrar tratados com o aconselhamento e consentimento do Senado. Ao analisar tratados, o Senado americano sempre se resguardou o direito de, realmente, aconselhar o Presidente em matéria de tratados, o que implica até mesmo a aprovação condicionada ao Executivo apresentar reservas ou declaração interpretativas a tratados. Temos aqui, no contexto norte-americano, uma clara demonstração daquilo que Madison qualificou de "*independent institutions sharing Power*".

A Constituição brasileira de 1891, decisivamente influenciada pela Constituição norte-americana, compartilhou o *treaty-making power* entre o Presidente e todo o Congresso, aí se incluindo a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. A forma escolhida não foi propriamente o "aconselhamento e consentimento", mas o "resolver definitivamente". Tal fórmula, como já afirmado, permanece até os dias de hoje.

Na história constitucional brasileira, há precedentes que demonstram que o Congresso Nacional não se limita apenas a aprovar ou reprovar um tratado. A aprovação pode acontecer com ressalvas, o que obrigará o Presidente

da República a condicionar o seu consentimento no plano internacional, apresentando uma reserva, caso seja ela possível. Durante a vigência da Constituição de 1988, há um exemplo recente: o Tratado de Extradicação entre Brasil e Coréia, aprovado pelo Congresso com ressalva de um dispositivo, por meio do Decreto Legislativo nº 263, de 28 de dezembro de 2000. Na prática do Poder Legislativo também há casos de o Congresso emendar tratados internacionais.

Em 1962, em um parecer bastante circunstanciado, Haroldo Valladão, então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores, defrontou-se com a questão de saber se poderia o Congresso Nacional emendar tratados internacionais. No caso, o parlamento havia aprovado um tratado celebrado pelo Brasil e pela Tchecoslováquia com o acréscimo de uma expressão. Citando a prática norte-americana sobre o assunto e vários doutrinadores importantes, Valladão concluiu que o Congresso estaria atuando dentro de sua prerrogativa constitucional. Mais que isso, afirmou que o acontecido constituía, "de fato, uma cooperação útil e, verdadeiramente construtiva" (VALLADÃO, Haroldo. "Conceito moderno de ratificação dos tratados e convenções, democrático, originário do Direito Internacional americano - Possibilidade, para o órgão do Poder Legislativo que resolve sobre o tratado assinado pelo Executivo, de apresentar emendas, constitutivas de reservas que poderão ser apresentadas ao outro Estado contratante

quando da ratificação, e se por este aceitas integrarão definitivamente o ato internacional, sem necessidade de volta do mesmo ao Legislativo - Cooperação construtiva entre o Legislativo e o Executivo na apreciação dos atos internacionais". In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz (org.). *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*. Vol. VI (1961-1971). Brasília: Senado Federal, 2002, p. 88).

Aparentemente, o parecer de Valladão foi acatado e o Poder Executivo não protestou contra a atitude do Congresso Nacional: propôs à Tchecoslováquia a emenda, o que foi aceito pelo Estado estrangeiro. O tratado não precisou retornar ao Congresso para nova deliberação.

Embora exemplos como esses não sejam propriamente comuns, eles fazem crer que o papel do Legislativo na história constitucional brasileira está muito além de uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados.

O papel do Congresso Nacional na processualística dos tratados internacionais tende muitas vezes a ser visto erroneamente apenas como um mecanismo de controle sobre as atividades do Poder Executivo. Não estranhamente, parece ter sido Alexander Hamilton quem melhor entendeu que o Parlamento (no caso dos Estados Unidos, o Senado) possui uma dúplice função na processualística dos tratados internacionais. Em seu artigo

denominado: *A faculdade do Executivo de celebrar tratados (O Federalista, LXXV)*, Hamilton, ao analisar os argumentos contrários à repartição de poderes entre Presidente e Senado no tema dos tratados, procurava estabelecer, antes de mais nada, a verdadeira necessidade de parlamento e executivo agirem conjuntamente para a vinculação definitiva do Estado a um tratado internacional. Segundo o raciocínio de Hamilton, o tratado possuía tantas peculiaridades que não faria sentido deixá-lo nas mãos de apenas um dos poderes. Para ele:

"As qualidades que enumeramos em outro ponto como indispensáveis para conduzir as negociações com o estrangeiro assinalam o Executivo como o melhor agente para essas gestões, enquanto que a grande importância deste encargo e a eficácia semelhante às leis que possuem os tratados, falam com grande força a favor da participação de todo o corpo legislativo, ou de uma parte dele, na função de celebrá-los". (HAMILTON, Alexander. *A faculdade do Executivo de celebrar tratados (O Federalista, LXXV)*. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista (Um comentário à Constituição Americana)*. Trad. Reggy Zacconi de Moraes. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1959, p. 302)

Somente em seguida a essa caracterização é que Hamilton passava a defender a presença dos dois poderes por uma razão de controle mútuo.

O raciocínio de Hamilton parece impecável porque demonstra com clareza que a função do Parlamento na processualística dos tratados é, antes mesmo de controlar

as atividades do Executivo, juntar-se a ele para praticar um ato que somente por uma dos poderes não poderia, por verdadeira impossibilidade, ser praticado.

A interação entre Parlamento e executivo no tema do *treaty-making power* parece clara. Cabe indagar, no entanto, se a mesma interação acontece, ou deve acontecer, em relação ao chamado *treaty-terminating power*, ou seja, o poder de extinguir os tratados. A resposta há de ser afirmativa por uma série de razões.

