PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

MIGUEL ÂNGELO MARQUES

O CONGRESSO NACIONAL E A DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

MIGUEL ÂNGELO MARQUES

O CONGRESSO NACIONAL E A DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Antônio Márcio Da Cunha Guimarães.

SÃO PAULO
2014

Banca Examinadora

_____

_____

_____

DEDICATÓRIA

À minha esposa Fabiana e aos meus filhos, Júlia e Arthur.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação não teria sido realizada sem o apoio de algumas pessoas que merecem a devida deferência. Sendo assim agradeço:

À minha esposa Fabiana, pelo apoio e compreensão.

Ao meu irmão, Professor Mestre Vitor Hugo Marques, pelo incentivo.

À minha mãe, Silvia, que sob o peso da viuvez e das dificuldades materiais, lutou para afirmar seus filhos perante a vida.

Ao Tribunal Regional Federal da Terceira Região, que por meio do seu programa de incentivo à qualificação, tornou mais fácil a realização desse projeto.

Agradeço aos professores, Livre Docente Cláudio Finkelstein e Doutor Vladmir da Silveira pela gentil acolhida no curso de Pós Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Agradeço, em especial, ao Professor Doutor Antonio Marcio da Cunha Guimarães, meu orientador, por todo apoio dispensado à concretização desse trabalho.

"O jurista não é responsável pela elaboração, pela feitura da regra de Direito, mas ele é responsável pela sua interpretação. É no ato de interpretar que o jurista põe a sua ciência, põe o seu dado específico"

(Hans Kelsen)

RESUMO

No Brasil, o Poder Legislativo sempre se fez presente no processo de celebração e conclusão de Tratados Internacionais. No Período Imperial, embora a Carta Política de 1824 não contemplasse, formalmente, a participação da Assembleia Geral, pode-se dizer que, na prática, a condução das relações exteriores era realizada por um conjunto de quatro órgãos do Estado: o Imperador, o Gabinete de Ministros, o Conselho de Estado e o Parlamento. Com a Proclamação da República, todos os textos constitucionais subsequentes passaram a assegurar, de forma expressa, a participação do Congresso Nacional no processo de produção de Textos Convencionais. Contudo, nenhuma de nossas Constituições, inclusive a atual, regulou a participação do Poder Legislativo nos casos de extinção de textos convencionais, razão por que o poder de denunciar tratados sempre foi exercido, de forma exclusiva, pelo Poder Executivo (mesmo nos casos em que a ratificação do instrumento internacional tenha dependido de aprovação do Congresso Nacional). Essa questão, muito debatida no campo doutrinário, chegou ao Supremo Tribunal Federal em 16 de junho de 1997, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, por meio da qual se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100 de 20 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia da Convenção n° 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por ofensa ao disposto no art. 49, I da Constituição Federal. No bojo do julgamento dessa demanda, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), três dos quatro ministros, que já proferiram seus votos, reconheceram a necessidade de prévia autorização do Congresso Nacional para o Poder Executivo efetivar a denúncia de Textos Convencionais. Persistindo esse entendimento no C. Supremo Tribunal Federal, haverá uma mudança de paradigma importante no campo do Direito dos Tratados, tema fundamental na área do direito internacional. A presente dissertação de mestrado tem por escopo fomentar, no meio acadêmico, discussões acerca da necessidade (ou não) da participação do Parlamento brasileiro nos casos de denúncia de Tratados, Convenções e Atos Internacionais.

Palavras-chave: Direito dos Tratados. Denúncia Unilateral pelo Poder Executivo. Congresso Nacional.

ABSTRACT

In Brazil, the Legislative branch has always been present in the process of establishment and conclusion of International Treaties. In the Imperial Period, even though the 1824 Charter Policy did not formally provide for the General Assembly participation, it could conceivably be said that the conduct of the foreign affairs was carried out in practice by four State agencies: the Emperor, the Cabinet of Ministers, the Council of State and the Parliament. From the Proclamation of the Republic, all the constitutional texts provided expressly for the participation of the National Congress in the process of production of Treaty Texts. However none of our Constitutions – including the current one – has handled the participation of the Legislative branch in cases of termination of treaty texts and thus the power to cease the treat has always been exclusively held by the Executive branch (even in those cases where the ratification of the international instrument depended on the National Congress approval). This much discussed issue in the doctrine field has been brought to the Supreme Federal Court on June 16th, 1997 by the means of the Direct Unconstitutionality Action (ADI) 1625 that pleaded the declaration of unconstitutionality of Decree 2,100 of December 20th, 1996 which made public the cease of the Convention 158 of the International Organization of Labor (OIT) for offence to the provisions of art. 49, I of the Constitution. Within the scope of the judgment of this process filed by the National Confederation of the Workers in Agriculture (CONTAG) and the Central Workers Union Confederation (CUT), three out the four Ministers who have already voted have acknowledged the need of prior consent from the National Congress to the Executive branch to proceed to the termination of Treaty Texts. If this understanding persists in the C. Supreme Federal Court there will be an important change of model in the field of the Law of Treaties, which is a basic issue under the international law. This Master's dissertation aims to foster discussions within the academic community concerning the need (or not) for the Brazilian Parliament participation in Treaties, Conventions and International Acts termination process.

Keywords: Law of Treaties. Unilateral Termination by the Executive branch. National Congress.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO I
TRATADOS INTERNACIONAIS

1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES 14
2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FONTE PRINCIPAL DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO 17
3 DEFINIÇÃO 19
4 TERMINOLOGIA 21
5 PRODUÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL 22
5.1 NEGOCIAÇÃO 24
5.2 ASSINATURA 26
5.3 APROVAÇÃO LEGISLATIVA 27
5.4 RATIFICAÇÃO, ACEITAÇÃO OU APROVAÇÃO 29
6 INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO PLANO JURÍDICO INTERNO 30
6.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS 30
6.1.1 Monismo 31
6.1.2 Dualismo 34
6.1.3 Teoria Aplicada no Brasil 35
6.2 PROMULGAÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL 37
7 FORMAS DE EXTINÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL 38
7.1 EXTINÇÃO POR ACORDO DE VONTADE DAS PARTES 38
7.1.1 Ab-rogação por hipótese Predeterminada 39
7.1.1.1 Ab-rogação Predeterminada por Termo Convencionado 39
7.1.1.2 Ab-rogação Predeterminada por Condição Resolutória 39
7.1.1.3 Ab-rogação Predeterminada pela Execução Integral do Tratado 40
7.1.2 Ab-rogação por hipótese Superveniente 40
7.2 EXTINÇÃO PELA VONTADE UNILATERAL DE UM DOS CONTRATANTES (DENÚNCIA) 41

CAPÍTULO II
A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO E CONCLUSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES 45
2 ACORDOS EXECUTIVOS (*EXECUTIVE AGREEMENTS*) 50
3 A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO E CONCLUSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS 54

CAPÍTULO III
O PROBLEMA DA DENÚNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

1 A DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNO 59
2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 1625 63
2.1 NOSSO ENTENDIMENTO 70
2.2 A QUESTÃO DA DENÚNCIA POR INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL 71
3 A IMPORTÂNCIA DO PARLAMENTO NO CONTROLE DA PRODUÇÃO DOS TEXTOS CONVENCIONAIS 74
3.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS 75
3.1.1 Aspectos históricos relevantes acerca da Teoria da Separação de Poderes 76
3.1.2 Desdobramentos Importantes da Teoria da Separação de Poderes 82
3.1.2.1 O Sistema de Freios e Contrapesos (*System of Checks and Balances*) 83
3.1.2.2 O Controle Parlamentar 86
3.1.2.2.1 Aspectos Históricos Relevantes 87
3.1.2.2.2 O Poder Legislativo e sua Função Fiscalizatória 92
3.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL 96
3.3 DIREITO COMPARADO 101

CONCLUSÃO 105

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 108

ANEXOS 111

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AI	Ato Institucional
Art.	Artigo
BSBDI	Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CF	Constituição Federal
C. STF	Colendo Supremo Tribunal Federal
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CONTAG	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura
CUT	Central Única dos Trabalhadores
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CVDT	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DI	Direito Internacional
DIP	Direito Internacional Público
DOU	Diário Oficial da União
Min.	Ministro
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

A produção válida de um Tratado Internacional decorre de um ato complexo, tendo em vista que, em regra, demanda a participação de dois Poderes da República: o Executivo e o Legislativo. Nesse processo, o Poder Executivo se envolve de forma ampla, atuando na fase inicial (por meio das negociações e assinatura) e na fase final (através da ratificação e expedição do decreto executivo). A participação do Congresso Nacional, por sua vez, ocorre em uma fase intermediária e se destina a referendar ou não o texto convencional.

Essa sistemática pode ser visualizada na Constituição Federal de 1988, nos poucos dispositivos que tratam do tema. O art. 21, I, estabelece a competência da União para manter relações com Estados estrangeiros [...]. O art. 84, VIII, por seu turno, atribui ao Presidente da República, na qualidade de chefe de Estado, competência privativa para celebrar tratados, convenções e atos internacionais. Ao Parlamento, por derradeiro, além da prerrogativa de referendar os instrumentos internacionais (art. 84, VIII, *in fine*), a Constituição lhe atribui, por meio do art. 49, I, competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Contudo, nenhuma de nossas constituições, inclusive a atual, regulou de forma expressa a participação do Poder Legislativo nos casos de extinção de textos convencionais, razão por que o poder de denunciar tratados, na prática, sempre foi exercido, de forma exclusiva, pelo Poder Executivo.

A primeira grande discussão em torno do tema ocorreu em 1926, quando nos últimos meses do governo de Artur Bernardes, o Brasil, sem prévia autorização do Congresso Nacional, se desligou da Sociedade das Nações. Na ocasião, o então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores, Clóvis Beviláqua, instado a se manifestar, asseverou em um minucioso parecer, datado de 05 de julho de 1926, que o Poder Executivo é quem teria a incumbência de representar o Estado nas relações internacionais, razão pela qual poderia continuar realizando denúncia de Tratados, independentemente de prévia autorização do Poder Legislativo.

A primeira crítica contundente, rechaçando a praxe adotada pelo Governo brasileiro de denunciar Tratados sem o referendo do Congresso Nacional, ocorreu à luz da Constituição Federal de 1967 e foi feita por Pontes de Miranda. Desde então, encontramos posições doutrinárias conflitantes.

Apesar do dissenso doutrinário, o Poder Executivo segue à risca a orientação de Clóvis Beviláqua, razão pela qual o Governo brasileiro não submete previamente a denúncia de Tratados Internacionais ao crivo do Congresso Nacional (mesmo nos casos em que a ratificação do instrumento internacional tenha dependido de aprovação do Congresso Nacional).

Ocorre que, em 16 de junho de 1997, essa importante discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625. Por meio dessa ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) questionam a constitucionalidade do decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção nº 158 da Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, por ofensa ao disposto no art. 49, I da Constituição Federal.

No cerne dessa discussão, ainda pendente de julgamento, o Ministro Nelson Jobim manifestou-se pela manutenção da prática adotada pelo Governo brasileiro de denunciar tratados sem a intervenção do Congresso Nacional, ao passo que os Ministros Maurício Corrêa (relator), Carlos A. Britto e Joaquim Barbosa, rechaçaram a prática secular adotada pelo Poder Executivo, por entenderem ser imprescindível a intervenção do Parlamento nos casos de denúncia unilateral.

Se prevalecer essa interpretação no C. Supremo Tribunal Federal, haverá uma alteração importante de paradigma no campo do direito dos tratados (tema fundamental na área do direito internacional), na medida em que o Congresso Nacional deixará de lado o papel até então exercido de mero coadjuvante, para assumir, ao lado do Poder Executivo, a posição de protagonista nos casos de denúncia de Tratados Internacionais.

A presente dissertação de mestrado, ao analisar os argumentos colacionados pela doutrina (nacional e estrangeira) incidentes sobre o tema, tem por escopo suscitar discussões, no meio acadêmico, acerca da necessidade (ou não) da aplicação do sistema de freios e contrapesos no processo de denúncia de Tratados, Convenções e Atos Internacionais.

Dividimos nossa abordagem em três capítulos. No primeiro, analisamos o texto convencional, enfatizando os aspectos gerais do seu processo de produção e extinção. Discorremos, ainda que de forma singela, sobre suas as características históricas mais relevantes, enfatizando a sua importância no rol das fontes do Direito Internacional Público; trabalhamos com a definição, terminologia e as condições de validade dos Tratados

Internacionais. Tratamos dos principais aspectos do processo de celebração e conclusão do texto convencional (negociação, assinatura, aprovação congressual e ratificação), enfrentamos as concepções doutrinárias (monismo e dualismo) que orientam a incorporação dos Tratados no plano interno e, finalmente, discorremos sobre as formas de extinção dos tratados internacionais.

No segundo capítulo, sob o prisma de uma perspectiva histórica, analisamos o papel do Parlamento na produção dos tratados internacionais, destacando a sua participação nas civilizações antigas e ao longo dos textos constitucionais brasileiros. Em um segundo momento, enfrentamos a necessidade da partilha do *treaty-making power* entre os Poderes Legislativo e Executivo no Estado Democrático de Direito e, finalmente, abordamos, a questão dos acordos executivos (prática política que excepciona a conjunção de esforços entre Executivo e Legislativo no processo de celebração de tratados internacionais).

Por fim, no terceiro e último capítulo, enfatizamos a importância do Congresso Nacional no Controle das Relações Internacionais. Nesse contexto, examinamos a polêmica que gira em torno da denúncia de tratados internacionais no Brasil. Enfrentamos os argumentos utilizados pela doutrina e pelo Supremo Tribunal Federal (no julgamento da ADI 1625) para ratificar ou rechaçar a prática do Governo brasileiro de denunciar tratados sem a prévia autorização do Parlamento. Exploramos elementos históricos que reputamos relevantes; analisamos teorias, princípios (gerais e específicos) e métodos de interpretação; e, por fim, confrontamos alguns textos constitucionais (nacionais e estrangeiros, atuais e antigos) com o escopo de entender como os outros países enfrentam o problema.

CAPÍTULO I
TRATADOS INTERNACIONAIS

1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES

> Não é possível manejar com desembaraço, aprender a fundo uma ciência que se relacione com a vida do homem em sociedade, sem adquirir antes o preparo propedêutico indispensável. Deste faz parte o estudo da história especial do povo a que se pretende aplicar o mencionado ramo de conhecimentos, e também o da história geral, principalmente política, da humanidade. O Direito inscreve-se na regra enunciada, que, aliás, não comporta exceções: para o conhecer bem, cumpre familiarizar-se com os fastos da civilização, sobretudo daquela que assimilamos diretamente: a europeia em geral; a lusitana em particular. Complete-se o cabedal de informações proveitosas com o estudo da História do Brasil[1].

Não há consenso doutrinário acerca da origem dos Tratados Internacionais. Celso D. de Albuquerque Mello, Antonio Remiro Brotons[2] e Paulo Borba Casella asseguram que "o primeiro tratado do qual se tem documentação, no sistema das cidades-estado da Mesopotâmia, fixa as fronteiras entre as cidades de Lagash e Umma, com participação de Mesilim, soberano do vizinho estado de Kish, normalmente datado por volta de 3100 a.C".[3]

João Grandino Rodas[4], Valerio de Oliveira Mazzuoli[5] e Francisco Rezek, por sua vez, argumentam que:

> [...] o primeiro registro seguro da celebração de um tratado refere-se à paz entre Hatusil III, Rei dos hititas e Ramsés II, faraó egípcio da XIXª dinastia. Esse tratado, pondo fim à guerra nas terras sírias, num momento situado entre 1280 e 1272 a.C., dispôs sobre paz perpétua entre os dois reinos, aliança contra inimigos comuns, comércio, migrações e extradição. Vale observar o bom augúrio que esse antiquíssimo pacto devera, quem sabe, ter projetado sobre a trilha do direito internacional convencional: as disposições do tratado egito-hitita parecem haver-se cumprido à risca, marcando seguidas décadas de paz e efetiva cooperação entre os dois povos; e assinalando-se, na história do Egito, a partir desse ponto da XIXª dinastia, certo refinamento de costumes, com projeção no próprio uso do idioma, à conta da influência hitita. As duas grandes civilizações entrariam, mais tarde, em processo de decadência, sem que haja notícia de alguma quebra do compromisso[6].

---

[1] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.137.
[2] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Ratificação de tratados**: estudo de direito internacional e constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966. p. 33-34; e REMIRO BROTONS, Antonio. **Derecho Internacional Publico**. v. 2, op. cit., p.27 apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.32.
[3] CASELLA, Paulo Borba. **Fundamento do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.502.
[4] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 7.
[5] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81-82.
[6] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 35.

Antonio Marcio da Cunha Guimarães, por seu turno, pondera que os Tratados Internacionais:

> [...] surgiram da necessidade que os diferentes Estados tiveram de resolver, pacificamente, seus conflitos de interesses. Na medida em que os países, ou melhor, os Estados, se reconheciam mutuamente, como Estados Soberanos, autônomos, independentes, e também interessantes, uma vez que possuíam alguma coisa que interessava aos demais Estados, passou-se a uma situação de ampla negociação, com a celebração de vários acordos e tratados", razão por que, segundo o festejado jurista, só se pode "conceber a existência e importância dos Tratados Internacionais celebrados entre os Estados a partir do momento em que reconhecemos a existência ou o nascimento dos próprios Estados e consequentemente, de um Direito Internacional, até então, inexistente", por isso "é que, na Antiguidade não poderíamos cogitar da existência de um Direito Internacional pelo simples motivo que não existiam vários Estados (no sentido de Estado Moderno) que se relacionassem entre si, de maneira organizada estruturalmente, como podemos facilmente identificar em nossos tempos atuais. Outrossim, defendemos que pelo ponto de vista jurídico, resta sobejamente negada a existência de um Direito Internacional ao tempo do antigo Império Romano, uma vez que o Estado Romano, ainda que fosse bem organizado e estruturado, e de maneira administrativa, militar, social pudéssemos realmente considerá-lo como um Estado, era na verdade, um Estado mundial, ou seja, dominava tudo. Não havia conflitos de leis, mesmo porque não haviam outras leis (nem outros Estados) para conflitar. Conforme entendimento de Hildebrando Accioly, a universalidade do império acabou tornando impossível a existência de um direito internacional", segundo Guimarães, com a queda do Império Romano e com o início do feudalismo "algumas leis e tratados já começaram a surgir, principalmente as relativas ao comércio marítimo e a constituição de ligas de cidades comerciais, visando a proteção do comércio e dos cidadãos. Historicamente, chegamos ao Tratado de Vestfália, assinado em 24 de outubro de 1648, cujo objetivo principal foi pôr fim à Guerra dos Trinta Anos na Europa (a guerra durou de 1618 a 1648). Com a assinatura desse Tratado, que trouxe a paz para uma Europa cansada de uma longa e sangrenta guerra, triunfou também, o Princípio da Igualdade Jurídica dos Estados, o que possibilitou um equilíbrio político europeu[7].

Divergências históricas à parte, o fato é que por muito tempo os tratados internacionais foram regidos por normas eminentemente consuetudinárias.

> As sociedades não hierarquizadas, sem um Poder Legislativo, têm no costume o principal modo de manifestação das normas jurídicas. É como assinala Carl Schmitt de que a admissão do costume foi sempre feita em detrimento do legislador e daí ser ele abandonado no Estado moderno. Bernard Chantebout (Do Estado, 1977) salienta que o direito costumeiro é o direito que a oligarquia dominante impõe à sociedade. Assim sendo, no início o Estado não tem poder legislativo, porque cabe aos governantes zelar pelo respeito ao direito costumeiro sem alterá-lo, mantendo assim o poder da oligarquia[8].

[7] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 32-35.
[8] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 247.

Mas o costume, como principal fonte do Direito, começa a se enfraquecer no século XIX, a partir das primeiras tentativas de codificação do direito internacional, solidificando-se ao longo do Século XX, quando o princípio da certeza jurídica progressivamente passa a forçar a introdução de normas gerais relativas à celebração e validade dos textos convencionais.

> O que sucede ao cabo de três milênios de prática convencional, no século XIX, não é uma alteração na contextura do direito dos tratados — sempre costumeira —, mas uma sensível ampliação no seu acervo normativo, por força de quanto o tratado multilateral desafiava — desde a conferência preparatória até o mecanismo de extinção — aquelas regras concebidas para reger acordos meramente bilaterais. Outro fato digno de nota, na mesma época, foi a erosão do protagonismo concentrado na pessoa do chefe de Estado. A multiplicação dos regimes republicanos e, a progressiva constitucionalização das monarquias trouxeram ao direito dos tratados esse novo fator de complexidade: o envolvimento, no processo, de órgãos estatais de representação popular, sem comunicação direta com o exterior. Resultou induvidoso que essa fase interna, a da consulta ao parlamento como preliminar de ratificação, impôs ao direito das gentes uma importante remissão ao direito doméstico dos Estados. As comunidades jurídicas nacionais deram-se conta da distinção entre esses dois objetos de análise, nenhum deles exíguo: o direito dos tratados no quadro do direito internacional público, e o — às vezes mais controvertido — direito dos tratados no contexto do direito constitucional.
> O século XX abriria espaço a dois fatos novos: a entrada em cena das organizações internacionais, no primeiro após-guerra — fazendo com que o rol das pessoas jurídicas de direito das gentes, habilitadas a pactuar no plano exterior, já não se exaurisse nos Estados soberanos; e a codificação do direito dos tratados, tanto significando a transformação de suas regras costumeiras em regras convencionais, escritas, expressas, elas mesmas, no texto de tratados[9].

Destacaram-se nesse processo a Convenção de Havana sobre Tratados (Código de Bustamante), de 1928[10]; a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT), de 1969[11]; e a Convenção sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986.

---

[9] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 36.

[10] A Convenção de Havana foi sancionada pelo Estado brasileiro em 8 de janeiro de 1929 pelo Decreto 5.647 e ratificada em 30 de julho, tendo sido promulgada aos 22 de outubro do mesmo ano pelo Decreto 18.956. Também a ratificaram, juntamente com o Brasil, os Estados do Equador, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru e República Dominicana.

[11] A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) somente entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980, quando, nos termos de seu art. 84, chegou-se ao *quorum* mínimo de trinta e cinco Estados-partes. O Brasil ratificou esta Convenção em 25 de outubro de 2009, mais de quarenta anos depois de havê-la assinado, por meio do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Esta ratificação, porém, veio acompanhada de duas reservas relativas aos artigos 25 e 66 da CVDT.

2 OS TRATADOS INTERNACIONAIS COMO FONTE PRINCIPAL DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

O art. 38 da Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), extinta em 1946, foi reproduzido pelo atual art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Este dispositivo estabelece, *grosso modo*, que os Tratados Internacionais, ao lado dos Costumes e dos Princípios Gerais de Direito, constituem Fontes do Direito Internacional Público (DIP)[12]. A jurisprudência, a doutrina, a equidade (mencionados no art. 38 da CIJ), assim como os atos unilaterais e as decisões tomadas no âmbito das organizações internacionais (não referidos no dispositivo) são considerados como meios auxiliares[13].

Tecnicamente, apesar de não haver hierarquia entre essas fontes, em especial entre as normas consuetudinárias e aquelas previstas em textos convencionais, a doutrina contemporânea alçou as normas tipificadas em Tratados Internacionais a um patamar mais elevado, fazendo com que sejam consideradas, na atualidade, a principal fonte de obrigação do direito internacional.

Pedro B. A. Dallari, cujo entendimento é corroborado por parcela importante da doutrina, reflete bem essa perspectiva. Para o jurista, "é indiscutível a atual primazia do tratado, em substituição à prevalência do costume, que se constatava até meados do século XX, muito embora se esteja verificando a revalorização, na esfera internacional, do direito costumeiro"[14].

Celso D. de Albuquerque Mello, do mesmo modo, assevera que os tratados internacionais "são considerados atualmente a fonte mais importante do DI não só devido à sua multiplicidade mas também porque geralmente as matérias mais importantes são regulamentadas por eles. Por outro lado, o tratado é hoje considerado a fonte do DI mais democrática, porque há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui)"[15].

---

[12] Vejamos a íntegra do texto do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: "Artigo 38 — 1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciárias e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono,* se as partes com isto concordarem".

[13] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 33.

[14] DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 14.

[15] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 176.

José Francisco Rezek, na mesma linha, afirma que o tratado, dentre as formas de expressão do Direito das Gentes, é "a única que se guarda imune a toda crítica. Não há nisso mais que o resultado natural da segurança que os textos convencionais proporcionam, quando em confronto com as demais fontes, de algumas das quais não se coloca em dúvida apenas o alcance no espaço e no tempo, mas, por vezes, a própria existência"[16].

Salem Hikmat Nasser, por sua vez, assegura que a importância crescente dos tratados enquanto fonte "se traduz num incremento quantitativo e também na sua progressiva sofisticação para poder responder às necessidades de uma sociedade internacional mais complexa em que novas problemáticas surgem em ritmo muito mais rápido"[17].

Antonio Remiro Brotons, por seu turno, é enfático. De acordo com o jurista espanhol, "os tratados constituem a fonte mais importante do Direito Internacional, a fonte por excelência do Direito Internacional particular"[18].

Do mesmo modo manifestou-se Flávia Piovesan, para quem os tratados internacionais, enquanto acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda*), "constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. Foi com o crescente positivismo internacional que os tratados se tornaram a fonte maior de obrigação no plano internacional, papel até então reservado ao costume internacional"[19].

Concordamos com essas manifestações. Os acordos internacionais manifestados por escrito, inegavelmente, proporcionam uma segurança jurídica muito grande, além disso, os efeitos jurídicos decorrentes da aplicação desses instrumentos são mais céleres, sobretudo se comparados às normas consuetudinárias, o que lhe assegura maior efetividade.

A relevância desse instrumento como fonte de direito internacional, bem como a sua importância no curso da história das relações internacionais, foi objeto de destaque pelo preâmbulo da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969.

---

[16] REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. Prefácio do Autor XIX/XX.
[17] NASSER, Salem Hikmat. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p.XXII.
[18] BROTONS, Antônio Remiro. **Derecho Internacional Publico**: II Derecho de los Tratados. Madrid: Tecnos, 1987, p. 28 apud TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 2.
[19] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 105.

3 DEFINIÇÃO

Nos termos do art. 2, (1) (a) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969[20]:

> [...] tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação particular.

Esta definição foi complementada[21] pelo art. 2 (1) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais de 1986:

> [...] tratado significa um acordo internacional regido pelo Direito Internacional e celebrado por escrito; i) entre um ou mais Estados e uma ou mais organizações internacionais; ou ii) entre organizações internacionais, quer este acordo conste de um único instrumento ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação específica.

Apesar da Convenção de Viena de 1986 não ter atingido o número mínimo de ratificações ou adesões, ainda assim, é reconhecida – tal como ocorreu com a Convenção de 1969 – como fonte do Direito Internacional, por ser considerada norma declaratória de costume internacional (art. 38, b, do Estatuto da CIJ).

> [...] o Brasil assinou a Convenção de Viena de 1986 em 21 de março de 1986, sem qualquer reserva, mas não a ratificou até o presente momento, não obstante aceitar a capacidade das organizações internacionais para celebrar tratados. A prática brasileira atual – seguida, de resto, pelo Itamaraty – aceita a regra pela qual a capacidade das organizações interestatais para celebrar tratados provém das 'regras da organização', tal como disciplinado pelo art. 6° da Convenção. A delonga (injustificada) do Brasil em ratificar a Convenção de 1986 não só representa um atraso ao país como o impede de participar mais ativamente de tratados de interesse à Nação, adotados no âmbito de organizações interestatais de relevo perante a sociedade internacional. Ainda que até o momento a Convenção de 1986 não tenha entrado em vigor internacional, deveria o Governo brasileiro tê-la ratificado, assim como fez (também tardiamente) com relação à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. De qualquer forma, é possível defender (tal como já ocorrera em relação à Convenção de 1969) a plena eficácia da Convenção de 1986 no Brasil, mesmo sem a ratificação formal do Governo brasileiro, pelo fato de ser ela

[20] Promulgada no Brasil pelo Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

[21] "A Convenção de 1969 foi complementada por outra, a Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986, cujo objetivo foi precisamente o de reconhecer o direito das organizações internacionais de firmar tratados e convenções". (ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba, 2012, p. 157).

> geralmente aceita como norma declaratória de costume internacional vigente (que é fonte do Direito Internacional, nos termos do art. 38, *b*, do Estatuto da CIJ)[22].

Esses conceitos normativos, previstos nas Convenções de Viena de 1969 e de 1986, foram exaustivamente trabalhados no campo doutrinário. Vejamos algumas manifestações:

Lord Mcnair sustenta que tratado é "um acordo escrito por meio do qual dois ou mais Estados ou organizações internacionais que criam ou pretendem criar uma relação entre eles para produzir efeito (*operating*) na esfera do direito internacional"[23].

Paul Reuter, por sua vez, define Tratado Internacional como "uma manifestação de vontades concordantes imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras do Direito Internacional"[24].

Hildebrando Accioly, por seu turno, afirma que Tratado Internacional é o "ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais"[25].

Francisco Rezek assevera que tratado é "todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos"[26].

Antonio Marcio da Cunha Guimarães entende que "tratado internacional é o acordo jurídico formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público, destinado a produzir efeitos no âmbito internacional, através da manifestação formal da vontade desses entes"[27].

Carlos Roberto Husek define tratado como o "acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir efeitos jurídicos na órbita internacional. É a manifestação de vontades de tais entes. Um ato jurídico formal que envolve pelo menos duas vontades"[28].

Pedro B. A Dallari, aduz que "tratado é o diploma jurídico que estrutura e expressa uma norma de conduta convencionada internacionalmente, a partir da vontade manifesta de Estados ou organizações internacionais"[29].

---

[22] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 334.
[23] MCNAIR, Lord. **The Law of Treaties**. Oxford: At the Clarendon Press, 1961. p. 4 apud MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de janeiro: Renovar, 1994. p. 255.
[24] REUTER, Paul. **Droit International Public**. Paris: PUF, 1973 apud RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 10.
[25] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 158.
[26] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 38.
[27] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 42.
[28] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 65.
[29] DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 17

Saulo José Casali Bahia argumenta que tratado é o "acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das gentes"[30].

Para nós, Tratado é um acordo jurídico formal celebrado, em regra, por Estados e Organizações Internacionais e que tem por escopo produzir efeitos no âmbito internacional.

4 TERMINOLOGIA

Ainda dentro do campo de estudo do direito dos tratados, cumpre trazermos à baila as variantes terminológicas comumente empregadas na identificação desse instrumento. Celso D. de Albuquerque Mello, ao enfrentar a questão, trouxe as seguintes definições:

> Tratado — é utilizado para os acordos solenes, por exemplo, tratado de paz; Convenção — é o tratado que cria normas gerais, por exemplo, convenção sobre mar territorial; Declaração — é usada para os acordos que criam princípios jurídicos ou "afirmam uma atitude política comum" (ex.: Declaração de Paris de 1856); Ato — quando estabelece regras de direito (Ato Geral de Berlim de 1885). Entretanto, existem Atos entre estados que não são tratados (Ata de Hel-sinki de 1975), vez que não produzem efeitos jurídicos obrigatórios, mas que tem um caráter normativo no aspecto político ou moral. Em português esta observação não procede muito porque neste caso nós usamos a palavra "Ata" e não "Ato", contudo a palavra usada em inglês é uma só, "*Act*"; Pacto — foi utilizado pela primeira vez no Pacto da Liga das Nações. É um tratado solene (Pacto de Renúncia à Guerra de 1928); Estatuto — empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais (Estatuto da CIJ); Protocolo — Normalmente pode ter dois significados; a) protocolo de uma conferência, que é a ata de uma conferência; b) protocolo-acordo — é um verdadeiro tratado em que são criadas normas jurídicas (Protocolo de Aquisgrana, de 1818, sobre os ministros residentes). É utilizado neste caso como um suplemento a um acordo já existente; Acordo — é geralmente usado para os tratados de cunho econômico, financeiro, comercial e cultural; *Modus vivendi* — designa um acordo temporário (*modus vivendi* de 1936 sobre a navegação do Reno); Concordata — são os assinados pela Santa Sé sobre assuntos religiosos. A concordata trata de matéria que seja da competência comum da Igreja e do Estado. Observa Charles Rousseau que ela, do ponto de vista material, regulamenta matéria de ordem interna (organização do culto, disciplina eclesiástica, relação dos fiéis com o governo). Do ponto de vista formal é um tratado concluído entre dois sujeitos de DI. Para Hauriou, antigamente não era um verdadeiro tratado; Compromisso — utilizado para os acordos sobre litígios que vão ser submetidos à arbitragem; Troca de notas — são os acordos sobre matéria administrativa. Tem mais de um instrumento; Acordos em forma simplificada — ou acordos executivos — são aqueles que não são submetidos ao Poder Legislativo para aprovação. Muitas vezes feitos por troca de notas. São concluídos pelo Poder Executivo; Carta — é o tratado em que se estabelecem direitos e deveres (Carta Social Europeia). É uma forma solene. Utilizado também para os instrumentos constitutivos de organizações internacionais (Carta da ONU); Convenio — palavra utilizada para tratados que versam sobre matéria cultural ou transporte; Acomodação ou compromisso — palavra não utilizada no Brasil. É um acordo provisório. Rousseau afirma que ele tem por finalidade regulamentar a aplicação de um tratado anterior; Os "*gentlemen's agreements*" (acordos entre cavalheiros) estão regulamentados por normas morais.

[30] BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 3.

> São bastante comuns nos países anglo-saxões. A sua finalidade é fixar um "programa de ação política". Não criam obrigação jurídica para o Estado, vez que são assinados em nome pessoal. O acordo não tem caráter oficial [31].

Entendemos que o grande esforço despendido pela doutrina internacionalista foi em vão, tendo em vista que a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, deixou claro no seu art. 2°, I, "a", *in fine*, que os termos utilizados são equivalentes, independentemente da denominação empregada.

> Artigo 2 (Expressões Empregadas). 1. Para os fins da presente Convenção: a) "tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.

5 PRODUÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL

Analisaremos, a partir desse ponto, o aspecto formal do processo de celebração e conclusão de um Tratado Internacional, enfatizando as características mais importantes de cada uma de suas fases.

> O texto convencional passa por um processo de *gestação* todo próprio no plano internacional, para além das fases existentes (e pelas quais o texto também passa) na órbita do Direito interno. Ainda que não haja uma forma pré-determinada para a sua conclusão, haja vista que os tratados podem ser celebrados como bem entenderem os negociadores, o certo é que há fases pelas quais o texto convencional deve passar para que, um dia no futuro, entre em vigor para os contratantes.
> São diversos os momentos pelos quais deve passar o tratado – desde a redação da sua minuta, até sua efetiva entrada em vigor – para que esse ato jurídico internacional se torne uma obrigação de natureza vinculante. Esses momentos pelos quais passa um tratado até que entre em vigor foram inicialmente estabelecidos pela prática internacional, transformada posteriormente em costume. A crença de obrigatoriedade (elemento necessário à formação do costume internacional, nos termos do art. 38, § 1.°, b, do Estatuto da CIJ) relativa à prática de celebração de tratados, acabou por transformá-la em direito positivo no texto de Viena de 1969.
> Neste momento, cabe estudar o que se chama de fases internacionais da celebração de tratados, que são levadas a cabo (sempre) pelo governo dos Estados, ou seja, pelo Poder Executivo[32].

Antes de iniciarmos este estudo, cumpre esclarecer que encontramos na doutrina denominações diferentes para as fases do processo de produção do Texto Convencional.

---

[31] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 176-177.
[32] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 98/99.

Na visão de Celso D. de Albuquerque Mello, o "Tratado Internacional, no seu processo de conclusão, atravessa diversas fases: negociação, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro. Cada uma dessas fases possui normas próprias e características específicas"[33].

André de Carvalho Ramos, de outra parte, aponta a existência de quatro fases entre a formação da vontade à incorporação dos Tratados Internacionais: as negociações e a assinatura; a aprovação congressual; a ratificação e, por fim, o decreto executivo e a teoria da junção de vontades restrita[34].

João Grandino Rodas, por seu turno, assevera que os "tratados em forma solene, também conhecidos como em devida forma, passam pelas seguintes fases: negociação, assinatura ou adoção, aprovação legislativa por parte dos Estados interessa dos em se tornar parte no tratado e, finalmente, ratificação ou adesão"[35].

