

SOBRE A POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS POR ATO UNILATERAL DO CHEFE DO EXECUTIVO¹

ON THE POSSIBILITY OF REPORTING HUMAN RIGHTS TREATIES BY UNILATERAL ACT OF THE CHIEF EXECUTIVE

Fernanda Araújo Kallás e Caetano²
Layãna Peixoto Ferreira do Nascimento³
Lorena Monteiro de Lima⁴

RESUMO

O presente artigo visa analisar a possibilidade de denúncia de tratados por ato unilateral do Presidente da República especialmente no que se refere aos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil antes e depois da Emenda Constitucional 45, contextualizando a ADI nº 1625 e a possível inconstitucionalidade de ato presidencial que denuncie tratados de Direitos Humanos sem a intervenção do Congresso Nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Tratados de Direitos Humanos. Extinção dos tratados. Denúncia dos tratados. ADI 1625 e 6544.

ABSTRACT

This article aims to analyze the possibility of the denunciation of treaties by unilateral act of the President of the Republic especially regarding Human Rights treaties ratified in

¹ Artigo submetido em 18-10-2020 e aprovado em 19-12-2020.

² Doutora em Direito Público Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2016). Possui Mestrado em Direito Internacional Público pela Université de Paris II (2006) revalidado pela Universidade de Brasília. Atualmente é professora de Direito Internacional Público e de Direito Internacional Privado dos cursos de graduação do Centro Universitário UNIBH e do Centro Mineiro de Ensino Superior Promove. Advogada e consultora especializada em Direito Internacional. Endereço eletrônico: fernandakallas@hotmail.com.

³ Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Belo Horizonte – Unibh. Auxiliar Jurídico no escritório Amaram, Nepomuceno e Macedo. Participante do projeto de pesquisa sobre a possibilidade da denunciação de tratados de direitos humanos do Centro Universitário de Belo Horizonte – Unibh, orientado pela professora Fernanda Araújo Kallás e Caetano. Amicus Curiae na audiência pública no pedido de Parecer Consultivo OC-26 da Colômbia a Corte IDH. Endereço eletrônico: layanapeixotofn@gmail.com

⁴ Graduanda em Direito. Pesquisadora na Área de Direito Internacional e Direitos Humanos. Experiência profissional nas áreas de Direito do Consumidor, Cível, Administrativo e Previdenciário. Experiência acadêmica em Direito Penal, Internacional e Família. Endereço eletrônico: lorenalima314@gmail.com.



Brazil before and after Constitutional Amendment 45, contextualizing the ADI n° 1625 and the possible unconstitutionality of a presidential act that denounces Human Rights treaties without the intervention from the National Congress.

KEYWORDS: Humans Rights Treaties, Termination of Treaties, National Congress, ADI 1625 e 6544.

1 – INTRODUÇÃO

Quando um país signatário deseja se desvincular de um tratado, este deve manifestar sua vontade através da denúncia. Conforme a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 (CVDT/1969), a denúncia só poderá ocorrer quando da execução de uma cláusula presente no tratado⁵. O art. 56⁶ da Convenção dispõe ainda que ausente disposição específica no tratado sobre a possibilidade de denúncia deste, a mesma só será possível em duas hipóteses: quando da natureza do tratado possa se deduzir o direito à denúncia ou sendo possível identificar que as partes objetivavam admiti-la.

No Brasil, o ato da denúncia de tratados vem, historicamente, ocorrendo através de Decreto Executivo pelo Presidente da República. Entretanto, pode-se observar grande divergência doutrinária a respeito da legitimidade para denúncia unilateral do Chefe do Executivo, especialmente quando referente a tratados de Direitos Humanos. A controvérsia divide os mais renomados doutrinadores e, diante da omissão legislativa, se encontra hoje em debate no Supremo Tribunal Federal (STF) nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) 1625 e 6544.

No que concerne a forma do ato de denúncia, os juristas apoiam-se em teorias e princípios divergentes, tais como a teoria do ato administrativo - de Clóvis Beviláqua - ,

⁵ CVDT - Artigo 42.2.: A extinção de um tratado, sua denúncia ou a retirada de uma das partes só poderá ocorrer em virtude da aplicação das disposições do tratado ou da presente Convenção. A mesma regra aplica-se à suspensão da execução de um tratado.

⁶ Artigo 56.1: 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.



na teoria do ato contrário - vigente no direito estadunidense - , no princípio da *tabula rasa* - defendido por Rezek - e ainda na hierarquia das normas jurídicas no ordenamento interno.