2. O FORTALECIMENTO DO PAPEL DO PARLAMENTO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988, ESPECIALMENTE NO CAMPO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

É indiscutível que a Constituição de 1988 fortaleceu enormemente o papel do Poder Legislativo em diversos campos, como, por exemplo, no que se refere à fiscalização da atuação de órgãos estatais e à investigação de fatos. Em um regime constitucional que fortaleceu sobremaneira o papel do parlamento, parece inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretenda dele retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito. Ao contrário, a existência de um regime que conta com um parlamento forte milita contra as presunções de papel reduzido do Poder legislativo na processualística dos tratados internacionais.

E não se pode esquecer que um parlamento forte significa, essencialmente, que as minorias possam se expressar sobre os mais diferentes assuntos. Os blocos de oposição ao partido majoritário precisam também ter uma voz relevante na processualística dos tratados internacionais (SABIS, Christopher C. Congress and the treaty power: an originalist argument against unilateral presidential termination of the ABM treaty. *Denver Journal of International Law and Policy*. Denver. Vol. 31, 2002, p. 256.). A Constituição de 1988 e a própria jurisprudência desta Corte buscaram ampliar ao máximo as possibilidades de as minorias atuarem. É contraditório que não se permita ouvir a voz das minorias também na denúncia de tratados internacionais.

Para além disso, parece que a Constituição de 1988, ao estabelecer de maneira sistemática, pela primeira vez em nossa história constitucional, princípios que regem as relações exteriores do Brasil no art. 4º, reforçou o papel do Parlamento em matéria de política exterior.

O impacto do art. 4º na alteração da condução da política externa brasileira parece não ter sido percebido com toda a intensidade pelo Legislativo e pelo próprio Poder Judiciário. A Constituição de 1988, de maneira original, estabelece uma pauta clara de princípios ou valores que devem ser buscados pela política externa. Ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário cumpre não só a

faculdade, mas o dever de zelar por tais princípios. E impedir que o Congresso delibere sobre a denúncia de um tratado internacional, parece, obstrui enormemente a realização desse dever constitucional.

Trago um exemplo para demonstrar o argumento de que o art. 4º necessita ser realizado pelo Poder Legislativo. Imagine-se que o Poder Executivo decida, sem a consulta dos outros poderes, denunciar a Carta constitutiva da Organização das Nações Unidas (ONU). Sabe-se que o atual sistema de segurança coletiva mundial está completamente calcado nos preceitos na Carta da ONU, que autoriza o uso da força apenas nos casos de legítima defesa individual ou coletiva ou quando a própria ONU decida que determinada situação concreta exige a intervenção armada. Por mais insólito que possa parecer o exemplo, ele demonstra que a observância do princípio da defesa da paz, disposto no inciso VI do art. 4º, passa também pelo Congresso Nacional, ao impedir uma surreal denúncia unilateral, exercida pelo Executivo, da Carta da ONU.

Mas se o exemplo da Carta da ONU é distante, não parece distante a denúncia de um tratado de direitos humanos. A Convenção 158 da OIT é, inegavelmente, um tratado de direitos humanos, mais especificamente, um tratado que versa sobre a temática dos direitos sociais. O inciso II do mesmo art. 4º da Constituição estabelece a prevalência dos direitos humanos como princípio a guiar as

relações exteriores do Brasil. Sendo assim, indaga-se: seria possível subtrair ao Congresso Nacional o dever de dizer se a denúncia da Convenção 158 da OIT é conforme ou não ao princípio da prevalência dos direitos humanos? A conclusão do Congresso Nacional poderia até ser no sentido de que não há violação entre denúncia e o referido princípio, mas não se poderia dele retirar a prerrogativa de dizê-lo.

Tratarei da questão da Convenção 158 da OIT como tratado de direitos humanos mais adiante. Por enquanto, é importante apenas sublinhar que a Constituição de 1988, ao estabelecer, em seu art. 4º, uma pauta a guiar as relações exteriores do Brasil, incumbiu os demais poderes, e não somente o Executivo, de fiscalizar a atuação da política externa. Impedir, por exemplo, que o Congresso analise o descumprimento de um dos princípios constitucionais pela denúncia de um tratado, seja ele sobre que temática for, significaria esvaziar o art. 4º de todo e qualquer conteúdo útil.

Mas o fortalecimento do papel do Parlamento no Brasil não é um fenômeno isolado.

2.1. Do Direito Comparado

Não é inexpressivo o número de Constituições que tratam do processo da denúncia de tratados internacionais e outorgam ao Poder Legislativo um papel ativo nesse domínio.

A Constituição da Dinamarca de 1915 foi talvez o primeiro texto constitucional a estabelecer a participação parlamentar nos casos de denúncia de tratados. A nova Constituição dinamarquesa, de 1953, manteve tal tradição em seu art. 19 (1).

A Constituição Holandesa, uma das mais avançadas do mundo no que se refere ao tratamento de temas relativos ao direito internacional, também dispõe que a denúncia de tratados precisa contar com o assentimento do Parlamento, nos seguintes termos (art. 91 (1)): "O Reino não deve ser obrigado por tratados nem tais tratados devem ser denunciados sem a aprovação prévia do Parlamento".

A Constituição Espanhola também estabelece, em seu artigo 96 (2) a necessária intervenção do Parlamento (Cortes Gerais) no processo de denúncia de tratados.

Especialmente após a derrocada do sistema socialista, muitas das novas repúblicas do Leste Europeu passaram a dispor sobre o tema e tendem a estabelecer a necessidade de assentimento do Parlamento a fim de que a denúncia possa operar.

Por exemplo, a Constituição da Rússia, em seu art. 106, confere à Duma um papel essencial nas leis que tratam da denúncia de tratados internacionais concluídos pela Federação.

A Constituição do Azerbaijão (art. 109 (17)) dispõe que o Presidente deve submeter ao Parlamento a denúncia de tratados.

O texto constitucional da Estônia prescreve, em seu art. 87 (4), que o Governo nacional submeterá ao Parlamento tratados para futura denúncia.