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, por derradeiro, pondera que:

> [...] a moderna prática diplomática consolidou a utilização de dois processos básicos para a celebração de tratados:
> 1) O processo solene e complexo, que inicia com a negociação e a adoção do texto, prossegue com a avaliação interna das suas vantagens ou inconvenientes, e, no caso de ser aprovado, termina com a manifestação da vontade do Estado em obrigar-se pelo tratado e com o aperfeiçoamento jurídico dessa vontade (negociação – assinatura – aprovação parlamentar – ratificação); e
> 2) O processo abreviado, sobretudo utilizado em acordos bilaterais, que elimina etapas do processo solene (em geral, suprime a aprovação parlamentar e a ratificação).
> Os tratados feitos pelo processo abreviado chamam-se acordos em forma simplificada[36].

Apesar da divergência quanto à nomenclatura, entendemos que a produção do texto convencional submete-se a um processo lógico, que abrange a negociação, assinatura, aprovação congressual, ratificação, havendo, ainda, no caso brasileiro, a necessidade da expedição, no plano interno, de um decreto executivo.

---

[33] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 188.
[34] RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.
[35] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 9.
[36] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio 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 Editor, 1995. p. 202.

5.1 NEGOCIAÇÃO

A produção válida do texto convencional tem início por meio de uma negociação, cuja competência é atribuída, originariamente, ao Chefe de Estado ou ao Chefe de Governo, e de forma derivada, aos plenipotenciários, nos termos do art. 7º, §2º, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969.

> A autoridade do chefe de Estado no domínio da conclusão de tratados internacionais não conhece limites: ele ostenta, em razão do cargo, idoneidade para negociar e firmar o acordo, e ainda para exprimir — desde logo, ou mediante ratificação ulterior — o consentimento estatal definitivo. Não vem à cena, neste passo, a questão constitucional doméstica. É notório que mesmo os chefes de Estados presidencialistas costumam ter partilhada com o congresso a competência para resolver sobre tratados; assim como é sabido que nas nações parlamentaristas o chefe de Estado — presidente ou monarca — nem sequer partilha essa competência, visto que mantido, em regra, à margem do processo decisório. Em ambos os casos, a limitação constitucional de poder não prejudica a plenitude da representatividade exterior. Em todos os atos relacionados com o comprometimento internacional, o chefe de Estado dispõe da autoridade fluente de seu cargo, não se esperando dele que apresente uma carta de plenos poderes — até porque é impossível atinar com quem expediria, em seu favor, semelhante credencial. A prática internacional, ora espelhada na Convenção de Viena, atribui idêntico estatuto de representatividade ao chefe do governo — quando essa função, qual sucede no parlamentarismo, seja distinta da precedente[37].

A plenipotência recai de modo geral sobre o Ministro das Relações Exteriores[38] ou sobre o Chefe de Missão Diplomática[39], porém, "os demais plenipotenciários demonstram semelhante qualidade por meio da apresentação da Carta de Plenos Poderes"[40], explica Francisco Rezek[41].

> Plenipotenciários. Um terceiro dignitário possui ainda essa qualidade representativa ampla: trata-se do ministro de Estado responsável pelas relações exteriores, em qualquer sistema de governo. Aqui, porém, importa destacar certa distinção entre o ministro especializado e as duas autoridades precedentes. A representatividade do chefe de Estado e do chefe do governo pode entender-se originária, o que não sucede

[37] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58 e 59.
[38] "No Reino Unido, o '*Foreign Secretary*', ministro responsável pelas relações exteriores, recebe da Rainha, ao tomar posse, uma carta de 'plenos poderes gerais' — cuja exibição seguramente não lhe será exigida quando negocie com outros governos". (REZEK, José Francisco, 1984, p. 207).
[39] "Prescinde da apresentação de carta de plenos poderes o *chefe de missão diplomática* — isto *é, o* embaixador ou o encarregado de negócios —, mas apenas para a *negociação* de tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. O horizonte desta plenipotência presumida é, assim, e numa dupla dimensão, muito estreito se confrontado com o que se abre ao ministro do exterior". (REZEK, José Francisco, op. cit.).
[40] "O elemento credenciado pela carta há de ser, normalmente, um diplomata ou servidor público de outra área. A necessidade da credencial específica, de todo modo, é tão certa nesse caso quanto no de um particular recrutado pelo governo para a missão negocial. Mesmo os ministros de Estado dela não prescindem — à exceção do titular das relações exteriores". (REZEK, Francisco, 2013, p. 61).
[41] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

> no caso do ministro, que a tem derivada. Há uma generalizada percepção da impropriedade de se ajustar ao chefe de Estado, ou ao chefe do governo, o rótulo de plenipotenciário, visto que esta expressão intuitivamente sugere um mandatário, e só parece adequada a quem se viu conceder os plenos poderes — não a quem por natureza detém tais poderes, e a prerrogativa, inerente ao cargo, de dá-los a outrem. O ministro das relações exteriores se entende um plenipotenciário – no quadro internacional – desde o momento em que investido pelo chefe de Estado, ou pelo chefe do governo, naquela função pública. Ele guardará o benefício dessa presunção de qualidade, independentemente de qualquer prova documental avulsa, enquanto exercer o cargo. Também prescinde da apresentação de carta de plenos poderes o chefe de missão diplomática — isto é, o embaixador ou o encarregado de negócios —, mas apenas para a negociação de tratados bilaterais entre o Estado acreditante e o Estado acreditado. O horizonte desta plenipotência presumida é, assim, e numa dupla dimensão, muito estreito se confrontado com o que se abre ao ministro do exterior[42].

João Grandino Rodas observa que a negociação apresenta características diversas, consoante seja o Tratado bilateral ou plurilateral. De acordo com o jurista:

> A Negociação Bilateral inicia-se usualmente através do envio de uma nota diplomática, tem lugar no território de uma das partes contratantes, sendo geralmente informal. No caso de não ser comum o idioma das partes contratantes, é frequente a utilização de idioma de terceiro Estado. O tratado pode ter uma única versão autêntica ou duas ou mais versões. Neste caso, todas poderão ser tidas como autênticas e de igual valor, ou uma delas poderá, para fins de interpretação, possuir a precedência. No momento em que as partes chegam a um acordo nos aspectos substanciais e formais, procedem à assinatura, que presentemente significa apenas a autenticação do texto convencional[43].

O texto de todo tratado bilateral expresso em instrumento único, segundo Francisco Rezek:

> [...] há de resultar, na sua integralidade, do consenso entre as partes, corresponsáveis por sua formulação. Quando, sobre a substância do pactuado, tanto quanto sobre sua expressão formal, nenhum debate sobreviva entre os pactuantes, a negociação terá terminado. O texto estará pronto — e o estará, se for o caso, em mais de um idioma —, cumprindo agora autenticá-lo, para que se tenha a evidência documental de quanto quiseram estabelecer os negociadores[44].

No caso de um Tratado Multilateral, a negociação se desenvolve nas grandes conferências e congressos. Quando a negociação não for realizada no seio de uma Organização Internacional, Rodas observa que:

> [...] esta terá início com a convocação de uma conferência diplomática internacional *ad hoc*, por parte de um ou um grupo de Estados, ou mesmo de uma organização internacional. O procedimento da negociação por ser rígido e complexo, obedece a

[42] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 59-60.
[43] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 15.
[44] REZEK, Francisco, op. cit. p. 64.

> um regulamento interno, sendo utilizado normalmente um ou mais dos cinco idiomas oficiais da Organização das Nações Unidas. O texto convencional vem sendo adotado por maioria de dois terços e, mais modernamente através do "consenso"[45].

De qualquer modo, o processo de negociação deve ser norteado pelo princípio da boa-fé, que, segundo E. Zoller, significa "a ausência de fraude, não induzir a erro e a não mentir"[46].

Esta fase chega ao seu final com a produção de um texto escrito que, nada mais é do que o Tratado.

5.2 ASSINATURA

A assinatura, em regra, é um aceite precário, já que apesar de encerrar a fase de negociações, expressa uma predisposição do Estado de celebrar (após a ratificação) o texto convencional.

> Em geral, o processo de formação dos tratados tem início com os atos de negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do órgão do Poder Executivo. A assinatura do tratado, por si só, traduz um aceite precário e provisório, não irradiando efeitos jurídicos vinculantes. Trata-se da mera aquiescência do Estado em relação à forma e ao conteúdo final do tratado. A assinatura do tratado, via de regra, indica tão somente que o tratado é autêntico e definitivo[47].

Representa, pois, o "encerramento das negociações e a redação de seus resultados num instrumento a ser apresentado aos governos para a aprovação final"[48].

O art. 12 da Convenção de Viena sobre Direito dos Trados (CVDT) de 1969, contudo, dispõe sobre o "consentimento em obrigar-se por um Tratado manifestado pela assinatura". Isso ocorrerá, de acordo com o referido dispositivo, quando o tratado dispuser que a assinatura terá esse efeito; quando estabelecer, de outra forma, que os Estados negociadores acordaram em dar à assinatura esse efeito; ou quando a intenção do Estado interessado em dar esse efeito à assinatura decorrer dos plenos poderes de seu representante.

---

[45] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 15.
[46] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 189.
[47] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.
[48] CAMARA, José Sette. **The Ratification of Treaties**. Toronto: The Ontario Publishing Company Limited, 1949. p. 67-68 apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

Este artigo, segundo Cláudia Lima Marques, tem por escopo "simplificar a prática internacional relativa a tratados, dando aos Estados a possibilidade de obrigar-se pela assinatura. Considerações de simplicidade, rapidez, eficácia, política interna e externa, Direito Constitucional interno e certeza imediata quanto à obrigação existente são as que explicam por que esse modo de expressão tornou-se tão popular na prática internacional"[49].

5.3 APROVAÇÃO LEGISLATIVA

Encerrada a fase de negociação, assinado o Tratado Internacional e persistindo o interesse do Governo brasileiro na continuidade do processo de produção do texto convencional, caberá então ao Presidente da República encaminhá-lo, por *mensagem*, ao Congresso Nacional, em homenagem ao sistema de freios e contrapesos[50].

> 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*"[51].

Entende-se que o envio ou não do tratado internacional ao Parlamento é, em regra, um ato discricionário do Presidente da República, tendo em vista que o instrumento poderá ser simplesmente arquivado, caso o Governo considere insatisfatório o resultado das negociações.

Há, contudo, uma exceção quanto à discricionariedade do Presidente da República no que se refere ao envio do tratado ao Congresso Nacional:

> [...] é o caso das convenções internacionais do trabalho que, por força do art. 19, parágrafo 5, item "b", da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), devem obrigatoriamente ser submetidas ao Congresso Nacional dentro de no

[49] MARQUES, Cláudia Lima; LIXINSKI, Lucas e BORDIN, Fernando Lusa. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 64.

[50] Esse mecanismo, criado pela doutrina norte-americana, será abordado no terceiro capítulo desta dissertação, no item sobre a separação de poderes.

[51] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).

> máximo um ano após o encerramento da conferência em que são celebradas. Esta restrição incomum à liberdade de escolha do Chefe de Estado ocorre quando o País voluntariamente se vincula a um tratado que contenha obrigação desta natureza, como é o caso do acordo constitutivo da OIT[52].

Encaminhado o texto convencional – acompanhado da exposição de motivos – à Câmara dos Deputados pelo Presidente da República tem-se início o procedimento parlamentar.

No Congresso Nacional, a matéria será discutida e votada, separadamente, primeiro na Câmara, e depois, no Senado.

Consoante magistério de Rezek:

> [...] a aprovação do Congresso implica, nesse contexto, a aprovação de uma e outra das suas duas casas. Isto vale dizer que a eventual desaprovação no âmbito da Câmara dos Deputados põe termo ao processo, não havendo por que levar a questão ao Senado em tais circunstâncias.
> Tanto a Câmara quanto o Senado possuem comissões especializadas *ratione materiae*, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. O exame do tratado internacional costuma envolver, numa e noutra das casas, pelo menos duas das respectivas comissões: a de relações exteriores e a de constituição e justiça. O tema convencional determinará, em cada caso, o parecer de comissões outras, como as de finanças, economia, indústria e comércio, defesa nacional, minas e energia. A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças — a maioria absoluta do número total de deputados, ou de senadores —, devendo manifestar-se em favor do tratado a maioria absoluta dos presentes. O sistema difere, pois, do norte-americano, em que apenas o Senado deve aprovar tratados internacionais, exigindo-se naquela casa o *quorum* comum de presenças, mas sendo necessário que dois terços dos presentes profiram voto afirmativo. Os regimentos internos da Câmara e do Senado se referem, em normas diversas, à tramitação interior dos compromissos internacionais, disciplinando seu trânsito pelo Congresso Nacional.
> O êxito na Câmara e, em seguida, no Senado, significa que o compromisso foi aprovado pelo Congresso Nacional. Incumbe formalizar essa decisão do parlamento, e sua forma, no Brasil contemporâneo, é a de um decreto legislativo, promulgado pelo presidente do Senado, que o faz publicar no Diário Oficial da União.
> O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Não se produz esse diploma quando o Congresso rejeita o tratado, caso em que cabe apenas a comunicação, mediante mensagem, ao presidente da República[53].

Com o referendo do Congresso Nacional, instrumentalizado no Brasil por um *Decreto Legislativo*, o texto convencional será reencaminhado ao Presidente da República que poderá ratificá-lo (ou não).

---

[52] GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil**. FUNAG. 2012. p. 47 Disponível em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=400&Itemid=41>. Acesso em: 03 de março de 2014.

[53] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 89.

5.4 RATIFICAÇÃO, ACEITAÇÃO OU APROVAÇÃO

Nas palavras de José Sette Camara[54], a ratificação pode ser entendida como:

> [...] o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa as autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado, a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais[55].

Trata-se, portanto, de um ato unilateral, por meio do qual "o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se"[56] e discricionário, já que o Governo brasileiro não está obrigado a fazê-lo; e irretratável.

> A Convenção de Havana sobre Direito dos Tratados (1928) consagra essa discricionariedade dispondo que a ratificação é ato inerente à soberania nacional, e constitui o exercício de um direito, que não viola nenhuma disposição ou norma internacional (art. 7°)[57].

Em geral, explica André de Carvalho Ramos, "a ratificação em tratados bilaterais ocorre pela via da troca de notas; já os tratados multilaterais ou plurilaterais são ratificados pelo depósito do instrumento de ratificação perante um dos Estados parte ou organização internacional, designados para tal mister pelo próprio tratado" [58].

No Brasil, entende-se que a competência para ratificar os Textos Convencionais é do Presidente da República, por força do disposto no art. 84, VIII, da Constituição Federal.

Com a ratificação, o tratado estará, em regra, apto a produzir efeitos no plano internacional (art. 24, § 2º da CVDT de 1969), isso porque alguns instrumentos exigem um número mínimo de depósitos de ratificação para começar a produzir efeitos, enquanto outros, em razão da chamada cláusula de vigência diferida, sujeitam à sua vigência a observância de um determinado lapso temporal.

> [...] Exemplo histórico de tratado multilateral que não definiu data certa para entrada em vigor foi a Carta da Organização das Nações Unidas, que estabeleceu como

---

[54] CAMARA, José Sette. **The Ratification of Treaties**. Toronto: The Ontario Publishing Company Limited, 1949. p. 15

[55] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de janeiro: Renovar, 1994. p. 263.

[56] REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 267.

[57] RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 38.

[58] _____._____.

> condição, em seu artigo 103.3, o depósito dos instrumentos de ratificação pelos cinco membros permanentes do que viria a ser o Conselho de Segurança e pela maioria dos outros Estados signatários. De forma semelhante, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica), de 1969, teve como requisito para vigência a ratificação ou adesão por parte de 11 Estados (artigo 74.2), fato que só se concretizou em 1978.
> Tampouco é incomum a conjugação de número mínimo de partes ratificantes ou aderentes com período de *vacatio legis* como condições expressas para o início de vigência do tratado. Esse foi o caso da própria Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ver artigo 84.1). Vários outros tratados multilaterais, tanto os que lhe são anteriores como posteriores, servem como exemplo dessa prática. Contribuem para evidenciar, assim, o caráter costumeiro da norma contida no artigo 24.I. A existência de *vacatio legis* é útil para dar às partes tempo para adaptação às exigências do tratado, inclusive para fazer as modificações necessárias em seu ordenamento jurídico interno[59].

Após a ratificação, o texto convencional deverá ser registrado e publicado no órgão competente, *v.g.* Secretariado das Nações Unidas, para que toda comunidade internacional tenha conhecimento desse instrumento, sob pena de não poder invocar as disposições desse instrumento perante terceiros[60].

6 INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO PLANO JURÍDICO INTERNO

A discussão acerca da aplicação dos tratados internacionais no plano interno demanda uma análise, ainda que singela, das duas grandes vertentes doutrinárias incidentes sobre o tema (Dualismo e Monismo), bem como, sobre a expedição do famigerado decreto presidencial, instrumento sem o qual o texto convencional não poderá produzir efeitos.

6.1 CONCEPÇÕES DOUTRINÁRIAS

O estudo dessas concepções situa-se no plano da validade e eficácia dos Tratados Internacionais, daí a relevância da indagação feita por Antonio Marcio da Cunha Guimarães:

> O Tratado Internacional, uma vez firmado pelos representantes do Estado, em nível mundial, perante outros parceiros internacionais, tem aplicação plena (imediata e ampla) no sistema jurídico interno? Existem requisitos a serem cumpridos? E se não forem, quais os resultados ou consequências (em nível nacional e internacional)?
> A fim de sabermos as respostas a estas indagações, mister conhecer [...] a forma de aceitação ou recepção dos Tratados Internacionais nos sistemas jurídicos internos,

[59] PENA, Hugo. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 170.
[60] Art. 102 da Carta da ONU: "[...] todo tratado e todo acordo internacional, concluídos por qualquer membro das Nações Unidas depois da entrada em vigor da presente Carta, deverão, dentro do mais breve prazo possível, ser registrados e publicados pelo Secretariado".

> que com toda certeza, são diferentes de Estado para Estado, pois além de contarem com procedimentos e regras diferenciadas para recepção dos Tratados Internacionais, também lhe emprestam valorização diferente conforme a tradição e cultura de cada povo ou nação[61].

6.1.1 Monismo

A Teoria Monista do Direito, formulada por Hans Kelsen, em 1926, sustenta que "o Direito Internacional e o Direito Interno são dois ramos de um único sistema, defendendo uns o primado do primeiro, e outros, a primazia do segundo. Os monistas partem do princípio de que todos os Direitos emanam de uma só fonte, daí ser a consciência jurídica uma só"[62]. Na concepção de Kelsen, observa Guimarães, "o sistema jurídico interno do Estado tinha conotação de ser parcial, parte do único e mais abrangente sistema, que era justamente o ordenamento jurídico internacional, que abrangeria por sua vez, todos os demais sistemas jurídicos internos dos Estados"[63].

Trata-se, portanto, da teoria segundo a qual o Direito Internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, independentemente de qualquer transformação, uma vez que esses mesmos Estados:

> [...] nas suas relações com outros sujeitos do direito das gentes, mantêm compromissos que se interpenetram e que somente se sustentam juridicamente por pertencerem a um sistema jurídico *uno*, baseado na identidade de sujeitos (os indivíduos que os compõem) e de fontes (sempre objetivas e não dependentes – como no voluntarismo – da vontade dos Estados). [...] Em outras palavras, uma norma internacional quando aceita por um Estado (*v.g.*, quando este *ratifica* um tratado) já tem aptidão para ser aplicada no plano do seu Direito interno, sem a necessidade de ser "transformada" em norma interna (por ato posterior de um dos poderes constituídos, *v.g.*, o Poder Legislativo). A norma do direito das gentes (o tratado ratificado ou até mesmo um costume) continua sendo norma *internacional*, que será então *aplicada* internamente, não sendo norma internacional *transformada* em Direito interno. [...]
>
> Essa corrente, adotada na Bélgica, França e Holanda, é defendida por Verdross, Mirkine-Guetzévitch, Lau-terpacht, Jiménez de Aréchaga, dentre outros. No Brasil, trata-se da posição da maioria da doutrina internacionalista, dentre cujas vozes mais autorizadas estão Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Hildebrando Accioly, Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva, Celso D. de Albuquerque Mello, Vicente Marotta Rangel e Mirtô Fraga[64].

A concepção monista subdivide-se em monismo nacionalista ou com primazia do direito interno e monismo internacionalista.

---

[61] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 86.
[62] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 56.
[63] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 88-89.
[64] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81-82.

De acordo com o magistério de Celso D. de Albuquerque Mello, o monismo nacionalista:

> [...] tem as suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira a sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples "direito estatal externo". Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os Estados aplicam na sua vida internacional. Esta concepção foi seguida por Wenzel, os irmãos Zorn, Decencière-Ferrandière, Verdross (inicialmente). Os autores soviéticos (Korovin) sustentaram que o direito internacional só é válido para o Estado, como parte do seu direito nacional, filiando-se a esta concepção da soberania absoluta do Estado. Seguiram a esta tese ainda os juristas nazistas e atualmente ela é adotada por Georges Burdeau que considera o DIP "um direito nacional para uso externo"[65].

O Direito Internacional, para essa corrente, só se justifica sob o ponto de vista do ordenamento interno do Estado, isso porque:

> [...] é a ordem jurídica estatal (a Constituição do Estado) que prevê quais são os órgãos competentes para a celebração de tratados e como esses órgãos podem obrigar, internacionalmente, em seu nome, a Nação soberana. Nos países que adotam esse sistema é comum aparecer nas Constituições a fórmula seguinte: "As regras do Direito Internacional geral fazem parte integrante do Direito estatal"[66].

A doutrina monista internacionalista ou com primazia do Direito Internacional, por outro lado, foi desenvolvida pela Escola de Viena e teve entre os seus maiores defensores Hans Kelsen, Alfred Verdross e Josef Kunz, tendo se firmado no cenário mundial após a Segunda Grande Guerra.

> Kelsen, ao formular a teoria pura do direito, enunciou a célebre pirâmide de normas. Uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide estava a norma fundamental, a norma base (Grundnorm), que era uma hipótese, e cada jurista podia escolher qual seria ela. Diante disso, a concepção kelseniana foi denominada na sua primeira fase de teoria da livre escolha; posteriormente, por influência de Verdross, Kelsen sai do seu "indiferentismo" e passa a considerar a "Grundnorm" como sendo uma norma de DI: a norma costumeira "*pacta sunt servanda*". Em 1927, Duguit e Politis defendem o primado do DI e com eles toda a escola realista francesa, que apresenta em seu favor argumentos sociológicos [67].

---

[65] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 99.
[66] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 83.
[67] MELLO, Celso D. de Albuquerque, op. cit. p. 98.

A teoria ora estudada, explica Celso D. de Albuquerque Mello, parte da inexistência de diferenças fundamentais entre as duas ordens jurídicas.

> A própria noção de soberania deve ser entendida com certa relatividade e dependente da ordem internacional.
> Kelsen inicialmente sustentou a inexistência de conflitos entre as ordens interna e internacional, uma vez que a norma inferior jamais poderia ir de encontro à norma superior que era a sua fonte e fundamento. Finalmente, o mestre da escola de Viena, ainda por influência de Verdross, passou a admitir a possibilidade de conflitos entre as duas ordens jurídicas, como de fato existem. É o denominado "monismo moderado" que veio substituir o "monismo radical" de Kelsen na sua fase anterior.
> O conflito entre o Direito Interno e o Direito Internacional não quebra a unidade do sistema jurídico, como um conflito entre a lei e a Constituição não quebra a unidade do direito estatal. O importante é a predominância do DI; que ocorre na prática internacional, como se pode demonstrar com duas hipóteses: a) uma lei contrária ao DI dá ao Estado prejudicado o direito de iniciar um "processo" de responsabilidade internacional; b) uma norma internacional contrária à lei interna não dá ao Estado direito análogo ao da hipótese anterior.
> Podemos citar ainda em favor do monismo com primazia do DI a formação de uma nova fonte formal na nossa matéria: a lei internacional. Esta, muitas vezes, se dirige diretamente ao indivíduo sem que haja transformação em lei interna. É o que ocorre com inúmeras decisões da CECA[68].

O monismo internacionalista, ou com primado no direito internacional, foi consagrado pelo art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[69] e ratificado pela jurisprudência internacional (parecer consultivo da CPJI, proferido a 31 de julho de 1930):

> É princípio geralmente reconhecido, do direito internacional, que, nas relações entre potências contratantes de um tratado, as disposições de uma lei interna não podem prevalecer sobre as do tratado[70].

Essa orientação, segundo Antônio Márcio da Cunha Guimarães, foi mantida após a criação da ONU, já que a Corte Internacional de Justiça "tem se posicionado no sentido de que deve prevalecer essa tese monista com primado do Direito Internacional[71]".

---

[68] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 100.
[69] Art. 27 (Direito Interno e Observância de Tratados) - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.
[70] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.237.
[71] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2009. p. 12.

6.1.2 Dualismo

A concepção dualista do direito, na medida em que leva em consideração a aparente diversidade das fontes e dos sujeitos de direito, preconiza, basicamente, a separação dos sistemas jurídicos de direito interno e de direito internacional.

Ao direito internacional caberia disciplinar as relações entre Estados soberanos, enquanto o direito interno se incumbiria das relações entre os próprios cidadãos, razão pela qual os dois sistemas seriam mutuamente excludentes, não havendo, portanto, qualquer ingerência de um sobre o outro. Como consequência, uma norma jurídica válida internacionalmente não teria validade automática no plano interno, já que estaria sujeita a um processo de incorporação.

Essa teoria, proposta por Heinrich Triepel, em 1899, na obra "*Volkerrecht und Landesrecht"* foi levada para a Itália por Dionísio Anzilotti, em 1905, por meio da a obra "*Il Diritto Internazionale nel giudizio interno*", onde, segundo Celso D. de Albuquerque Mello, foi seguida:

> [...] por grande número de autores italianos, mas apresentando algumas características próprias. Perassi, um dos autores mais representativos da denominada escola italiana, defende a autonomia das duas ordens jurídicas, sustentando, contudo, a superioridade do DI em relação aos Estados. O DI não atinge diretamente a ordem jurídica interna, tanto assim que a revogação de uma norma interna contrária ao DI só pode ser feita por um procedimento do direito interno. Posição bastante semelhante à de Perassi é a de Sereni, que retoma as diferenças entre as duas ordens jurídicas sustentadas por Triepel.
> A denominação de dualista para esta concepção foi dada por Alfred Verdross, em 1914, e aceita por Triepel, em 1923. Todavia, Verdross reconheceu a deficiência deste termo, uma vez que não existe apenas um direito interno, sendo portanto mais correto denominá-la de pluralista[72].

O dualismo pode ser classificado em radical e moderado.

> O dualismo dividiu-se em *radical*, em que há necessidade de edição de lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica nacional, na forma original proposta por C. H. TRIEPEL (1923),[1] e em *dualismo moderado*, no qual a incorporação prescindiria de lei, embora se faça mediante procedimento complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva[73].

---

[72] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 98.
[73] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 238.

De acordo com Carl Heinrich Triepel, um de seus maiores defensores do dualismo radical:

> [...] as normas de Direito interno só têm eficácia na ordem jurídica interna. De forma que, para o ingresso das normas internacionais provenientes de tratados no ordenamento jurídico pátrio, após a ratificação faz-se necessário incorporar legislativamente o conteúdo desses instrumentos ao ordenamento interno nacional (técnica da "incorporação legislativa"). A sanção, no caso de omissão, é tão somente internacional. Ou seja, se os Estados não adaptarem o seu Direito interno àquilo que a norma internacional ratificada recomenda, a norma interna continua (equivocadamente) válida, sendo a única consequência a responsabilidade internacional do Estado (frise-se que soa como um assinte, hoje em dia, chamar o instituto da responsabilidade internacional de "única consequência" em vista do descumprimento de um tratado ratificado pelo Estado). É esse o sistema adotado na Itália, em que, além da ratificação, se exige, para a aplicação interna dos tratados, leis de aprovação. Na Islândia, em situação análoga, o tratado somente passa a ser aplicável internamente após um ato especial do Parlamento.
> [...] Assim as normas de Direito Internacional não teriam "aplicabilidade e cogência no interior de um Estado senão por meio da recepção, isto é, em virtude de um ato do Poder Legislativo que transforme o tratado em norma de Direito interno. Em consequência disso, a norma do Direito Internacional internalizada passaria a ter o mesmo *status* normativo que outra norma do Direito interno, o que, segundo esta concepção, permitiria que um Tratado Internacional fosse 'revogado' por uma lei ordinária posterior. O que ocorre é que em nenhuma Constituição brasileira jamais se exigiu dupla manifestação do Congresso Nacional como condição de validade dos tratados internacionais no nosso ordenamento interno. Além da aprovação do tratado – por meio de Decreto Legislativo –, nunca se exigiu a edição de um *segundo* diploma legal (uma norma específica) que reproduzisse as regras convencionais a fim de materializá-las internamente[74].

No dualismo moderado, por outro lado, a incorporação de um Tratado Internacional "prescindiria de lei, embora se faça mediante procedimento complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva"[75].

6.1.3 Teoria Aplicada no Brasil

Apesar de existirem fervorosos defensores do sistema monista aplica-se, no Brasil, o dualismo moderado.

Segundo a doutrina:

> [...] constata-se que o sistema constitucional brasileiro não exige, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, a edição de lei formal distinta (visão dualista extremada ou radical), satisfazendo-se com a adoção de *iter procedimental* complexo, que compreende a aprovação congressional e a pro-

[74] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 77 e 79.
[75] ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.238.

> mulgação executiva do texto convencional. Isso quer dizer que o Brasil adotou o princípio do dualismo moderado [76].
>
> [...] o decreto presidencial enquanto momento culminante do processo de incorporação dos tratados ao sistema jurídico brasileiro é manifestação essencial e insuprimível, considerando-se seus três efeitos básicos: a) a promulgação do Tratado Internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional[77]. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que o STF tem assumido a posição dualista moderada. Mas deve-se esclarecer que a Suprema Corte jamais conseguiu demonstrar o dispositivo constitucional no qual se fundamentou para dizer da obrigatoriedade da promulgação executiva do tratado entre nós. Em nenhum de seus artigos a Constituição de 1988 diz caber ao Presidente da República promulgar e fazer publicar "tratados", o texto constitucional (art. 84, inc. IV) somente se refere à promulgação e publicação das leis (e sabe-se já que quando a Constituição quer se referir a tratados ela o faz expressamente, como no art. 5°, §§ 2° e 3° etc.)[78].

De acordo com posição firme do C. Supremo Tribunal Federal:

> O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno" (ADI 1480 – Relator: Ministro Celso de Mello).
>
> [...] a executoriedade dos tratados internacionais no Brasil somente se viabiliza, nos termos da Constituição Federal, a partir de sua incorporação ao direito interno. Para tanto faz-se necessária, como ocorreu no caso concreto, a manifestação de duas vontades autônomas e convergentes do Congresso Nacional a quem incumbe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, artigo 49, I) e do Presidente da República a quem compete celebrar os ajustes e promulgá-los (CF, artigo 84, VIII), mediante decreto, sendo a publicação deste o marco da vigência dos tratados no plano jurídico nacional. (Voto do Min. Corrêa na ADI 1625)

Oficialmente, portanto, os tratados internacionais sujeitam-se a requisitos internos de recepção, sem os quais não poderão produzir efeitos válidos.

Não concordamos com essa posição. O monismo internacionalista seria, em princípio, o sistema que melhor atenderia os preceitos propugnados pelo Direito Internacional.

---

[76] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 493.
[77] V. ADI 1480-DF, rel. Min. Celso de Mello, informativo do STF, n° 109, DJU, de 13.05.1998.
[78] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 79.

Porém, como bem observou o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, nenhuma dessas "linhas de pensamento é invulnerável à crítica"[79], talvez por isso Guido Soares e Antonio Márcio da Cunha Guimarães tenham observado que "a formulação de uma nova teoria que venha a atender as necessidades atuais, principalmente em face dos efeitos da globalização em nossa vida moderna, é algo que se constitui em tema aberto para discussão da doutrina" [80].

6.2 PROMULGAÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL

No Brasil, os tratados internacionais estão sujeitos, no plano interno, a um ato de promulgação, instrumentalizada por um decreto do Presidente da República.

Trata-se de uma praxe adotada desde os tempos do Império[81], e que não possui amparo legal e muito menos constitucional.

> Essa "praxe" não mereceu nenhuma disposição clara em qualquer das Constituições anteriores. Pelo contrário, a promulgação é típico instituto do processo legislativo de formação das leis. A prática de edição de Decreto para promulgar e publicar os tratados iniciou-se no Império, uma vez que, na maior parte dos tratados, o Imperador podia ratificá-los autonomamente, sem aprovação da Assembleia. Logo, era natural que houvesse a publicação de Decreto como decorrência dos poderes normativos do Imperador. Após, com a proclamação da República, coube ao Congresso Nacional a competência de autorizar previamente a ratificação dos tratados a ser feita pelo Chefe de Estado; mesmo assim, a tradição imperial de promulgar os tratados por meio de Decretos foi mantida, em analogia com a tradicional promulgação e publicação presidencial das leis – essa sim prevista expressamente nas Constituições brasileiras. [...] Assim, defendemos a existência de uma teoria da junção de vontades restrita, que se encerra com a manifestação final de celebração do tratado (via de regra pela ratificação), ao contrário do adotado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (que adota a teoria da junção de vontades ampla)[82].

Contudo, ainda assim é corroborada pelo Supremo Tribunal Federal.

> A recepção dos tratados internacionais em geral [...] depende, para efeito de sua ulterior execução no plano interno, de uma sucessão causal e ordenada de atos revestidos de caráter político-jurídico, assim definidos: (a) aprovação, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, de tais convenções: (b) ratificação desses atos internacionais, pelo Chefe de Estado, mediante depósito do respectivo instrumento; (c) promulgação de tais acordos ou tratados, pelo Presidente da

---

[79] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27.
[80] GUIMARÃES, Antônio Márcio da Cunha. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009. p. 91.
[81] "O Brasil, após a Independência, continuou a seguir a tradição lusitana de promulgar os tratados já ratificados por meio de um decreto do Executivo. Embora as Constituições Brasileiras da República incluindo a vigente, não façam qualquer referência, esse costume vem sendo mantido". (RODAS, João Grandino, 1991, p. 54).
[82] RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 40.

> República, mediante decreto, em ordem a viabilizar a produção dos seguintes efeitos básicos, essenciais à sua vigência doméstica: (1) publicação oficial do texto do tratado e (2) executoriedade do ato de direito internacional público, que passa, então – e somente então – a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes. O sistema constitucional brasileiro não consagra o princípio do efeito direto e nem o postulado da aplicabilidade imediata dos tratados ou convenções internacionais. (CR 8.279-AgR- Rel. Min. Presidente Celso de Mello – j. em 17.06.1998, Plenário – DJ 10.08.2000)

Essa prática não albergada de maneira expressa em qualquer das Constituições brasileiras, "potencializa o risco da responsabilização internacional do Estado brasileiro, caso o Decreto de Promulgação não seja editado, por desídia ou outro motivo"[83], adverte André de Carvalho Ramos.

Findo o processo, o Decreto Presidencial, acompanhado do inteiro teor do texto convencional, deverá ser publicado no Diário Oficial da União.

7 FORMAS DE EXTINÇÃO DO TEXTO CONVENCIONAL

A cessação da vigência de um tratado internacional pode ocorrer pelas mais variadas razões (execução integral do tratado, consentimento mútuo, condição resolutória, caducidade, guerra, impossibilidade de execução etc.), mas em geral, o texto convencional chega ao seu término, ou por consenso dos contratantes ou pela vontade unilateral de uma das partes (denúncia). Vejamos:

7.1 EXTINÇÃO POR ACORDO DE VONTADE DAS PARTES

O tratado internacional chega ao seu término, neste caso, pela manifestação de vontade dos coparticipes. "Aqueles que encetaram o tratado podem desfazê-lo"[84]. Assim, por consenso, os Contratantes podem derrogar ou ab-rogar o Texto Convencional.