A discussão torna-se ainda mais relevante quando estão em pauta os tratados de Direitos Humanos, já que possuem hierarquia diferenciada no direito brasileiro, podendo gozar de status de norma constitucional, em alguns casos formal e outros material, sob a subdivisão de tratados ratificados antes e depois da Emenda Constitucional 45 de 2004.

2 - O ATO DE DENÚNCIA

Por ser o Chefe de Estado o responsável pelas relações exteriores, no âmbito internacional a denúncia sempre será apresentada por ato do líder do Executivo. Entretanto, no que concerne a tomada de decisão acerca da denúncia poder ocorrer sem a participação do Legislativo, as opiniões doutrinárias são bastante divergentes.

No Brasil entende-se que o Poder Executivo tem exclusividade para realizar as denúncias de tratados sem a prévia autorização parlamentar. Esse entendimento, que vigora até os dias atuais, teve sua origem no parecer dado por Clóvis Beviláqua em 1926 enquanto consultor jurídico do Itamaraty.

Na época, solicitado pelo governo de Arthur Bernardes sobre o assunto, Clóvis esclareceu que a denúncia seria um ato meramente administrativo. O jurista destacou que a Constituição Federal foi omissa acerca da necessidade de aprovação do Congresso Nacional para a denúncia dos tratados, exigindo tal aval apenas para a sua ratificação. Sob essa ótica, se a Constituição Federal não se pronuncia claramente quanto à necessidade da aprovação parlamentar para a efetivação da denúncia, seria ela dispensável.

Sendo assim, Beviláqua (1926, p. 347) afirma que no momento em que o tratado é discutido pelo Congresso Nacional e nele contém a cláusula que regulamenta a denúncia, quando aprovado o tratado, aprova-se também a possibilidade do mesmo ser



denunciado. Assim, o Poder Executivo quando denuncia um tratado, estaria apenas executando uma cláusula já aprovada. Vem daí, portanto, a afirmação de ser o ato da denúncia meramente administrativo, pois a cláusula de retirada de tratado não seria diferente das demais. Se não o fosse, para se cumprir todas as cláusulas previstas em tratados, deveriam ser aprovadas previamente no Congresso Nacional para efetivá-las.

Em contrapartida, Rezek (2018, p. 149) aponta inconsistências na análise apresentada por Beviláqua. Para o ex-Ministro, a afirmação de que a cláusula que prevê a denúncia não se diferencia das demais parece, em suas palavras, “elementarmente inaceitável, pelo abismo que separa a cláusula de denúncia das cláusulas pertinentes à execução do combinado (...)” (2018, p. 149). Por tal raciocínio, entender-se-ia também possível que o Presidente da República, a qualquer tempo, sem intervenção do Congresso Nacional, efetuasse uma emenda ou reforma de um tratado, se assim estivesse previsto no texto original, posto que não haveriam “limites quantitativos ou qualitativos para o que a reforma pode, em tese, importar a um tratado”.

Apesar de defender a possibilidade de denúncia pela simples manifestação de vontade do Chefe do Executivo, Rezek (2018, p. 150) a defende sobre outros fundamentos, valendo-se da ótica do princípio da *tabula rasa*:

O Estado 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 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, seja suficiente a 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 as duas vontades tiveram de somar-se para a conclusão do pacto, é preciso vê-las 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 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 determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado.



Dessa maneira, Rezek entende possível não só a denúncia baseada na exclusiva vontade do Presidente, mas também quando decidida pelo Congresso, sem a intervenção do Executivo. Entretanto, admite que haveria uma desvantagem entre os instrumentos disponíveis ao Legislativo e ao Executivo, uma vez que o ato que exterioriza a vontade do Estado é de competência do Presidente, enquanto este denuncia por meio de decreto, o Congresso o deveria fazer por meio de lei ordinária, determinando que o Executivo exteriorize a manifestação da denúncia para que a mesma tenha efeitos no âmbito internacional.

Contrariando o defendido por Beviláqua e Rezek, a Teoria do Ato Contrário surgiu de uma questão polêmica ocorrida nos anos 70 nos Estados Unidos, quando o então Senador Goldwater convocou os membros do Congresso americano a entrar com uma ação judicial contra o então Presidente Jimmy Carter que havia por si só denunciado o Tratado de Defesa Mútua Sino Americana, assinado com a República da China (Taiwan) em 1955, visando impedir o estabelecimento de uma relação com a República Popular da China.