Na América Latina, essa tendência também tem se manifestado, especialmente em virtude de a Constituição argentina, na reforma constitucional de 1994, ter estabelecido claramente em seu art. 75 (22) e (24) que tratados de direitos humanos e tratados de integração somente podem ser denunciados com a autorização parlamentar prévia.

Mas, antes disso, a Constituição paraguaia de 1992 já prescrevia que a denúncia de tratados de direitos humanos somente poderá acontecer mediante o procedimento estabelecido para a aprovação de emendas constitucionais - procedimento esse que envolve o Parlamento.

Também o art. 57 da Constituição do Peru de 1993 dispõe que os tratados que foram aprovados pelo Parlamento devem ser a ele submetidos previamente no caso de denúncia.

A Constituição chilena de 1980, reformada em 2005, em comparação com o texto original, outorga um papel mais destacado ao Parlamento no processo de denúncia. Assim, o art. 50 (1) prevê que o Presidente da República pedirá a opinião das Câmaras do Congresso no caso de

denúncia de tratado que tenha sido aprovado pelas mesmas Câmaras.

Até mesmo sistemas que de longa data permitem a denúncia unilateral por parte do Executivo têm mostrado sinais de esgotamento, abrindo possibilidades para um papel mais destacado do Legislativo no *treaty-terminating power*. O caso dos Estados Unidos parece exemplar.

Como bem lembra Louis Henkin, tradicionalmente o Presidente dos Estados Unidos tem invocado, com base na competência para a condução das relações exteriores, a autoridade para extinguir tratados, embora a Constituição americana nada fale sobre extinção ou uma de suas formas específicas, a denúncia (HENKIN, Louis. *Foreign affairs and the US Constitution*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1996, p. 211-212).

Essa prerrogativa presidencial, contudo, tem sido veementemente desafiada por parte do Congresso americano. No ano de 1979 alguns congressistas americanos contestaram a denúncia por parte do Presidente Jimmy Carter de um tratado com Taiwan perante a Suprema Corte no caso que ficou conhecido como *Goldwater v. Carter*, 444 U.S. 996 (1979). O argumento principal era de que a denúncia, conduzida unilateralmente, tinha retirado dos congressistas seu papel constitucional no que diz respeito a uma alteração na "supreme law of the land", expressão utilizada na Constituição para se referir à força dos tratados

incorporados ao sistema jurídico dos Estados Unidos. A Suprema Corte Americana, no entanto, não adentrou o mérito da questão, por considerar que o problema se caracterizava como uma típica "questão política" a ser resolvida pelos poderes executivo e legislativo. Em resumo, a Suprema Corte não deu razão aos congressistas, mas, em compensação, também não corroborou a prática da denúncia unilateral.

Mais recentemente, o anúncio de denúncia unilateral pelo Presidente americano do Tratado de Mísseis anti-balísticos (ABM treaty) com a Rússia também gerou a contestação de parlamentares americanos. Membros da Câmara dos Deputados intentaram nova ação judicial perante a Justiça Federal Americana. O caso, no entanto, foi julgado novamente uma questão política.

Vê-se, assim, que o tema está longe de ser considerado pacificado nos Estados Unidos, especialmente em virtude da reivindicação do Poder Legislativo de um papel mais ativo no processo de denúncia de tratados.

2.2. Do princípio da co-participação parlamento-governo em matéria de tratados

É possível fazer um balanço desses exemplos comparados trazidos no sentido de um reforço do papel do parlamento no processo de denúncia de tratados. A *contrariu sensu*, o voto do min. Jobim ressalta que os direitos estrangeiros, quando pretendem que o parlamento possua um

papel de importância na análise da denúncia de tratados, o fazem expressamente. Do contrário, quando são silentes, a prerrogativa de denunciar o tratado recairia exclusivamente sob o Executivo. Com a devida vênia do min. Jobim, penso que tal leitura é completamente equivocada, pois parte de uma visão estanque e abstrata do princípio da separação de poderes.

Como ressaltou diversas vezes em seus votos o min. Sepúlveda Pertence, o princípio da separação de poderes não deve ser interpretado a partir de concepções apriorísticas, mas sim a partir da realidade dos diversos textos constitucionais. O voto do min. Jobim parte do pressuposto de que a denúncia unilateral de tratados é prerrogativa natural do Poder Executivo, prerrogativa essa somente retirada por um texto constitucional expresse. Se é bem verdade que o Executivo mantém muitas competências em matéria de relações exteriores, tal dado não significa que isso deva persistir eternamente. Como bem lembrou um renomado internacionalista espanhol, Antonio Remiro Brotons:

"Há de se desconsiderar de plano, em todo caso, a opinião em outro tempo ligeiramente aceita de que as omissões constitucionais implicam atribuição da competência para a extinção exclusivamente ao Executivo como depositário de um ius representationis omnimoda que não admitiria mais limites que os expressos. Pelo contrário, a consideração de que uma intervenção preceitual das Câmaras para atar tem

seu natural complemento em uma intervenção preceitual para desatar há de conduzir, em caso de não previsão constitucional, a soluções analógicas". (REMIRO BROTONS, Antonio. Derecho internacional público. Vol. 2: Derecho de los tratados. Madrid: Tecnos, 1987, p. 504-505.)

No Brasil, Pontes de Miranda parece partir de um raciocínio semelhante quando se opõe à denúncia unilateral pelo executivo dos tratados. Desse modo, afirma o autor:

"(...) aprovar tratado e convenção, 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 ou convenção, ad referendum do Poder Legislativo. Se o Poder Judiciário julga inconstitucional o tratado ou convenção, deve o Senado Federal suspender-lhe a execução, e o Presidente da República imediatamente, não ao julgamento, mas à suspensão, denunciá-lo. Se o tratado ou convenção só beneficia o Brasil, a denúncia precisa, a fortiori, ser aprovada pelo Poder Legislativo. Diga-se o mesmo em relação aos tratados de paz, pois a Constituição exige a própria autorização prévia para o Presidente da República negociar a paz". (PONTES DE MIRANDA. Comentários à Constituição de 1946. Tomo II (arts. 6º-72). 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 476-477).