A ab-rogação (revogação integral do Tratado) é regulada pelo art. 54 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969[85] e pode advir de uma hipótese predeterminada (como ocorre com os tratados que estipulam previamente o seu prazo de

---

[83] _____._____. p. 41.
[84] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 103.
[85] Artigo 54 (Extinção ou Retirada de um Tratado em Virtude de suas Disposições ou por consentimento das Partes). A extinção de um tratado ou a retirada de uma das partes pode ter lugar: a) de conformidade com as disposições do tratado; ou b) a qualquer momento, pelo consentimento de todas as partes, após consulta com os outros Estados contratantes.

vigência), ou ainda de alguma hipótese superveniente (como acontece com os casos de celebração posterior de um Tratado).

7.1.1 Ab-rogação por hipótese Predeterminada

A doutrina aponta três hipóteses "capazes de predeterminar a extinção de um tratado: a) quando há termo certo previsto para o fim do tratado; b) quando há condição resolutiva; e c) quando se opera a execução integral do objeto do tratado. As duas primeiras são expressas no instrumento convencional, e a última está nele implícita"[86]. Passemos, então, à análise desses casos.

7.1.1.1 Ab-rogação Predeterminada por Termo Convencionado

Esta hipótese decorre de cláusula inserta no tratado internacional estabelecendo o seu lapso temporal. Nesse caso, o texto convencional pode determinar que irá viger até certa data – "caso dos tratados anglo-chineses sobre Hong Kong"[87] –, ou por certo número de anos – caso do Tratado de Itaipu celebrado entre Brasil e Paraguai em 1973, cujo prazo de vigência é de 50 (cinquenta) anos.

7.1.1.2 Ab-rogação Predeterminada por Condição Resolutória

A hipótese de extinção por termo subordina a eficácia do negócio jurídico, no caso, o texto convencional, a um evento futuro e certo, razão por que as partes sabem, de antemão, até quando o tratado internacional irá produzir efeitos. Difere, portanto, da hipótese de extinção por ab-rogação predeterminada por Condição Resolutiva, na medida em que a hipótese se relaciona a um evento futuro e incerto. O tratado, neste caso, poderá se extinguir na hipótese das partes convencionarem que o tratado terminará no futuro, "quando certo fato se realizar (condição afirmativa) ou se determinado fato não se produzir (condição negativa)"[88]. Foi o que ocorreu, *v.g.*, com o Tratado de Varsóvia: o art. 11 desse instrumento

[86] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 294.
[87] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.
[88] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 217-219.

estabelecia sua extinção "quando entrasse em vigor o Tratado Geral sobre Segurança Coletiva da Europa (condição resolutiva afirmativa)"[89].

É importante deixar claro que a cláusula de resolução deve vir expressa no corpo do texto convencional.

7.1.1.3 Ab-rogação Predeterminada pela Execução Integral do Tratado

O tratado chegará ao seu término, neste caso, quando o objeto for integralmente cumprido. Um exemplo apontado por Francisco Rezek foi o ajuste Brasil X França firmado no Rio de Janeiro, em 27 de agosto de 1927, "para a submissão à Corte Permanente de Justiça Internacional, na Haia, do litígio tocante ao modo de pagamento dos empréstimos federais brasileiros. Cumpriram as partes suas obrigações mútuas e, em 1929, a Corte veio a julgar a demanda. O tratado estava extinto não por caso fortuito, mas porque esgotado o programa operacional que lhe ditaram as partes"[90].

7.1.2 Ab-rogação por hipótese Superveniente

São hipóteses de extinção que decorrem de causas não previstas no texto convencional. É o que ocorre, *v.g.*, quando se celebra um novo tratado, cujo conteúdo é incompatível com o texto convencional anterior.

De acordo com Valerio Mazzuoli:

> [...] diferentemente da ab-rogação predeterminada, em que a vontade das partes já faz prever no tratado quando e em que circunstâncias (ainda que implicitamente) será extinto, não se tem na ab-rogação superveniente qualquer antecipação do consentimento em ver terminado um tratado, senão – a menos que o tratado silencie, quando então é possível extingui-lo pela vontade de todas as partes, ou por meio de tratado posterior – a previsão única de que a maioria das partes pode dá-lo por terminado quando entenderem por bem[91].

São os casos de nove tratados bilaterais luso-brasileiros, concluídos entre 1951 e 1996, que segundo Francisco Rezek "foram expressamente ab-rogados por uma cláusula final (art. 78) do Tratado de amizade, cooperação e consulta que Brasil e Portugal celebraram no

[89] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 295.
[90] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 141.
[91] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 296-297.

quinto centenário do descobrimento (22 de abril de 2000), e que entrou em vigor em 5 de setembro de 2001"[92].

7.2 EXTINÇÃO PELA VONTADE UNILATERAL DE UM DOS CONTRATANTES (DENÚNCIA)

A denúncia é o ato unilateral por meio do qual o sujeito de direito internacional manifesta o seu desejo de não mais se engajar perante um determinado texto tonvencional; ou nas palavras de Remiro Brotons "*es el acto por el qual una parte manifiesta su voluntad de dar por terminado un tratado en sus relaciones con Ias demás partes*"[93].

> Os autores normalmente cuidam da denúncia dentre os modos de extinção dos tratados. No entanto, é mais próprio dizer que a denúncia é modo de terminação do tratado para o Estado (ou organização internacional) em causa tão somente, por tratar-se de ato unilateral da parte. Assim, não é técnico falar na denúncia como forma de extinção de tratados, uma vez que, sendo ato unilateral, é inofensiva às demais partes no acordo coletivo mutalizável[94].

O art. 56 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (CVDT) de 1969, ao regular o instituto da denúncia ou retirada estabelece:

> 1. Um tratado que não contém disposição relativa à sua extinção, e que não prevê denúncia ou retirada, não é suscetível de denúncia ou retirada, a não ser que:
> a) se estabeleça terem as partes tencionado admitir a possibilidade da denúncia ou retirada; ou
> b) um direito de denúncia ou retirada possa ser deduzido da natureza do tratado.
> 2. Uma parte deverá notificar, com pelo menos doze meses de antecedência, a sua intenção de denunciar ou de se retirar de um tratado, nos termos do parágrafo 1.

A regra geral, portanto, é que os Tratados Internacionais somente podem ser denunciados quando esta possibilidade estiver prevista, de forma expressa, no corpo do Texto Convencional, ou ainda quando ela for é consagrada implicitamente pela natureza do Tratado.

> Em termos genéricos, podemos dizer que uma parte pode denunciar tratado: a) em conformidade com as disposições nele previstas que permitam a denúncia; b) em qualquer momento, mediante consentimento de todas as partes, após consulta aos outros Estados contratantes; c) após pré-aviso de pelo menos 12 meses, para hipótese de o tratado não conter disposição sobre denúncia, sempre que: (i) se determine ter sido a intenção das partes admitir a possibilidade de

[92] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 143.
[93] BROTONS, Antonio Remiro. **Derecho Internacional Publico**: II Derecho de los Tratados. Madrid: Tecnos, 1987, p. 466 apud GARCIA, Márcio. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 479.
[94] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 299.

> denúncia (elemento subjetivo) e (ii) se infira da natureza do tratado o direito à denúncia (elemento objetivo)[95].

No campo do Direito Internacional do Trabalho duas observações são necessárias. A primeira se refere à observância de um lapso temporal mínimo para efetivação da denúncia. Segundo Arnaldo Süssekind, as disposições finais das convenções da OIT têm estatuído que:

> [...] todo Membro que tiver ratificado a presente convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos a partir da data da entrada em vigor inicial, mediante um ato comunicado, para ser registrado, ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.
> A denúncia tornar-se-á efetiva somente um ano após a data do registro'.
> Duas posições antagônicas na interpretação dessa regra: a primeira, que prevalece no seio da OIT, entende que o decênio se conta da data em que teve início a vigência internacional da convenção. Assim, no caso da Convenção n. 158, porque essa vigência ocorreu a 23 de novembro de 1985, os países que a ela aderiram tiveram oportunidade de denunciá-la entre 23 de novembro de 1995 e 22 de novembro de 1996.
> A segunda corrente, a que nos filiamos, considera que o decênio concerne à vigência da ratificação de cada país[96].

A segunda recai sobre a natureza discricionária do ato de denúncia (quando admitida, a denúncia não demanda fundamento objetivo). Ocorre, que no caso dos tratados celebrados no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), por força do disposto no art. 2º da Convenção 144 da OIT (sobre consultas tripartites para promover a aplicação das normas internacionais do trabalho, adotada em Genebra, em 21 de junho de 1976 e promulgada no Brasil pelo decreto nº 2.518, de 12 de março de 1998), "antes de se decidir pela denúncia a determinada convenção, as autoridades competentes devem discutir amplamente com organizações representativas de empregadores e trabalhadores. Tomada a decisão, ela deverá ser encaminhada ao Diretor-Geral do Secretariado da Organização e em qualquer caso em que um governo lhe comunique a denúncia de uma convenção, sem indicar os motivos que o tenham induzido a essa decisão, o Diretor-Geral do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho pedirá ao governo envolvido que apresente esses motivos para informação do Conselho de Administração (Atas da 184ª Reunião, 1971, do Conselho de Administração, p. 101, 102, 225 e 226)[97]."

---

[95] GARCIA, Márcio. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 480-481.
[96] SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. II. São Paulo: LTR, v. II, 2002. p. 1510.
[97] SÃO PAULO (Estado). **Lex**: coletânea de convenções, normas, princípios e procedimentos internacionais do trabalho, São Paulo. Governo do Estado de São Paulo: Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, 1994. p. 75 apud GARCIA, Márcio. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011. p. 480.

> Art. 2 — 1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere ao artigo 5, parágrafo 1, adiante.
> [...]
> Art. 5 — 1. O objetivo dos procedimentos previstos na presente Convenção será o de celebrar consultas sobre:
> [...]
> e) as propostas de denúncias de convenções ratificadas.

Assim, "em face do que preceitua o art. 2° da Convenção n. 144, ratificada pelo Brasil ao cogitar de denúncia expressa, o Governo terá de realizar consultas efetivas às organizações representativas dos trabalhadores e dos empregadores interessados no objeto da questionada convenção[98]."

Observado esses requisitos e persistindo o interesse na sua formalização, o sujeito de direito internacional deverá manifestar sua vontade por escrito (notificação, carta etc), endereçando o instrumento ao Governo da parte copactuante (quando o tratado for bilateral), ou ao depositário do instrumento (quando o instrumento for multilateral).

Alguns tratados internacionais, contudo, não são passíveis de denúncia, é o caso, *v. g.*, dos tratados reais (aqueles que criam uma situação estática e definitiva, como os tratados de fronteiras) e, sobretudo, dos tratados de proteção aos direitos humanos:

> [...] não se poderia inferir a possibilidade de que, uma vez afirmados, alcançados e defendidos, pudessem vir a ser, num momento subsequente, negados e esquecidos.
> Este princípio, na medida em que elevado à categoria de direito internacional cogente *(jus cogens)*, inviabiliza até mesmo a expressa previsão de denúncia, contida em tratado sobre direitos humanos, que deve, assim, ser tida por inválida, já que, como assinala o artigo 53 da Convenção sobre Direito dos Tratados, "é nulo um tratado que, na época de sua conclusão, esteja em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral", que é definido pela Convenção como "uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em sua totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional", também cogente.
> Assim, seria irrelevante a previsão de denúncia contida em vários tratados internacionais de direitos humanos, a exemplo do Protocolo Facultativo relativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[99].

De acordo com Valerio Mazzuoli os tratados de direitos humanos "petrificam-se como cláusulas eternas no nosso Direito interno, passando a ser, portanto, insuscetíveis de

---

[98] SÜSSEKIND, Arnaldo et al., op.cit. p. 1510.
[99] BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 158-159.

denúncia por parte do Estado brasileiro (v. art. 5º, §§1°, 2° e 3°, da CF)"[100]. Concordamos com essa posição, porém reconhecemos que esse entendimento não é pacífico no campo doutrinário.

[100] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 312.

CAPÍTULO II
A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO E CONCLUSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS

Até agora, analisamos o texto convencional enfatizando os aspectos gerais do seu processo de produção. Ainda que de forma sucinta, discorremos sobre as características históricas mais relevantes; demonstramos que dentro do rol das fontes do Direito Internacional Público, os Tratados Internacionais apresentam papel de destaque; trabalhamos a sua definição e terminologia. Tratamos, ainda, dos principais aspectos da produção do texto convencional (negociação, assinatura, aprovação congressual e ratificação), abordamos os pontos relevantes que orientam a sua entrada em vigor no plano internacional, enfrentamos as concepções doutrinárias (monismo e dualismo) que orientam a incorporação dos Tratados no plano interno e, finalmente, discorremos sobre as formas de extinção dos tratados internacionais.

Neste segundo capítulo, dentro de uma perspectiva histórica, analisaremos o papel do Parlamento na produção dos Tratados Internacionais, destacando a sua participação nas civilizações antigas e ao longo dos textos constitucionais brasileiros. Em um segundo momento, abordaremos, a questão dos acordos executivos e, finalmente, enfrentaremos a necessidade da partilha do *treaty-making power* entre os Poderes Legislativo e Executivo no Estado Democrático de Direito.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS RELEVANTES

Fruto de um longo processo de amadurecimento[101], a utilização de instrumentos de proteção das relações internacionais (por meio da participação de instituições ou assembleias populares) é um mecanismo empregado desde a Idade Antiga[102] (período da história que compreende as civilizações clássicas e que vai até a queda do Império Romano Ocidental em 476 d.C.).

> A História da Europa pode ser dividida, sem muita preocupação teórica, em quatro grandes "eras": Idade Antiga (até o século V — tomada do Império Romano do

[101] "Nas mais antigas civilizações, como na Suméria, parece já existirem manifestações de uma ideia de controle das relações internacionais, como no caso em que o rei de Erech, antes de partir para uma guerra contra Kish, consultou as assembleias de anciãos e dos guerreiros". (MELLO, Celso D. de Albuquerque, 1994, p. 41).

[102] A idade antiga abrange a história dos gregos e romanos; a doutrina aponta a existência de alguns mecanismos de controle na produção de tratados internacionais.

> Ocidente pelos povos bárbaros — 476 d.C.); Idade Média (século V até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla, no século XV — 1453 d.C.); Idade Moderna (1453-1789 — Revolução Francesa); Idade Contemporânea (1789 até os dias atuais)[103].

Na Grécia, "os tratados, para vigorarem, necessitavam da aprovação do Conselho e da Assembleia do povo e somente após seriam aprovados e, consequentemente, dar-se-ia a sua promulgação e a troca de ratificação entre os interessados[104]."

Da mesma forma, em Roma, "os tratados não podiam ser considerados firmados a não ser que o ato do magistrado fosse autorizado anteriormente pela comunidade, ou posteriormente ratificado[105]. Para efeito de autorização dos tratados, a expressão 'comunidade' significava 'o Senado e o Povo de Roma', denominação do Estado Romano usada particularmente quando se tratava de relações internacionais[106]."

Esse sistema de controle, que perdurou por séculos, passou por um período de mitigação no chamado Estado Absolutista[107], dentro do qual, o processo de produção dos tratados internacionais era, na maioria esmagadora dos casos, prerrogativa exclusiva dos monarcas (soberanos):

> A soberania, no sistema da monarquia absoluta, se reduzia à ideia de que o monarca pode tudo o que deseja. Com razão, portanto, podiam dizer os reis *"O Estado sou eu"*, pois, efetivamente, o modelo político do absolutismo, assentado no direito divino, conduzia à conclusão de que a pessoa do monarca encarna o Estado, e um e outro se confundem a ponto de constituírem única entidade.
> [...]
> As relações internacionais consistiam, assim, em relações entre soberanos e os tratados eram concluídos por estes ou em seu nome.
> Sendo absoluta a vontade dos monarcas, não poderiam existir nem tratados inconstitucionais, nem regras constitucionais capazes de entrar em contradição com o Direito Internacional Público.
> Tampouco era cogitada a questão da validade interna dos tratados, pois os reis podiam estabelecer soberanamente a vigência dos atos internacionais que concluíam com monarcas estrangeiros[108].

---

[103] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 50.
[104] TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 28.
[105] "Em Roma, a teoria jurídica da ratificação se delineou claramente no episódio dos Desfiladeiros Caudinos (321 a.C.), em que os romanos, derrotados, assinaram um tratado humilhante. O próprio Postumius, que assinara o tratado, sustentou que ele não era obrigatório. A obrigatoriedade só haveria se ele fosse ratificado." (MELLO, Celso D. de Albuquerque, 1994, p. 191).
[106] VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. O Congresso Nacional e o *Treaty-Making Power*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 50, p. 116, abr./jun. 1976 apud CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 38.
[107] As bases do Estado monárquico absolutista fundamentavam-se nas teorias políticas de Nicolau Maquiavel (1469-1527), Jean Bodin (1530-1596), Thomas Hobbes (1588-1679) e Jacques Bossuet (1627-1704).
[108] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 24-25.

Mas o desgaste do Estado Absolutista era inevitável, razão por que a partir do Século XVIII (Idade Moderna) o controle pelo Poder Legislativo das relações internacionais, ganha contornos atuais, impulsionado, em grande medida, por dois grandes movimentos político-sociais: o Iluminismo e o Constitucionalismo.

O Iluminismo, importante movimento filosófico[109], foi o principal responsável pela promoção da razão na Filosofia, na Ciência, na Política e nas Artes, provocando uma profunda transformação da vida, até então, centrada nas crenças religiosas e na Igreja.

O Constitucionalismo, por sua vez, foi um movimento político, social e cultural que a partir do século XVIII eleva "o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade[110]", esclarece de J. J. Gomes Canotilho.

Como corolário desses movimentos, eclodem no final do Século XVIII, a Independência Americana e a Revolução Francesa.

> O Poder Legislativo começou a intervir nos assuntos internacionais do Estado no final do século XVIII, com as constituições dos EUA e a Revolução Francesa. No período anterior, em que predominava o absolutismo, a prerrogativa da conclusão dos tratados era da competência exclusiva do monarca. O monarca personalizava o Estado, não havendo assim razão para os seus atos serem aprovados por um determinado poder[111].

A Independência Americana de, 4 de julho de 1776, proporcionou o aparecimento das primeiras Constituições adotando o modelo propugnado pelo Constitucionalismo.

> A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais[112].

---

[109] Os seus principais expoentes foram John Locke (1632-1704), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Montesquieu (1689-1755), Denis Diderot (1713-1784) e Jean Le Rond d'Alembert.

[110] GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 1. ed., p. 51-52 apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 50-51.

[111] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 196.

[112] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 33.

No campo do direito dos tratados, a constituição norte-americana, de 17 de setembro de 1787, foi o primeiro texto a prever um sistema de controle das relações exteriores pelo Poder Legislativo. O seu art. II, seção 2, inciso 2, estabeleceu:

> *He (the President) shall have power, by and with the Advice and Consent of the Senate, to make treaties, provided two thirds of the Senators present concur*[113].

A mesma ideia esteve presente no art. 9º[114] do decreto de 22 de maio de 1790, aprovado logo após a Revolução Francesa (1789) pela Assembleia Nacional, sendo a redação posteriormente reproduzida na Constituição Francesa de 1791, na Constituição Girondina de 1793, do ano III, do ano VIII e na de 1848.

> *Constitution Française de 1791 (Titre III, Chapitre IV, Section III – Des relations extérieures -, Article 3) – Il appartient au roi d'arrêter et de signer avec toutes les puissances étrangères, tous les traités de paix, d'alliance et de commerce, et autres conventions qu'il jugera nécessaire au bien de l'État, sauf la ratification du Corps législatif*[115].

Com o constitucionalismo e a democratização dos sistemas políticos, "a vontade do Estado deixou de ser a do soberano e passou a ser a vontade do povo. Daí a imposição de submeter-se os tratados ao exame e aprovação dos representantes do povo, isto é, do Parlamento ou Corpo Legislativo[116]."

Com isso, as Constituições que sucederam esses movimentos político-sociais passaram a introduzir "certos 'dispositivos internacionais', que se desenvolveram e findaram por formar o que Mirkine-Guetzévitch denominou de Direito Constitucional Internacional, consistente num conjunto de regras constitucionais cujo conteúdo tem significado e eficácia internacionais. Entre várias fases processuais, inseriu-se então a chamada fase legislativa, que passou a ter lugar depois da assinatura e precisamente antes da ratificação, condicionando esta última ao aceite do tratado pelo Parlamento[117]."

---

[113] "O Presidente da República terá poder, junto e com o Conselho e consentimento do Senado, de fazer tratados, com a condição da aprovação de dois terços dos senadores presentes".

[114] Art. 9º – Compete ao rei concluir e assinar com as potências estrangeiras todas as convenções necessárias ao bem do Estado; os tratados de paz, aliança e comércio não serão executados enquanto não forem ratificados pelo Corpo Legislativo.

[115] Constituição Francesa de 1791 (Título III, Capítulo IV, Seção III, Artigo 3) – Compete ao rei concluir e assinar com as potências estrangeiras todos os tratados de paz, aliança e comércio, bem como outras convenções que ele julgar necessárias para o bem do Estado, mediante ratificação do Corpo Legislativo.

[116] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 32.

[117] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 343-344.

Dentro desse contexto (participação do Parlamento na produção de tratados internacionais) destacaram-se nos textos Constitucionais do século XIX, dois sistemas de controle das relações internacionais.

O primeiro – norte-americano – institui uma forma de controle amplo, por meio do qual todos os textos convencionais deverão ser submetidos ao crivo do Legislativo.

A outra modalidade, mais branda, surge a partir da Constituição Belga de 1831 e passa a estipular, taxativamente[118], os tratados internacionais que deverão ser submetidos a referendo parlamentar. Esse segundo sistema – belga – ganha força e passa a ser adotado em outros países europeus como: França, Suécia, a Noruega, Espanha e Dinamarca.[119]

Lei Constitucional Francesa de, 16 de julho de 1875:

> *Loi Constitutionnelle Française du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.*
> *Article 8 : Le président de la République négocie et ratifie les traités. Il en donne connaissance aux chambres aussitôt que l'intérêt et la sûreté de l'État le permettent. Les traités de paix, de commerce, les traités qui engagent les finances de l'État, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes et au droit de propriété des Français à l'étranger, ne sont définitifs qu'après avoir été votés par les deux chambres. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi*[120].

Constituição Espanhola de 1978:

> *Art. 94: 1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:*
> *a) Tratados de carácter político.*
> *b) Tratados o Convenios de carácter militar.*
> *c) Tratados o Convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.*
> *d) Tratados o Convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.*
> *e) Tratados o Convenios que supongan modificación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.*

---

[118] O Art. 68 da Constituição Belga de 1831: "Os tratados de comércio e aqueles que podem criar gravames ao Estado ou aos belgas individualmente não produzirão efeitos antes de terem recebido o assentimento das Câmaras. Nenhuma cessão, troca ou agregação de território poderá ser feita senão em virtude de lei. Em nenhum caso, artigos secretos de um tratado poderão revogar artigos de outro acordo em vigor".

[119] José Francisco Rezek aponta a existência de três modelos: o francês, o britânico e o norte-americano. Parlamento e Tratado Internacionais. Disponível em: <http://www.usp.br/sibi/produtos/mcn/tomo05/index.html>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

[120] Art. 8° da Lei Constitucional francesa de 16 de julho de 1875: "O Presidente da República negocia e ratifica os tratados. Ele dará conhecimento dos mesmos às Câmaras sempre que o interesse e a segurança do Estado o permitirem. Os tratados de paz, de comércio e os que engajem as finanças do Estado, bem como os relativos ao estado das pessoas e ao direito de propriedade dos franceses no estrangeiro *não são definitivos antes de terem sido votados pelas duas Câmaras*. Nenhuma cessão, troca ou incorporação de território será feita senão em virtude de lei".

> *2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.*

Hodiernamente, a grande maioria[121] das Constituições Federais (inclusive a brasileira), assegura a participação conjunta do Poder Executivo e do Poder Legislativo no processo de celebração e conclusão dos Tratados Internacionais.

Contudo, não se pode olvidar que a partir dessa exigência desenvolveram-se, no dia a dia das relações exteriores, práticas políticas, formalmente inconstitucionais, por meio das quais o Poder Executivo, sem o referendo do Parlamento, conclui vários tipos de ajustes, através dos chamados acordos executivos *(executive agreements)* ou acordos em forma simplificada.

2 ACORDOS EXECUTIVOS *(EXECUTIVE AGREEMENTS)*

Os Acordos Internacionais em forma simplificada são denominados, na prática norte-americana, de *executive agreements*. Esses instrumentos não se sujeitam ao clássico processo de produção dos textos convencionais, na medida em que dispensam o referendo do Poder Legislativo, possibilitando, com isso, a sua execução imediata (*self-executing treaty).*

> A fase congressual na formação da vontade em celebrar um tratado internacional caracteriza o chamado *tratado formal*; em contraposição, há tratados que são celebrados pela mera assinatura e troca de notas entre os Estados, com exclusiva participação do Poder Executivo. Esses acordos, denominados *tratados em forma simplificada* ou *acordos executivos*, são utilizados em vários países do mundo, de forma a dar agilidade na consecução de compromissos internacionais, com o risco de concentração de poder, em especial nos países que adotam o regime de governo presidencialista[122].

Essa prática, que se originou nos Estados Unidos da América[123], no governo de George Washington, e que ao longo de mais de dois séculos (com o aval da Suprema Corte

---

[121] "A originalidade do modelo britânico, construído sob o pálio de uma constituição costumeira, está no modo de enfocar a matéria. Ali, como nos sistemas até agora vistos, *alguns* tratados não prescindem do beneplácito parlamentar. Não se pretende, contudo, que seja este um requisito de validade da ação exterior do governo, mas um elemento necessário à implementação do pacto no domínio espacial da ordem jurídica britânica. O governo é livre para levar a negociação de tratados até a fase última da expressão do consentimento definitivo, mas não deve deslembrar-se da sua inabilidade constitucional para alterar as leis vigentes no reino, ou para, de qualquer modo, onerar seus súditos ou reduzir-lhes os direitos, sem que um *ato do parlamento* para isso concorra. Este, pois, o toque peculiar ao modelo britânico". (REZEK, José Francisco, 1984, p. 289).

[122] RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 43.

[123] "Nos EUA eles foram usados para as anexações do Texas e Havaí, adesão à OIT etc.". (MELLO, Celso D. de Albuquerque, 1994, v. 1, p. 237).

Norte-americana)[124] ostentou impressionante dimensão quantitativa[125], tem por escopo, segundo os seus defensores, assegurar dinamismo das relações internacionais.

> A intervenção do Poder Legislativo se desenvolveu juntamente com a democracia. Todavia, nos últimos decênios se têm propagado práticas no sentido de se fugir ao seu controle. O Congresso normalmente é lento, não se adaptando assim à vida internacional, extremamente rápida. A principal prática neste sentido são os denominados acordos em forma simplificada [...][126].

Esses instrumentos, segundo Celso D. de Albuquerque Mello, distinguem-se dos tratados internacionais apenas no seu aspecto formal, pois não estão sujeitos à aprovação pelo Legislativo, daí a sua denominação de "acordos em forma simplificada".

> [...] Nada impede que haja a ratificação; entretanto, a assinatura em regra é suficiente para obrigar o Estado. É que as Constituições, de um modo geral, somente se referem aos tratados, o que permite aos governos defenderem que tais acordos, não sendo tratados, não estão submetidos ao controle do Legislativo. Entretanto, a prática destes acordos criou em seu favor um *costume* tanto no DIP, como no D. Constitucional. É de se ressaltar que a distinção entre tratado e acordo do executivo é do direito interno, isto é, se necessita ou não de aprovação do Legislativo[127].

No Brasil, até a Constituição de 1946, era pacífico na doutrina o entendimento acerca da necessidade do referendo Parlamentar para qualquer texto convencional. Mas, ao defender em 1948 (ainda sob a égide da Carta de 1946) a possibilidade de se concluir acordos internacionais sem a interferência do Legislativo, Hildebrando Accioly desencadeou, por meio do Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (BSBDI), um grande debate doutrinário.

---

[124] "A Corte Suprema confirmou a validade do acordo executivo, sempre à luz da ideia de que só para *'treaties'* – não para *'agreements'* – a carta federal reclama o endosso de dois terços do Senado. Em seguida – e neste ponto reside a curiosidade, por aparente contradição, de tal jurisprudência – afirmou a Corte a prevalência do acordo Litvinov sobre as leis e a ordem pública do estado de Nova York, dando-lhe assim a estatura hierárquica que a mesma carta, no artigo VI, atribui aos *'treaties':* a de "lei suprema do país" – o que traduz a virtude de prevalecer sobre a ordem jurídica dos estados federados". (REZEK, José Francisco, 1984, p. 291-292).

[125] "Tal foi a multiplicação desses acordos, que a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebrada sob os auspícios da ONU e assinada a 23 de maio de 1969, admite a existência dos mesmos, dispondo, no artigo 11, que 'o consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado; ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim for acordado'". (CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo, 1983, p. 172).

[126] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 197.

[127] _____._____.

Segundo Accioly:

> [...] se a matéria sobre que versa o tratado é da competência exclusiva do Poder Legislativo, está claro que o aludido ato não se pode tornar válido sem a aprovação legislativa; e, se depende de tal aprovação, deve ser submetido à ratificação, logo estariam dispensados do referendo do Parlamento
> a) os acordos sobre assuntos que sejam de *competência privativa* do Poder Executivo;
> b) os concluídos por agentes ou funcionários que tenham competência para tanto, sobre assuntos de interesse local ou de importância restrita;
> c) os que simplesmente consignam a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente;
> d) os que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento;
> e) os de *modus vivendi*, na medida que têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram ou estabelecer simples bases para futuras negociações;
> f) os de ajuste para a prorrogação de um tratado, antes que este expire; e
> g) as chamadas *declarações de extradição*, isto é, as promessas de reciprocidade, em matéria de extradição[128].

Este entendimento foi corroborado por Levi Carneiro, João Hermes Pereira de Araújo, Geraldo Eulálio Nascimento Silva e Celso D. de Albuquerque Mello[129].

Haroldo Valladão, em sentido contrário, sustentou ser impossível a aprovação de qualquer tipo de ato internacional sem o referendo do Congresso Nacional[130]. O festejado jurista "manifestou fidelidade à interpretação constitucional clássica, nutrida já pelos antigos constituintes de 1891 e prelecionada por Clóvis Beviláqua e João Barbalho e intocada mesmo pela redação do texto magno de 1934, no sentido que não se distingue quanto à matéria e a importância dos ajustes internacionais[131]". Para ele:

> 1) o próprio Direito Internacional menciona a ratificação dos tratados internacionais, mesmo os mais simples (Convenção de Havana sobre Direito dos Tratados, de 1928, em especial seu art. 5°); 2) a competência constitucional dos Poderes não pode ser critério a ser observado, pois contraria a letra expressa da Constituição, que claramente desejou impor limites ao Presidente na condução das relações internacionais, reduzindo, nesse plano, suas competências; 3) não é possível mimetizar a prática dos Estados Unidos, pelas diferenças normativas entre os textos constitucionais[132].

---

[128] ACCIOLY, Hildebrando. A Ratificação e a Promulgação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira. In: **BSBDI – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 7. Rio de Janeiro, p. 11-15, jan./jun. 1948 apud MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 347.

[129] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 199.

[130] VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional. In: **BSBDI – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 11. Rio de Janeiro, p. 12-95, jan./dez. 1950.

[131] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 30/31.

[132] RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 44.

Valladão vislumbrava somente uma única exceção à regra da aprovação pelo Congresso, dos tratados e convenções: a referente aos pactos estipulados pelos chefes militares, nos limites de suas atribuições[133].

José Francisco Rezek, debruçando-se sobre o tema, alertou, em um primeiro momento, para o fato de que defender a convalidação de atos internacionais desprovidos de toda forma de consentimento parlamentar com base na existência de um costume internacional, como fizeram Accioly e Pereira Araújo "passa a ser um exercício *contra legem* e não mais *extra legem,* como era no Brasil republicano anterior a 1967". O ex-Ministro do STF também criticou "a opinião daqueles que argumentam a prática dos acordos executivos em vista da necessidade de decisões rápidas, concluindo que a eventual demora na aprovação por parte do Legislativo decorre ou da pouca importância do objeto do acordo ou da indiferença do próprio Poder Executivo"[134].

Mas infelizmente, "a prática do Ministério das Relações Exteriores, assim como a opinião de jurisconsultos ao mesmo ligados, como os consultores jurídicos Levi Carneiro e Rezende Rocha, e os diplomatas Nascimento e Silva e Pereira de Araújo, seguiram a tendência de Accioly"[135], esclarece João Grandino Rodas.

Valerio de Oliveira Mazzuoli, ao discorrer sobre o assunto, assevera que diversos juristas brasileiros ainda mantêm a opinião de que os acordos executivos são plenamente admissíveis no Brasil e dispensam o referendo do Congresso Nacional. Segundo o internacionalista:

> [...] mesmo com a atual redação da Constituição de 1988, é de se reconhecer que já existe uma prática diplomática formada, à margem da letra do texto constitucional, pela qual o Executivo conclui vários tipos de acordos, sem o assentimento do Poder Legislativo, com a consequente subtração do poder popular. O problema, como se percebe, é bastante dificultoso. Ao passo que existe norma constitucional fechada para tais tipos de acordos, existe também a preocupação em determinar qual a orientação que melhor atenderá aos interesses do Brasil no cenário internacional. Tal prática costumeira *extra legem*, ademais, é empregada – para além de países como os Estados Unidos da América – em vários países latino-americanos, como Argentina, Chile, Bolívia, Colômbia, México, Paraguai, Uruguai e Venezuela. [...] A doutrina que defende a plena possibilidade de tais acordos entre nós certamente melhor se fundamenta na atual tendência de atenuar o rigor da regra constitucional (que manda submeter ao crivo do Parlamento todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro) em prol de uma menor avalanche de tratados que, excessivamente, onera o Poder Legislativo, dando causa a um verdadeiro *backlog* de tratados à espera de aprovação. Daí se admitir tenha a Constituição brasileira atual (de 1988) aceitado exceções ao princípio da obrigatoriedade do *referendum*

[133] TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 86.
[134] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 350.
[135] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 33.

> legislativo para todos os tratados, exceções estas baseadas naquele costume *extra legem* (que, contudo, não pode tornar-se *contra legem*) já anteriormente citado.
> Enfim, essa flexibilização constitucional, permissiva da conclusão dos acordos em forma simplificada, vem ao encontro dos princípios contemporâneos do Direito Internacional Público (em especial, o da solidariedade internacional)[136].

Porém, a preocupação com a utilização desse instrumento cresce na medida em que sua utilização padece de autorização constitucional clara e expressa no plano interno e, sobretudo, porque no âmbito Internacional a distinção entre "tratados em devida forma" e "acordos em forma simplificada" não tem relevância jurídica, já que "quaisquer acordos internacionais, independentes da forma pela qual foram concluídos ou do nome que receberem, tem caráter obrigatório"[137].

3 A PARTICIPAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO NO PROCESSO DE CELEBRAÇÃO E CONCLUSÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS E OS TEXTOS CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS

Com o advento do Constitucionalismo (movimento político-social desencadeado nos Estados Unidos e na Europa do século XVIII) e da democratização dos sistemas políticos, a vontade do Estado deixa de ser a do soberano (como ocorria no Estado Absolutista), passando a ser a vontade do povo, "daí a imposição de submeter-se os tratados ao exame e aprovação dos representantes do povo, isto é, do Parlamento ou Corpo Legislativo"[138].

No Brasil, essa transformação passa a ser sentida formalmente apenas na Primeira República, já que no Período Imperial, a assembleia geral era, em tese, apenas comunicada sobre a realização de tratados internacionais; o poder de ingerência desse órgão, pelo que se depreende do disposto no art. 102, VIII, da Constituição Política do Império do Brasil, de 05 de março de 1824, estava restrito apenas aos casos de cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tinha direito[139]. Mas na prática, como relata Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, a realidade era bem diferente:

> Sublinhe-se que em Portugal a aprovação do Legislativo já era obrigatória para todos os tratados, por imposição do Ato Adicional de 1852.

---

[136] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 353/354.
[137] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 172.
[138] _____._____. p. 32.
[139] A única exceção prevista naquela Carta Constitucional era "Se os tratados concluídos em tempo de paz envolverem cessão ou troca de território do Império, ou de possessões a que o Império tenha direito, não serão ratificados sem terem sido aprovados pela assembleia geral."