Em juízo, a alegação dos membros do Congresso americano foi a de que o Presidente não poderia anular um tratado sem a aprovação do Congresso segundo o Artigo II, Seção II da Constituição dos Estados Unidos da América⁷. No entanto, a ação não foi julgada pela Suprema Corte Distrital, pois os magistrados consideraram uma questão política que deveria ser resolvida entre os líderes eleitos, ou seja, perante o Congresso Nacional.

A Teoria do Ato Contrário fundamenta-se na repetição do processo realizado no momento da formação dos compromissos internacionais no momento da extinção deles. Ou seja, se para ratificar um tratado o Presidente depende da aprovação parlamentar, para dissolvê-lo, tal aprovação seria imperiosa (REZEK, 2018, p. 144). Dessa forma

⁷ Constituição dos Estados Unidos da América. Artigo 2. Seção 2: O Presidente será o chefe supremo do Exército e da Marinha dos Estados Unidos, e também da Milícia dos diversos estados, quando convocadas ao serviço ativo dos Estados Unidos. Poderá pedir a opinião, por escrito, do chefe de cada uma das secretarias do Executivo sobre assuntos relativos às respectivas atribuições. Terá o poder de indulto e de graça por delitos contra os Estados Unidos, exceto nos casos de impeachment. **Ele poderá, mediante parecer e aprovação do Senado, concluir tratados, desde que dois terços dos senadores presentes assim o decidam (...).** (Grifo nosso)



garantiria-se a simetria entre os atos de ratificação e denúncia, não atribuindo poderes desmedidos ao Chefe do Executivo, uma vez que o princípio democrático, no qual se sustenta a Constituição, prima pela divisão de poderes a fim de que não haja uma concentração demasiada nas mãos de um só representante.

Por fim, o princípio da hierarquia das normas pode lançar uma última perspectiva sobre a temática. A verticalidade hierárquica proposta por Kelsen em sua pirâmide impede tanto que uma norma de hierarquia inferior esteja em discordância com uma norma superior, como que uma norma jurídica seja revogada por outra hierarquicamente inferior.

Tratando-se do relacionamento entre direito internacional e direito interno brasileiro, tratados costumam adentrar o nosso ordenamento jurídico com o status de lei ordinária - conforme entendimento firmado no RE 80.004 -, quando não com status de norma supra-legal ou mesmo constitucional. Nesse sentido, a denúncia de um tratado não poderia ser realizada via um simples Decreto presidencial. Esse foi, inclusive, o entendimento firmado pela Ministra Rosa Weber⁸ quando do seu voto na ADI 1625, quando afirmou que:

“(…) dada a premissa maior de que leis ordinárias não poderiam ser revogadas pelo presidente da República, e a premissa menor de que o decreto promulgador de tratado, aprovado e ratificado, equivaleria à lei ordinária, concluiu que a norma incorporadora de tratado não poderia ser derrubada pela exclusiva vontade do Presidente da República, sob pena de afronta aos artigos 2º, 49, I e 84, VIII, da Constituição”.

Sob essa ótica, a denúncia via Decreto presidencial sem aprovação do Congresso Nacional seria gravada de inconstitucionalidade por ser a matéria relativa aos tratados internacionais tratada na esfera constitucional.

⁸ Informativo 807 - Voto da ADI 1625. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo807.htm>



3 - O INSTITUTO DA DENÚNCIA NO DIREITO INTERNO LATINO AMERICANO

Observa-se no direito interno latino-americano um movimento para determinar a conjugação de vontades do legislativo e do executivo para a extinção do compromisso firmado. Diversos Estados na América Latina já inclusive preveem em seu texto constitucional a necessidade de autorização do Congresso para que seja realizada a denúncia de tratados.

No Chile, desde a reforma constitucional de 2005⁹, foi determinado que compete exclusivamente ao Presidente da República a denúncia de tratados. Contudo, havendo o Congresso participado do processo de aprovação, torna-se necessário parecer de ambas as Câmaras¹⁰, reafirmando assim a competência do legislativo para a resolução das relações políticas internacionais. O texto constitucional deixa claro que a aprovação, renúncia e denúncia dependem da atuação legislativa¹¹, disciplinando detalhadamente os ritos do processo de extinção e a perda do efeito do tratado na ordem jurídica interna. Tal

⁹Bruno Pasquerelli (2018, p. 35-36) afirma, que tal reforma redemocratizou o processo da política externa do país, fortalecendo o controle de constitucionalidade interno.