Não há, pois, presunções nesse campo, e sim, vontades constitucionais expressas em um determinado sentido. Tanto é assim que o próprio direito internacional não estabelece que a denúncia deva se operar sem qualquer intervenção do parlamento. As normas costumeiras e convencionais de direito internacional, aí se incluindo a

Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, outorgam aos direitos internos a solução das questões referentes à divisão de poderes na conclusão e extinção de tratados internacionais.

Em verdade, a tendência, cada vez mais crescente, de textos constitucionais repartirem as competências em matéria de denúncia de tratados representa o surgimento, no direito comparado, de um princípio muito bem caracterizado pela jurista italiana Giuliana Ziccardi Capaldo, em uma das mais competentes obras sobre a repartição de poderes e o poder de denunciar tratados: *La competenza a denunciare i trattati internazionali: contributo allo studio del treaty power*. Trata-se do princípio da "co-participação parlamento-governo em matéria de tratado". Tal princípio estabelece o "caráter dividido de todo o *treaty power* e reconduz à unidade de disciplina de quaisquer atos decisórios em matéria de tratado" (ZICCARDI CAPALDO, Giuliana. *La competenza a denunciare i trattati internazionali: contributo allo studio del treaty power*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1983, p. 87).

A existência de tal princípio não parece ser nova; o que é novo mesmo é a sua presença cada vez mais repetida no direito positivo de vários Estados. O princípio, em si, não é novo, porque parece ter sido ele bem visualizado no já citado artigo de Hamilton, ou seja: é

da própria essência do tratado que ele, para comprometer um Estado internamente e externamente, precise da deliberação do órgão parlamentar e do órgão executivo. E se tal característica é da essência do tratado, qualquer ato que vise à desvinculação voluntária de um tratado por um Estado também precisa passar pelo crivo parlamentar.

Ademais, a existência de tal princípio parece ser protegida pelo próprio direito internacional, como sugere a mesma Giuliana Ziccardi Capaldo.

O direito internacional, como já lembrado, deixa a cargo dos diversos direitos internos a divisão de poderes no que se refere à processualística dos tratados internacionais. Há um caso excepcional, no entanto, em que o direito internacional protege a divisão de poderes na processualística dos tratados internacionais. Trata-se do art. 46 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados que prevê a excepcionalidade de o Estado argüir a nulidade do tratado caso ele tenha sido celebrado em flagrante violação a uma norma de importância fundamental no direito interno sobre conclusão de tratados. Ziccardi Capaldo sugere a existência de uma tendência para o direito internacional expandir o escopo do art. 46 para o caso de extinção de tratados, onde se inclui a denúncia. Ou seja, se o direito internacional evoluir exatamente nesse sentido no futuro, será possível a um Estado que prevê a presença necessária do Parlamento no processo de denúncia argüir a

nulidade de um tratado se, por exemplo, o instrumento foi denunciado apenas pelo poder executivo. Confirmando-se tal tendência, o direito internacional estabelecerá um grau substancial de proteção para os Estados que repartem a competência para denunciar entre parlamento e executivo.

A existência de tais fatores demonstra que, contrariamente ao que afirmado pelo min. Jobim, se há alguma presunção no que se refere à competência para denunciar tratados, fortes razões militam para que tal presunção se direcione no sentido de que o Parlamento tem alguma voz no processo de denúncia de tratados.

3. DO PAPEL DO PARLAMENTO NA DENÚNCIA E A CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STF NO TEMA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

A própria processualística dos tratados internacionais no Brasil e a função que o tratado exerce no direito interno brasileiro militam a favor da tese de que a denúncia não pode ser unilateral por parte do Poder Executivo. E esse raciocínio pode ser inferido, penso, da própria jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal.

Desde ao menos o julgamento do famoso RE 80.004, o plenário desta Corte consolidou o entendimento de que tratados possuem o mesmo nível hierárquico das leis ordinárias. O pressuposto para admitir uma tal identidade hierárquica é admitir que o tratado possui **força de lei**. Ou

seja, equipara-se não formalmente, mas materialmente às leis. O próprio plenário, na voz do relator da PPE-QO 194, min. Sepúlveda Pertence, chegou a utilizar-se expressamente da expressão força de lei ao se referir a um tratado de extradição. Se os tratados possuem força de lei, isso significa que, do ponto de vista do direito interno brasileiro, eles somente podem ser revogados por um ato posterior de idêntica ou de superior hierarquia. Na prática, reconhecer que o Presidente da República pode, sozinho, denunciar um tratado, é reconhecer que seu decreto que torna pública a denúncia tem força de lei. A grande contradição é que a Constituição de 1988 não reconhece a existência de nenhum ato com força de lei em que o Parlamento não tenha algum tipo de intervenção. O caso da medida provisória parece exemplar.

Segundo a sistemática do art. 62 da CF/1988, as medidas provisórias possuem força de lei somente na medida em que se prevê que serão apreciadas, em seu devido tempo, pelo Congresso Nacional.