> A regra, no Brasil, sempre foi o Imperador ratificar os tratados, depois de ouvir o parecer do Conselho de Estado, dando notícia dos mesmos ao Legislativo, quando já estavam em vigor.
> Essa prática vigorou nos reinados de Pedro I e Pedro II.
> […]
> Em conclusão, pode-se dizer que a condução das relações exteriores no Império do Brasil foi efetuada, na prática, por um conjunto de quatro órgãos do Estado: o Imperador, o Gabinete de Ministros, o Conselho de Estado e o Parlamento.
> A função decisória coube aos dois primeiros, enquanto a função reflexiva e opinativa coube aos dois últimos.
> Do ponto de vista constitucional, o Imperador, auxiliado pelos Ministros, tinha o poder de conduzir as negociações e celebrar os tratados, ouvindo o parecer do Conselho de Estado. A Assembleia tomava conhecimento dos tratados, depois de concluídos e ratificados, só dependendo de sua aprovação os convênios de cessões ou trocas territoriais em tempo de paz.
> Apenas durante a Regência (1831-1840), o Parlamento recebeu poder para aprovar todos os tratados antes da ratificação.
> Não se pode desconsiderar, contudo, que o Legislativo brasileiro exerceu, ao longo de todo o período do regime monárquico, a importante tarefa de meditar e discutir as relações exteriores. E foi do amadurecimento das ideias predominantes no Parlamento e no Conselho de Estado que emergiram as decisões políticas do Executivo, especialmente durante a *"democracia coroada"* chefiada por Pedro II. Essa conjugação e equilíbrio de forças assegurou a coerência e a continuidade da política exterior do Império[140].

Pelo que se depreende, a conjugação de vontades entre Executivo e Legislativo, no direito brasileiro, "sempre se fez necessária para a conclusão de tratados internacionais[141]."

Mas do ponto de vista formal, foi apenas a partir do período Republicano que a participação do Parlamento tornou-se relevante. Um simples exercício de exegese dos textos constitucionais subsequentes revela a preocupação de se atribuir ao Parlamento a prerrogativa de participar, junto com o Poder Executivo, da elaboração e conclusão de Instrumentos Internacionais.

A Constituição de 1891 inaugura o processo de compartilhamento do *treaty-making power* entre o Presidente e o Congresso Nacional. O art. 48, alínea 16, daquele texto constitucional atribuía ao Presidente da República competência privativa para "entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre *ad referendum* do Congresso [...]". Ao Congresso Nacional, nos termos do art. 34, alínea 12, estabelecia competência privativa para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras". O modelo propugnado neste texto constitucional, como se verá a seguir, permaneceu inalterado até os dias de hoje.

---

[140] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio 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 Editor, 1995. p. 97-98.

[141] PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111.

> A Constituição de 1891 conferiu ao Presidente o poder de entabular negociações, celebrar ajustes, convenções e tratados de qualquer espécie, tudo submetendo, sempre, ao referendo do Congresso.
> A imposição do assentimento do Legislativo para os tratados não resultou da influência de nenhum modelo constitucional estrangeiro, do qual pudessem ter sido copiados os termos empregados pela Constituição brasileira.
> A regra amadureceu através da própria experiência política nacional.
> Seriamente preocupados com os acordos prejudiciais aos interesses pátrios concluídos durante o Primeiro Reinado, os legisladores já haviam exigido a aprovação parlamentar para os compromissos externos, de qualquer natureza, enquanto o governo fosse exercido pela Regência Permanente (1831-1840).
> No Segundo Reinado, a forma ponderada do Imperador conduzir a política externa, sempre disposto a ouvir a orientação do Conselho de Estado, que se tornou um poder efetivo, embora ignorado pela letra da Constituição, e suficientemente forte para influir na opinião dos poderes constituídos, abrandou a vontade do Parlamento de participar formalmente da aprovação dos tratados com as nações estrangeiras.
> Entretanto, uma vez implantada a república, impunha-se que o Legislativo retomasse a prerrogativa de conceder seu consentimento aos tratados.
> A doutrina jurídica, na vigência da Constituição de 1891, foi incisiva em sustentar a compulsoriedade da subordinação dos tratados ao referendo do Congresso[142].

A Constituição de 1934 atribuiu competência privativa ao Presidente da República para celebrar convenções e tratados internacionais *ad referendum* do Poder Legislativo (art. 56, § 6º). Este dispositivo "apresentou como inovação a retirada do texto do substantivo *ajustes,* bem como o advérbio sempre, que precedia a expressão *ad referendum*[143]." O art. 40, letra a, por seu turno, estabeleceu competência exclusiva ao Poder Legislativo para "resolver definitivamente sobre tratados ou convenções com as nações estrangeiras, celebrados pelo Presidente da República, inclusive os relativos à paz".

A Carta de 1937, por sua vez, reproduziu o dispositivo da Constituição de 1934 e atribuiu no art. 74, letra d, competência privativa ao Presidente da República para "celebrar convenções e tratados internacionais, *ad referendum* do Poder Legislativo". Contudo, "devido ao regime de excepcionalidade implantado em 1937, o Senado foi substituído por um Conselho Federal, composto de representantes dos Estados e dez membros nomeados pelo Presidente da República. Ao Conselho Federal coube discutir e votar projetos de lei sobre tratados e convenções internacionais[144]."

A Constituição de 1946, por meio do art. 87, VII, atribuiu competência privativa ao Presidente da República, para celebrar tratados e convenções internacionais *ad referendum* do

---

[142] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio 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 Editor, 1995. p. 118-119.
[143] TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 79.
[144] _____._____. p. 80.

Congresso Nacional; e no art. 66, I, atribuiu competência exclusiva ao Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados e convenções celebrados com os Estados estrangeiros pelo Presidente da República". A polêmica que se estabeleceu em torno desses dispositivos, gerando calorosos debates doutrinários entre Hildebrando Accioly e Haroldo Valladão, foi a da licitude dos acordos executivos (tema já abordado nessa dissertação).

A Carta Constitucional de 1967, no art. 83, VIII, também atribuiu ao Presidente competência privativa para celebrar tratados, convenções e *atos internacionais*, *ad referendum* do Congresso Nacional. Segundo Haroldo Valladão, ao acrescentar a expressão "*atos internacionais*" o constituinte "visou, justamente, abranger todo e qualquer acordo internacional[145]." O art. 47, I, do mesmo texto Constitucional, estabeleceu competência exclusiva ao Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre os tratados celebrados pelo Presidente da República". Na visão de Celso D. de Albuquerque Mello:

> [...] a Constituição de 1967 tinha uma redação mais infeliz que as anteriores, uma vez que [...] em um artigo fala em apenas "tratados", ou seja, parece admitir os acordos do Executivo, enquanto que em outro fala em "tratados, convenções e atos internacionais", ou seja, os acordos do Executivo desapareceriam, uma vez que qualquer ato internacional seria submetido ao Congresso. Diante destes textos sustentamos a mesma opinião que emitimos a respeito da Constituição de 1946. Enfim, "optávamos" pelo art. 47, inciso I, por se adaptar melhor às necessidades da vida internacional do País. Neste sentido da validade de acordos por troca de notas está um parecer de Augusto de Rezende Rocha[146].

A Constituição de 1967, com redação alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, estabeleceu no seu art. 81, X, competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional. No seu art. 44, I, atribuiu competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre os tratados, convenções e atos internacionais celebrados pelo Presidente da República. A expressão "ato internacional", de acordo com Celso D. de Albuquerque Mello "é infeliz, vez que ela é extremamente imprecisa e se fora ela entendida em sentido amplo a política externa ficaria bastante entravada; daí a nossa preferência para considerar que ela foi utilizada como sinônimo de tratado, convenção etc. Uma outra questão a ser comentada é a expressão 'resolver definitivamente' que na realidade o Congresso só faz ao negar a aprovação; caso contrário, é o Executivo que o faz".[147]

---

[145] TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 87.
[146] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 199.
[147] _____._____. p. 200.

E por fim, a Constituição Federal de 1988, seguindo à risca o disposto nos Textos Constitucionais anteriores, também assegurou, por meio dos art. 49 e 84, a participação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo no processo de celebração e conclusão de tratados internacionais.

> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
> I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
> [...]
> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> [...]
> VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional[148].

Resta claro, portanto, que o Brasil sempre respeitou a participação conjunta entre Legislativo e Executivo no processo de conclusão de Tratados Internacionais (apesar da ausência de previsão expressa na Carta Política de 1824), e que desde a Primeira República não se verificou nos textos constitucionais brasileiros alterações significativas incidentes sobre o tema.

[148] A expressão latina *ad referendum*, presente nos textos Constitucionais anteriores, foi substituída pelo equivalente "sujeitos a referendo".

CAPÍTULO III
O PROBLEMA DA DENÚNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

A partir do século XVIII, os Estados que adotaram regimes representativos e de separação de poderes[149], de acordo com os modelos propugnados pelo constitucionalismo, passaram a valorizar a partilha do *treaty-making Power* entre o Executivo e o Legislativo.

> Por influência das ideias da Revolução Francesa, as constituições passaram a associar os parlamentares na formação dos tratados, instituindo a formalidade da aprovação parlamentar, condição *sine qua non*, para que o poder executivo possa proceder à ratificação ou adesão[150].

Desde então, essa conjunção de vontades no processo de produção do texto convencional tem sido respeitada.

Mas, será que o sistema brasileiro respeita a mesma interação no chamado *treaty-termination Power* (poder de extinguir os tratados)? É o que analisaremos nesse capítulo.

1 A DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNO

> No estudo da denúncia dos tratados surge um problema processualístico de Direito interno ensejador de debate, e que merece a nossa atenção. A questão consiste em saber se o Chefe do Executivo pode, por ato próprio, denunciar tratados, acordos ou convenções internacionais para cuja ratificação tenha ele dependido de aprovação do Congresso Nacional. Em outras palavras, o problema visa responder à questão de saber se necessita o Poder Executivo de autorização do Poder Legislativo para denunciar tratados[151].

Os textos constitucionais brasileiros, inclusive o atual, são silentes quanto ao procedimento a ser adotado em caso de denúncia de tratados internacionais, razão pela qual o Governo brasileiro se vale no dia a dia das relações exteriores de uma praxe muito antiga, por meio da qual se atribui ao Presidente da República a prerrogativa exclusiva da condução do processo de denúncia dos textos convencionais (mesmo naqueles casos em que a ratificação tenha dependido da voz aprobatória do Congresso Nacional).

---

[149] "A participação dos dois Poderes na formação da vontade brasileira em celebrar definitivamente um tratado internacional consagrou a chamada teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos: para que um tratado internacional seja formado é necessária a conjunção de vontades do Poder Executivo e do Poder Legislativo, como veremos a seguir". RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.
[150] RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 16.
[151] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 303.

> 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[152].

A primeira grande discussão em torno dessa prática veio à tona em 1926, quando nos últimos meses do governo de Artur Bernardes, o Brasil, resolveu se desligar da Liga das Nações[153]. Na ocasião, o então consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores Clóvis Beviláqua, instado a se manifestar, asseverou em longo parecer, de 05 de julho de 1926, que seria desnecessária a autorização do Parlamento para que o Chefe do Poder Executivo efetivasse a denúncia de Tratados Internacionais.

Na época, Clóvis Beviláqua argumentou:

> Em face da Constituição Federal pode o Poder Executivo, sem ouvir o Congresso Nacional, desligar o país das obrigações de um tratado, que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1.°, última parte. Esta proposição parece evidente, por si mesma. 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, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto.
> A tese poderia ser expressa em termos ainda mais amplos, porque a denúncia dos tratados é matéria da competência do Poder Executivo; mas ficarei, por ora, dentro do caso proposto. Diz o Pacto, art. 1.°, última parte: 'Qualquer Membro da Sociedade pode, dando aviso com antecedência de dois anos, retirar-se dela, com a condição de ter, até esse momento, cumprido todas as suas obrigações internacionais, incluídas as do presente Pacto.' Aprovada esta cláusula, autorizado se acha o Poder Executivo a usar do direito que ela assegura. E porque seria necessária a audiência do Congresso, para cumprir o Executivo essa cláusula se ela não difere das outras, sob o ponto de vista do direito que confere e das obrigações que impõe? 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 Poder Executivo denunciar tratados, que preveem e condicionam a denúncia. A faculdade de denunciar 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.
> [...]

---

[152] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).

[153] "A Sociedade das Nações, também designada como Liga das Nações, surgiu logo após o término da I Guerra Mundial, por sugestão do presidente dos Estados Unidos da América, Woodrow Wilson. Por ocasião da Conferência de Versalhes, que fixou as condições da paz, Wilson esforçou-se para que fosse aceita a ideia da criação de uma organização permanente dos Estados, para desenvolver a cooperação entre eles e garantir a paz mundial. Em 1919 já estava constituída a Sociedade das Nações, cujo Conselho se reuniu pela primeira vez em Paris, em 16 de janeiro de 1920." (DALLARI, 2013, p. 263).

> Não é, pois, a letra desses dispositivos que nos dirá a quem cabe a atribuição de denunciar os tratados. Mas da combinação desses mesmos preceitos, do espírito que os domina, e do conjunto das atribuições conferidas pela Constituição aos Poderes em que se divide a soberania nacional, resulta, com a clareza e a precisão que nos daria um dispositivo expresso, que ao Poder Executivo é que compete denunciar os tratados que ele celebrou, com aprovação do Congresso.
> Cabe-lhe essa atribuição, porque o Poder Executivo é o órgão a que a Constituição confere o direito de representar a Nação em suas relações com as outras. E ele exerce essa função representativa, pondo-se em comunicação com os Estados estrangeiros; celebrando tratados, ajustes e convenções; nomeando os membros do corpo diplomático e consular; declarando a guerra diretamente, por si, nos casos de invasão ou agressão estrangeira; enfim dirigindo a vida internacional do país, com a colaboração do Congresso, nos casos em que a Constituição a preceitua. Essa colaboração, porém, é excepcional; somente se faz indispensável nos casos prescritos; quando a Constituição guarda silêncio, deve entender-se que a atribuição do Poder Executivo, no que se refere às relações internacionais, é privativa dele.
> Objeta-se, entretanto, que os tratados, depois de aprovados pelo Poder Legislativo, assumem a categoria de leis do país, e as leis não podem ser revogadas senão por outras. Em geral, assim é de fato; mas, se a lei estabelece um prazo para a sua duração, não necessita de ser revogada para perder a sua eficácia. Da mesma forma o tratado: se estabelecer prazo para a sua duração, extingue-se com o advento do termo, independentemente de denúncia. O que se diz do prazo deve dizer-se da condição. Se o tratado estabelece uma condição resolutiva, perderá a sua eficácia, desde que se realize a condição. No caso do Pacto, art. 1°, cláusula final, há uma condição; resolve, para qualquer Membro da Sociedade das Nações, a sua situação de associado: se declarar a sua vontade, com aviso prévio, achando-se cumpridas as suas obrigações internacionais, inclusive as do Pacto. Se numa lei se encontrasse cláusula semelhante, não era necessário que a revogasse o mesmo Poder que a decretara. Do seu próprio edito se desprenderia a força extintiva da sua eficácia. Pois bem, se o tratado é lei, porque o Congresso aprovou, e dessa aprovação resulta a sua aplicação aos casos a que se refere, e se no tratado há uma cláusula declarando em que condição deixará de ser aplicável a qualquer das partes contratantes, essa lei não necessita de ser revogada pelo Poder que a aprovou, pois esse mesmo Poder deu força de lei ao modo de fazer cessar a sua obrigatoriedade[154].

Desde, então, esta tem sido a interpretação oficial do Governo brasileiro[155].

No campo doutrinário, essa prática foi corroborada por internacionalistas importantes, como Celso D. de Albuquerque Mello, Hildebrando Accioly, José Francisco Rezek e Carlos Roberto Husek.

> A denúncia de um tratado não necessita no Brasil de aprovação do Legislativo, o que é mais um argumento para mostrar que o tratado não pode ser equiparado a uma lei. (MELLO, 1994, p. 219)[156].

---

[154] BEVILÁQUA, Clóvis. **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)**. Rio de Janeiro: MRE, 1962, p. 347 et seq. apud REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 497-499.

[155] "Embora o parecer de Beviláqua 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 [...]". Trecho extraído do voto do Min. Joaquim Barbosa na ADI 1625. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2014.

[156] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994. p. 219.

> O ato da denúncia, como o da ratificação, é de caráter essencialmente executivo e cabe ao órgão incumbido da apresentação do Estado nas relações internacionais. Além disso, a permissão da denúncia deve achar-se no próprio tratado. Assim, se o ato internacional de que se trate pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida da aprovação do 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, 1956 *apud* SÜSSEKIND, 2000. p. 51)[157].

> Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais — como de resto vem fazendo, com franco desembaraço, desde 1926. Fundo-me num argumento diverso daqueles que inspiraram o parecer de Beviláqua, em face do qual é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico convencionado, não há cogitar de denúncia lícita, e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito. (REZEK, 2013, p. 149)[158].

> Não há necessidade da vontade conjugada do Presidente da República e do Parlamento para que a denúncia ocorra, bastando apenas a primeira. (HUSEK, 2012, p. 104)[159].

Mas, se por um lado há quem defenda a continuidade da prática do Governo brasileiro de denunciar tratados internacionais, independentemente de referendo Poder Legislativo, por outro, encontramos fortes argumentos em sentido contrário, seja no campo doutrinário e, sobretudo, no C. Supremo Tribunal Federal (ADI 1625).

A primeira crítica doutrinária contundente rechaçando a praxe adotada pelo Governo brasileiro ocorreu à luz da Constituição Federal de 1967 e foi feita por ninguém menos que Pontes de Miranda. Dizia o grande mestre alagoano:

> [...] aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção, ou acordo, *ad referendum* do Poder Legislativo. [...] Se o tratado, ou convenção, ou acordo, só beneficia o Brasil, a denúncia precisa *a fortiori* ser aprovada pelo Poder Legislativo[160].

Já, à luz da Constituição Federal de 1988, podemos citar, *v. g*, Valerio de Oliveira Mazzuoli, Pinto Ferreira, Arnaldo Süssekind e Saulo José Casali Bahia.

---

[157] ACCIOLY, Hildebrando. **A denúncia dos tratados**. In: Jornal do Comércio, Rio de Janeiro, 02/09/1956 apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR. 2000. p. 51

[158] REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 501 ou **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

[159] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 104.

[160] MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo III, p. 109.

> [...] O que não nos afigura razoável é atribuir ao Presidente da República a faculdade de denunciar, sozinho, tratados internacionais para cuja ratificação necessitou de autorização do Congresso Nacional. (MAZZUOLI, 2011, p.309)[161].

> [...] "quaisquer tratados ou convenções internacionais celebrados pelo Chefe do Executivo têm de ser submetidos ao Congresso Nacional. É indispensável a sua aprovação ou resolução definitiva por este", razão pela qual, "o Presidente da República denuncia o tratado ou convenção *ad referendum* do Poder Legislativo, ou então apresenta projeto de denúncia" (FERREIRA, 1990, p. 549)[162].

> Se as normas internacionais se incorporam à legislação nacional, por ter sido a respectiva convenção aprovada pelo Congresso Nacional e depois ratificada pelo Presidente da República, revogando ou modificando as leis que dispunham em contrário (jurisprudência pacífica do col. STF), parece-nos injurídico admitir sua revogação por simples ato administrativo do Poder Executivo. Até porque a legislação alterada ou revogada pela vigência nacional do tratado não se restabelece com a denúncia da sua ratificação (art. 1º, § 3º, da LICC brasileiro). A denúncia, por conseguinte, deve ser autorizada pelo Congresso Nacional ou submetida ao seu referendo com a cláusula de condição suspensiva [...]. (SÜSSEKIND, 2002, p. 1511-1512)[163].

> O Governo do país é, sem dúvida, quem pratica os atos administrativos que formalizam a ratificação e a denúncia dos tratados. E assim é no Brasil. Mas se o Governo não pode ratificar um tratado ou a ele aderir sem que o mesmo haja sido previamente aprovado pelo Congresso Nacional (art. 44, I, da Const.), segue-se, *a fortiori*, que não poderá denunciá-lo, fazendo cessar sua vigência no país, independente de autorização do poder legislativo. (Arnaldo SÜSSEKIND, 2000, p. 53)[164].

> [...] no caso das denúncias aos tratados, deve haver a prévia autorização do Congresso Nacional para o ato, sob pena de entender-se poder o Presidente da República vincular o Estado Brasileiro por obrigações decorrentes de tratados (derivada de sua extinção) sem qualquer controle legislativo prévio. (BAHIA, 2000, p. 156)[165].

Essa discussão, até então restrita ao campo doutrinário, chegou ao C. Supremo Tribunal Federal em 1997.

2 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 1625

> Na história recente do conflito entre tratado e direito interno, nenhum caso trouxe maior impacto nem foi mais eloquente na demonstração da fragilidade da regra brasileira de recepção das normas do Direito Internacional Público do que aquele suscitado pela Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Esse tratado internacional, de indiscutível relevância, protagonizou ocorrência aparentemente inédita ao ser promulgado no Brasil e denunciado pelo País em um intervalo de tempo de apenas sete meses!

---

[161] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 309.
[162] FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo:Saraiva, 1990. p. 549.
[163] SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTR, v. II, 2002. p. 1511-1512.
[164] SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR. 2000. p. 53.
[165] BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 156.

> Arnaldo Süssekind e Luiz Inácio Barbosa Carvalho assim relatam a história brasileira da Convenção n. 158: "a) essa convenção, que trata da 'terminação da relação de trabalho por iniciativa do empregador', foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo n. 68, de 17 de setembro de 1992, sendo ratificada pelo nosso País a 4 de janeiro de 1995; b) somente com o Decreto n. 1.855, de 10 de abril de 1996, o Governo Federal publicou o texto oficial da convenção em português, promulgando a respectiva ratificação; c) passados sete meses, entretanto, o Poder Executivo brasileiro 'denunciou' a convenção mediante nota assinada pelo Embaixador-Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra (ofício n. 397, de 20.11.96)"[166].

Em 16 de junho de 1997, a discussão acerca da prática do Governo brasileiro de denunciar tratados internacionais sem o referendo do Congresso Nacional foi encaminhada ao Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1.625[167].

Nessa ADI, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura (CONTAG) e a Central Única dos Trabalhadores (CUT) questionam a constitucionalidade do decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996, que tornou pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, por ofensa ao disposto no art. 49, I, da Constituição Federal.

> Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 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 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.

No julgamento dessa demanda, que ainda está pendente de conclusão, já proferiram votos os Ministros: Maurício Corrêa (relator), Carlos A. Britto, Nelson Jobim e Joaquim Barbosa (todos já aposentados).

---

[166] DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 76-77.

[167] A ADI 1.625 possui forte relação com 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 autoaplicabilidade. 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" – ADI 1.625. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStfArquivo/anexo/adi1625JB.pdf>. Acesso em: 19 de março de 2014.

> Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, assentou a ilegitimidade *ad causam* da Central Única dos Trabalhadores para a ação direta, por não se qualificar como entidade de classe para os fins previstos no inciso IX do art. 103 da CF, vencidos, no ponto, os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Cezar Peluso e Carlos Britto[168].

No mérito, o Ministro Maurício Corrêa (relator) reconheceu a imprescindibilidade de intervenção do parlamento nos casos de denúncia unilateral de tratados, nos termos seguintes:

> [...] a extinção dos efeitos dos tratados a partir da denúncia exercida exclusivamente pelo Presidente da República, como expressão de vontade apenas de umas das partes, não tem proteção constitucional. Com efeito, diz a Carta Federal, em seu artigo 49, inciso I, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ora, resolver de forma definitiva não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão.
> Não me parece razoável que a denúncia de uma convenção internacional antes aprovada pelo Poder Legislativo, com todas consequências jurídicas daí advindas, possa ser realizada isoladamente pelo Presidente da República. Este pode, é certo, firmar o tratado e, com isso, manifestar a intenção do Estado que representa a ele aderir. Como visto, porém, esse propósito se concretiza apenas no caso de encontrar eco no Congresso Nacional que, uma vez chamado a participar de sua positivação deve, por uma questão lógica, também dar a última palavra quanto a [...]
> Tenho por relevante, ainda, que a prevalecer o entendimento defendido pela autoridade requerida, haverá flagrante prejuízo para a estabilidade das relações jurídicas regidas pelos atos internacionais recepcionados internamente, sujeitas que ficarão ao alvedrio único do Chefe da Nação. E mais, a cada mudança de Presidente da República haveria uma expectativa em relação a essas normas, sendo incompatível com o sistema jurídico nacional essa vulnerabilidade legislativa.
> Como se sabe, a Carta de 1988 adotou o princípio da legalidade como base do sistema jurídico brasileiro, de forma que apenas a lei pode impor obrigações e reservas a todos (CF, artigo 5º, II). Assegurou ao Poder Legislativo o exercício da atividade de legislar e, assim, no âmbito federal, todas as leis "*lato sensu*" necessitam do aval do Congresso Nacional, ainda que tenham origem em Poder diverso, tal como ocorre com as medidas provisórias, com os projetos de emendas constitucionais, de leis ordinárias e complementares, e com os próprios tratados internacionais.
> Em todos esses casos, tanto a atividade normativa positiva quanto a negativa dependem, necessariamente, da manifestação definitiva dos representantes do povo, sob pena de total ilegitimidade da força obrigacional oponível *erga omnes* que lhes é ínsita.
> Nesses termos, os tratados ou convenções rejeitáveis por meio de denúncia somente poderão perder sua vigência por nova conjugação de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo certo que, em algumas situações em que a conveniência assim o determinar, a manifestação do Congresso Nacional pode se dar a *posteriori*, resolvendo-se desde logo a questão na esfera internacional e, no âmbito interno, promovendo a suspensão da respectiva eficácia normativa, até a manifestação final do Congresso Nacional.

[168] Informativo nº 323 do STF, de 29 de setembro a 3 de outubro de 2003.

Com isso, o Min. Corrêa concluiu pela declaração de interpretação conforme (do Decreto 2.100, de 20 de dezembro de 1996), asseverando que a denúncia da Convenção 158 da OIT estaria condicionada ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produziria sua eficácia plena.

O Ministro Carlos A. Britto acompanhou, na íntegra, o voto do relator, nos termos seguintes:

> Sr. Presidente, entendo que o Presidente da República não pode, sozinho, unilateralmente, desfazer um ato complexo dessa magnitude, que se incorporou ao Direito brasileiro como lei de caráter ordinário. Por todos os fundamentos do seu voto, adiro ao pensamento de V. Exa e julgo procedente, em parte, a ação.

Em seguida, em voto-vista, manifestou-se o Ministro Nelson Jobim. Ao divergir dos Min. Maurício Corrêa e Carlos A. Britto, Jobim enfatizou que não há, no atual texto Constitucional, impedimento para que o "Executivo possa, isoladamente e sem consulta ao Congresso, denunciar o tratado, acordo ou convenção, mesmo após a aprovação do ato internacional pelo Parlamento". De acordo com o Ministro, essa situação não é inédita no Brasil; citou, como exemplo de atos isolados do Chefe do Poder Executivo, a retirada do Brasil da Liga Das Nações (Governo Arthur Bernardes), em 1926, e a cessação e o reatamento de relações diplomáticas com a antiga União Soviética (respectivamente Governos Dutra e Jânio Quadros). Concluiu pela improcedência da ação, ressaltando que "a denúncia do tratado internacional é ato meramente administrativo nas circunstâncias da previsão, em seu próprio texto, da forma como tal denúncia deverá ser procedimentalizada".

A seguir transcrevemos alguns trechos do voto do Eminente Ministro Nelson Jobim (ver Anexo C):

> [...] sob a dimensão da eficácia da medida no Brasil, a denúncia a tratado internacional somente deve caber ao Presidente da República que julga, ao tomar a decisão, não só a "revogação" da medida no plano interno, mas, acima de tudo, a repercussão da denúncia do âmbito internacional.
> [...]
> Outros argumentos igualmente indicam a legitimidade constitucional da possibilidade da denúncia unilateral do Presidente de tratado internacional.
> Indico os argumentos:
> a) o tratado internacional não gera, por si só, obrigações aos Estados que o incorporou, mas simplesmente representam diretrizes ou programas que devem ser, na medida do possível, seguidos pelos Poderes Públicos;
> b) do ponto de vista institucional e da separação de poderes não pode o Judiciário determinar ao Presidente da República a "revogação" da denúncia já feita pelo Poder Executivo; e
> c) no âmbito internacional, cabe ao Poder Executivo, como regra, a representação do pais e a legitimidade para obrigar e desobrigar o Estado Nacional diante dos

> documentos normativos externos. Assim, a anuência do Poder Legislativo é a exceção e somente ocorre diante da previsão expressa nas Constituições nacionais.
> A Denúncia Unilateral como Regra Geral e Implícita.
> A eventual decisão deste Tribunal no sentido de que, também para a denúncia, se exige a anuência do Congresso Nacional seria claramente uma jurisprudência que inovaria no sentido da Constituição.
> Em realidade, para os atos chamados complexos, como é a incorporação de tratado internacional no âmbito interno, a Constituição foi clara ao exigir explicitamente a participação dos Poderes Executivo (art. 84, VII e VIII) e Legislativo (art. 49, I).
> No caso de denúncia do tratado, a Constituição não se manifestou, ou melhor, se manifestou com o silêncio.
> Não se trata de uma omissão a ser completada pelo intérprete, mas sim de um "silêncio eloquente".
> Um silêncio a ser compreendido de posse do princípio geral de que ao Poder Executivo cabe a primazia do tratamento dos assuntos internacionais.
> [...]
> Assim, é fácil perceber que a divisão de competência institucional para a denúncia de tratado internacional somente é aplicada no caso de previsão expressa da Constituição.
> [...]
> De qualquer forma, o ato de aprovação do tratado internacional pelo Congresso por meio de decreto, engloba já a aprovação tácita da possibilidade do Poder Executivo denunciar dentro de critérios razoáveis de conveniência e oportunidade.
> Em outras palavras, o decreto legislativo não é uma aprovação propriamente do texto do tratado internacional, mas sim, uma declaração do Congresso de que aquele tratado internacional pode ser incorporado ou retirado do direito brasileiro pelo Poder Executivo.
> Trata-se de uma autorização do Legislativo para o pleno exercício das atribuições e competências do Executivo em matéria de incorporação de tratados e de denúncia desses tratados no exercício de uma função típica de pessoa de direito internacional.
> O Presidente da República, no exercício dessa atribuição não é um poder institucional sob a perspectiva da separação de poderes, mas sim a própria personalidade jurídica de direito internacional (que já engloba Poder Legislativo e Poder Judiciário).
> Essa é a única forma de explicar o fato de que tal decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional.
> Depende ele, como visto, de uma anuência posterior do Presidente da República que o faz por meio de decreto presidencial, ato normativo esse que promulga, dá publicidade e incorpora o tratado internacional no direito interno.
> CONCLUSÃO
> A solução para eventuais incongruências desse sistema só é possível com alteração do próprio texto da Constituição.
> Enquanto não realizada tal alteração, nada impede que o Presidente da República, na qualidade de Chefe de Governo, e no uso de suas atribuições constitucionais privativas (Art. 84), possa denunciar tratado, acordo ou ato internacional, sem a necessidade de prévia aprovação do Congresso Nacional.
> Assim, divirjo de Maurício. Julgo improcedente a ação.

Após, manifestou-se o Ministro Joaquim Barbosa. Segundo o Eminente Ministro "o papel do Legislativo na história constitucional brasileira não se limitaria a uma postura meramente passiva de aprovação ou reprovação de tratados", razão por que "seria inviável levar adiante um argumento de natureza constitucional que pretendesse dele (Poder

Legislativo) retirar uma função relevante na denúncia de tratados, ante a ausência total de normas a respeito"[169]. De acordo com Barbosa:

> 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.
> [...]
> 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.
> [...]
> 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.
> [...]
> 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.
> [...]
> 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

[169] Informativo nº 549 do STF, de 1º a 5 de junho de 2009.

> 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.
> [...]
> 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.
> [...]
> Uma declaração de inconstitucionalidade do Decreto 2.100/1996 deverá ter como consequência, 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 consequência 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.

Com isso o Min. Joaquim Barbosa foi além, na sua manifestação, na medida em que afastou a possibilidade de interpretação conforme e votou pela inconstitucionalidade, no todo, do Decreto 2100/1996, ressalvando que:

> Em virtude de a denúncia já estar produzindo efeitos no plano internacional creio ser importante explicitar duas consequências 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 consequência, 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 58 da OIT. A possibilidade de reratificação 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.

A prevalecer essa interpretação no C. Supremo Tribunal Federal, o Congresso Nacional deixará de lado o papel de mero coadjuvante, até então exercido, para assumir, ao lado do Poder Executivo, a posição de protagonista nos casos de denúncia de Tratados Internacionais.

2.1 NOSSO ENTENDIMENTO

> 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, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto. (BEVILÁQUA, 1962 *apud* REZEK, 1984, p. 497-499)[170].

> [...] se o ato internacional de que se trate pertence à categoria daqueles que exigem ratificação, precedida da aprovação do 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, 2000, p. 51)[171].

Pelo que se depreende das manifestações de Beviláqua e Accioly, a autorização legislativa (requisito necessário no processo de celebração de tratados internacionais) autoriza o Poder Executivo não apenas a ratificar, mas também a denunciar o texto convencional, desde que haja cláusula regulando a denúncia.

---

[170] BEVILÁQUA, Clóvis. **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)**. Rio de Janeiro: MRE, 1962, p. 347 et seq. apud REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984. p. 497-499.

[171] ACCIOLY, Hildebrando. A denúncia dos tratados. In: **Jornal do Comércio**, Rio de Janeiro, 02/09/1956 apud SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR. 2000. p. 51.

Data maxima venia, a tese defendida pelos renomados juristas nos parece inconsistente, na medida em que "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"[172].

> 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[173].

Uma coisa não pode e não deve ser confundida com a outra. A autorização para ratificação integra o processo de celebração e conclusão de um tratado. Já a denúncia, que deve vir expressa no texto convencional, sob pena de não poder ser realizada (art. 56 da CVDT de 1969), integra um processo distinto, razão pela qual, o mecanismo de freios e contrapesos impõe uma nova autorização, dado o seu potencial de acarretar consequências importantes para o país.

2.2 A QUESTÃO DA DENÚNCIA POR INICIATIVA DO CONGRESSO NACIONAL

Francisco Rezek e Valerio de Oliveira Mazzuoli advogam uma tese interessante. De acordo com os internacionalistas "a decisão adotada por um único Poder da União, seja do Presidente, seja do Congresso Nacional, tem o condão de dar respaldo suficiente ao ato de denúncia"[174]. Em outras palavras, tanto o Presidente da República, como o Congresso Nacional poderiam realizar a denúncia de tratados internacionais. Nesse caso, o Congresso Nacional poderia optar entre aprovar uma lei ordinária determinando ao Executivo a efetivação da denúncia de um Texto Convencional, ou aprovar uma lei contrária a um tratado internacional, forçando o Executivo a denunciá-lo.

Vejamos as manifestações.

Segundo Rezek:

> [...] estará também aceita a tese de que a vontade do Congresso é hábil para provocar a denúncia de um pacto internacional, mesmo quando não coincidente com as intenções do poder Executivo. Neste passo, é imperioso reconhecer o desequilíbrio reinante entre os instrumentos de ação do governo e os do Congresso. Se o intento

[172] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).
[173] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).
[174] DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116-117.