¹⁰Constituição do Chile. Artículo 54. Son atribuciones del Congreso:

[...] 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. [...].

¹¹Constituição do Chile. Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

15°. Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, **los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N°. 1°**.



tendência também pode ser observada nas Constituições da Bolívia¹², do Peru¹³ e do Equador¹⁴.

No que se refere aos tratados de Direitos Humanos, a Carta Política do Paraguai¹⁵ faz um importante destaque, demonstrando a necessidade de proteção da matéria e proibindo sua denúncia, excetuando-se pelos procedimentos cabíveis às Emendas Constitucionais. Nesse sentido, a Constituição da Argentina também ressalta procedimento específico de intervenção do Congresso para a denúncia dos tratados de Direitos Humanos já firmados pelo Estado¹⁶.

Contudo, nem todas as legislações são claras quanto à forma do ato de denúncia dos tratados internacionais. Assim como ocorre na Constituição brasileira, as Constituições do Suriname, do Uruguai e da Colômbia definem o processo de aprovação e ratificação dos tratados internacionais sem disciplinar a sua denúncia.

Diante da preocupação com uma efetiva proteção das garantias dos cidadãos, o poder legislativo brasileiro vem sendo pressionado a se posicionar acerca da questão. Duas tentativas de Emendas Constitucionais foram elaboradas para tentar sanar a lacuna quanto à alegada possibilidade de denúncia dos tratados por ato unilateral do Presidente da República.

¹²Constituição da Bolívia. Artículo 260:

2. La denuncia de los tratados ratificados deberá ser **aprobada por la Asamblea Legislativa Plurinacional antes de ser ejecutada** por la Presidenta o Presidente del Estado.

¹³Constituição do Peru. Artículo 57.

[...] 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.

¹⁴Constituição do Equador. Art. 419:

La ratificación **o denuncia** de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: [...]

¹⁵Constituição do Paraguai. 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**.

¹⁶Constituição Argentina. Artículo 75- Corresponde al Congreso:

22. [...] . Sólo 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.[...]



No ano de 2002, o então Senador Antônio Carlos Júnior protocolou a PEC 23/2002¹⁷, propondo a alteração do inciso I, do artigo 49 da Constituição Federal dispondo passar a ser da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, **bem como sobre sua alteração ou denúncia pelo chefe do Poder Executivo.**
(grifo nosso)

A alteração consistiria em atribuir expressamente ao Congresso Nacional a competência para resolver definitivamente sobre denúncia ou alteração de tratados, acordos ou atos internacionais do Poder Executivo. A justificativa para a proposta de Emenda era sanar as discussões e dúvidas acerca do tema, visando eliminar a lacuna constitucional quanto à legitimidade presidencial para denúncia unilateral. Todavia, a PEC 23/2002 foi arquivada com o fim da legislatura em 2006.

A proposta de Emenda sobre o tema foi reavivada em 2014 por meio da PEC 31/2014¹⁸, que buscava também a alteração do artigo 49, inciso I, visando englobar na competência exclusiva do Congresso Nacional, além de resolver definitivamente sobre tratados, dispor “especialmente sobre sua internalização e denúncia”:

Art. 49. I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, **especialmente sobre sua internalização e denúncia;**

Na justificativa dessa proposta de Emenda Constitucional, é possível verificar uma influência da teoria do ato contrário uma vez que afirmam os senadores que:

“Nessa moldura fático-jurídica, entendemos indispensável a alteração do texto constitucional para fazer constar, de forma inequívoca, a competência congressual para apreciar e autorizar a denúncia de tratados, acordos e atos internacionais, inclusive para recuperar a lógica jurídico-constitucional da matéria, já que, estando a vigência e aplicabilidade de tais atos, no Brasil, dependentes de aprovação legislativa, pelos processos de internalização, carece de qualquer sentido que a denúncia seja reconhecida como ato unipessoal da

¹⁷ Proposta de Emenda à Constituição nº 23/2002. Senado Federal. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/50309>>.

¹⁸ Proposta de Emenda à Constituição nº 31/2014. Senado Federal. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/118566>>.



chefia do Poder executivo da União, na condição de Chefe do estado, com exclusão da atribuição congressional.”

Pode-se observar que há uma reivindicação de um processo análogo ao da aprovação e da ratificação no momento da denúncia de normas internacionais. No entanto, mais uma vez a proposta foi arquivada em 2018 em função do fim da legislatura. Apesar disso, a preocupação em não conceder poderes ilimitados ao Presidente, visando sempre um modelo de freios e contrapesos, ainda ronda as aspirações do legislativo local.