Levar adiante uma interpretação de que os tratados podem ser denunciados unilateralmente produz uma anomalia jurídica não encontrável em nenhuma parte da Constituição, mas apenas em constituições autoritárias que permitiam a existência, por exemplo, do decreto-lei, um ato normativo que já indica em seu próprio nome uma contradição em termos. Nem se diga, como é usual, que é necessário que

o presidente possua a autoridade para, sozinho, denunciar tratados, porque a condução das relações exteriores exige celeridade e flexibilidade. Um argumento desse tipo talvez fosse consistente no século XIX ou em começos do século XX, quando os tratados estabelecidos pelos Estados possuíam quase ou nenhum impacto nos direitos nacionais. Ao contrário, vivemos em um tempo em que tratados modificam de maneira drástica a vida e a liberdade de pessoas comuns ao estabelecerem, por exemplo: (1) a possibilidade de indivíduos serem presos por cometerem crimes contra o direito internacional (Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional); (2) a alteração definitiva no intercâmbio comercial em escala global (acordos constitutivos da OMC); (3) um conjunto de direitos e garantias fundamentais (diversos tratados de direitos humanos); (4) a viabilidade futura do planeta Terra para as próximas gerações (tratados em matéria ambiental). O direito internacional, ao adentrar profundamente o antigo domínio reservado dos Estados, exige da Constituição e das instituições nacionais um compromisso sério, que não pode envolver a atuação de apenas um dos poderes, em exclusão ao poder que tem por prerrogativa legislar, ou seja, produzir o próprio direito.

Em resumo, é incoerente, tanto do ponto de vista lógico como do ponto de vista constitucional, reconhecer

que um tratado tenha força de lei e não possa ser revogado como uma lei o é.

Outro julgado da Corte, parece, apóia a idéia de que o Congresso deve ser ouvido nos casos de denúncia. Na já citada ADI 1480, ficou claramente estabelecido na ementa, redigida pelo min. Celso de Mello que:

*"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".*

Retiro da afirmação, contida no trecho, de que o tratado, no direito brasileiro, é uma conjugação de duas vontades homogêneas. Isso é de importância capital para a boa compreensão da processualística dos tratados internacionais.

A intervenção do parlamento no processo de aprovação dos tratados não decorre apenas da previsão da existência de um controle a ser exercido sobre a atividade do Executivo. Mais do que isso, a aprovação (ou reprovação) é um ato de vontade concordante ao conteúdo disposto em um

tratado internacional. Disso se retiram ao menos três conseqüências.

Em primeiro lugar, como já antecipado no trecho citado de Hamilton, a intervenção parlamentar é essencial para que o tratado exista internamente. A intervenção parlamentar não significa um mero controle da atividade executiva, ela é essencial para a existência do próprio ato, o tratado internacional, internamente. Se é da própria natureza do tratado, do ponto de vista do direito interno, que o parlamento atue na sua constituição, parece óbvio que o parlamento também precise atuar na desconstituição do tratado. Um tratado, do ponto de vista do direito interno, somente obriga (ou desobriga) com a intervenção parlamentar. Pensar de modo contrário significa desvirtuar a existência do tratado internacional em uma república democrática que atribui a órgãos e poderes competências específicas.

Em segundo lugar, se o tratado é expressão, também, da vontade do parlamento, é preciso entender que o exercício de tal vontade não acontece no vácuo. Quando o Congresso aprova um tratado para futura ratificação e incorporação ao direito interno, ele aprova o próprio conteúdo de algo que poderíamos chamar de "política convencional". O ato do Parlamento não é meramente protocolar, mas revestido de um conteúdo significativo, conteúdo esse que, inclusive, como já afirmado, pode

modificar drasticamente a vida de cidadãos comuns. A denúncia unilateral impõe a idéia de que a aprovação do conteúdo de uma política convencional pode ser simplesmente apagada por um gesto isolado do Poder Executivo. Reconhecer que o parlamento é árbitro de uma política convencional durante o processo de aprovação implica necessariamente que ele deve ser árbitro dessa mesma política convencional durante o processo de denúncia. Em outras palavras, o parlamento deve ser árbitro acerca da criação de uma política convencional e também de sua extinção. E mais: tal atribuição do Congresso é indelegável.

A indelegabilidade da atuação do parlamento na denúncia dos tratados explica, parece, a inconsistência da tese desenvolvida por Clovis Bevilacqua que teria introduzido a prática de denúncia unilateral pelo Poder Executivo. A tese de Bevilacqua é inconsistente porque sugere uma delegação feita pelo Legislativo ao Executivo, delegação essa não específica, sem prazo certo e sem condição, coisa impossível de acontecer no direito brasileiro. O fato de o parlamento ter aprovado um tratado com cláusula de denúncia não significa, de modo algum, delegação. A cláusula de denúncia tem o escopo apenas de estabelecer o direito ao Estado de denunciar no direito internacional; não tem nada a ver com distribuição interna de competências entre poderes internos.

Em terceiro lugar, e guardando forte relação com a razão anteriormente exposta, é preciso reconhecer que o tratado internacional a que um Estado se vincula é expressão da vontade **atual e efetiva** dos órgãos envolvidos no seu surgimento, no caso do Brasil, tanto o Executivo como o Legislativo. Assim, se o Congresso Nacional aprova o conteúdo de uma política convencional quando permite que o Executivo ratifique um tratado, essa vontade é efetiva e também atual. Se assim o é, essa vontade deve ser mantida até que o próprio Congresso decida retirar esse caráter de efetividade e atualidade ao tratado. Por isso, a denúncia precisa, necessariamente, passar pelo crivo do Poder legislativo. Se as vontades do executivo e do legislativo, na formação do tratado, são autônomas, elas devem assim permanecer até que os dois poderes, de maneira conjunta e ordenada, decidam alterar tal vontade, cada um dentro de suas próprias atribuições.