> de denunciar é do primeiro, o ato internacional pertinente dará sequência imediata à decisão do presidente da República — a quem se subordinam todos os mecanismos do relacionamento exterior e todos os condutos da comunicação oficial com nações estrangeiras e demais pessoas jurídicas de direito das gentes. Tendo origem no Congresso o propósito da denúncia, não deixa de ser do Executivo a responsabilidade por sua formulação no plano internacional. De par com isso, o meio com que o Congresso exterioriza sua vontade ante o governo não pode ser um decreto legislativo de "rejeição" do acordo vigente — à falta de previsão de semelhante ato na faixa da competência privativa do parlamento. Por exclusão, cabe entender que a lei ordinária é o instrumento próprio para que o Legislativo determine ao governo a denúncia de tratados [...].
> A lei ordinária, entretanto, não é produto exclusivo do parlamento, visto que depende de sanção do chefe do governo. Este vetará o projeto caso discorde da ideia da denúncia; e só o verá promulgado, contra sua vontade, caso assim decida em sessão conjunta a maioria absoluta do total de membros de cada uma das casas do Congresso. Aqui se encontra a evidência maior do desequilíbrio entre a manifestação da vontade do governo e a expressão da vontade do Congresso, no sentido de desvincular o país de um tratado internacional. A segunda não apenas percorre, na forma, caminhos difíceis: ela deve, antes de tudo, encontrar-se apoiada no amplo quorum que nossa ordem constitucional reclama para a rejeição do veto presidencial[175].

De acordo com Valerio Mazzuoli:

> [...] o Congresso Nacional pode, por meio de lei, denunciar tratados internacionais, tendo eventualmente que *derrubar o veto* do Presidente da República que poderá existir, caso o Poder Executivo não aceite a denúncia proposta pelo Parlamento. Nesse ponto estamos de acordo com a tese esposada por Rezek. O que não nos afigura razoável é atribuir ao Presidente da República a faculdade de denunciar, sozinho, tratados internacionais para cuja ratificação necessitou de autorização do Congresso Nacional. Perceba-se que, no caso da denúncia por ato do Parlamento (por meio de *lei ordinária)* o Presidente da República *participa* da formação da vontade da Nação, sancionando ou vetando o projeto de lei em causa; o Congresso Nacional, no caso oposto (denúncia do tratado por ato exclusivo do Presidente), pela tese defendida por Rezek, permanece em absoluto silêncio, sequer tendo ciência da vontade presidencial de denunciar o tratado, estando ai o nosso ponto de discordância com a tese exposta. Assim é que, para nós, da mesma forma que o Presidente da República necessita da aprovação do Congresso Nacional, dando a ele "carta branca" para ratificar o tratado, mais consentâneo com as normas da Constituição de 1988 em vigor seria que o mesmo procedimento fosse aplicado em relação à denúncia, donde não se poderia falar, por tal motivo, em denúncia de tratado por ato próprio do Chefe do Poder Executivo. Com isto se respeita o paralelismo que deve existir entre os atos jurídicos de assunção dos compromissos internacionais com aqueles relativos à sua denúncia. Trata-se de observar o comando constitucional (art. l.°, parágrafo único) segundo o qual *todo o poder emana do povo,* incluindo-se nesta categoria também o poder de denunciar tratados. Assim se modifica, para a consagração efetiva da democracia, uma prática internacional que até então era considerada uniforme e pacífica em diversos países, entre os quais o Brasil. Daí entendermos correta a posição de Pontes de Miranda, segundo a qual – como se falou – a denúncia de tratados sem o assentimento do Congresso é subversiva dos princípios constitucionais. Mas frise-se que tanto uma quanto outra tese não vigora no que diz respeito à denúncia de tratados de proteção dos direitos humanos, que, por ingressarem no ordenamento brasileiro com *índole* e *nível* de normas constitucionais, petrificam-se como

[175] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149-151.

> cláusulas eternas no nosso Direito interno, passando a ser infensos à denúncia por parte do Governo (v. art. 5.°, §§ 1.°, 2.° e 3.°, da CF)[176].

Essa tese, embora interessante, apresenta, na visão do Min. Joaquim Barbosa, duas falhas importantes:

> 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 [177].

Também não nos parece crível admitir que o Congresso Nacional possa impelir o Poder Executivo, por meio de lei ordinária, à obrigação de efetivar denúncia de tratado internacional. Entendemos que haveria flagrante inconstitucionalidade por ofensa à harmonia entre os Poderes (assegurada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988).

> Art. 2º – São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Talvez por isso não exista um único caso de denúncia realizada pelo Poder Legislativo (o caso mais próximo, citado por Celso D. Albuquerque Mello,[178] foi o da Lei de 1911 sobre extradição que determinou que o Executivo denunciasse os tratados existentes sobre a matéria).

Ademais, a elaboração de lei, pelo Congresso Nacional, contrária ao tratado ofenderia o princípio da lealdade institucional em suas duas vertentes (positiva e negativa). Sobre o tema esclarece J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

> [...] um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional (Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida

[176] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 309.
[177] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).
[178] MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de janeiro: Renovar, 1994. p. 280.

> necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado *(statesmanship)*[179].

Mas, *ad argumentandum*, ainda que se elabore lei de teor diverso do texto Convencional, "a manifestação internacional do Presidente da República é imprescindível e a denúncia não se fará pela simples manifestação do Congresso contrária à continuidade do tratado"[180], razão pela qual, a elaboração de lei ordinária que divirja do tratado internacional não tem o poder, por si só, de extinguir o texto convencional, já que a apresentação do instrumento de denúncia no plano internacional é uma prerrogativa do chefe do Poder Executivo.

3 A IMPORTÂNCIA DO PARLAMENTO NO CONTROLE DA PRODUÇÃO DOS TEXTOS CONVENCIONAIS

Aquela rígida separação de funções, por meio da qual caberia ao Legislativo exclusivamente o ato de legislar; ao Executivo, apenas administrar e, ao Judiciário aplicar a lei ao caso concreto, não atende mais as necessidades e, sobretudo, aos anseios da sociedade moderna.

Segundo Rosah Russomano de Mendonça Lima:

> [...] As autoridades estatais ver-se-iam cerceadas em seus empreendimentos, se se sentissem adstritas a uma determinada exclusiva função, sem poder participar noutra função distinta.
> A rigidez excessiva da separação, em última análise, emperraria de um todo a máquina do Estado. Contrariamente, o reconhecimento e a aplicação do sistema dos freios e contrapesos, propiciando uma interpenetração dos Poderes, consagraria um funcionamento produtivo e harmônico de toda a engrenagem estatal.
> Assim, por exemplo, compreendeu-se que a autoridade administrativa, que tem por atribuição específica administrar, não poderia desempenhar legitimamente sua competência, se não possuísse o poder de regulamentar, considerado legislativo em sua própria essência. Além disto, compreendeu-se que, entre as três funções, há certos pontos de contacto, "zonas mistas ou limítrofes". É o caso da atividade referente à iniciativa das leis. Em certo sentido, configura-se aí um ato do próprio Poder Legislativo, pois que a iniciativa é parte essencial nas operações pertinentes à elaboração legislativa. No entanto, em muitas vezes, a iniciativa não pode deixar de caber à autoridade a quem compete governar e administrar. É, v.g., o que se passa, quando se trata de iniciativa de reformas administrativas, que se devam efetuar por meio de leis.

---

[179] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 341.
[180] HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012. p. 104.

> As mais variadas razões, portanto, se foram condensando e intensificando, no sentido de que se atribuísse a cada órgão — *precípua, mas não exclusivamente* — a sua função específica. Dentre estas razões, avultam, naturalmente, as de ordem histórica e política.
> Vemos, assim, numa decorrência desta orientação, que consagra a vinculação e interpenetração dos órgãos estatais, o Poder Executivo a atuar no Poder Legislativo, mediante a técnica acima citada da iniciativa das leis. Vemo-lo, ainda, interferir no seio deste Poder, por meio do veto absoluto ou suspensivo. E observamo-lo agindo, nas atividades peculiares ao Poder Judiciário, quando indulta ou comuta penas[181].

A teoria da separação de poderes (desenvolvida por Montesquieu[182] no séc. XVIII), foi aprimorada pela doutrina Norte-americana (no séc. XIX), possibilitando, na atualidade, o controle mútuo dos poderes através da acepção moderna do *systen checks and balances*.

Esse tópico tem por escopo demonstrar que a conjunção de vontades, entre Legislativo e Executivo no controle das relações internacionais, decorre de um longo processo de amadurecimento, que se inicia com as civilizações antigas, se desenvolve na era das luzes e se solidifica na idade moderna.

A análise histórica revela que a exclusão do parlamento do processo de denúncia de tratados internacionais constitui um retrocesso no processo de aperfeiçoamento do Estado de Direito.

3.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES E O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS

> A fórmula dos três poderes, fórmula que tem as suas primeiras raízes nos livros de Aristóteles, conta quase dois séculos de idade ativa na ciência das Constituições. Os patriarcas do regime americano foram bebê-la no "Espírito das Leis", onde ela recebeu seu enunciado atual, e teve entrada no direito público moderno. Foi dali que, em 1748, Montesquieu deu ao mundo político essa lição memorável de que "em todo Governo há três espécies de poder: o legislativo, o executivo e o judiciário"[183].

De acordo com Dalmo de Abreu Dallari "foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a

---

[181] MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 9-10.

[182] "Bodin, principalmente Locke (401) Bolingbroke (402), Swift, tratam da separação de poderes como 'circunstâncias', necessárias ao governo racional. A glória da autoria desse princípio como base do direito público pertence, entretanto a Montesquieu. Formulou em termos científicos a regra universal: indispensável é que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder, para que haja liberdade" (CALMON, Pedro, 1964, p. 224).

[183] BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Brasileira**, Livro XI, cap. 4-6 apud OLIVEIRA FILHO. João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 42.

separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação".[184]

Essa teoria, ao preconizar o equilíbrio entre as Poderes do Estado, preserva, em última análise, os direitos do homem contra o arbítrio da autoridade. Objetiva, pois, assegurar um governo de leis e não de homens.

3.1.1 Aspectos históricos relevantes acerca da Teoria da Separação de Poderes

No campo histórico, essa teoria tem suas raízes nas civilizações clássicas (greco-romanas).

Na Grécia antiga, o filósofo Aristóteles, por meio de sua obra intitulada "Política" (*Politeia*):

> [...] vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos. Acontece que Aristóteles, em decorrência do momento histórico de sua teorização, descrevia a concentração do exercício de tais funções na figura de uma única pessoa, o soberano, que detinha um poder "incontestável de mando", uma vez que era ele quem editava o ato geral, aplicava-o ao caso concreto e, unilateralmente, também resolvia os litígios eventualmente decorrentes da aplicação da lei[185].

Assevera Nelson Saldanha (1981, p.10) que em Roma, Cícero, nos livros I e II de sua "República", fazia alusão "a formas de governo — e a tipos de 'cidades' — junto às quais existem referências a órgãos do poder público, inclusive a Conselhos e a Tribunais, mas nenhuma menção sistemática a uma distribuição de funções"[186].

Porém, o conceito se desenvolve muitos anos depois (nos séculos XVII e XVIII), quando filósofos iluministas insatisfeitos com o modelo de Estado (absolutista), então vigente, passam a enxergar no modelo Aristotélico, uma alternativa aos desmandos dos monarcas.

O pensador Inglês John Locke (1632-1704), ao se debruçar sobre a teoria notou que o "Poder" poderia ser distribuído em funções:

---

[184] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 216.
[185] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 397.
[186] SALDANHA, Nelson. **O Poder Legislativo 2**: Separação de Poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos. Departamento de Imprensa Nacional, 1981. p. 10.

> *Poder legislativo* é o que tem o direito de determinar a maneira pela qual se empregará a força do Estado para proteger a comunidade e seus membros, através de leis que são feitas em pequeno tempo, razão por que esse poder não precisa estar sempre reunido; *poder executivo* é o que está sempre em exercício, para velar pela execução das leis que são feitas e postas em vigor; *poder federativo* é o que compreende o direito de paz e de guerra, de formar ligas e alianças e de fazer toda espécie de negociações com as pessoas e as comunidades estranhas ao Estado; a *prerrogativa* é o poder que tem o governo de agir segundo sua discrição a prol do bem público, fora das prescrições da lei e algumas vezes mesmo contra elas[187].

Embora se opondo "expressamente ao absolutismo defendido por Hobbes, Locke não considerou anormal o reconhecimento de uma esfera de poder discricionário do governante, sem atentar para a circunstância de que o bem público, impossível de ser claramente definido, sempre seria um bom pretexto para as decisões absolutistas"[188]. Talvez essa percepção se justifique pelas diferenças políticas existentes entre a França e a Inglaterra daquele período.

Em 1748, Charles-Louis de Secondat ou *Baron de la Brède et de Montesquieu,* por meio do clássico "*De L'Esprit des Lois*", consolida[189] a teoria da separação de poderes, ao associar as funções do Estado a três órgãos distintos[190] (independentes e autônomos).

> Há em cada Estado três espécies de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das cousas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis por um tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que já estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, ele pune os crimes, ou julga as desavenças entre os particulares. Denominar-se-á este último de poder de julgar, e o outro simplesmente de poder executivo do Estado[191]. De acordo com Montesquieu, "quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado elabore leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há ainda liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele estivesse junto ao poder legislativo, a autoridade sobre a vida e a

---

[187] MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 237.

[188] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 216.

[189] "A divisão segundo o critério funcional é a célebre 'separação de Poderes', que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra 'Política', detalhada, posteriormente, por John Locke, no Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e o direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu, O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal". (MORAES, Alexandre, 1999, p. 340).

[190] "A grande inovação da obra de Montesquieu consistiu exatamente em demarcar que tais funções deveriam ser exercidas por órgãos distintos, estabelecendo uma divisão orgânica do Estado. Por esse raciocínio, o exercício da função executiva deveria ser entregue ao Poder Executivo, o exercício da função legislativa, ao Poder Legislativo e o exercício da função jurisdicional, ao Poder Judiciário". (DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano, 2004, p. 278).

[191] MONTESQUIEU, **De L'Esprit des Lois**, vol. I, p. 163 et seq. apud MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 238.

> liberdade dos cidadãos seria arbitrária: porque o juiz seria legislador. Se ele estivesse junto ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo de principais, ou de nobres, ou do povo, exercessem os três poderes, o que faz leis, o que executa as resoluções públicas e o que julga os crimes ou as desavenças dos particulares"[192].

Na visão de Montesquieu, "tudo ficaria perdido se o mesmo homem, se o mesmo corpo dos príncipes, dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as questões dos particulares" (L'Esprit des Lois, Cap. VI, "De la Constitution d'Angleterre")[193].

> Antes de Montesquieu – observou Bluntschli – houve quem ousasse a crítica ao absolutismo clerical, mas ninguém sujeitara até então, em França e na Europa, a monarquia absoluta a uma crítica científica nem tomara por modelo as instituições da Inglaterra, a ambiência de sua liberdade constitucional para erigir o modelo da nova sociedade política, e propor a legitimidade dos governos com fundamento na prática da liberdade e na organização racional do poder. Esse *conservador esclarecido* a que se reporta Chevallier foi talvez a inteligência mais aberta e precursora que a França deu ao mundo. Muitas de suas páginas chegam a ser de rigorosa atualidade[194].

A doutrina da separação de poderes firma-se, então, na esfera do constitucionalismo, como um princípio impostergável em prol das liberdades individual e pública. Marca a passagem do Estado Absolutista para o Estado Liberal[195], destacando-se como pressuposto incontrastável na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776[196], na Constituição Americana de 1787, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, na Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848 e na Constituição Belga de 1831 (art. 26-30).

A Constituição Americana de 1787, até hoje em vigor, deixou clara a divisão tripartite de Poderes:

> *Article. I, Section. 1: All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives*[197].
> *Article. II, Section. 1: The executive Power shall be vested in a President of the United States of America*[198].

---

[192] MONTESQUIEU, **De L'Esprit des Lois**, vol. I, p. 163 et seq. apud MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 238.
[193] OLIVEIRA FILHO, João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 21-37.
[194] BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 271.
[195] "Do Estado absolutista ao chamado Estado liberal, a teoria do contrato aparece em Hobbes, quando trata do primeiro, e em Locke e Rousseau depois, como base importante, informando toda a concepção política do Estado. Isto significa que, na verdade, ela serviu, acima de tudo, como ponto de partida (e de referência) para a ideia de 'um necessário acordo de vontades individuais para a legitimação do poder'". (GRILLO, 2000, p. 16).
[196] "Que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário" (§ 5º).
[197] Art. I, Seção I: "Todo Poder legislativo aqui contido fica investido em um Congresso dos Estados Unidos, o qual se compõe de um Senado e da Casa dos Representantes".
[198] Art. II, Seção I: "O Poder executivo fica investido em um Presidente dos Estados Unidos da América".

> *Article III, Section. 1: The judicial Power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish.*[199]

O art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de, 26 de agosto de 1789, estabelecia:

> *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*[200].

A Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848, por meio do seu o art. 19, também assegurou a divisão de funções:

> *La séparation des pouvoirs est la première condition d'un gouvernement libre*[201].

O sistema passa, então, a ser associado à ideia de Estado de Direito[202] e, apesar de algumas divergências acerca da quantidade de funções[203] ou de denominações[204], espalha-se pelo mundo ocidental[205], passando a ser contemplado não só pelas Constituições, mas, sobretudo, pela prática política dos Estados.

> [...] a consagração, a partir das revoluções liberais, da imagem do Estado de Direito (Estado Constitucional), foi correlatamente uma consagração do princípio da separação de poderes: confirmava-se a ideia de Montesquieu segundo a qual "o poder limita o poder", confirmava-se o enunciado do artigo 16 da Declaração de 1791. Não se imaginaria, já, uma constituição sem os poderes divididos; não se imaginaria um Estado com concentração de funções. Assim como a existência do Estado deve decorrer de consensos, ela deve limitar-se externamente e deve possuir delimitações internas[206].

---

[199] Art. III, Seção I: "O Poder judicial dos Estados Unidos, será investido em uma Corte Suprema, e em tantas Cortes inferiores quantas o Congresso possa, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer".

[200] "Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação de poderes determinada, não tem Constituição".

[201] "A separação de poderes é a primeira condição de um governo livre".

[202] "Onde houver Estado de Direito (e Estado de Direito é sempre o Estado onde impera a limitação de poderes), haverá, de necessidade, como um dos eixos da ordem constitucional, aquele princípio, a que tanto se ligaram os nomes de Locke e Montesquieu". (BONAVIDES, 2012, p. 574).

[203] A Constituição Imperial do Brasil de 1824 adotou uma divisão quadripartite, sugerida por Benjamin Constant, pois além do legislativo, do executivo e do judiciário, havia também o poder moderador (real).

[204] "Etienne Vacherot, filósofo francês que publicou o livro *La Démocratie*, os poderes, que eram três, se chamariam legislativo, executivo e administrativo, porque a autoridade judiciária estaria compreendida no poder administrativo". (MENEZES, Aderson de, 1967. p. 239).

[205] "A América serviu depois de modelo à França, depressa se irradiando o sistema, posteriormente, pelo resto do mundo. Na América, todos os Estados, à exceção do Canadá e do Uruguai, adotaram o princípio da separação de poderes. No Brasil, foi ele adotado a partir de sua primitiva Constituição do Império, de 1824, que o estabeleceu pelo art. 9°, mantendo-se, até hoje, sem solução de continuidade" (PAUPERIO, 1967, p. 246).

[206] SALDANHA, Nelson. **O Poder Legislativo 2**: Separação de Poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos. Departamento de Imprensa Nacional, 1981. p. 15.

No Brasil, com exceção da Carta Constitucional de 1937, o princípio da separação de poderes esteve presente em todos os textos constitucionais.

Na Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, ficou estabelecido, por meio do seu art. 10 que "os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial".

Da mesma forma, a primeira Constituição Republicana do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, através do seu art. 15, estabeleceu: "são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si".

O art. 3º, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, também dispôs que "são órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si".

Na contramão das Constituições anteriores, a Carta Constitucional, de 10 de novembro de 1937, não trouxe nenhuma disposição dogmática acerca da divisão dos poderes. O seu art. 38 estabeleceu:

> [...] o Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946, retoma a tradição das Constituições anteriores e reassegura, o respeito a separação de poderes, por meio do art. 36: "são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.são poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si".

O mesmo ocorreu com a Constituição de 24 de janeiro de 1967. Por meio do seu art. 6º ficou estabelecido: "são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Nem mesmo a Constituição outorgada pela ditadura militar, por meio da Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, ousou tocar no princípio aprimorado por Montesquieu. O seu art. 6º determinava: "são Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

No atual texto constitucional a tripartição de poderes foi contemplada pelo art. 2º e tutelada pelo manto da imutabilidade no art. 60, §4º, III.

> Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
> [...]
> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
> [...]
> § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> [...]
> III – a separação dos Poderes;

No que tange ao tema direito dos tratados, como já tivemos oportunidade de demonstrar no Capítulo II, a conjunção de esforços entre Legislativo e Executivo no processo de produção de textos convencionais foi assegurada em todas as Constituições brasileiras, inclusive pela atual (CF, art. 49, I c.c art. 84, VIII).

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

Ao examinar os dispositivos, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek enfatizou:

> [...] tudo quanto não pode o Presidente da República é manifestar o consentimento definitivo, em relação ao tratado, sem o abono do Congresso Nacional. [...] Isto significa, noutras palavras, que a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, assenta sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos. A vontade singular de qualquer deles é *necessária*, porém não *suficiente*[207].

Mas, se por um lado o nosso constituinte foi cauteloso ao estabelecer regras para a produção de tratados internacionais, por outro foi omisso em relação à participação do Congresso Nacional no processo de denúncia desses instrumentos.

Sobre as omissões constitucionais esclarece o ex-Ministro da Suprema Corte Carlos Maximiliano:

---

[207] REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 88.

> A Constituição aplica-se aos casos modernos, não previstos pelos que a elaboraram. Faz-se mister supor que os homens incumbidos da nobre tarefa "de distribuir os poderes emanados da soberania popular e de estabelecer preceitos para a perpétua segurança dos direitos da pessoa e da propriedade tiveram a sabedoria de adaptar a sua linguagem às emergências futuras, tanto como às presentes; de sorte que as palavras apropriadas ao estado então existente da comunidade e ao mesmo tempo capazes de ser ampliadas de modo que abranjam outras relações mais extensas não devem ser afinal restringidas ao seu mais óbvio e imediato sentido, se, de acordo com o objetivo geral dos autores e os verdadeiros princípios do contexto, podem elas ser estendidas a diferentes relações e circunstâncias criadas por um estado aperfeiçoado da sociedade"[208].

Partindo dessa premissa, entendemos que o art. 49, I, do Texto Constitucional brasileiro, que estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", também poderia ser interpretado para assegurar a participação do Parlamento na denúncia de tratados internacionais. Aliás, foi nesse sentido que se manifestou o Min. Maurício Corrêa em seu voto na ADI 1625. De acordo com o Eminente Ministro "resolver de forma definitiva não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão". É como pensamos, razão por que rechaçamos a tese do silêncio eloquente defendida pelo Min. Jobim no seu voto.

O fato da Constituição Federal de 1988 não regular de forma expressa a mesma participação nos casos de extinção de tratados internacionais, não significa, de forma alguma, que o Parlamento deva ser excluído desse certame. Entender dessa forma seria um retrocesso (um erro), já que iria de encontro (como veremos a seguir) aos desdobramentos mais importantes da teoria da separação de poderes, além de ofender mecanismos basilares de exegese constitucional.

3.1.2 Desdobramentos importantes da Teoria da Separação de Poderes

Como dito, a clássica divisão tripartite de funções (executiva, legislativa e judiciária) não pode mais ser compreendida como uma determinação estanque dos limites constitucionais[209], muito pelo contrário, a atuação dos Poderes da República transcende as atribuições primárias para a qual foram originalmente criadas.

---

[208] COOLEY, p.96-97 apud MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 311.

[209] "A teoria de Montesquieu [...] com o perpassar dos tempos, foi sofrendo alterações". (MENDONÇA LIMA, 1960. p. 8).

O mundo contemporâneo exige uma interação constante entre os órgãos, operacionalizada por um lado pelo exercício de funções típicas e atípicas[210], e contrabalanceada por outro, por um mecanismo de freios e contrapesos.

3.1.2.1 O Sistema de Freios e Contrapesos (*System of Checks and Balances*)

> A doutrina dos freios e contrapesos foi formulada, à vista da Constituição americana, em desenvolvimento do princípio da separação dos poderes. O *balance* originou-se na Inglaterra, pela qual a Câmara dos Lordes (os nobres) passaram a equilibrar (balancear) os projetos de leis advindos da Câmara dos Comuns (originários do povo), a fim de evitar que leis demagogas, ou formuladas pelo impulso momentâneo de pressões populares, fossem aprovadas. Nas Repúblicas, o Senado, além de representar os interesses dos Estados-Membros, também exerce essa função. Já o *cbeck*, por sua vez, surgiu quando o *Justice Marshal* declarou em sua *opinion*, lançada no famoso caso *Marbury x Madison*, em 1803, que o Poder Judiciário tinha a missão constitucional de declarar a inconstitucionalidade – e portanto tornar nulos – dos atos do Congresso, quando, a seu exclusivo juízo, tais leis não guardassem harmonia com a Carta Política. Pela doutrina do *Judicial Review* o Judiciário passa a controlar o abuso do poder dos outros ramos governamentais[211].

Os elaboradores da Constituição norte-americana, ao mesmo tempo em que aceitaram a teoria da separação de poderes também se preocuparam:

> [...] em garantir essa separação através do asseguramento a cada um dos meios de defesa contra a possibilidade de usurpação pelos demais. Idealizou-se, então, introduzir, em toda a operação de governo, um sistema de freios e contrapesos (*system of checks and balances*).
> [...]
> A teoria dos freios e contrapesos, explicada e fundamentada pelos autores de "*The Federalist"*, tem seu melhor expositor em Wadison. Para este, não pode ser assegurada separação dos poderes, na prática, com a mera determinação dos limites constitucionais dos departamentos e sem que haja uma ingerência constitucional de uns sobre os outros. Essa interpenetracão constituiria meios de defesa de cada poder, devendo estar em proporção à medida do perigo de usurpação. (*In "The Federalist", Massachusets, Harvard Univ. Press, 1961, op. 48-51*).
> [...]
> Aplicado pelos americanos, esse sistema a eles foi associado, espalhando-se pelos demais países, que o utilizaram diversificadamente, de acordo com suas diferentes realidades[212].

---

[210] "A teoria da "tripartição de Poderes", exposta por Montesquieu, foi adotada por grande parte dos Estados modernos, só que de maneira abrandada. Isso porque, diante das realidades sociais e históricas, passou-se a permitir maior interpenetração entre os Poderes, atenuando a teoria que pregava a separação pura e absoluta dos mesmos. Dessa forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional". (LENZA, 2010. p. 398).

[211] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 99.

[212] OMMATI, Fedes. **Dos Freios e Contrapesos entre os Poderes do Estado**. Revista Inf. legisl. Brasília a. 14 n. 55 jul./set. 1977. P 55-82. Disponível em:

Os seus idealizadores sabiam que a concentração de poderes nas mãos de um único órgão ou pessoa estabeleceria uma verdadeira definição de tirania, por isso, contrários ao despotismo, procuraram "conter o poder pelo poder, de modo que cada órgão de Estado encontrasse nos outros as suas necessárias limitações"[213].

Essa preocupação, aliás, é deveras antiga. Platão em seu *Diálogo das Leis* já alertava:

> [...] não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos[214].

Com efeito, ao colocar em prática esse mecanismo, os textos constitucionais passaram a preservar uma relação harmoniosa e equilibrada entre os órgãos (sem independência absoluta ou exclusividade de qualquer função).

O equilíbrio, aliás, "é o fator fundamental de toda a ideia exposta no Livro XI (Montesquieu), pois não basta que haja uma função para cada poder, é necessário que se mantenham equilibrados, pois só o poder limita o poder".[215]

> Melhor do que os filósofos os juristas norte-americanos imaginaram o seu sistema de "freios e contrapesos". [...] O "equilíbrio" — este sim — é a maneira comum da organização liberal[216].

Pelo que se depreende, o *system of checks and balances* surge com o papel de aprimorar a teoria da separação de poderes, na medida em que possibilita a interferência válida de um "Poder" na atuação de outro[217] (de acordo com as regras constitucionais vigentes)[218], protegendo, em última análise, o cidadão de práticas tirânicas e/ou arbitrárias.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.

[213] PAUPERIO, A. Machado. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 245-246.

[214] CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 224.

[215] GRILLO, Vera de Araújo. **A Separação dos Poderes no Brasil**: Legislativo X Executivo. Blumenau: Edifurb; Itajaí: Da Univali, 2000. p. 21.

[216] CALMON, Pedro, op. cit., p. 224.

[217] "[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da ideia de Tripartição de Poderes, já entende que esta fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado 'freios e contrapesos' (*checks and balances*)". (MORAES, Alexandre, 1999, p. 344).

[218] "Separação e independência dos Poderes: freios e contrapesos: parâmetros federais impostos ao Estado membro. I. Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os 'freios e contrapesos' admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República: precedentes". (**ADI 1905 MC/RS – RIO GRANDE DO SUL**. **Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 19/11/1998).**

Assim, debaixo do princípio da separação de poderes:

> [...] cada ramo do poder foi provido de independentes meios de exercer *checks on and to balance* as atividades dos outros dois, assim garantindo que nenhum ramo pudesse alguma vez exercer autoridade ditatorial sobre os trabalhos do governo. Desse modo, os três ramos do governo são separados e distintos um do outro. Os poderes dados a cada um são delicadamente controlados pelo poder dos outros dois. Cada ramo serve de controle sobre potenciais excessos dos outros dois[219].

Mas, lamentavelmente, a história do Brasil traz a marca indelével do desrespeito a esse mecanismo (coincidência ou não, esses períodos se notabilizaram como exemplos de ditaduras). No chamado Estado-Novo (1937-1945), Getúlio Vargas, então Presidente da República, por meio de decretos-leis e sem o freio normal do Parlamento exerceu, na prática, a função legislativa; fato que infelizmente se repetiu na chamada "ditadura militar" (1964 – 1965), sobretudo após a edição do famigerado Ato Institucional nº 5 (AI-5).

Talvez, por isso a ideia de um mecanismo efetivo de controle de Poder pelo Poder tenha sido objeto de preocupação específica do constituinte brasileiro de 1988.

Hoje, o atual texto constitucional assegura uma interpenetração válida (de um órgão na atuação de outro) em várias passagens, como no caso do veto e sua rejeição; no processo de *impeachment;* na convocação de Ministros por qualquer das casas do congresso; no controle de constitucionalidade das leis etc.

No campo do direito dos tratados, também houve essa preocupação. Segundo Louis Henkin:

> [...] o poder de celebrar tratados – como é concebido e como de fato se opera, é uma autêntica expressão do constitucionalismo: claramente ele estabelece a sistemática de *checks and balances.* Ao atribuir o poder de celebrar tratados ao Presidente, mas apenas mediante o referendo do legislativo, busca-se limitar e descentralizar o poder de celebrar tratados, prevenindo o abuso desse poder. Para os constituintes, o motivo principal da instituição de uma particular forma de *checks and balances* talvez fosse o de proteger o interesse de alguns Estados, mas o resultado foi o de evitar a concentração do poder de celebrar tratados no Executivo, como era então a experiência europeia[220].

Na atualidade, portanto, podemos afirmar, com o aval da doutrina e da Suprema Corte brasileira, que são indissociáveis o princípio da separação de poderes e o *system of checks and balances*:

---

[219] SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 99/100.

[220] HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University. 1990, p. 59 apud PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 111-112.

> [...] o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os "pesos e contrapesos" adotados. [...] A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes. (ADI 3046/SP – São Paulo. Rel: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/04/2004**)**.

Essa associação levou o C. Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, a afirmar o *system of checks and balances*, como desdobramento do princípio da separação de poderes e, por consequência, como integrante do núcleo axiológico do texto constitucional (CF, art. 60, §4º, III):

> [...] o sistema de freios e contrapesos foi concebido pelo constituinte originário como parte integrante do sistema de controle recíproco dos Poderes, sendo impensável cogitar-se seja possível ferir, por emenda constitucional, esse verdadeiro núcleo axiológico da Carta Magna. (MS 30585/DF – Distrito Federal. Rel: Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 12/09/2012).

Com base no que foi exposto, não podemos concordar a exclusão do Parlamento do processo de denúncia de tratados internacionais.

Para nós, permitir que o Poder Executivo possa assumir compromissos externos, de forma sub-reptícia, por meio da denúncia de textos convencionais, sem a participação do Poder Legislativo, além de caracterizar um retrocesso aos dogmas do Estado de direito e ferir de morte o princípio da separação de poderes, aniquila, por completo, a aplicação do mecanismo de freios e contrapesos.

3.1.2.2. O Controle Parlamentar

O princípio da separação de poderes, segundo o Ministro Joaquim Barbosa "não deve ser interpretado a partir de concepções apriorísticas, mas sim a partir da realidade dos diversos textos constitucionais"[221].

Consoante pondera Thomas M. Cooley:

> *[...] el Poder Legislativo es el poder para dictar leyes y para alterarlas a su albedrío. El Poder Ejecutivo es el poder para vigilar que las leyes sean debidamente ejecutadas y cumplidas. El Poder Judicial es el poder para aplicar y interpretar las*

[221] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).

> *leyes cuando se suscitan controversias respecto a lo que se ha hecho o se ha omitido en ellas*[222].

Assim, na lição daquele jurista, o Poder Judiciário se ocupa do passado, sendo, pois, de certo modo retrospectivo; e o Poder Executivo vive a realidade do presente; e o Poder Legislativo se projeta nas incertezas e nas promessas do futuro[223].

Entendemos que as atribuições do Poder Legislativo não se restringem apenas ao ato de elaborar leis, na medida em que a ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs uma nova visão da teoria da separação de poderes por meio da aplicação do *system of checks and balances*.

A Constituição brasileira de 1988 - na esteira do que foi estabelecido por outros textos constitucionais - assegurou ao Congresso Nacional, por meio de um extenso rol previsto no seu art. 49, uma série de competências, que abrangem desde a possibilidade de "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" a "fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta".

Nesse tópico analisaremos o papel do Parlamento moderno.

3.1.2.2.1 Aspectos Históricos Relevantes

No lento correr dos séculos, houve uma marcha progressiva para a legalidade e à democracia, fazendo com que a elaboração de leis deixasse as mãos de monarcas e passasse para esfera de competência de uma Assembleia Representativa.

Até a idade média prevalecia o princípio materializado na Epístola de São Paulo aos Romanos, 13,1:

> *"Omnis est enim potestas nisi a Deo: quae autem sunt, a Deo ordinatae sunt*"[224].

---

[222] COOLEY, Thomas M. **Principios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América**. Tradução espahola da 2ª edição inglesa por Julio Carrié, Buenos Aires: Jacobo Peuser, 1898. p. 39 apud MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 11.

[223] MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 11.

[224] "Todo homem submeta-se aos poderes dos que têm autoridade: porque não há poder que não venha de Deus; e os que subsistem, foram constituídos por Deus".

A concepção de Estado baseava-se, portanto, na ideia de um direito divino, cuja função principal era conferir legitimidade ao monarca.

Esse modelo de governo tem seu primeiro revés com a elaboração da *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo Rei João da Inglaterra em 1215.

Dizia aquele instrumento:

> Considerando que foi para honra de Deus e bem do reino e para melhor aplanar o dissídio surgido entre nós e os nossos barões que outorgamos todas as coisas acabadas de referir; e querendo torná-las sólidas e duradouras, concedemos e aceitamos, para sua garantia, que os barões elejam livremente um conselho de vinte e cinco barões do reino, incumbidos de defender e observar e mandar observar a paz e as liberdades por nós reconhecidas e confirmadas pela presente Carta; e se nós, a nossa justiça, os nossos bailios ou algum dos nossos oficiais, em qualquer circunstância, deixarmos de respeitar essas liberdades em relação a qualquer pessoa ou violarmos alguma destas cláusulas de paz e segurança, e da ofensa for dada notícia a quatro barões escolhidos de entre os vinte e cinco para de tais fatos conhecerem, estes apelarão para nós ou, se estivermos ausentes do reino, para a nossa justiça, apontando as razões de queixa, e à petição será dada satisfação sem demora; e se por nós ou pela nossa justiça, no caso de estarmos fora do reino, a petição não for satisfeita dentro de quarenta dias, a contar do tempo em que foi exposta a ofensa, os mesmos quatro barões apresentarão o pleito aos restantes barões; e os vinte e cinco barões, juntamente com a comunidade de todo o reino (*comuna totiu terrae*), poderão embargar-nos e incomodar-nos, apoderando-se de nossos castelos, terras e propriedades e utilizando quaisquer outros meios ao seu alcance, até ser atendida a sua pretensão, mas sem ofenderem a nossa pessoa e as pessoa da nossa rainha e dos nossos filhos, e, logo que tenha havido reparação, eles obedecer-nos-ão como antes. E qualquer pessoa neste reino poderá jurar obedecer às ordens dos vinte e cinco barões e juntar-se a eles para nos atacar; e nós damos pública e plena liberdade a quem quer que seja para assim agir, e não impediremos ninguém de fazer idêntico juramento[225].

A partir dessa Carta, a história dos Parlamentos pôde ser dividida em três grandes períodos: de 1215 às revoluções burguesas do século XVIII; de 1776 (declaração da independência americana) e 1789 (revolução francesa) ao início do século XX e desta época aos dias presentes, explica Luiz Navarro de Britto.

> O primeiro período se caracteriza pela lenta construção da legitimidade dos Parlamentos e a consequente transferência de poderes dos Monarcas para as Assembleias. A pouco e pouco o Príncipe sentiu a necessidade de contar com os governados para consolidar a nação e os Comuns abandonaram a postura passiva de dar conselhos ou o seu consentimento para o aumento dos impostos para endereçarem "petições" ao Rei visando "essa ou aquela queixa de interesse geral". [...]
> Essa progressão logo se estanca. O absolutismo, ainda legítimo, refreia a expansão das franquias parlamentares. Com Henrique VIII as Câmaras somente votam os "*bills*" sugeridos pelo Rei. Todos os outros sucessores dos York seguem a mesma trilha. Apesar do desenvolvimento da estrutura socioeconômica do país, o centro de

[225] Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/magna-carta-1215-magna-charta-libertatum.html>. Acesso em: 28 de abril de 2014.

> gravitação continua a Coroa que faz as leis, suspende a execução de normas, aumenta os impostos, enquanto a burguesia a sustenta e os políticos se ocupam das questões religiosas. O Parlamento, raramente convocado, tem os Comuns escolhidos entre candidaturas oficiais e, na Câmara dos Lordes, o recurso monárquico e novos pariatos e nomeações de bispos afasta quaisquer dificuldades oposicionistas.
> De todo modo, consolidando-se o Estado-nação, já se reconhece a representatividade do Parlamento e sua especialização funcional de natureza legislativa. Os conflitos com os Stuarts se multiplicam. Mas, a monarquia cederá sempre, num processo de esvaziamento irreversível. Jacques I, embora qualificando seus atos de "*coutesy, not duty*" não deixa de aceitar todos os "*bills"* que lhe são enviados pelas Assembleias; Carlos I, sob a ameaça de uma recusa de subsídios, assina a Petição de Direitos de 1628. Enfim, em 1642, o Parlamento derruba o veto real de 16 de fevereiro, dando força de Lei ao "*Militia Bill*" e, em 22 de março, os Comuns votam uma Resolução pela qual o monarca não pode recusar sanção aos "*bills*" desejados pelo povo. Depois disso, a Revolução consagra para sempre a primazia do Parlamento. Cromwell, segundo Raoul Bompard, confessa esse primado: "vós tendes o poder legislativo sem nenhum veto da minha parte". Se a prerrogativa real tornará mais tarde a ser resgatada, serão os "lordes espirituais e temporais e as Comunas", que "em virtude de suas cartas e eleições, constituindo em conjunto a representação plena e livre da Nação" dispõe, no "*Bill of Rights"* (1698), "que Guilherme e Maria, príncipe e princesa de Organge são e continuam declarados Rei e Rainha da Inglaterra".
> As duas grandes Revoluções burguesas do século XVIII se encarregarão de alastrar, no ocidente, a conquista do Parlamento inglês[226].

As Revoluções burguesas consolidam, então, a passagem do "direito divino dos reis" para a fase da democracia representativa; e sob a tutela do princípio da separação de poderes espalha-se pelo mundo ocidental, "confiando aos Parlamentos, a representação da soberania popular e o desempenho do poder legislativo".[227]

A Constituição dos Estados Unidos da América de, 17 de setembro de 1787, inaugura essa nova fase, deixando claro em seu primeiro dispositivo, que:

> *Article I, Section 1, All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives.*[228]

A mesma preocupação pôde ser notada nos três primeiros artigos da Constituição Francesa de 1791:

> *TITRE III – Des pouvoirs publics*
> ***Article 1.*** *– La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice.*

---

[226] BRITTO. Luiz Navarro de. **O Poder Legislativo 6**: O Parlamento no Mundo Moderno. Brasília: Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos. Departamento de Imprensa Nacional, 1981. p. 4 e 5.
[227] _____._____. p. 31.
[228] Art. I, Seção 1, Todos os poderes legislativos conferidos por esta Constituição serão confiados a um Congresso dos Estados Unidos, composto de um Senado e de uma Câmara de Representantes.

> ***Article 2.*** *– La Nation, de qui seule émanent tous les Pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi.*
> ***Article 3.*** *– Le Pouvoir législatif est délégué à une Assemblée nationale composée de représentants temporaires, librement élus par le peuple, pour être exercé par elle, avec la sanction du roi, de la manière qui sera déterminée ci-après.*[229]

No Brasil, esse processo, ainda que menos sangrento, foi vivenciado apenas no final do século XIX, já que na vigência da Carta Imperial de 1824 conviveram, com relativa harmonia, o "direito divino" e a representação nacional. Foi apenas com a extinção do Poder Moderador, pela primeira Constituição Republicana, que se estabeleceu um regime representativo de fato.

Modernamente, os Parlamentos são compostos por meio de eleições (conforme impõe a crença legitimada da democracia representativa). Porém isso nem sempre foi assim:

> Na Inglaterra, diz *Todd*,[230] desde a conquista até o reinado de João, os Prelados, os Condes, os Barões, que constituíam os três estados do reino, formavam, geralmente, sob a autoridade do rei, o Poder Legislativo para tudo, salvo para a decretação de impostos. Mas o poder legislativo ficava nas mãos do rei, pelo consentimento dos Prelados, Condes e Barões e pela burguesia do reino, segundo o costume até então observado por ocasião da ascensão ao trono de Eduardo II.
> [...]
> Desde a Conquista até o reino de João, os Prelados, os Condes, os Barões (que constituem os três estados do reino) formavam geralmente sob a autoridade do rei, o poder legislativo para tudo, salvo o estabelecimento dos impostos; todavia, a opinião de uma classe inferior da comunidade ou de indivíduos, que não fizessem parte das ordens privilegiadas, poderia ocasionalmente ser pedida pelo rei em circunstâncias excepcionais, tais como a outorga de uma ajuda extraordinária à coroa.
> Mas, não se chegou a provar que algum *roturier*, eleito pelo povo ou por outra forma, fosse chamado a se assentar como membro dos grandes conselhos ou do Parlamento. O Grande Conselho do Reino, convocado por João, em Santo Albano, em 1213, compreendia certas pessoas que aí tivessem sido chamadas em sua qualidade de contribuintes da Coroa.
> Alguns desses indivíduos traziam seu concurso pessoal, outros, provavelmente, vinham por representação, como os pequenos barões, que nenhuma obrigação particular os obrigava à assistência pessoal. Eram naturalmente inclinados a escolher alguns dos seus, mais ricos e mais influentes, para os representar. Sob o reino de Henrique III, importantes mudanças tiveram lugar na constituição do Grande Conselho. Em 1265, graças a Simão de Monfort, Conde de Leicester, um grande conselho foi convocado, que compreendia não somente as pessoas chamadas pessoalmente por carta de convocação especial, segundo a carta do rei João, mas ainda pessoas convidadas a assistir, não por simples convocação geral,

[229] Artigo 1. A Soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Ela pertence à Nação e nenhuma parte do povo nem indivíduo algum pode atribuir-se o seu exercício; Artigo 2. A Nação é a única da qual emanam todos os poderes, mas não pode exercê-los senão por delegação. A Constituição francesa é representativa: os representantes são os Corpos legislativos e o Rei; Artigo 3. O poder legislativo é delegado a uma Assembleia Nacional, composta por representantes temporários, livremente eleitos pelo povo, para ser por ela exercido, com a sanção do rei, da maneira que será determinada logo em seguida.
[230] TODD, Alpheus. **Le Gouvernement Parlementaire en Angleterre**. Tradução francesa por Spencer Walpole, 1900, I, p. 35-38.

> segundo a mesma carta, mas em virtude de *writs* enviados aos *sheriffs* de certos condados, e a certas vilas e burgos; estes *writs* os gratificavam de designá-los por "cavalheiros, cidadãos e burgueses", como representantes respectivos desses condados, vilas e burgos, a fim de tomar parte no conselho do rei, de concerto com aqueles que aí tinham sido pessoalmente convocados.
> Ignoramos — continua *Todd* —, qual tenha sido a composição das assembleias seguintes até o vigésimo terceiro ano do reino de Eduardo[231].

Esse princípio, segundo o qual "todo poder emana do povo e em seu nome é exercido" e que justifica a formação de Parlamentos por meio de eleições foi consagrado no art. III da *Déclaration des Droits de L'homme et du Citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão) de 26 de agosto de 1789, e, posteriormente, passou a integrar inúmeros outros textos Constitucionais.

> *Article III – Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*[232]

A Constituição da França, de 4 de outubro de 1958, inspirada nos princípios enunciados pelo general de Gaulle, deixou claro que**:**

> *Article 2 – (...) Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.*
> *Article 3 – La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.*[233]

Também na Constituição Italiana, promulgada em 27 de dezembro de 1947, ficou declarado:

> *Art. 1 – [...] La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*[234].

Do mesmo modo, a Constituição da República Portuguesa, de 1976, alterada pela revisão de constitucional de 2005, determinou:

> Art. 3º – 1. A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.

---

[231] OLIVEIRA FILHO. João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 13-15.
[232] Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.
[233] Art. 2° – o seu princípio é: governo do povo, pelo povo e para o povo; Art. 3º – A soberania nacional pertence ao povo, que o exerce pelos seus representantes e através do referendo.
[234] Art. 1° [...] A soberania pertence ao povo, que a exerce nas formas e nos limites da Constituição.

A Constituição brasileira de 1988, coerente com os textos internacionais, assegurou o modelo de democracia representativa no rol dos princípios fundamentais:

> Art. 1º, Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Enfim, ao transpor esses conceitos para o campo do direito dos tratados, os governos não podem deixar de levar em consideração que esse processo situa-se "em torno da ideia de que o titular da soberania estatal é o povo, não podendo o Estado comprometer-se perante nações estrangeiras, salvo por disposição da vontade popular, expressada através da representação nacional, isto é, pelas Câmaras Legislativas, eleitas pelo povo"[235].

3.1.2.2.2 O Poder Legislativo e sua Função Fiscalizatória

Ao longo desse processo de construção do Estado de direito, o Poder Legislativo (objeto do nosso estudo) saiu extremamente fortalecido[236], já que, além da função típica de legislar, lhe foram incumbidas outras funções, como a de fiscalizar.

> A Constituição Federal consagrou em seu art. 2° a tradicional tripartição de Poderes, ao afirmar que são Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Com base nessa proclamação solene, o próprio legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os Poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.
> As funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar, tendo ambas o mesmo grau de importância e merecedoras de maior detalhamento. Dessa forma, se por um lado a Constituição prevê regras de processo legislativo, para que o Congresso Nacional elabore as normas jurídicas, de outro, determina que a ele compete a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo (CF, art. 70)[237].

As novas atribuições do Poder Legislativo, na visão de José Afonso da Silva, podem ser classificadas em cinco grupos:

---

[235] CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 169.

[236] "Passada a crise de transição do Estado liberal ao Estado social, o parlamento, como instituição, recobrou na maioria dos países que praticam uma genuína forma democrática de governo seu prestígio tradicional, posto que suas funções tenham padecido uma alteração considerável, decorrente do tipo de sociedade produzida pelo século XX, cujas transformações tomaram um teor revolucionário em comparação às dos estilos sociais antecedentes. [...] O parlamento livre é, por conseguinte, a instituição que não só controla os governos como confere legitimidade aos sistemas políticos. Aí está todo o seu futuro". (BONAVIDES, 2012, p. 313-314).

[237] MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999. p. 346.

> I – atribuições legislativas, pelas quais lhe cabe, com a sanção do Presidente da República, elaborar as leis sobre todas as matérias de competência da União, conforme especifica o art. 48, o que é feito segundo o processo legislativo, estabelecido nos arts. 61-69, que será objeto de consideração logo em seguida;
> II – atribuições meramente deliberativas, envolvendo a prática de atos concretos, de resoluções referendárias, de autorizações, de aprovações, de sustação de atos, de fixação de situações e de julgamento técnico, consignados no art. 49, o que é feito por via de decreto legislativo ou de resoluções, segundo procedimento deliberativo especial de sua competência exclusiva, Vale dizer, sem participação do Presidente da República, de acordo com regras regimentais;
> III — atribuições de fiscalização e controle, que exerce por vários procedimentos, tais como: a) pedidos de informação, por escrito, encaminhados pelas Mesas aos Ministros, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas; b) comissão parlamentar de inquérito, nos termos do art. 58, § 3°, como vimos; c) controle externo com auxílio do Tribunal de Contas e da Comissão mista a que se refere o art. 66, § 1°, que compreenderá toda a gama de medidas constantes dos arts. 71 e 72, culminando com o julgamento das contas que anualmente o Presidente da República há de prestar (art. 49, IX); d) fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta (art. 49, X); e) tomada de contas pela Câmara dos Deputados, quando o Presidente não as prestar no prazo que a Constituição assinala, ou seja, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, então até 15 de abril (arts. 51, II, e 84, XXIV);
> IV — atribuições de julgamento de crimes de responsabilidade, com a particularidade de que, no julgamento do Presidente da República ou Ministros de Estado, a Câmara dos Deputados funciona como órgão de admissibilidade do processo e o Senado Federal como tribunal político sob a presidência do Presidente do Supremo Tribunal Federal (arts. 51,1, 52,1, e 86), e, no julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, o Senado Federal funcionará a um tempo como tribunal do processo e do julgamento (art. 52, II);
> V — atribuições constituintes mediante elaboração de emendas à Constituição (art. 60), com o que o Congresso cria normas constitucionais, como estudamos antes [238].

A ideia de um controle parlamentar efetivo permite ao Congresso Nacional, acompanhar o Presidente da República "em todos os atos de sua interferência na vida social e política da Nação"[239].

Esta possibilidade foi contemplada pelo art. 49, X, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 49. É da Competência Exclusiva do Congresso Nacional:
> X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

No campo do direito dos tratados, como já tivemos oportunidade de demonstrar, sempre se assegurou, no Brasil, a conjunção de esforços entre Legislativo e Executivo.

---

[238] SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 454-455.
[239] OLIVEIRA FILHO. João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 21-24.

> [...] ficou, pois, explícita, ao alvorecer da República, entre as atribuições do Presidente da República, a de solicitar ao Legislativo certas providências ou reformas necessárias ao bem do país, bem como a de dar, ao Congresso Nacional, conta de sua própria gestão, deixando-o a par de sua atuação, de sua atividade administrativa, de suas conquistas ou de seus erros, para que recebesse os louvores merecidos ou para que arcasse com a responsabilidade de seus atos[240].

A Constituição Federal de 1988 manteve essa tradição, razão pela qual, o art. 49, I, dispõe 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.

Dito isto, parece-nos, no mínimo incoerente, deixar de assegurar a participação conjunta entre os órgãos, sobretudo, em um ponto tão sensível para o Estado brasileiro, como é o caso das denúncias de tratados internacionais.

> 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[241].

Essa participação poderia detectar falhas eventuais, corrigindo-as quando possível, e impedir o comprometimento deletério do Estado, por ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo.

Neste sentido, manifestou-se o Min. Maurício Corrêa:

> [...] um ato internacional poderia ser utilizado para fins obscuros, apenas com o objetivo de alterar a regência legal de um determinado tema. Isso porque a denúncia de um tratado ou convenção, além de importar sua exclusão do âmbito normativo, não opera a repristinação das normas que anteriormente perderam a eficácia. Em

---

[240] MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 356.

[241] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI (ver Anexo D).

> outras palavras, sob o palio do consenso internacional revoga-se uma lei e depois, por ato isolado, retira-se também a convenção do ordenamento jurídico[242].

Assim, o fato de não haver regulamentação específica para participação do Congresso Nacional nos processos de denúncia, não quer dizer, em hipótese alguma, que há vedação constitucional nesse sentido.

> 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.
> [...]
> 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 ideia 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[243].

A conjunção de esforços entre Legislativo e Executivo estaria, portanto, de acordo com a tradição constitucional brasileira, assegurando-se o controle do Poder pelo Poder, nos moldes preconizados pelo mecanismo de freios e contrapesos.

---

[242] Trecho do voto do Ministro Maurício Corrêa na ADI 1625 (ver Anexo A).
[243] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).

3.2 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Cabe ao intérprete buscar o sentido e o alcance da norma. Prender-se à letra fria da lei significa retroceder ao positivismo jurídico.

> Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.
> Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios; porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio.
> [...]
> Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também à reconstrução ou síntese. Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de leis diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta[244].

Com efeito, a interpretação das normas Constitucionais pressupõe a utilização de um conjunto de métodos, como o hermenêutico clássico, que se vale da aplicação de mecanismos tradicionais de interpretação, como a análise gramatical ou literal, histórica, sociológica, doutrinária, autêntica ou legislativa, teleológica etc.; o método de comparação constitucional (empregado em algumas passagens dessa dissertação); o método tópico-problemático;[245] o método hermenêutico-concretizador[246] e, sobretudo, o método integrativo ou científico-espiritual, desenvolvido no século XX por juristas alemães, como Rudolf Smend (criador da concepção integrativa da Constituição).

---

[244] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 9-10.

[245] "Método tópico-problemático: Por meio desse método, parte-se de um problema concreto para a norma, atribuindo-se à interpretação um caráter prático na busca da solução dos problemas concretizados. A Constituição é, assim, um sistema aberto de regras e princípios". (LENZA, 2010. p. 133).

[246] "Método hermenêutico-concretizador: Diferente do método tópico-problemático, que parte do caso concreto para a norma, o método hermenêutico-concretizador parte da Constituição para o problema, destacando-se os seguintes pressupostos interpretativos: pressupostos subjetivos: o intérprete vale-se de suas pré-compreensões sobre o tema para obter o sentido da norma; pressupostos objetivos: o intérprete atua como mediador entre a norma e a situação concreta, tendo como "pano de fundo" a realidade social; círculo hermenêutico: é o 'movimento de ir e vir' do subjetivo para o objetivo, até que o intérprete chegue a uma compreensão da norma. O fato de se partir das pré-compreensões do intérprete pode distorcer não somente a realidade, como também o próprio sentido da norma". (LENZA, 2010. p. 133).

Segundo Paulo Bonavides:

> A modernidade do novo método interpretativo – também conhecido pela designação de método científico-espiritual – começa, portanto com essa visão de conjunto, essa premissa fundamental de que a Constituição há de ser interpretada sempre como um todo, com percepção global ou captação de sentido. Sentido sempre geral e de totalidade, que coloca tudo mais *sub specie* do mesmo conjunto, ao contrário, pois da modalidade de interpretação empregada pelo método usual dos positivistas e formalistas como Laband, o constitucionalista da era bismarckiana, a quem *Smend* repreende o ignorar a realidade e o conteúdo da norma[247].

No método científico-espiritual, portanto, a "análise da norma constitucional não se fixa na literalidade da norma, mas parte da realidade social e dos valores subjacentes do texto da Constituição. Assim, a Constituição deve ser interpretada como algo dinâmico e que se renova constantemente, no compasso das modificações da vida em sociedade".[248]

De acordo com Bonavides, o que distingue o método científico-espiritual dos métodos utilizados pelos positivistas no século XIX:

> [...] consiste no primeiro se tornar profundamente crítico com respeito ao conteúdo da Constituição, apreciada globalmente, em seus aspectos teleológicos e materiais, que servem de critério para o trabalho jurídico de interpretação, ao passo que o segundo – o dos antigos positivistas – fica invariavelmente acorrentado a uma análise interpretativa de feição meramente formal, e que, segundo Smend, "decompõe o Direito Constitucional num agregado de normas e institutos isolados", submetidos a uma normatividade de todo abstrata.
> O intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à "concretude" da existência, compreendida esta, sobretudo pelo que tem de espiritual, enquanto processo unitário e renovador da própria realidade, submetida à lei de sua integração.
> [...]
> Graças, pois a esse novo meio de interpretação, chega-se a amoldar a Constituição às realidades sociais mais vivas. Já não se menosprezam, em consequência, os chamados fatores extraconstitucionais, que a interpretação formalista costumava ignorar por metajurídicos, mas que têm importante lugar na operação integrativa da Constituição. Disso decorre, portanto uma plasticidade maior dos textos constitucionais, bem como uma consideração mais larga e expressiva daquilo que se tem chamado "o espírito da Constituição", que o intérprete deve buscar tanto quanto Montesquieu perscrutava o espírito das leis[249].

Em complemento aos métodos de interpretação, existem alguns princípios específicos que auxiliam no entendimento do texto constitucional, como o da harmonização[250]; o da máxima efetividade dos direitos fundamentais; o da cedência recíproca[251]; e, fundamentalmente, o princípio da unidade constitucional.

---

[247] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 493.
[248] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 133.
[249] BONAVIDES, Paulo, op. cit., 2012. p. 494-495.
[250] "O postulado da harmonização, por sua vez, visa à combinação das várias normas jurídicas no sentido de sanar quaisquer conflitos que surjam no sistema constitucional, já que a Constituição não pode ser passível de

> O postulado da unidade constitucional obriga o intérprete a considerar a relação existente entre as normas constitucionais de modo a serem evitadas as contradições que possam vir a surgir.
> [...]
> Como um dos pressupostos da interpretação constitucional, a unidade constitucional guia o jurista na busca de uma harmonização entre as diversas normas de interesse, permitindo assim solucionar o problema colocado[252].

Pelo que se depreende, o princípio da unidade da Constituição preconiza que as normas constitucionais devem ser interpretadas como um conjunto sistemático, de forma a evitar contradições em suas disposições.

> As normas constitucionais não permitem interpretação isolada, fora das relações de coordenação com as demais normas do Texto Maior. O exegeta deve analisar a norma constitucional sabendo-a parte de um todo, sem conhecimento do qual não é possível indicar o sentido e delimitar o alcance daquela. [...] O intérprete deve procurar atribuir coerência ao sistema, expurgando-o de antinomias, exatamente porque a Constituição pode ser analisada de forma repartida, fora da sua unidade intrínseca[253].

Para Paulo Bonavides:

> [...] um expediente elementar de interpretação constitucional consiste em tomar sempre a Constituição globalmente, como um todo, de que as cláusulas particulares se fazem tributárias e indissociáveis, recebendo luz, significado e vida da finalidade conjunta e comum corporificada no instrumento máximo, ou seja, nas ideias e princípios essenciais da Carta Magna.
> Afigura-se-nos, por conseguinte, correta a doutrina de Willoughby quando estabelece que "a Constituição corresponde a um todo lógico, onde cada provisão é parte integrante do conjunto, sendo assim logicamente adequado, senão imperativo, interpretar uma parte à luz das provisões de todas as demais partes".
> A atenção do intérprete, em busca da essência e da finalidade da Constituição, deverá, portanto recair sobre esta como um todo, tanto quanto sobre suas partes componentes[254].

Ainda, sobre o princípio da unidade constitucional, J.J. Gomes Canotilho observa:

---

contradições. Assim, em caso de normas constitucionais aparentemente conflitantes, cumpre interpretá-las de modo a extrair o sentido mais adequado para harmonizar as diversas normas e princípios do texto constitucional". (GUIMARÃES, 2003. p. 53).

[251] "Através do processo denominado 'cedência recíproca', o intérprete selecionará aquelas normas pertinentes ao caso concreto, o que não significa dizer que as normas do texto constitucional que forem contraditórias serão retiradas da Constituição. Na verdade, por meio da 'cedência recíproca' o intérprete faz prevalecer as normas concernentes àquele caso em especial. As demais normas aguardarão a oportunidade de ser aplicadas em novas situações jurídicas que venham a surgir, sempre tendo em vista a unidade e a supremacia da Constituição". (GUIMARÃES, 2003. p. 52).

[252] GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional.** São Paulo: Editora LTR. 2003. p. 53; 55.

[253] DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 71.

[254] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 483.

> [...] como "ponto de orientação", "guia de discussão" e "fator hermenêutico de decisão", o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)[255].

Não obstante os princípios gerais de interpretação, o Ministro Joaquim Barbosa foi buscar na doutrina Italiana um princípio específico, que no campo do direito dos tratados assegura a participação do Poder Legislativo no *treaty-termination power*. Vejamos:

> 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 "coparticipação 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 internacional. 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 arguir 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 arguir 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

[255] GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra. p. 226 apud LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 135.

> 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[256].

Pelo que se percebe a aplicação sistêmica do texto constitucional seria por si só suficiente para assegurar a participação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo nos processos de extinção de tratados internacionais a fim de evitar interpretações contraditórias de suas normas.

Mas fomos além. Deixamos claro que o intérprete poderá lançar mão, nos casos de denúncia de textos convencionais, do princípio da Unidade da Constituição, do princípio da coparticipação parlamento-governo em matéria de tratado e, a depender da situação, dos princípios que regem as relações internacionais elencados nos art. 4º do Texto Constitucional, como, v. g, o da defesa da paz (exemplificado abaixo pelo Min. Joaquim Barbosa).

> 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.[257]

Seria incoerente, na nossa visão, assegurar-se a participação do Parlamento no processo de celebração e não contemplá-la nos casos de denúncia.

Como ressaltamos, cabe ao Congresso nacional, no exercício de suas funções, fiscalizar e controlar os atos do Poder Executivo (CF, art. 49, X). Essa fiscalização, no que se refere às relações internacionais estaria amparada de forma específica pelo art. 4º da Constituição Federal de 1988. Na visão do Ministro Joaquim Barbosa:

> [...] 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[258].

---

[256] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).
[257] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).
[258] Trecho do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI 1625 (ver Anexo D).

Não encontram, portanto, mais guarida, à luz dos métodos contemporâneos de interpretação, os argumentos utilizados por Clóvis Beviláqua, no início do Séc. XX, asseverando que o Poder Executivo poderia continuar realizando denúncia de Tratados, independentemente de prévia autorização do Congresso Nacional.

3.3 DIREITO COMPARADO

De acordo com Carlos Maximiliano, "o Processo Sistemático, levado às suas últimas consequências, naturais, lógicas, induz a pôr em contribuição um elemento moderníssimo – o Direito Comparado" [259]. De acordo com o referido jurista:

> 'Quando aproximamos, não só em sua coexistência estática, mas também no conjunto da sua evolução dinâmica, os direitos dos países de civilização análoga, e, com examinar de perto o jogo prático das regras, procuramos deduzir as ideias diretoras de todo o seu funcionamento, não podemos deixar de notar, tanto para as grandes linhas como, e melhor ainda, para certas questões minúsculas, os traços distintivos de uma sorte de ideal legislativo, senão, até, de um Direito comum da humanidade civilizada'[260]. .
> Em geral, as legislações dos povos cultos servem-se dos mesmos organismos para estabelecer a mesma função destinada ao mesmo fim; por isso, desde que se estudam sob o aspecto verdadeiramente científico os fenômenos jurídicos, entra como fonte de esclarecimentos o Direito Comparado[261].

In casu, por meio da comparação de disposições constitucionais, estabelece-se "uma comunicação entre as várias Constituições. Partindo dos quatro métodos ou elementos desenvolvidos por Savigny (gramatical, lógico, histórico e sistemático), Peter Haberle sustenta a canonização da comparação constitucional como um quinto método de interpretação".[262]

Foi o que procuramos fazer.

Ao longo dessa dissertação, trouxemos elementos presentes em textos constitucionais estrangeiros, que nos ajudaram a compreender melhor "a participação do poder legislativo no processo de celebração e conclusão dos tratados internacionais" (Capítulo II), bem como "a importância do congresso nacional no controle das relações internacionais" (Capítulo III).

---

[259] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 131.
[260] DEGNI, Francisco. L'Interpretazione della Legge. 1909, p. 335 apud MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 132.
[261] MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 132.
[262] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. p. 134.

Neste tópico, colacionamos, a título exemplificativo, disposições constitucionais estrangeiras que asseguram, de forma expressa, a conjunção de esforços entre Legislativo e Executivo no processo de denúncia de tratados internacionais. Vejamos:

A Constituição da República do Paraguai, de 1992, por meio dos art. 142 e 202, (9), estabelece:

> *Artículo 142 – De la denuncia de los tratados: Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución.*
> [...]
> *Artículo 202 – De los deberes y de las atribuciones son deberes y atribuciones del Congreso:*
> [...]
> *9. aprobar o rechazar los tratados y demás acuerdos internacionales suscritos por el Poder ejecutivo.*

A Constituição Argentina de, 22 de agosto de 1994, por meio do seu art. 75 (22), determina:

> *Articulo 75, 22 – Corresponde al Congreso:*
> *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.*

A Constituição da República do Peru, de 1993, através do seu art. 57 (3), dispõe:

> *Artículo 57 – El Presidente de la República puede celebrar o ratificar tratados o adherir a éstos sin el requisito de la aprobación previa del Congreso en materias no contempladas en el artículo precedente. En todos esos casos, debe dar cuenta al Congreso.*
> *Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.*
> *La denuncia de los tratados es potestad del Presidente de la República, con cargo de dar cuenta al Congreso. En el caso de los tratados sujetos a aprobación del Congreso, la denuncia requiere aprobación previa de éste.*

A Constituição da República do Chile, de 1980, por meio do seu art. 54 (1) determina:

> *Artículo 54.- Son atribuciones del Congreso:*
> *1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.*
> *[...]*
> *Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la*

> *denuncia o el retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.*

A Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978, em seus arts 94 e 96 (2) estabelecem:

> *Artículo 94*
> *1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:*
> *a) Tratados de carácter político.*
> *b) Tratados o convenios de carácter militar.*
> *c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.*
> *d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.*
> *e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.*
> *(Véase artículos 144 y 145 del Reglamento del Senado)*
> *2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.*
> *(Véase artículo 146 del Reglamento del Senado)*
> *[...]*
> *Artículo 96, (2). Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.*

A Constituição da Dinamarca, de 05 de junho de 1953, em seu art. 19 (1), determina:

> *Artículo 19, (1). El Rey actúa en nombre del Reino en los asuntos internacionales. Sin embargo, no podrá, sin el consentimiento del Folketing, realizar ningún acto que tenga por resultado extender o reducir el territorio del Reino, ni aceptar ninguna obligación cuyo cumplimiento requiera la participación del Folketing o que sea de importancia considerable. El Rey no podrá igualmente, sin el consentimiento del Folketing, denunciar un acuerdo internacional concluido con el asentimiento del Folketing*[263].

A Constituição do Principado de Andorra, de 1993, através do art. 64, (3), estabelece:

> *Article 64, (3). Per a la denúncia dels tractats internacionals que afectin les matèries enumerades a l'epígraf 1 també caldrà l'aprovació prèvia de la majoria absoluta de la Cambra*[264].

[263] Disponível em: <http://html.rincondelvago.com/constitucion-de-dinamarca-de-1953.html>. Acesso em: 06 de maio de 2014.
[264] Artigo 64, (3). Para a denúncia dos tratados internacionais referentes às matérias mencionadas no parágrafo 1 também será necessária a aprovação prévia da maioria absoluta da Câmara.

Muitos países com tradições democráticas, pelo que se depreende, preocuparam-se em assegurar, de forma expressa, a participação do Poder Legislativo no processo de denúncia de tratados internacionais.

Alguns países, como a França, apesar de não contemplarem a matéria no texto constitucional vigente, já o fizeram em disposições constitucionais anteriores[265].

Apesar de no Brasil não haver regulamentação específica, procuramos demonstrar ao longo dessa dissertação que a participação do Congresso Nacional nos casos de denúncia de textos convencionais foi contemplada pelo sistema constitucional brasileiro, através da aplicação de teorias e da incidência de princípios (gerais e específicos).

Contudo, seria interessante que o Poder Legislativo refletisse na possibilidade de se inserir um novo dispositivo constitucional, reforçando a necessidade de referendo congressual nos processos de extinção de tratados internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao país.

[265] A Constituição da França, de 1946, por meio do seu art. 28 estabelecia que a denúncia devia ser autorizada pela Assembleia Nacional naqueles casos em que o tratado, para sua ratificação, necessitou da aprovação parlamentar.

CONCLUSÃO

A teoria da separação de poderes, desenvolvida por Montesquieu no Séc. XVIII foi inegavelmente aprimorada no Séc. XIX pelo *systen checks and balances*, o que possibilitou um controle mútuo entre os poderes.

A clássica divisão tripartite de funções, como restou claro, não pode mais ser compreendida como uma determinação estanque dos limites constitucionais, tendo em vista que a atuação dos Poderes da República transcende, na atualidade, as atribuições primárias para as quais foram originalmente criados. Com isso, incumbiu-se ao Poder Legislativo, além da clássica função de legislar, o exercício da função fiscalizatória.

Esta atribuição foi contemplada pelo art. 49, X, da Constituição Federal de 1988:

> Art. 49. É da Competência Exclusiva do Congresso Nacional:
> X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta.

O exercício desse novo mister, cuja raiz pode ser encontrada no sistema de freios e contrapesos, tem por escopo detectar eventuais falhas, corrigindo-as quando possível, e impedir o comprometimento deletério do Estado, por ato exclusivo do Chefe do Poder Executivo.

No campo do direito dos tratados, demonstramos que o Brasil sempre assegurou, por meio de seus textos constitucionais, a conjunção de esforços entre Legislativo e Executivo no processo de celebração e conclusão dos textos convencionais.

Contudo, a problemática trabalhada nessa dissertação surgiu porque nenhuma de nossas Constituições, inclusive a atual, regulou de forma expressa a participação do Poder Legislativo nos casos de extinção de textos convencionais, razão por que, o poder de denunciar tratados, na prática, sempre foi exercido, de forma exclusiva, pelo Poder Executivo.

Procuramos demonstrar que o fato da Constituição Federal de 1988 não regular de forma expressa a mesma participação nos casos de extinção de tratados internacionais, não significa, de forma alguma, que o Parlamento deva ser excluído desse certame.

Seria, na nossa visão, no mínimo incoerente, e porque não dizer temerário, deixar de assegurar uma conjunção de esforços entre os Poderes da República, sobretudo em um ponto tão sensível para o Estado brasileiro, como é o caso das denúncias de textos convencionais.

No nosso entendimento não há, como sustentou o Min. Nelson Jobim, silêncio eloquente do texto constitucional. Entendemos que o art. 49, I, da Constituição Federal que

estabelece a competência exclusiva do Congresso Nacional para "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional", também poderia ser aplicado para assegurar a participação do Parlamento na denúncia de tratados internacionais, já que, como salientou o Min. Corrêa: "resolver de forma definitiva não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão".

Deixamos claro que a essência da participação Parlamentar no Estado de Direito está imortalizada no art. III da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, reproduzido pelo Texto Constitucional brasileiro, através do art. 1º, parágrafo único, que estabelece a máxima segundo a qual "todo poder emana do povo e em seu nome é exercido", e por inúmeros outros textos constitucionais. É no Congresso Nacional brasileiro que encontramos a representação popular.

Ademais, as regras de exegese constitucional trabalhadas nesta dissertação demonstraram que a aplicação sistêmica do texto constitucional seria por si só suficiente para garantir a participação conjunta dos Poderes Executivo e Legislativo nos processos de extinção de tratados internacionais, mas procuramos ir além, já que, tal qual Pontes de Miranda, entendemos que "aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais"[266], por isso apontamos a existência de princípios gerais e específicos incidentes sobre a matéria, como o da Coparticipação Parlamento-Governo em matéria de Tratado.

Por tudo isso, entendemos que permitir que o Poder Executivo possa assumir compromissos externos, por meio da denúncia de tratados internacionais, sem a participação do Poder Legislativo, além de caracterizar um retrocesso aos dogmas do Estado de direito e ferir de morte o princípio da separação de poderes, aniquilaria por completo a aplicação do mecanismo de freios e contrapesos.