Nesse ponto, cabe rejeitar a tese trazida por meu ilustre mestre, ministro aposentado desta Corte, Francisco Rezek, que defende a possibilidade de denúncia unilateral por parte do Poder Executivo. Sustenta Rezek, em resumo, a tese de que, se o tratado é a soma de vontade do Executivo e do Legislativo, se uma dessas vontades não mais existir, o tratado não tem mais razão de ser e pode ser denunciado unilateralmente. Seguindo tal linha, Presidente da República e Congresso Nacional poderiam, ambos,

denunciar tratados, embora o segundo de maneira indireta. Assim, de um lado, o Presidente da República poderia, por vontade individual, apresentar, no plano internacional, um instrumento de denúncia; por outro lado, o Congresso Nacional teria a prerrogativa de aprovar uma lei ordinária determinando que o Executivo denunciasse um tratado internacional (como, aliás, já o fez na Lei 2.416/1911) ou aprovar lei contrária a um tratado internacional e, assim, forçar o Executivo a denunciá-lo (REZEK, José Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 501-504).

Em que pese a engenhosidade da tese, creio que ela apresenta duas falhas. Primeiramente porque, de acordo com a sistemática da Constituição de 1988, não pode o Poder Legislativo constranger o Executivo a exercitar uma competência privativa sua, qual seja, a de decidir se deseja ou não denunciar certo tratado. O próprio Rezek formula essa crítica à tese por ele mesmo formulada. Em segundo lugar, estimular que o Congresso force o Executivo a denunciar um tratado elaborando lei interna contrária a ele pode também estimular uma postura de profunda deslealdade para com o direito internacional. A existência de uma lei conflitante com o tratado internacional poderia gerar, desde a promulgação da lei mesma, a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação de uma obrigação internacional. Além disso, às vezes, um Estado

pretende denunciar um tratado para desregulamentar certa matéria. A prerrogativa de o Congresso aprovar lei conflitante com o tratado poderia significar, no máximo, regulamentação em um sentido totalmente diverso, mas não desregulamentação.

Tais críticas à proposta do min. Rezek já demonstram bem que mesmo em se admitindo que ambos os Poderes possam denunciar tratados, as prerrogativas deixadas ao Congresso para fazê-lo são ou inviáveis ou indesejáveis. A permissão das denúncias unilaterais inevitavelmente privilegia o Poder Executivo em detrimento do Poder Legislativo. Por isso, não se pode individualizar as vontades necessárias para o surgimento, a manutenção e o fim dos tratados internacionais. Dizer que a retirada de uma das vontades do tratado é o suficiente para permitir a denúncia significa dizer que uma das vontades que compuseram o tratado é essencialmente superior a outra, pois ela deve prevalecer mesmo se a outra vontade não foi exercida. Na constituição dos tratados, as vontades do Executivo e do Parlamento possuem a mesma hierarquia e assim devem se manter no procedimento de desconstituição do tratado pela denúncia.

Essas são algumas razões, me parece, para admitir que a intervenção do parlamento no processo de denúncia de tratados é imprescindível de acordo com a sistemática da Constituição Federal.

Contudo, dizer que é necessária a intervenção do parlamento não significa esvaziar por completo a atuação do poder executivo nesse campo.

4. DAS PRERROGATIVAS AINDA MANTIDAS PELO PODER EXECUTIVO

Ao Presidente da República cabe decidir da conveniência da denúncia em cada caso. Assim como no processo de conclusão dos tratados, é o chefe do poder executivo quem deve decidir o momento mais adequado para submeter um tratado ao Congresso para ser denunciado e, também, mesmo após a aprovação parlamentar, deliberar se a denúncia será ou não será feita no plano internacional. Se se estabelece uma analogia entre a processualística dos tratados internacionais e o processo legislativo, deve caber ao Executivo a iniciativa privativa sobre conclusão e denúncia de tratados internacionais. Isso é assim porque, de fato, o direcionamento da política externa cabe, segundo nossa Constituição, ao Poder Executivo (art. 84, VII). O que não se pode permitir, contudo, é que esse direcionamento da política externa retire do mundo jurídico um ato com força de lei sem qualquer pronúncia do órgão a quem coube expressar uma vontade específica no sentido da aprovação do tratado, no caso, o Congresso Nacional.

Portanto, ao Executivo cabe decidir quais tratados devem ser denunciados e o momento de fazê-lo. Ao

Congresso Nacional cabe autorizar a denúncia do tratado que será ou não feita pelo Chefe do Poder Executivo, também no momento que julgar mais oportuno.

Essa divisão de competências tem o condão de democratizar a processualística dos tratados internacionais. Como bem notou o constitucionalista americano Bruce Ackerman, ao se opor tenazmente ao já mencionado anúncio de denúncia unilateral, por parte do Presidente dos Estados Unidos, do Tratado de mísseis antibalísticos com a Rússia: "a única cura efetiva é alargar o debate e convencer o Governo de que o público de fato leva a Constituição a sério" (ACKERMAN, Bruce. Bush can't operate as a one-man act. <http://www.law.yale.edu/news/3311.htm> (Originalmente publicado na edição de 16 de dezembro de 2001 do Los Angeles Times)).

5. DAS CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO CASO

Não bastassem todas essas razões para reconhecer que quaisquer tratados somente podem ser denunciados com a anuência prévia do Congresso Nacional, as circunstâncias do caso em concreto deixam mais evidente essa necessidade. Ressalto duas delas: (1) a forma com que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção 158 da OIT, e, (2) o fato de a Convenção 158 da OIT versar sobre direitos humanos.

5.1. Da forma de aprovação da Convenção 158 pelo Parlamento

A Convenção 158 da OIT foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 68/1992. O ato contém apenas dois artigos, assim redigidos:

"Art. 1º É aprovado o texto da Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o término da Relação de Trabalho por iniciativa do empregador, adotada em Genebra, em 1982.

Parágrafo único. São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida convenção, bem como aqueles que se destinem a estabelecer ajustes complementares.

Art. 2º Este decreto legislativo entra em vigor na data da sua publicação".

Como bem lembra Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, desde a Constituição de 1988, o Congresso Nacional tem adotado como praxe o resguardo de prerrogativas como o contido no parágrafo único do citado art. 1º (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 410-426). O objetivo principal desse tipo de ressalva é impedir que o Poder Executivo venha a concluir tratados que possam emendar ou alterar o tratado

original sob a alegação de que se está a concluir um acordo do executivo, acordo esse que, tradicionalmente no direito brasileiro, não exige a intervenção parlamentar. Mas essa ressalva contida no parágrafo único do art. 1º, na forma como está redigida, possui um escopo muito maior, que guarda uma forte relação com a necessidade de o Congresso intervir nos casos de denúncia de tratados.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados disciplina a denúncia de tratados internacionais em seu art. 56. A seção em que se insere tal dispositivo é a seção referente à extinção e suspensão de tratados. A denúncia não é nada mais que uma extinção unilateral do tratado, que terá efeito para uma das partes, no caso de tratados multilaterais, ou para ambas as partes, no caso de tratados bilaterais. Essencialmente, a denúncia não se distingue de outras formas de extinção como a derrogação de um tratado em virtude de uma cláusula de derrogação contida em outro tratado ou a derrogação de um tratado em virtude da existência de um tratado posterior com ele conflitante. Se assim o é, percebe-se que a ressalva contida em vários decretos legislativos que aprovam tratados, dentre eles o Decreto legislativo nº 68/1992, que aprovou a Convenção 158 da OIT, visa a evitar que o Poder Executivo extinga um tratado sem a intervenção do Congresso. Não haveria qualquer sentido em se ressaltar a extinção surgida em virtude da conclusão de um novo tratado e não ressaltar a

denúncia, que é uma extinção unilateral. Se assim fosse, estar-se-ia permitindo que o Presidente da República, em certos casos, denunciasse um tratado que, em princípio, deveria ser revogado ou emendado, a fim de evitar uma possível rejeição por parte do Parlamento. Desse modo, parece-me claro que esse parágrafo único possui um sentido de preservar uma voz ao Parlamento em todos os casos em que o Estado brasileiro, por vontade própria, queira extinguir um tratado.

A *contrariu sensu*, poder-se-ia alegar que a ressalva contida no Decreto Legislativo não teria força alguma diante de uma permissão constitucional para que o Executivo denunciasse unilateralmente um tratado internacional. Tal argumento poderia até ser válido se houvesse uma norma constitucional dispondo sobre a denúncia de tratados. Mas, como já se viu, tal norma não existe. De modo que ressalvas como a contida no parágrafo único do art. 1º do Decreto Legislativo nº 68/1992 devem ser lidas, no máximo, como uma proibição de o executivo denunciar tratados sem a concordância parlamentar e, no mínimo, como um protesto incisivo contra a prática desenvolvida pelo Executivo há longos anos de não submeter tratados previamente ao Legislativo para que sejam posteriormente denunciados. Ou seja, pode-se dizer que, no mínimo, a prática estabelecida sobre denúncia de tratados

internacionais sofre, há alguns anos, protesto por parte do Congresso Nacional.

Ademais, é interessante notar que alguns comentadores norte-americanos têm proposto que o Congresso, ao aprovar tratados, o faça com a condição de que a denúncia deverá passar por seu crivo novamente. Isso impediria o Executivo de, unilateralmente, denunciar novos tratados sem a aprovação parlamentar (SABIS, Christopher C. *op. cit.*, p. 262-263). A prática do Congresso brasileiro de estabelecer condições como a contida no parágrafo único do art. 1º do Decreto Legislativo 68 fixam um verdadeiro papel de vanguarda em comparação com o direito constitucional norte-americano.

5.2. Da Convenção 158 como tratado de direitos humanos

A segunda especificidade do caso reside no fato de que a Convenção 158 da OIT não é um tratado comum, mas um tratado que versa sobre direitos humanos.

Parece não restar dúvidas de que a Constituição de 1988, ao versar sobre direitos individuais e direitos sociais no mesmo título (Título II), tratou tais categorias de direitos de maneira una, de modo que é impossível invocar a prevalência de um direito individual sobre um direito social. Nesse sentido, o mesmo tipo de tratamento conferido aos direitos individuais deve ser dado aos direitos sociais.

Da perspectiva do direito internacional, desde há muito se reconhecem direitos sociais como direitos humanos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, consagrava, em diversos artigos, um grau de proteção mínimo aos trabalhadores. Hoje, a própria OIT discute a necessidade de adoção de uma abordagem de "direitos trabalhistas como direitos humanos", a fim de dar um grau maior de garantia aos trabalhadores em face dos efeitos deletérios do processo de globalização econômica (Ver discussão em ALSTON, Philip. *Labour rights as human rights: the not so happy state of the art*. In: ALSTON, Philip. *Labour rights as human rights*. New York: Oxford University Press, 2005, p. 1-24).

Ante esse quadro, é certo que a Convenção 158 da OIT pode perfeitamente ser considerada um tratado de direitos humanos apto a inserir direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse contexto, cabe cogitar da aplicação do novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal à Convenção 158 da OIT.

O Decreto do executivo que incorporou a dita Convenção ao direito brasileiro data de 1996, antes, portanto, do advento da EC/45, que incluiu o novo § 3º ao art. 5º. Ainda que não se admita a tese de que os tratados de direitos humanos anteriores à EC/45 possuem estatura constitucional, creio ser altamente plausível defender, ao

menos, como já fizeram o min. Gilmar Mendes e o min. Sepúlveda Pertence em diferentes oportunidades, que os tratados de direitos humanos possuem estatura supralegal, porém infraconstitucional.