Por outro lado, estamos convictos de que, à luz dos métodos contemporâneos de interpretação, não encontram mais guarida os argumentos utilizados por Clóvis Beviláqua no início do séc. XX, asseverando que a autorização legislativa (requisito necessário no processo de celebração de tratados internacionais) autorizaria o chefe do Poder Executivo a não apenas ratificar, mas também denunciar o texto convencional, desde que houvesse cláusula regulando a denúncia. *Data maxima venia*, uma coisa não pode e não deve ser confundida com a outra.

[266] MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo III, p. 109.

A autorização para ratificação integra o processo de celebração e conclusão de um tratado. Já a denúncia, que deve vir expressa no texto convencional, sob pena de não poder ser realizada (art. 56 da CVDT de 1969), integra um processo distinto, razão pela qual, o mecanismo de freios e contrapesos impõe uma nova autorização, dado o seu potencial de acarretar consequências deletérias para o país.

Também não nos parece crível, como preconizaram Francisco Rezek e Valerio de Oliveira Mazzuoli, admitir que o Congresso Nacional possa impelir ao Poder Executivo, por meio de lei ordinária, à obrigação de efetivar denúncia de tratado internacional. Entendemos que haveria flagrante inconstitucionalidade por ofensa à harmonia entre os Poderes (assegurada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988).

Para nós, a participação do Congresso Nacional no campo do direito dos tratados é imprescindível, porém, se restringe a referendar ou não a celebração, conclusão e, sobretudo, a extinção de textos convencionais, em homenagem ao sistema de freios e contrapesos. Não cabe ao Parlamento, nessa seara, impor qualquer obrigação ao Chefe do Executivo.

Com base no que foi exposto, não podemos concordar com a exclusão do Congresso Nacional do processo de denúncia de tratados internacionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulállio; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
2. _____. A denúncia dos tratados. In: **Jornal do Comércio**, Rio de Janeiro, 02/09/1956.
3. _____. A Ratificação e a Promulgação dos Tratados em face da Constituição Federal Brasileira. In: **BSBDI – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 7. Rio de Janeiro, p. 11-15, jan./jun, 1948.
4. BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados Internacionais no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
5. BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Brasileira**, Livro XI, cap. 4-6 apud OLIVEIRA FILHO. João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
6. BEVILÁQUA, Clóvis. **Pareceres dos Consultores Jurídicos do Ministério das Relações Exteriores (1913-1934)**. Rio de Janeiro: MRE, 1962.
7. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
8. _____.. **Teoria Geral do Estado**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
9. BRITTO. Luiz Navarro de. **O Poder Legislativo 6**: O Parlamento no Mundo Moderno. Brasília: Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos. Departamento de Imprensa Nacional, 1981.
10. BROTONS, Antônio Remiro. **Derecho Internacional Publico**: II Derecho de los Tratados. Madrid: Tecnos, 1987, p. 28 apud TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
11. CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio 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 Editor, 1995.
12. _____. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983.
13. CALMON, Pedro. **Curso de Teoria Geral do Estado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
14. CAMARA, José Sette. **The Ratification of Treaties**. Toronto: The Ontario Publishing Company Limited, 1949.
15. CASELLA, Paulo Borba. **Fundamento do Direito Internacional Pós-Moderno**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 502.
16. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.
17. DALLARI, Pedro B. A. **Constituição e Tratados Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.
18. DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
19. FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo:Saraiva, 1990.
20. GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de Tratados Internacionais pelo Brasil**. FUNAG. 2012. P. 47 Disponível na internet em: <http://www.funag.gov.br/biblioteca/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=400&Itemid=41>. Acesso em: 03 de março de 2014.
21. GARCIA, Márcio. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.

22. GOMES CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra.
23. GRILLO, Vera de Araújo. **A Separação dos Poderes no Brasil**: Legislativo X Executivo. Blumenau: Edifurb; Itajaí: Da Univali, 2000.
24. GUIMARÃES, Antonio Márcio da Cunha. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2009.
25. _____. **Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2009.
26. _____. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Aduaneiras, 2009.
27. GUIMARÃES, Arianna Stagni. **A Importância dos Princípios Jurídicos no Processo de Interpretação Constitucional**. São Paulo: Editora LTR. 2003.
28. HENKIN, Louis. **Constitutionalism, democracy and foreign affairs**. New York: Columbia University. 1990.
29. HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012.
30. Informativo nº 323 do STF, de 29 de setembro a 3 de outubro de 2003.
31. Informativo nº 549 do STF, de 1º a 5 de junho de 2009.
32. LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
33. MARQUES, Cláudia Lima; LIXINSKI, Lucas; BORDIN, Fernando Lusa. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.
34. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
35. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
36. _____. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
37. MCNAIR, Lord. **The Law of Treaties**. Oxford: At the Clarendon Press, 1961.
38. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. ed. Rio de janeiro: Renovar, v. 1, 1994.
39. _____. **Direito Constitucional Internacional**. Rio de janeiro: Renovar, 1994.
40. _____. **Ratificação de tratados**: estudo de direito internacional e constitucional, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.
41. MENDONÇA LIMA, Rosah Russomano de. **O Poder Legislativo na República**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
42. MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
43. MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969**. Tomo III.
44. MONTESQUIEU, **De L'Esprit des Lois**, vol. I, p. 163 et seq. apud MENEZES, Aderson de. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
45. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 1999.
46. NASSER, Salem Hikmat. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.
47. OLIVEIRA FILHO. João de. **Legislativo**: Poder Autêntico. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
48. OMMATI, Fedes. **Dos Freios e Contrapesos entre os Poderes do Estado**. Revista Inf. legisl. Brasília a. 14 n. 55 jul./set. 1977. P 55-82. Disponível na internet em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181023/000359521.pdf?sequence=3>. Acesso em: 29 de janeiro de 2014.
49. PAUPERIO, A. Machado. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

50. PENA, Hugo. In: SALIBA, Aziz Tuffi (Org.). **Direito dos Tratados**: Comentários à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969). Belo Horizonte: Arraes, 2011.
51. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
52. RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das Ordens Jurídicas**: A relação do Direito brasileiro com o Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2012.
53. REUTER, Paul. **Droit International Public**. Paris: PUF, 1973 apud RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 10.
54. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
55. REZEK, José Francisco. **Direito dos Tratados**. Rio de Janeiro: Forense. 1984.
56. RODAS, João Grandino. **Tratados Internacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
57. SALDANHA, Nelson. **O Poder Legislativo 2**: Separação de Poderes. Brasília: Fundação Petrônio Portella e Fundação Milton Campos. Departamento de Imprensa Nacional, 1981.
58. SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.
59. SILVEIRA, Paulo Fernando. **Freios e Contrapesos (*Checks and Balances*)**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
60. SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTR. 2000.
61. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 20. ed. São Paulo: LTR, v. II, 2002.
62. TAVARES, Francisco de Assis Maciel. **Ratificação de Tratados Internacionais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
63. TODD, Alpheus. **Le Gouvernement Parlementaire en Angleterre**. Tradução francesa por Spencer Walpole, 1900, I, p. 35-38.
64. VALLADÃO, Haroldo. Aprovação de Ajustes Internacionais pelo Congresso Nacional. In: **BSBDI – Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**, n. 11. Rio de Janeiro, p. 12-95, jan./dez. 1950.
65. VASCONCELLOS, Wilson Accioli de. O Congresso Nacional e o *Treaty-Making Power*. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 50, p. 116, abr./jun. 1976 apud CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Poder Legislativo e os Tratados Internacionais**. Rio Grande do Sul: LPM, 1983. p. 38.

ANEXO A - VOTO DO MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA

V O T O

O SENHOR MINISTRO MAURÍCIO CORRÊA (RELATOR): Conforme já decidiu esta Corte em outras oportunidades, a Central Única dos Trabalhadores não possui legitimidade ativa para a ação direta de inconstitucionalidade, por não se enquadrar na hipótese a que alude o inciso IX do artigo 103 da Constituição Federal (ADIMC 271, Moreira Alves, DJ de 06/09/01 e ADIMC 335, Néri da Silveira, DJ de 02/04/93). Em conseqüência, quanto a esta requerente, não conheço da ação.

2. Dela conheço, entretanto, relativamente à Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura. Nesse sentido a jurisprudência do Tribunal: ADIMC 1361, DJ de 12/04/96 e ADI 1114, DJ de 30/09/94, ambas da relatoria do Ministro Ilmar Galvão. De igual forma, verifico que se acham presentes os requisitos de pertinência temática, tendo em vista que a norma implicou a denúncia unilateral de convenção internacional de interesse dos trabalhadores, como um todo, já incorporada ao sistema jurídico nacional.

3. Não é o caso, por outro lado, de acolher-se a preliminar de não-cabimento da ação suscitada pela Advocacia-Geral da União. Sem embargo de sua natureza programática, a Convenção 158 da OIT, que estabelece a disciplina normativa concernente ao término da relação de trabalho por iniciativa do empregador e fixa regras de proteção contra a despedida arbitrária do trabalhador, possui

indiscutível conteúdo normativo, pois estabelece regras gerais, abstratas e impessoais que deverão servir de parâmetro para elaboração legislativa dos Estados partícipes. Por isso mesmo esta Corte conheceu da ação e julgou-a em parte procedente, visto que questionava a constitucionalidade dessa mesma convenção (ADI 1480, Celso de Mello, DJ de 18/05/01).

4. Ora, evidenciado o caráter normativo do tratado internacional incorporado ao direito interno brasileiro, igual natureza detém o ato estatal derrogatório. A deliberação tendente a afastar a norma do mundo jurídico também possui conteúdo normativo, ainda que em sentido contrário, a caracterizar uma das formas de concretização do processo legislativo. Está, nesses termos, sujeita ao exercício do exame concentrado de conformação constitucional. Nessa mesma linha veja ADIMC 769, Celso de Mello, DJ de 08/04/94.

5. No mérito, cumpre salientar já de pronto que a executoriedade dos tratados internacionais no Brasil somente se viabiliza, nos termos da Constituição Federal, a partir de sua incorporação ao direito interno. Para tanto faz-se necessária, como ocorreu no caso concreto, a manifestação de duas vontades autônomas e convergentes - do Congresso Nacional a quem incumbe resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, artigo 49, I) e do Presidente da República a quem compete celebrar os ajustes e promulgá-los (CF, artigo 84, VIII), mediante decreto, sendo a publicação deste o marco da vigência dos tratados no plano jurídico nacional.

6. Formalizada a recepção do ato internacional, suas normas situam-se no mesmo plano das leis ordinárias. Dessa paridade resulta que eventual divergência deve ser resolvida pela aplicação dos

critérios cronológicos e da especialidade, do que decorre a força de lei dos tratados internacionais formalmente incorporados, suficiente, inclusive, para revogar, por incompatibilidade, a legislação interna então vigente. Oportuno nesse sentido o entendimento do Tribunal, não só já assentado no regime da Constituição anterior (RREE 71154, Oswaldo Trigueiro, RTJ 58, págs. 71 e seguintes e 80604, Cunha Peixoto, RTJ 83, pág. 809), como na atual, como se vê abaixo:

> "(...)*Os* ***tratados*** *ou* ***convenções internacionais****, uma vez regularmente incorporados ao direito interno,* ***situam-se****, no sistema jurídico brasileiro, nos* ***mesmos*** *planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as* ***leis ordinárias(...)"*** (ADIMC 1480, Celso de Mello, DJ de 18/05/01.

7. Nesse contexto, fora de cogitação que a extinção dos efeitos dos tratados a partir da denúncia exercida exclusivamente pelo Presidente da República, como expressão de vontade apenas de umas das partes, não tem proteção constitucional. Com efeito, diz a Carta Federal, em seu artigo 49, inciso I, que compete exclusivamente ao Congresso Nacional **resolver definitivamente sobre tratados**, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ora, resolver de forma definitiva não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, mas, da mesma forma, decidir acerca de sua exclusão.

8. Não me parece razoável que a denúncia de uma convenção internacional antes aprovada pelo Poder Legislativo, com todas conseqüências jurídicas daí advindas, possa ser realizada isoladamente pelo Presidente da República. Este pode, é certo, firmar o tratado e, com isso, manifestar a intenção do Estado que

representa a ele aderir. Como visto, porém, esse propósito se concretiza apenas no caso de encontrar eco no Congresso Nacional que, uma vez chamado a participar de sua positivação deve, por uma questão lógica, também dar a última palavra quanto a sua exclusão do mundo jurídico.

9. Importante observar que ficam revogadas as leis ordinárias contrárias aos tratados internacionais, a partir de sua recepção, em face da regra *"lex posterior derrogat priori"*. Nessa perspectiva, tenho que apenas outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento pátrio os atos incorporados ao sistema de direito positivo interno, pois, do contrário, estaríamos a admitir que o Presidente da República pode derrogar, sem o aval do Poder Legislativo, ato normativo com força de lei por esse último aprovado.

10. Por outro lado, um ato internacional poderia ser utilizado para fins obscuros, apenas com o objetivo de alterar a regência legal de um determinado tema. Isso porque a denúncia de um tratado ou convenção, além de importar sua exclusão do âmbito normativo, não opera a repristinação das normas que anteriormente perderam a eficácia. Em outras palavras, sob o pálio do consenso internacional revoga-se uma lei e depois, por ato isolado, retira-se também a convenção do ordenamento jurídico.

11. Tenho por relevante, ainda, que a prevalecer o entendimento defendido pela autoridade requerida, haverá flagrante prejuízo para a estabilidade das relações jurídicas regidas pelos atos internacionais recepcionados internamente, sujeitas que ficarão ao alvedrio único do Chefe da Nação. E mais, a cada mudança de Presidente da República haveria uma expectativa em relação a essas

normas, sendo incompatível com o sistema jurídico nacional essa vulnerabilidade legislativa.

12. Como se sabe, a Carta de 1988 adotou o princípio da legalidade como base do sistema jurídico brasileiro, de forma que apenas a lei pode impor obrigações e reservas a todos (CF, artigo 5º, II). Assegurou ao Poder Legislativo o exercício da atividade de legislar e, assim, no âmbito federal, todas as leis *"lato sensu"* necessitam do aval do Congresso Nacional, ainda que tenham origem em Poder diverso, tal como ocorre com as medidas provisórias, com os projetos de emendas constitucionais, de leis ordinárias e complementares, e com os próprios tratados internacionais.

13. Em todos esses casos, tanto a atividade normativa positiva quanto a negativa dependem, necessariamente, da manifestação definitiva dos representantes do povo, sob pena de total ilegitimidade da força obrigacional oponível *erga omnes* que lhes é ínsita.

14. Nesses termos, os tratados ou convenções rejeitáveis por meio de denúncia somente poderão perder sua vigência por nova conjugação de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo certo que, em algumas situações em que a conveniência assim o determinar, a manifestação do Congresso Nacional pode se dar *a posteriori*, resolvendo-se desde logo a questão na esfera internacional e, no âmbito interno, promovendo a suspensão da respectiva eficácia normativa, até a manifestação final do Congresso Nacional.

15. Esse o entendimento de Pinto Ferreira, para quem *"quaisquer tratados ou convenções internacionais celebrados pelo*

Chefe do Executivo têm de ser submetidos ao Congresso Nacional. É indispensável a sua aprovação ou resolução definitiva por este". Assim sendo, "o *Presidente da República denuncia o tratado ou convenção* ***ad referendum*** *do Poder Legislativo, ou então apresenta projeto de denúncia"*[2]. Na mesma linha escreveu Pontes de Miranda que, ao comentar dispositivo similar da Constituição de 1967[3], assim se manifestou:

> *"aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o Poder Executivo o denuncie, sem consulta, nem aprovação, é subversivo dos princípios constitucionais. O Presidente da República pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do Poder Legislativo"*[4].

16. Arnaldo Süssekind, em parecer trazido aos autos, sustenta que detendo o Congresso Nacional competência para aprovar os tratados que, após a ratificação, se convertem em normas legais, detém igual competência para *"aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do Poder Executivo. Por um incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado".*

17. Com a devida vênia dos respeitáveis entendimentos tais como os formulados pelo Ministro Francisco Rezek[5], em seu "Direito Internacional Público", Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 1996, penso

---

[2] Comentários à Constituição Brasileira, Saraiva, 1990, p. 549.

Art 47 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

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

[4] Comentários à Constituição de 1967, tomo III, Revista dos Tribunais, 1967, p. 107.

[5] "Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional. Repute-se suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-los por meio da denúncia. Não há falar, assim, à luz impertinente do princípio do ato contrário, que se as duas vontades tiverem de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-la de novo somadas para seu desfazimento. Antes, cumpre entender que, as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do trato, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional."

que as peculiaridades do processo de incorporação dos tratados e convenções internacionais ao direito interno não autorizam a conclusão de que, para sua denúncia e conseqüente derrogação, basta a manifestação unilateral do Poder Executivo. Ao contrário, não dispensam para o seu desfazimento a atuação do Poder Legislativo.

18. No caso concreto, a própria Convenção 158 da OIT estabelecia um prazo para denúncia[6], circunstância que por si só justifica a manifestação isolada e preliminar do Chefe do Poder Executivo, por impossibilidade temporal de prévio debate no Congresso Nacional. Com isso a intenção negativa manifestada pelo Governo brasileiro já operou seus efeitos perante a Organização Internacional do Trabalho, para quem basta e prevalece a intenção expressada pelo Estado por seu representante.

19. Não se pode pretender, dessa forma, simplesmente a declaração de inconstitucionalidade do decreto, mesmo porque, como visto, sua edição decorreu da competência que detém o Presidente da República. O problema, na verdade, está nos efeitos produzidos no âmbito interno, pois a revogação definitiva de sua eficácia depende do referendo do Congresso Nacional, que deve ocorrer pela edição de um decreto legislativo.

20. Com efeito, tanto os atos destinados à aprovação quanto os tendentes à derrogação dos tratados e convenções internacionais têm natureza subjetiva complexa, razão pela qual devem observar idêntico procedimento. Dessa forma a legitimidade constitucional do

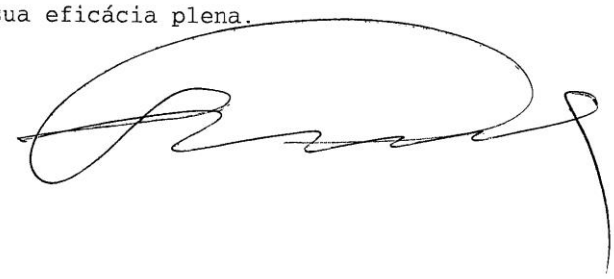
---

[6] *Artigo 17.1 - Todo membro que tiver ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la no fim de um período de dez anos, a partir da data da entrada em vigor inicial....* (fl. 129).

decreto em exame se aperfeiçoa com seu encaminhamento ao Congresso Nacional para **resolver definitivamente** sobre a denúncia.

21. Poder-se-ia alegar que não tendo o ato complexo se aperfeiçoado não seria cabível a ação. No caso específico, porém, há certas especificidades que, segundo creio, permitem a admissão do controle concentrado de constitucionalidade. É que o ato produziu efeitos no campo internacional e, mesmo internamente, acarretou a suspensão da eficácia das normas decorrentes da incorporação do mencionado Tratado.

Ante essas circunstâncias, julgo procedente em parte a ação para, emprestando ao Decreto Federal 2100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz a sua eficácia plena.



ANEXO B - VOTO DO MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

45

02/10/2003 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.625-3 UNIÃO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.625

VOTO

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO - Sr. Presidente, entendo que o Presidente da República não pode, sozinho, unilateralmente, desfazer um ato complexo dessa magnitude, que se incorporou ao Direito brasileiro como lei de caráter ordinário.

Por todos os fundamentos do seu voto, adiro ao pensamento de V.Exª e julgo procedente, em parte, a ação.

# # # # #

ANEXO C - VOTO DO MINISTRO NELSON JOBIM

0 65

Supremo Tribunal Federal

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.625-3 UNIÃO FEDERAL

RELATOR	: **MIN. MAURÍCIO CORRÊA**
REQUERENTES	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA - CONTAG E OUTRO
ADVOGADOS	: MARTHIUS SÁVIO CAVALCANTE LOBATO E OUTROS
REQUERIDO	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO NELSON JOBIM - :

1. A AÇÃO.

A CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA AGRICULTURA (CONTAG) e a CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES (CUT) ajuizaram esta ação contra do D. 2.100, de 20.12.1996.

Os AUTORES sustentam existir dois tipos de tratados:

(a) tratados-contrato; e

(b) tratados-normativos.

Afirmam que, para o segundo, é necessário prévio referendo do CONGRESSO NACIONAL.

Com essa premissa, entendem que a Convenção 158 da OIT – espécie de tratado-lei ou tratado-normativo – não poderia ser denunciada por ato isolado do EXECUTIVO, sem a prévia aprovação do CONGRESSO NACIONAL.

Daí a violação do Art. 49, I, da CF.

Diz a inicial:

"....

... temos que a Constituição de 1988, ao inserir em seu artigo 49, inciso I a competência exclusiva do CONGRESSO NACIONAL para 'resolver que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional', obrigou o governo brasileiro a que toda e qualquer denúncia por ele intencionada, seja devidamente aprovada pelo CONGRESSO NACIONAL, sem o que, estar-se-á violando o referido dispositivo constitucional.

Ante o exposto, não há como não concluir que 'o ato do Governo Federal, promulgado pelo Decreto nº 2.100/96, feriu a Constituição Federal, porquanto o Poder competente para aprovar tratados normativos (CONGRESSO NACIONAL), cujas disposições, com essa aprovação e conseqüente ratificação (ato jurídico complexo) se incorporam à legislação, é igualmente competente para aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do PODER EXECUTIVO. Por incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado.'

....." (fls. 21/22).

Requerem:

"....

... seja declarado a inconstitucionalidade do Decreto 2.100 de 20 de dezembro de 1996, que denunciou a Convenção 158 da OIT, haja vista não ter sido observado o disposto no artigo 49, inciso I da Constituição Federal.

....." (fls. 22/23).

2. O AGU.

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, à época o Dr. GERALDO MAGELA DA CRUZ QUINTÃO, entendeu improcedente a ação.

3. O PGR.

O PGR opina pela improcedência da ADI.

Leio:

"....

Não procede, todavia, a alegada a ausência de normatividade no ato impugnado, o qual estaria apenas a notificar uma denúncia de Convenção. Com efeito, "também realiza função normativa o ato estatal que exclui, extingue ou suspende a validade ou a eficácia de uma outra norma jurídica. A eficácia derrogatória ou inibitória das conseqüências jurídicas dos atos estatais constitui um dos momentos concretizadores do processo normativo" (ADIn (MC)) nº 748-RS, Min. CELSO DE MELLO, DJ de 6-11-1992). Tal noção a Suprema Corte teve oportunidade de ratificar, ao apreciar a medida cautelar na ADIn nº 769-MA (Min. CELSO DE MELLO, DJ de 8-4-1994). Consulte-se, a proprósito, trecho da ementa alusivo ao tema:

> *'Os atos estatais de conteúdo meramente derrogatório, desde que incidam sobre atos de caráter normativo, revelam-se objeto idôneo para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.*
>
> *A deliberação estatal que veicula a revogação de uma regra de direito incorpora, necessariamente – ainda que em sentido inverso -, a carga de normatividade inerente ao ato que lhe constitui o objeto'.*

É certo que, ao exercer o controle concentrado da constitucionalidade do ato complexo por meio do qual incorporada à ordem jurídica pátria a Convenção nº 158/OIT, o Excelso Pretório divisou, de forma inequívoca, se conteúdo puramente programático, dependente de "necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico" – configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno" (ADIn (MC) nº 1480-DF, Min. CELSON DE MELLO, DJ de 158-5-2001). Contudo, essa só circunstância não se mostrou suficiente para recusar àquela Convenção internacional carga de normatividade a ponto de resguardá-la da fiscalização abstrata que então se promovia.

Logo, o decreto do presidência que, em última análise, retira do ato internacional executoriedade no território brasileiro sujeita-se, igualmente, ao controle de constitucionalidade tal como posto no sistema jurídico hoje em vigor.

Superando esse óbice, e malgrado os ponderáveis fundamentos em contrário, filio-me, no mérito à posição, dentre outras nestes autos invocadas, de JOSÉ FRANCISCO REZEK , para quem a par de pouco produtiva a distinção entre tratados internacionais, independentemente de manifestação ou oitiva do CONGRESSO NACIONAL.

Tenho como certo que o chefe do governo pode, por sua singular autoridade, denunciar tratados internacionais - como de resto vem fazendo, com franco desembaraço, desde 1926. Fundo-me num argumento diverso daqueles que inspiraram o parecer de Bevilaqua, e a face ao qual é de todo indiferente que o tratado disponha ou não sobre a perspectiva de sua própria denúncia. Tudo quanto importa é que o tratado seja validamente denunciável: se não o é, por sua natureza, ou por impedimento cronológico convencionado, não há como cogitar de denúncia lícita, e, pois, de quem seria competente, segundo o direito interno de uma das partes, para decidir a respeito. O Estado soberano é originalmente livre de compromissos tópicos: tal o princípio da tabula rasa, segundo o qual toda soberania nascente, encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida em que livremente se ponha, desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que, onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual

internacional, repute-se suficiente à vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia. Não há falar, assim à luz impertinente do princípio do ato contrário, que se asa duas vontades tiveram de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las de novo somadas para o seu desfazimento. Antes, cumpre entender que as vontades reunidas do governo e do parlamento presumem-se firmes e inalteradas, desde o instante da celebração do tratado, e ao longo de sua vigência pelo tempo afora, como dois pilares de sustentação da vontade nacional. Isso levará à conclusão de que nenhum tratado - dentre os que se mostrem rejeitáveis por meio de denúncia - deve continuar vigendo contra a vontade quer do governo, quer do Congresso. O ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de poder determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado.

Idêntica orientação – como acentuado nas informações presidenciais – encontra-se em outra obra do mesmo autor, "Direito Internacional Público".

Isso não bastasse, o eminente Ministro CELSO DE MELLO, em emblemática decisão, acabou por julgar extinto o processo concernente àquela ADIn nº 1480-DF - em que discutida a legitimidade constitucional dos decretos introdutores da perda superveniente de seu objeto, ocasionado pelo ato de denúncia ora em foco, tido, ali, com "plenamente eficaz" e naturalmente derivado da condição de Chefe de Estado que ostenta o PRESIDENTE DA REPÚBLICA (ADIn nº 1480-DF, Min. CELSO DE MELLO, DJ de 8-8-2001).

Aliás, naquele mesmo feito, assentara o Plenário do Supremo Tribunal Federa, em juízo cautelar, a inadequação do ato internacional representado pela Convenção nº 158, da Organização Internacional do Trabalho, com sucedâneo da lei complementar prevista no art. 7º, inciso I, da Constituição da República. Disso deflui, logicamente, a insubsistência da tese segundo a qual a denúncia da Convenção equivaleria à supressão do direito fundamental naquele dispositivo inscrito.

Ante o exposto, opino pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade.

....." (fls. 148/151).

4. ILEGITIMIDADE DA CUT.

Resolvendo questão preliminar, o SUPREMO, por maioria, que a segunda requerente, CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES - CUT não tem legitimidade para a ação, na linha dos precedentes citados.

5. O VOTO DO RELATOR.

MAURÍCIO julgou parcialmente procedente a ação para dar ao Decreto 2.100/96 interpretação conforme à Constituição (Art. 49, I).

Determina que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do CONGRESSO NACIONAL, produzindo seus efeitos a partir daí.

Leio o voto:

"....

5. No mérito, cumpre salientar já de pronto que a executoriedade dos tratados internacionais no Brasil somente se viabiliza, nos termos da Constituição Federal, a partir de sua incorporação ao direito interno. Para tanto faz-se necessária, como ocorreu no caso concreto, a manifestação de duas vontades autônomas e convergentes do CONGRESSO NACIONAL a quem incumbe resolver definitivamente sobre tratados,acordos ou atos internacionais (CF,artigo 49,I) e do PRESIDENTE DA REPÚBLICA a quem compete celebrar os ajustes e promulgá-los (CF, artigo 84, VIII), mediante decreto, sendo a publicação deste o marco da vigência dos tratados no plano jurídico nacional.

6. Formalizada a recepção do ato internacional, suas normas situam-se no mesmo plano das leis ordinárias. Dessa paridade resulta que eventual divergência deve ser resolvida pela aplicação dos critérios cronológicos e da especialidade, do que decorre a força de lei dos tratados internacionais formalmente incorporados, suficiente, inclusive, para revogar,

por incompatibilidade, a legislação interna então vigente. Oportuno nesse sentido o entendimento do Tribunal, não só já assentado no regime da constituição anterior (RREE 71154, Oswaldo Trigueiro, RTJ 58, págs 71 e seguintes e 80604, Cunha Peixoto, RTJ 83, pág.809), atual, corno se vê abaixo:

> *'(. . .) Os* ***tratados ou convenções internacionais,*** *uma vez regularmente incorporados ao direito interno,* ***situam-se,*** *no sistema jurídico brasileiro, nos* ***mesmos*** *planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as* ***leis ordinárias(...)'(ADlMC*** *1480, Celso de Mello, DJ de 18/05/01.*

7. Nesse contexto, fora de cogitação que a extinção dos efeitos dos tratados a partir da denúncia exercida exclusivamente pelo PRESIDENTE DA REPÚBLICA, como expressão de vontade apenas de umas das partes,não tem proteção constitucional. Com efeito, diz a Carta Federal, em seu artigo 49, inciso 1, que compete exclusivamente ao CONGRESSO NACIONAL ***resolver definitivamente sobre tratados,*** *acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional. Ora, resolver de forma definitiva não significa apenas a faculdade de aprovar e autorizar a sua incorporação ao direito nacional, acerca de sua exclusão.*

8. Não me parece razoável que a denúncia de urna convenção internacional conseqüências antes aprovada pelo PODER LEGISLATIVO, com todas conseqüências jurídicas daí advindas, possa ser realizada isoladamente pelo PRESIDENTE DA REPÚBLICA. Este pode, é certo, firmar o tratado e, com isso, manifestar a intenção do Estado que representa a ele aderir. Como visto, porém, esse propósito se concretiza apenas no caso de encontrar eco no CONGRESSO NACIONAL que, uma vez chamado a participar de sua positivação deve, por uma questão lógica, também dar a última palavra quanto a sua exclusão do mundo jurídico.

9. Importante observar que ficam revogadas as leis ordinárias contrárias aos tratados internacionais, a partir de sua recepção, em face da regra 'lex posterior derrogat priori'. Nessa perspectiva, tenho que apenas outra norma da mesma hierarquia poderia retirar do ordenamento pátrio os atos incorporados ao sistema de direito positivo interno, pois, do contrário, estaríamos a admitir que o PRESIDENTE DA REPÚBLICA pode derrogar, sem o aval do PODER LEGISLATIVO, ato normativo com força de lei por esse último aprovado.

10. Por outro lado, um ato internacional poderia ser utilizado para fins obscuros, apenas com o objetivo de alterar a Isso porque a denúncia de uma regência legal de um determinado tema. Isso porque a denúncia de um tratado ou convenção, além de importar sua exclusão do âmbito normativo, não opera a repristinação das normas que anteriormente perderam a eficácia. Em outras palavras, sob o pálio do consenso internacional revoga-se uma lei e depois, por ato isolado, retira-se também a convenção do ordenamento jurídico.

11. Tenho por relevante, ainda, que a prevalecer o entendimento defendido pela autoridade requerida, haverá flagrante prejuízo para a estabilidade das relações jurídicas regidas pelos atos internacionais recepcionados internamente, sujeitas que ficarão ao alvedrio único do Chefe da Nação. E mais, a cada mudança de PRESIDENTE DA REPÚBLICA haveria uma expectativa em relação a essas normas, sendo incompatível com o sistema jurídico nacional essa vulnerabilidade legislativa.

12. Como se sabe, a Carta de 1988 adotou o princípio da legalidade como base do sistema jurídico brasileiro, de forma que apenas a lei pode impor. Obrigações e reservas a todos (CF, artigo 52, 11). Assegurou ao PODER LEGISLATIVO o exercício da atividade de legislar e, assim, no âmbito federal, todas as leis "la to sensu" necessitam do aval do CONGRESSO NACIONAL, ainda que tenham origem em poder diverso, tal como ocorre com as medidas provisórias, com os projetos de emendas constitucionais, de leis ordinárias e complementares, e com os próprios tratados internacionais.

13. Em todos esses casos, tanto a atividade normativa positiva quanto a negativa dependem, necessariamente, manifestação definitiva dos representantes do povo, sob pena da de total ilegitimidade da força obrigacional oponível erga omnes que lhes é ínsita.

14. Nesses termos, os tratados ou convenções rejeitáveis por meio de denúncia somente poderão perder sua vigência por nova conjugação de vontades dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo certo que, em algumas situações em que a conveniência assim o determinar, posteriori, a manifestação do CONGRESSO NACIONAL pode se dar a resolvendo-se desde logo a questão na esfera internacional e, no âmbito interno, promovendo a suspensão da respectiva eficácia normativa, até a manifestação final do CONGRESSO

NACIONAL.

15. Esse o entendimento de Pinto Ferreira, para quem pelo 'quaisquer tratados ou convenções internacionais celebrados CHEFE DO EXECUTIVO têm de ser submetidos ao CONGRESSO NACIONAL. É indispensável a sua aprovação ou resolução definitiva por este'. Assim sendo, 'o PRESIDENTE DA REPÚBLICA denuncia o tratado ou convenção ***ad referendum*** *do PODER LEGISLATIVO, ou então apresenta projeto de denúncia'. Na mesma linha escreveu Pontes de Miranda que, ao comentar dispositivo similar da Constituição de 1967, assim se manifestou:*

> *'aprovar tratado, convenção ou acordo, permitindo que o PODER EXECUTIVO o denuncie, sem consulta, nem aprovação,é subversivo dos princípios constitucionais. O PRESIDENTE DA REPÚBLICA pode apresentar projeto de denúncia, ou denunciar o tratado, convenção ou acordo, ad referendum do PODER LEGISLATIVO'.*

16. Arnaldo Süssekind, em parecer trazido aos autos, sustenta que detendo o CONGRESSO NACIONAL competência para aprovar os tratados que, após a ratificação, se convertem em normas legais, detém igual competência para 'aprovar ou referendar a denúncia de iniciativa do PODER EXECUTIVO. Por um incontroverso princípio de direito, o ato jurídico complexo deve ser revogado da mesma forma como foi praticado".

17. Com a devida vênia dos respeitáveis entendimentos tais formulados pelo Ministro Francisco Rezek, em seu 'Direito Internacional Público', Saraiva, São Paulo, 6ª edição, 1996, penso que as peculiaridades do processo de incorporação dos tratados e convenções internacionais ao direito interno não autorizam a conclusão de que, para sua denúncia e conseqüente derrogação, basta a manifestação unilateral do PODER EXECUTIVO. Ao contrário, não dispensam para o seu desfazimento a atuação do PODER LEGISLATIVO.

18. No caso concreto, a própria Convenção 158 da OIT estabelecia um prazo para denúncia, circunstância que por Si só justifica Executivo, a manifestação isolada e preliminar do Chefe do Poder por impossibilidade temporal de prévio debate no CONGRESSO NACIONAL. Com isso a intenção negativa manifestada pelo Governo brasileiro já operou seus efeitos perante a

Organização Internacional do Trabalho, para quem basta e prevalece a intenção expressada pelo Estado por seu representante.

19. Não se pode pretender, dessa forma, simplesmente a declaração de inconstitucionalidade do decreto, mesmo porque, como visto, sua edição decorreu da competência que detém o PRESIDENTE DA REPÚBLICA.O problema, na verdade, está nos efeitos produzidos no âmbito interno, pois a revogação definitiva de sua eficácia depende do referendo do CONGRESSO NACIONAL, um decreto legislativo, que deve ocorrer pela edição de e um decreto legislativo.

20. Com efeito, tanto os atos destinados à aprovação quanto os tendentes à derrogação dos tratados e convenções internacionais têm natureza subjetiva complexa, razão pela qual devem observar idêntico procedimento. Dessa forma a legitimidade constitucional do decreto em exame se aperfeiçoa com seu encaminhamento ao CONGRESSO NACIONAL para ***resolver definitivamente*** *sobre a denúncia.*

21.Poder-se-ia alegar que não tendo o ato complexo se aperfeiçoado não seria cabível a ação. No caso específico, porém, há certas especificidades que, segundo creio, permitem a admissão do controle concentrado de constitucionalidade. É que o ato produziu efeitos no campo internacional e, mesmo internamente, acarretou a suspensão da eficácia das normas decorrentes da incorporação do mencionado Tratado. Ante essas circunstâncias, julgo procedente em parte a ação para, emprestando ao Decreto Federal 2100, de 20 de dezembro de 1996, interpretação conforme o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do CONGRESSO NACIONAL, produz a sua eficácia plena.