Se se atribui o caráter supralegal aos tratados de direitos humanos e se se reconhece à Convenção 158 da OIT o *status* de tratado de direitos humanos, chega-se facilmente à conclusão de que o Poder Executivo não podia, sem a intervenção do Congresso, denunciar o referido tratado. Isso porque, estar-se-ia permitindo que uma norma de grau hierárquico bastante privilegiado pudesse ser retirada do mundo jurídico sem a intervenção de um órgão legislativo. Mais que isso, estar-se-ia permitindo que o Poder Executivo, por sua vontade exclusiva, reduzisse de maneira arbitrária o nível de proteção de direitos humanos garantido aos indivíduos no ordenamento jurídico nacional. Se já é inviável pensar que seja possível a revogação de um ato com força de lei por ação apenas do Executivo, o fato de estar-se diante de um ato com força supralegal agrava ainda mais a situação.

Todas essas considerações levam a crer que não era possível ao Poder Executivo denunciar unilateralmente a Convenção 158 da OIT, afastando a possibilidade de o Congresso Nacional emitir uma opinião sobre a denúncia. Os arts. 49, I e 84, VIII, da CF/1988, abrangem, também, a necessidade de autorização do Congresso Nacional para os

casos de denúncia. A ausência de um pronunciamento parlamentar, no caso, leva à violação dos citados dispositivos.

Encaminho-me, então, para a conclusão de meu voto.

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DO DECRETO DE DENÚNCIA

O relator do caso, min. Maurício Corrêa, concluiu seu voto no sentido de dar interpretação conforme ao Decreto ora impugnado, no que foi acompanhado pelo ministro Carlos Britto. A proclamação ficou assim redigida:

"Após os votos dos senhores ministros relator e Carlos Britto, que julgavam procedente, em parte, a ação para, emprestando ao Decreto Federal nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme ao 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, pediu vista dos autos o senhor ministro Nelson Jobim".

Creio que a interpretação conforme não é a solução mais adequada e, sim, a declaração de inconstitucionalidade por completo do Decreto 2.100/1996. Isso me parece certo por dois motivos.

Em primeiro lugar, parece-me equivocado tecnicamente, data venia, falar que a denúncia está condicionada à aprovação do Parlamento. O Decreto ora

impugnado não denuncia o tratado internacional - a denúncia é um ato tipicamente internacional e, por isso, insuscetível de controle jurisdicional por este Supremo Tribunal Federal. O que o Decreto faz é coisa diversa: ele torna público que a denúncia foi feita e que produzirá seus efeitos em um determinado tempo. Vejamos a redação do Decreto 2.100/1996:

“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”.

Ora, sabe-se que a publicação de qualquer ato normativo, inclusive de tratados, é pressuposto necessário para a sua obrigatoriedade. Isso é assim até mesmo nos sistemas considerados como monistas com prevalência do direito internacional. Não é dado a ninguém desconhecer a lei; a lei, contudo, precisa, antes de mais nada, ser cognoscível.

Uma declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/1996 deverá ter como conseqüência, portanto, não o estabelecimento de uma condicionalidade quanto à vigência da denúncia, mas a retirada da publicidade do ato de denúncia. Por sua vez, a retirada da publicidade da

denúncia terá como conseqüência lógica a não-obrigatoriedade da denúncia no Brasil, não obstante seja ela operativa no plano internacional, e a manutenção da vigência do decreto que incorporou a Convenção 158 da OIT ao direito interno brasileiro.

A conclusão do min. Maurício Corrêa me parece, pois, inviável, porque extrapola o sentido do Decreto 2.100/1996, levando esta Corte a cumprir uma nítida função legislativa.

Em segundo lugar, o uso da técnica da interpretação conforme no caso me parece, também, equivocado, porque pretende interpretar um ato que viola não materialmente, mas sim formalmente a Constituição.

O argumento desenvolvido no voto do min. Maurício Corrêa - e também no meu - tem a ver com uma violação formal à Constituição: o tratado precisaria ser aprovado pelo Congresso Nacional e não o foi. Ora, parece claro que um ato normativo ou é formalmente constitucional ou é formalmente inconstitucional. Não há que se falar em gradação nesse campo. Falar em gradação significaria que esta Corte, por exemplo, ao constatar que uma lei complementar não teve o quorum exigido pela Constituição poderia ser mantida válida, desde que retornasse ao legislativo para obter o quorum necessário. Em matérias que envolvem violação formal, mais especificamente, violação do

processo legislativo, não há espaço para a aplicação da técnica da interpretação conforme.

Em conclusão, pelas longas razões acima expostas, creio não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional. Por essa razão, divirjo do relator e vou além para julgar inconstitucional, no todo, o Decreto 2100/1996.

Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional creio ser importante explicitar duas conseqüências advindas da declaração de inconstitucionalidade.

Primeira: a declaração de inconstitucionalidade somente terá o feito de tornar o ato de denúncia não-obrigatório no Brasil, por falta de publicidade. Como conseqüência, o Decreto que internalizou a Convenção 158 da OIT no Brasil continua em vigor. Caso o Presidente da República deseje que a denúncia produza efeitos também internamente, terá de pedir a autorização do Congresso Nacional e, somente então, promulgar novo decreto dando publicidade da denúncia já efetuada no plano internacional.

Segunda: a declaração de inconstitucionalidade somente atinge o decreto que deu a conhecer a denúncia. Nada impede que o Presidente da República ratifique novamente a Convenção 158 da OIT. A possibilidade de re-ratificação de tratados é concreta, já tendo, inclusive, acontecido no Brasil com a Convenção 81, da OIT, cuja

denúncia se tornou pública pelo Decreto 68.796/1971, mas foi novamente ratificada e incorporada ao nosso sistema por força do Decreto nº 95.461/1987, que revigorou o Decreto 41.721/1957, que originalmente incorporava ao direito nacional a dita Convenção.

É como voto.