....."

6. VOTO DO MIN. BRITTO.

O Min. BRITTO acompanhou o relator.

7. VOTO-VISTA.

7.1. CONTROVÉRSIA.

Eis a questão:

> Pode o CHEFE DO EXECUTIVO, isoladamente, denunciar acordo, tratado, ou ato internacional sem, previamente, ouvir o CONGRESSO NACIONAL?.
>
> Poderia o Executivo, dispensando o referendo do Legislativo, denunciar tratado, acordo ou convenção legalmente incorporada ao ordenamento jurídico nacional?

7.2. INTERNALIZAÇÃO DO TRATADO, CONVENÇÃO OU ATO INTERNACIONAL.

O CF (Art 84, VIII) atribui competência privativa ao CHEFE DO EXECUTIVO para a celebração dos tratados internacionais.

É o PRESIDENTE DA REPÚBLICA que representa a União na Ordem Internacional.

Por outro lado, dispõe a CF (Art. 49, I) que os compromissos assumidos pelo CHEFE DO PODER EXECUTIVO ficam sujeitos a aprovação ou referendo do PODER LEGISLATIVO, quando importarem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

O que se percebe é que a CF criou um sistema dual.

Nele, cabe ao CHEFE DO EXECUTIVO, em função de sua representatividade no âmbito internacional, celebrar os tratados, acordos e atos internacionais.

E, ao LEGISLATIVO a aprovação dos compromissos assumidos pelo primeiro.

A partir desse processo, ou seja, da convergência de vontades dos Poderes, é que teremos a internalização do tratado no ordenamento jurídico interno.

Assim, o PARLAMENTO edita um Decreto Legislativo([1]), o qual dispensa a sanção ou promulgação do PRESIDENTE DA REPÚBLICA, já que sua promulgação caberá ao PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL (Art. 48, Regimento Interno do Senado Federal).

Cabe ao CHEFE DO EXECUTIVO ratificar o tratado com a promulgação de Decreto.

Publicado o Decreto do Executivo está findo o processo de internalização, no ordenamento jurídico nacional, do tratado internacional.

Aqui cabe uma pergunta:

- há obrigatoriedade do Executivo em ratificar o Tratado?

---

[1] Referido decreto que tem dupla função: aprovar o tratado e autorizar o Presidente a ratificá-lo.

A resposta é negativa.

O juízo de conveniência de ratificar ou não é de natureza política e comparte ao PRESIDENTE.

Ao LEGISLATIVO nada resta fazer.

REZEK coloca o problema da situação inversa:

- CONGRESSO decidir rejeitar o tratado sem observar a vontade do EXECUTIVO([2]).

Inconvenientes dessa natureza são próprios do procedimento de internalização de atos em princípio estranhos ao ordenamento jurídico pátrio.

7.3. EFEITOS DA DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT.

No cenário internacional a questão já está resolvida.

Não há dúvida de que o PRESIDENTE, ao denunciar a Convenção 158 da OIT, pôs fim ao compromisso firmado pelo país junto aquele organismo internacional.

E o fez de forma válida, nos termos da própria Convenção (Art. 17).

---

[2] José Francisco Resek. *Direito internacional público(curso elementar)*, 5ª Ed., Saraiva, 1995.

A distinção doutrinária suscitada pela CONTAG, entre tratado-lei ou tratado-normativo e tratado-contrato, é de todo irrelevante para o deslinde da controvérsia.

A solução há de ser encontrada na própria CF.

E nessa **não** há impedimento de que o EXECUTIVO possa, isoladamente e sem consulta ao CONGRESSO, denunciar o tratado, acordo ou convenção, mesmo após a aprovação do ato internacional pelo Parlamento.

Tal situação não é inédita no Brasil.

Cite-se a retirada do BRASIL da LIGA DAS NAÇÕES (Governo Arthur Bernardes), em 1926, e a cessação e o reatamento de relações diplomáticas com a antiga UNIÃO SOVIÉTICA (respectivamente Governos Dutra e Jânio Quadros).

Foram atos isolados do CHEFE DO EXECUTIVO.

Não houve participação nem pronunciamento do Legislativo sobre tais medidas, que eram de natureza essencialmente política.

7.4. O PRECEDENTE DA ADI 1.480.

A solução já foi posta na ADI 1.480.

CELSO afirmou que concluído o *iter* procedimental para incorporação da Convenção 158 da OIT, estaria esta incorporada ao sistema jurídico brasileiro.

Posteriormente, o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, agindo em sua condição de Chefe de Estado, denunciou a referida Convenção.

CELSO considerou eficaz esse ato unilateral.

Destaco da decisão de CELSO:

> "....
>
> *Na realidade, consoante* ***enfatiza*** *autorizado magistério doutrinário (LUIZ P. F. DE FARO JUNIOR,* ***"Direito Internacional Público"****, p. 352, item n. 829, 4ª ed., 1965, Borsoi; HILDEBRANDO ACCIOLY/GERALDO EULÁLIO DO NASCIMENTO E SILVA,* ***"Manual de Direito Internacional Público"****, p. 34, 12ª ed., 1996, Saraiva; CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO,* ***"Os Tratados na Constituição"*** *in* ***"As Tendências Atuais do Direito Público - Estudos em homenagem ao Prof. AFONSO ARINOS"****, p. 138, 1976, Forense; JOSÉ FRANCISCO REZEK,* ***"Direito dos Tratados"****, p. 485, item n. 405, 1984, Forense), a* ***denúncia*** *- enquanto manifestação soberana do Estado que a formula -* ***qualifica-se****, quanto à Alta Parte de que emana, como* ***causa extintiva*** *do tratado ou convenção internacional.*
>
> ***Vê-se****, portanto, que a Convenção nº 158/OIT* ***não mais*** *se acha incorporada ao sistema de direito positivo interno brasileiro,* ***eis que****, com a denúncia dessa convenção internacional, registrada, junto à O.I.T., em 1996, operou-se,* ***quanto ao Brasil****, a própria* ***extinção*** *do referido ato de direito internacional público,* ***o que importa*** *- considerada a* ***integral cessação*** *de sua eficácia - em situação configuradora de* ***perda superveniente*** *do objeto da* ***presente*** *ação direta de inconstitucionalidade.*
>
> ***Não custa enfatizar****, neste ponto, que,* ***em decorrência*** *do referido ato de denúncia,* ***deixou de existir*** *o próprio objeto sobre o qual incidiram os atos*

estatais - Decreto Legislativo nº 68/92 ***e*** *Decreto nº 1.855/96 - questionados nesta sede de controle concentrado de constitucionalidade,* ***não mais se justificando****, por isso mesmo, a subsistência* ***deste*** *processo de fiscalização abstrata,* ***independentemente*** *da existência, ou não, no caso, de efeitos residuais concretos gerados por aquelas espécies normativas.*

A situação que vem de ser referida, não obstante a peculiaridade de que se reveste, ***equipara-se*** *- considerada a* ***cessação*** *da vigência doméstica da Convenção nº 158/OIT - à* ***revogação superveniente*** *de diplomas legislativos ou de atos estatais impugnados em sede de ação direta,* ***fazendo instaurar****, por isso mesmo, típica* ***hipótese de prejudicialidade*** *do processo de controle normativo abstrato.*

Cabe rememorar*, por oportuno,* ***a propósito*** *da situação que ora se registra na presente causa, que a* ***jurisprudência*** *do Supremo Tribunal Federal, em* ***sucessivas*** *decisões,* ***tem enfatizado*** *que a revogação* ***superveniente*** *dos atos estatais impugnados em ação direta de inconstitucionalidade -* ***à semelhança*** *do que ocorre com o* ***exaurimento*** *da eficácia das normas temporárias - provoca a* ***extinção*** *do processo de controle normativo abstrato,* ***independentemente*** *da existência de efeitos residuais concretos que* ***possam*** *derivar da aplicação dos diplomas questionados (****RTJ 154/396****, Rel. Min. CELSO DE MELLO -* ***RTJ 154/401****, Rel. Min. PAULO BROSSARD -* ***ADI 437-DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***DJU*** *de 17/08/94 -* ***ADI 876-RJ****, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***DJU*** *de 01/07/93 -* ***ADI 1.063-DF****, Rel. Min. CELSO DE MELLO,* ***DJU*** *de 25/06/01):*

> *"A revogação* ***superveniente*** *do ato normativo impugnado* ***prejudica*** *a ação direta de inconstitucionalidade,* ***independentemente*** *da existência de efeitos residuais concretos. Esse entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nada mais reflete senão a própria natureza jurídica do controle normativo abstrato, em cujo âmbito* ***não se discutem*** *situações de caráter concreto ou individual.* ***Precedentes.****"*
>
> *(****RTJ 160/145****, Rel. Min. CELSO DE MELLO)*

Sendo assim*, e tendo em consideração as razões expostas, julgo* ***extinto*** *este processo de controle abstrato de constitucionalidade, em virtude da* ***perda superveniente*** *de seu objeto.*

Arquivem-se *os presentes autos.*
....." (DJ TAL)

Engenhosa solução é dada, ainda, por BEVILÁQUA em parecer citado por REZEK:

> "
> .....
> *'Em face da Constituição Federal pode o PODER EXECUTIVO, sem ouvir o CONGRESSO NACIONAL, desligar o país das obrigações de um tratado, que, no seu texto, estabeleça as condições e o modo da denúncia, como é o caso do Pacto da Sociedade das Nações, art. 1º, última parte. Essa proposição parece evidente, por si mesma. 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, porquanto numa de suas cláusulas se acha consignado o direito de o dar por extinto...'*
> ....."[3]

Em suma, a denúncia do tratado internacional é ato meramente administrativo nas circunstâncias da previsão, em seu próprio texto, da forma como tal denúncia deverá ser procedimentalizada.

7.5. A DENÚNCIA DE TRATADOS INTERNACIONAIS E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES.

Nos julgados do SUPREMO, que tive a oportunidade de participar oferecendo voto-vista, tenho tentado apresentar novas facetas e dimensões dos problemas aqui analisados.

---

[3] Op. cit. pág. 114.

Muitas vezes, a limitada e vetusta visão técnico-jurídica acaba por ofuscar a realidade dos problemas examinados e força a uma perda de foco do que estamos a decidir e quais seriam as conseqüências de nossas eventuais decisões.

O problema da legitimidade unilateral do PRESIDENTE DA REPÚBLICA de denunciar tratados mereceu duas distintas visões ao longo dos últimos anos.

A posição defendida pelos juristas, estudiosos do direito internacional, era de que não cabia ao PRESIDENTE DA REPÚBLICA exclusivamente essa prerrogativa, tendo em vista o impacto desse tipo de comportamento na comunidade internacional.

Para essa posição, o tratado ou as convenções internacionais funcionam como verdadeiras regras ou normas que vinculam efetivamente os Estados e representariam os anseios, as intenções e os objetivos traçados pelas Nações organizadas internacionalmente.

Assim, do ponto de vista de política internacional, a denúncia de um tratado, sobremaneira quando trata de direitos individuais ou sociais, é comportamento reprovável e desaconselhado e não se coadunaria com a evolução no plano das negociações internacionais que levaram à sua elaboração e vigência.

A posição contrária sempre foi defendida no Brasil por juristas mais arraigados à idéia de soberania e de autodeterminação do Estado na condução da política legislativa e na fixação das normas a serem obedecidos pelo ordenamento jurídico interno.

Não há dúvida que o Brasil se filia à comunidade internacional de nações e, por isso, presta contas de suas responsabilidade nesse âmbito de poder.

Entretanto, não há como ignorar elementos concretos de nossa vivência jurídico-política que devem ser analisados em questões como essa.

Uma delas diz respeito ao princípio da separação de poderes tal como colocado na Constituição de 1988 e tal como interpretado pelo SUPREMO.

Para parte dos que se colocam contrários ao poder unilateral do PRESIDENTE de denúncia dos tratados, a alegação utilizada é de que o PODER LEGISLATIVO deveria também participar do processo já que tomou partido na incorporação do tratado internacional.

Foi a posição de MAURÍCIO CORRÊA, relator da presente ADI.

Não acompanho essa tese.

É que o princípio da separação de poderes tem sentido peculiar no regime presidencialista brasileiro.

Aliás, a relação que se estabelece entre tratados e convenções internacionais e ordenamento jurídico interno se dá a partir dessa especial configuração da harmonia dos poderes no Brasil.

O processo de incorporação de tratados se inicia com a previsão do art. 84, VIII, da CF.

O artigo estabelece o poder exclusivo do PRESIDENTE DA REPÚBLICA de

> *"celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do CONGRESSO NACIONAL."*

É importante salientar que a iniciativa de negociação e de assinatura de tratado internacional, ou seja, de assunção de obrigação internacional, é exclusiva do CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

Entretanto, como forma de estabelecer um **controle negativo**, como forma de evitar que essa atribuição se torne meio de barganha internacional ou de propaganda eleitoral, a Constituição prevê a sujeição desse ato à aprovação do CONGRESSO NACIONAL.

Leio em CACHAPUZ DE MEDEIROS:

> "....
>
> *Visto que a política externa – materializada juridicamente por intermédio dos tratados internacionais – tem como centro de impulsão o Poder Executivo, que acumula os poderes de guerra e a atividade diplomática, convém deixar claro que isso não significa que deva ser minorada a importância da participação do Poder Legislativo no campo das relações exteriores.*
>
> ....
>
> *Não há motivo que justifique os órgãos representativos de um povo terem trucadas suas possibilidades de participação, quando a atividade política 0 e sua instrumentação jurídica – ultrapassar as fronteiras do Estado.*

É o que afirma Antonio Remiro Brotons, acrescentando que o envolvimento das Câmaras legislativas em questões de política externa não deve prejudicar a ação do Executivo, em uma área para a qual esse poder tem melhor aptidão.

Mas tampouco se pode exigir do Parlamento um conformismo incondicional com fatos consumados.

....." [4]

Em outras palavras, no caso de cumprimento de tratado internacional significar custo ao patrimônio nacional, pode o CONGRESSO NACIONAL simplesmente não aprovar o tratado e evitar que ele se torne norma incorporada no direito brasileiro.

É a previsão do art. 49, I, da CF.

A função do CONGRESSO NACIONAL, nessa matéria, é claramente de natureza negativa.

Não tem poder de negociar termos e cláusulas ou de assinar tratados ou convenções internacionais, mas pode evitar que tais normas tenham aplicação interna.

Por outro lado, o PRESIDENTE DA REPÚBLICA tem uma competência ativa, porém sob condição de aprovação pelo CONGRESSO NACIONAL.

Visivelmente o princípio da harmonia entre os poderes Executivo e Legislativo, nesse caso, pende sutilmente para o PRESIDENTE DA REPÚBLICA que pode provocar o processo de incorporação, muito embora não dependa somente dele.

---

[4] ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS. *O Poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, pág. 171/172;

A predominância do EXECUTIVO em matéria de política exterior e direito internacional também é destacada por CACHAPUZ DE MEDEIROS:

> "....
> *A competência para declarar a vontade do Estado em obrigar-se por tratados pertence ao Executivo.*
> ....
> *O processo de celebração de tratados se caracteriza, portanto, pela acentuada predominância do Executivo.*
> *Investido no poder de entabular as negociações e de engajar definitivamente a fé nacional, compete ao Executivo comunicar a vontade do Estado aos demais sujeitos do Direito Internacional.*
> *A condução da política externa é atributo natural do Poder Executivo.*
> ....
> *No plano externo, ..., as Constituições admitem uma concentração de prerrogativas em torno do Executivo, pois só esse poder reúne os requisitos necessários para imprimir dinâmica contínua à política externa, garantindo a segurança do Estado e preservando a sua existência.*
> *O Executivo dos Países que adotam regimes democráticos e representativos dispõe de uma autoridade no domínio das relações exteriores que não lhe é concedida nos outros setores da atividade estatal.*
> *A predominância do ramo executivo do governo decorre da natureza do sistema internacional contemporâneo (...).*
> ...." [5]

A explicação parece lógica.

É que, as mais das vezes, o cumprimento de tratado internacional depende de políticas públicas ou atuações positivas por parte da Administração Pública Federal dirigida pelo CHEFE DO PODER EXECUTIVO.

---

[5] ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, pág. 163/164;

Em outras palavras, a responsabilidade orçamentária, administrativa e executiva de cumprimento de um tratado internacional, mormente quando aborda o tema dos direitos sociais, é exclusiva do PODER EXECUTIVO.

A posição do PODER LEGISLATIVO, nesses casos, não deixa de ser confortável, já que sem assumir responsabilidades administrativas, exerce função de controle, fiscalização e regulação das práticas públicas.

Nesse sentido, deve caber a esse Poder a escolha política de determinar se o apelo internacional pelo cumprimento de determinada obrigação supera os custos ou gastos públicos para o seu cumprimento.

Essa mesma lógica do presidencialismo brasileiro e da separação de poderes na Constituição de 1988 é adotada em outros temas constitucionais.

Toma-se, como paralelo, dois importantíssimos institutos do processo legislativo brasileiro:

(a) o veto presidencial;

(b) a iniciativa privativa do CHEFE DO PODER EXECUTIVO em matéria de processo legislativo.

Tanto o veto presidencial quando as matérias de iniciativa privativa do PRESIDENTE DA REPÚBLICA na apresentação de projeto de lei significam uma clara atuação desse poder em uma função tipicamente legislativa.

Essa atuação, entretanto, não tem um sentido de "intromissão", mas de instrumento estruturante da harmonia entre os poderes em matéria de processo legislativo.

Em outras palavras, muito embora a primazia do processo legislativo caiba ao PODER LEGISLATIVO, o sistema de pesos e contrapesos fixa uma regra salutar de controle de um poder por outro.

O PODER EXECUTIVO exerce, por meio do veto, função de controle negativo.

PODER EXECUTIVO não decide o texto dos dispositivos e não vota (não adiciona redações), mas pode vetar aquilo que se aprovou.

Se, no caso do veto, o PRESIDENTE exerce uma competência negativa no processo legislativo, o art. 61, § 1º, da CF apresenta outra hipótese em que se observa a mesma situação.

Uma das razões na existência do veto não deixa de ser a possibilidade de o Presidente evitar, precariamente, que determinada legislação entre em vigor sob o fundamento de inviabilidade econômica, financeira, administrativa ou executiva de concretização das providências determinadas na lei.

Isso porque cabe ao PODER EXECUTIVO a promoção do respeito e obediência à legislação federal e, por isso, a responsabilidade pelo seu eventual descumprimento.

O juízo é claramente político do PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Entretanto, há um grupo de temas que dependem não só da anuência do PRESIDENTE DA REPÚBLICA, mas, principalmente, estão condicionados a um desenho normativo específico que somente o PODER EXECUTIVO pode construir.

São temas diretamente relacionados ao seu íntimo campo de atuação.

As matérias inscritas no art. 61, § 1º, da CF, dizem respeito especificamente a temas de responsabilidade exclusiva do PODER EXECUTIVO e que, por isso, são da exclusiva administração e execução do PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

A criação e extinção de ministérios ou outros órgãos da administração pública, por exemplo, só podem ser determinados a partir de critérios gerenciais exclusivos do PRESIDENTE DA REPÚBLICA.

Da mesma forma, a criação de novos cargos e empregos públicos depende, principalmente, da necessidade de expansão de determinado serviço público ou do aprimoramento de determinada atividade da Administração Pública.

O PODER LEGISLATIVO, por não administrar o Poder Público, não teria como bem fixar tais regras por lhe faltar os elementos concretos de decisão.

Por outro lado, não deixam de ser temas ainda submetidos ao princípio da legalidade.

A Constituição resolveu esse impasse institucional com a previsão da chamada *"iniciativa privativa do PRESIDENTE DA REPÚBLICA"*.

Em outras palavras, apenas cabe ao PRESIDENTE DA REPÚBLICA formular o regime jurídico ou elaborar o projeto de lei que trate dos temas elencados no art. 61, § 1º da CF, muito embora não tenha ele o poder de, unilateralmente, tornar eficaz aquela proposta.

O juízo de conveniência e oportunidade, enfim, o juízo político acerca da legislação a ser aprovada cabe ao PODER EXECUTIVO.

Cabe ao PODER LEGISLATIVO concordar ou não com o projeto, mas não é dada a ele a capacidade de criar situações não contidas no projeto ou aumentar sua despesa.

Nos dois casos, o princípio da harmonia entre os poderes, no Brasil, apresenta exemplos de certo prestígio do PODER EXECUTIVO na atividade legiferante como forma de resguardar a autonomia do executivo nas opções de conveniência e oportunidade na vigência de determinada legislação.

A solução do presente caso passa por essa compreensão do regime de separação de poderes.

Tal como nos exemplos acima, a vigência, em território nacional de tratado ou convenção internacional depende de um juízo prévio de oportunidade e conveniência, um juízo de viabilidade orçamentária, financeira e administrativa da vigência do novo texto.

Esse juízo se apresenta na negociação das cláusulas da convenção internacional e, principalmente, na assinatura do acordo pelo PRESIDENTE DA REPÚBLICA em representação do pavilhão nacional.

No entanto, os elementos fáticos, econômicos e políticos que são levados em conta para esse juízo não são imutáveis e precisam ser constantemente reanalisados e re-valorados.

Tanto é assim que, em matéria de tratados internacionais, após a aprovação do texto pelo CONGRESSO NACIONAL por meio de decreto legislativo, o PRESIDENTE DA REPÚBLICA deverá dar vigência ao tratado por meio de seu decreto.

Em outras palavras, mesmo que a assinatura do tratado internacional tenha sido feita pelo PODER EXECUTIVO, caberá ainda ato de sua competência a ratificar a aprovação pelo CONGRESSO NACIONAL.

Pergunta-se: pode o PRESIDENTE DA REPÚBLICA não anuir à aprovação do CONGRESSO NACIONAL?

A resposta é afirmativa.

Se o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, re-analisando as condições fáticas, entender pela inconveniência da recepção do tratado internacional, apenas não edita o decreto e o tratado internacional, muito embora aprovado pelo PODER LEGISLATIVO, simplesmente não é incorporado.

Essa hipótese inclusive já ocorreu no Brasil quando, em 1968, o PODER LEGISLATIVO aprovou as Convenções de Genebra sobre direitos do mar (Decreto Legislativo nº 45, de 15 de outubro de 1968), mas o PRESIDENTE DA REPÚBLICA não editou decreto de incorporação ou ratificação.

Trata-se das Convenções sobre o Mar Territorial e Zona Contígua, sobre o Alto Mar, sobre Pesca e Conservação dos Recursos Vivos do Alto Mar e sobre a Plataforma Continental, concluídas em Genebras em 29 de abril de 1958.[6]

Isso porque cabe a ele o juízo político de conveniência e oportunidade na admissão da convenção ou tratado internacional no âmbito interno.

No julgamento da ADI 1.480, o Ministro CELSO DE MELLO já havia destacado os efeitos do decreto presidencial:

> "....
>
> *Todos sabemos que o decreto presidencial, que sucede à aprovação congressual do ato internacional e à troca ou depósito dos intrumentos de ratificação, revela-se – enquanto momento culminante do*

[6] Informação trazida por ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995, pág. 469;

processo de incorporação desse ato internacional ao sistema jurídico doméstico – manifestação essencial e insuperável, especialmente se considerados os três efeitos básicos que lhe são pertinentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) ***a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.***

..... *" (fls. 31 do voto – grifo nosso)*

A posição de CELSO DE MELLO é compartilhada eminente juristas da área como FRANCISCO REZEK([7]), CELSO ALBUQUERQUE MELLO([8]) e HILDEBRANDO ACCIOLY([9]).

Cabe ao PODER EXECUTIVO julgar tais questões.

Para tanto, deve ele contar com o poder discricionário para tomar sua decisão independente de anuência de outro Poder já que a esse outro Poder, seja o legislativo seja o judiciário, não cabe realizar esse juízo político de conveniência e oportunidade.

Portanto, sob a dimensão da eficácia da medida no Brasil, a denúncia a tratado internacional somente deve caber ao PRESIDENTE DA REPÚBLICA que julga, ao tomar a decisão, não só a "revogação" da medida no plano interno, mas, acima de tudo, a repercussão da denúncia do âmbito internacional.

7.6. OUTROS ARGUMENTOS.

---

[7] FRANCISCO REZEK. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996, pág. 83/84;
[8] CELSO ALBUQUERQUE MELLO. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1994, pág. 203;
[9] HILDEBRANDO ACCIOLY. *Tratado de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Saraiva, 1964, pág. 154 (acerca do problema da publicação e registro dos tratados);

Outros argumentos igualmente indicam a legitimidade constitucional da possibilidade da denúncia unilateral do Presidente de tratado internacional.

Indico os argumentos:

(a) o tratado internacional não gera, por si só, obrigações aos Estados que o incorporou, mas simplesmente representam diretrizes ou programas que devem ser, na medida do possível, seguidos pelos Poderes Públicos;

(b) do ponto de vista institucional e da separação de poderes não pode o Judiciário determinar ao PRESIDENTE DA REPÚBLICA a "revogação" da denúncia já feita pelo PODER EXECUTIVO; e

(c) no âmbito internacional, cabe ao PODER EXECUTIVO, como regra, a representação do país e a legitimidade para obrigar e desobrigar o Estado Nacional diante dos documentos normativos externos. Assim, a anuência do PODER LEGISLATIVO é a exceção e somente ocorre diante da previsão expressa nas Constituições nacionais.

(A) Natureza Programática da Convenção 158/OIT

A denúncia unilateral, no caso, não traz qualquer prejuízo em termos de garantias do trabalhador e, por isso, não exige a anuência do CONGRESSO NACIONAL para ter efeito.

A convenção da OIT é meramente declaratória, programática que faz expressa menção, para sua plena efetividade, à "legislação nacional" (art. 1º; art. 6º, nº

2; e art. 14, nº 3) e à "legislação e a prática nacional" (art. 8º, nº 2; art. 10; art. 12, nº 1; art. 13, nº 1, b).

Em outras palavras, a sua vigência, internamente e mesmo em termos de repercussão internacional, se resolveria por meio de esforços legislativos e de políticas públicas que incentivassem as suas diretrizes como, por exemplo, criar maiores proteção ao trabalhador contra despedida injustificada ou arbitrária.

O Ministro CELSO DE MELLO bem destacou essa característica:

> "....
>
> *A análise das normas impugnadas parece evidenciar que a Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade, no plano interno, não consagrou, como única conseqüência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes instituírem, em sua legislação nacional, a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em conseqüência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País, a fórmula da reintegração no emprego ou da indenização compensatória.*
>
> ....." *(fls. 43 do voto)*

O Ministro MOREIRA ALVES, na conclusão de seu voto, ressaltou:

> "....
>
> *... defiro, sem redução do texto, o pedido de medida cautelar, para, em interpretação conforme à Constituição, afastar qualquer exegese que, divorciando-se dos fundamentos jurídicos do voto do relator e* ***desconsiderando o caráter meramente programático das normas da Convenção OIT nº 158, as***

repute auto-aplicáveis, *desrespeitando, desse modo, especialmente as regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam, presentemente, no sistema normativo brasileiro, a despedida arbitrária ou sem justa causa dos trabalhadores.*

....." (fls. 10 do voto)

Leio em MAURÍCIO CORRÊA, ainda na ADI 1.480:

"....

... o próprio texto da Convenção é expresso no sentido de fazer uma recomendação, que dizer, se determinada norma do Tratado se adapta ao ordenamento constitucional pátrio, a regra se aplica, se não se adapta, se contrasta com a norma constitucional, evidentemente que esses dispositivos não têm aplicabilidade no Brasil.

....

Muitas das disposições do Convênio são meramente normas programáticas que poderão ser adotadas, amanhã ou depois, através de manifestação do Legislativo.

....." (fls. 2 do voto)

Quando do julgamento da ADI 1.480, portanto, assentou-se o caráter programático do teor da Convenção 158 da OIT.

Quase todos os Ministros ressaltaram que a convenção internacional não poderia ser auto-aplicável já que dependia, para sua implementação, da intermediação de legislação interna.

Nessa linha, os problemas advindo de eventual denúncia unilateral da Convenção perdem completamente a profundidade já que no Brasil existe, nesse caso,

um amplo contexto normativo de proteção do trabalhador em hipóteses de despedida injustificada.

Não há necessidade de procedimento complexo também na denúncia, já que, da convenção da OIT, não se produziu qualquer direito subjetivo ou expectativa normativa.

(B) Dificuldade Prática em Eventual Decisão de Inconstitucionalidade Formal.

Do ponto de vista do princípio da separação de poderes, a opção do constituinte é clara:

> - cabe ao PODER EXECUTIVO, e somente ao PODER EXECUTIVO, a representação do Brasil no exterior e o tratamento dos assuntos de direito internacional tal como negociações e assinatura de tratados.

Exerce o PODER LEGISLATIVO papel de fiscal cuja anuência é essencial para a incorporação do tratado internacional no Brasil.

Entretanto, é inegável o papel de proeminência do PODER EXECUTIVO nesse tipo de matéria, antes ou depois do decreto legislativo que aprova o texto do tratado internacional.

A posição do PODER EXECUTIVO é tão fortemente assentada em nosso sistema político que mesmo o princípio federativo cede espaço a essa primazia.

Refiro-me à possibilidade do PRESIDENTE DA REPÚBLICA, por meio da assinatura de tratado internacional conceder isenção de impostos de competência estadual (isenções heterônomas) em exceção implícita ao art. 151, III, da CF.

O STF já chegou, inclusive, a sumular a matéria (Súmula 575).

A questão está novamente para decisão no plenário desta Corte (RE 229.096), mas o primeiro voto (Ministro ILMAR GALVÃO) foi no sentido de que quando a União atua como sujeito de direito internacional não se aplica o dispositivo do art. 151, III, da CF).

Assim, se o PODER LEGISLATIVO, eleito na via democrática e legitimado a fazer também opções políticas, não faz frente à primazia do Executivo nessa matéria, seria impensável a participação do Poder Judiciário nessas questões por profunda incompatibilidade institucional.

A questão é de fácil apreensão.

O SUPREMO não tem legitimidade para controlar o juízo político empreendido pelo Presidente em matéria de direito internacional.

Na verdade, a competência do Judiciário se limita ao exame da constitucionalidade das normas incorporadas.

O problema, portanto, é de ordem prática.

Como fazer cumprir uma decisão que interprete a inconstitucionalidade no procedimento de denúncia de tratado?

Que efeitos geraria essa decisão, já que o Presidente já denunciou o tratado?

A decisão do SUPREMO terá o condão de revogar a denúncia?

O que ocorreria com as relações que não foram enquadradas nas hipóteses da Convenção da OIT durante o período em que vigorou a denúncia?

Nesse caso específico, a decisão pela inconstitucionalidade da denúncia unilateral não colocaria o SUPREMO na delicada posição de ter que realizar o mesmo juízo exclusivo do PODER EXECUTIVO?

Essa dificuldade prática vem a colocar em cheque a eventual decisão que julgue a necessidade, também para a denúncia, um procedimento bilateral.

(C) A Denúncia Unilateral como Regra Geral e Implícita.

A eventual decisão deste Tribunal no sentido de que, também para a denúncia, se exige a anuência do CONGRESSO NACIONAL seria claramente uma jurisprudência que inovaria no sentido da Constituição.

Em realidade, para os atos chamados complexos, como é a incorporação de tratado internacional no âmbito interno, a Constituição foi clara ao exigir explicitamente a participação dos Poderes Executivo (art. 84, VII e VIII) e Legislativo (art. 49, I).

No caso de denúncia do tratado, a Constituição não se manifestou, ou melhor, se manifestou com o silêncio.

Não se trata de uma omissão a ser completada pelo intérprete, mas sim de um "silencio eloqüente".

Um silencio a ser compreendido de posse do princípio geral de que ao PODER EXECUTIVO cabe a primazia do tratamento dos assuntos internacionais.

Nos países em que a denúncia só tem validade se acompanhada de anuência do PODER LEGISLATIVO, existe previsão expressa nesse sentido na respectiva Constituição.

Na Argentina, por exemplo, a previsão está no art. 75, nº 22, da Constituição com a seguinte redação:

> *"Art. 75. Compete ao Congresso:*
> .....
>
> *22. Aprovar e afastar tratados concluídos com as demais nações e com as organizações internacionais e os acordos com a Santa Sé. Os tratados e acordos têm hierarquia superior a das leis.*
> ....." [10]

---

[10] **Constituição Argentina de 1994:**
Artículo 75.- Corresponde al Congreso:
.....
22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de

A Espanha também tem previsão expressa semelhante:

"Art. 94. A prestação de consentimento do Estado para se obrigar por meio de tratados ou convênios exigirá a prévia autorização das Cortes Gerais [Câmara dos Deputados 3e Senado – art. 66, 1, da Constituição Espanhola]...

.....

Artículo 96.

.....

2. Para a denúncia dos tratados e convenções internacionais se utilizará o mesmo procedimento previsto para sua aprovação no art. 94." [11]

Discriminacion Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

[11] **Constituição Espanhola de 1978:**

Artículo 94

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

a) Tratados de carácter político.

b) Tratados o convenios de carácter militar.

c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.

e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convênios

Artículo 96. .....

.....

Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

Assim, é fácil perceber que a divisão de competência institucional para a denúncia de tratado internacional somente é aplicada no caso de previsão expressa da Constituição.

No caso brasileiro, principalmente, já que existe o "silencio eloqüente" no tema, a interpretação deverá seguir o sentido da tradição brasileira em matéria de separação de poderes e de presidencialismo: primazia do PODER EXECUTIVO em matéria de tratados internacionais.

De qualquer forma, o ato de aprovação do tratado internacional pelo Congresso por meio de decreto, engloba já a aprovação tácita da possibilidade do PODER EXECUTIVO denunciar dentro de critérios razoáveis de conveniência e oportunidade.

Em outras palavras, o decreto legislativo não é uma aprovação propriamente do texto do tratado internacional, mas sim, uma declaração do Congresso de que aquele tratado internacional pode ser incorporado ou retirado do direito brasileiro pelo PODER EXECUTIVO.

Trata-se de uma autorização do Legislativo para o pleno exercício das atribuições e competências do Executivo em matéria de incorporação de tratados e de denúncia desses tratados no exercício de uma função típica de pessoa de direito internacional.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no exercício dessa atribuição não é um poder institucional sob a perspectiva da separação de poderes, mas sim a própria personalidade jurídica de direito internacional (que já engloba PODER LEGISLATIVO e PODER JUDICIÁRIO).

Essa é a única forma de explicar o fato de que tal decreto legislativo não tem o condão de, por si só, incorporar o tratado internacional.

Depende ele, como visto, de uma anuência posterior do PRESIDENTE DA REPÚBLICA que o faz por meio de decreto presidencial, ato normativo esse que promulga, dá publicidade e incorpora o tratado internacional no direito interno.

8 CONCLUSÃO.

A solução para eventuais incongruências desse sistema só é possível com alteração do próprio texto da Constituição.

Enquanto não realizada tal alteração, nada impede que o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, na qualidade de Chefe de Governo, e no uso de suas atribuições constitucionais privativas (Art. 84), possa denunciar tratado, acordo ou ato internacional, sem a necessidade de prévia aprovação do CONGRESSO NACIONAL.

Assim, divirjo de MAURÍCIO.

Julgo improcedente a ação.

ANEXO D – VOTO DO MINISTRO JOAQUIM BARBOSA

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 saído 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.

Cumpre 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 producente 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 Extradição 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. 4°, reforçou o papel do Parlamento em matéria de política exterior.

O impacto do art. 4° 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. 4° 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. 4°, 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. 4° 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. 4°, 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. 4° 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 expresso. 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 omnimodae 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. 6°-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 internacional. 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 Bevilaqua que teria introduzido a prática de denúncia unilateral pelo Poder Executivo. A tese de Bevilaqua 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 anti-balísticos 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. 1°, 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 n° 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 ressalvar a extinção surgida em virtude da conclusão de um novo tratado e não ressalvar 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. 1° do Decreto Legislativo n° 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. 1° 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 § 3° do art. 5° 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 § 3° ao art. 5°. 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.