4 - O VALOR JURÍDICO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO BRASILEIRO

Tendo os tratados de Direitos Humanos recebido tratamento hierárquico diferenciado quando da sua internalização no ordenamento jurídico brasileiro, a análise da possibilidade de denúncia destes instrumentos pode ser influenciada pelo valor jurídico reconhecido a cada um deles.

Em 2004, com o advento da Emenda Constitucional 45, que introduziu o § 3º ao artigo 5 da Constituição Federal¹⁹, os tratados e convenções internacionais em matéria de Direitos Humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos de seus membros, passaram a incorporar a legislação interna com o status de norma formalmente constitucional, e não mais apenas como lei ordinária.

Segundo Rezek (2018, p. 142), com a promulgação da EC 45, por não haver nenhuma ressalva abjuratória referente aos tratados já ratificados, esses teriam-se elevado ao nível constitucional por uma “equação jurídica”. Para isso, ele se vale do mesmo entendimento que fez com que o Código Tributário Nacional (CTN), promulgado como

¹⁹ Art. 5 § 3º, CF: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



lei ordinária, tenha atingido status lei complementar desde o momento que a Constituição de 88 estabeleceu que normas gerais relativas à direito tributário deveriam ser expressas em lei complementar, ocorrendo o fenômeno jurídico da “recepção de normas”.

Mesmo antes da EC/45 parte da doutrina já entendia, com base no art. 5 § 2º da Carta Magna de 1998²⁰, que normas internacionais de Direitos Humanos, quando internalizadas, já possuíam status constitucional, ainda que materialmente. Para Mazzuoli (2020, p. 766), uma vez que a Constituição não exclui demais direitos proveniente de tratados internacionais, estes já estariam incluídos no “bloco de constitucionalidade”, adentrando o ordenamento jurídico “como se escritos na Constituição estivessem”, no mesmo plano de eficácia e igualdade dos direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição.

O STF manifestou-se a respeito do tema no Recurso Extraordinário (RE) 466.343, entendendo pela supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos ratificados antes da EC 45, já que “equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.” Assim sendo, para o STF, os tratados que versem sobre Direitos Humanos são divididos em duas categorias: os ratificados antes da EC/45, que possuem status de norma supralegal - isto é, abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária; e os ratificados após a EC/45 que possuem status de norma formalmente constitucional.

Em contrapartida, para Mazzuoli (2020, p. 773), o entendimento que normas jurídicas de mesmo “fundamento jurídico” possuam status hierárquico diferente é “totalmente injurídico” além de violar o princípio constitucional da isonomia, rompendo com a “harmonia do sistema de integração dos tratados de direitos humanos no Brasil” por criar categorias jurídicas diversas para tratados de mesmo conteúdo ético.

Nesse sentido, o jurista argúi que a diferenciação destas normas estaria adstrita à formalidade constitucional. Para ele:

(...) Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento especial passam a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei

²⁰ Art. 5 § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.



ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o *quorum* que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão somente para atribuir eficácia constitucional *formal* a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível *materialmente* constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição.

Apesar de não ser pacífico, o entendimento vigente instituído pelo Recurso Extraordinário (RE) 466.343 acaba dividindo os tratados de Direitos Humanos em duas categorias: os ratificados após a EC/45, que possuem hierarquia constitucional, e os ratificados antes da EC/2004, que possuem status de norma supralegal.

5 - DA POSSIBILIDADE DE DENÚNCIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Certo é que os tratados ratificados após a EC/45 não são passíveis de denúncia, posto que tal ato caracterizar-se-ia como uma reforma do núcleo duro constitucional, por estarem estes petrificados. Para Portela (2008) estes tratados ao adentrarem o ordenamento jurídico brasileiro adquirem hierarquia constitucional, fazendo parte do bloco de constitucionalidade de direitos fundamentais resguardados pelo artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF²¹, vedado desta forma, até mesmo apresentação de PEC que vise a exclusão destes direitos. Dessa forma, tratados que possuam status de norma constitucional formal, ou seja, ratificados com o quórum previsto no art. 5, § 3º da CF, não são suscetíveis a denúncia, seja por ato do Legislativo, do Executivo ou de ambos em conjunto.

A questão, portanto, gira em torno de se saber se os tratados ratificados antes da EC/45 poderiam ser denunciados, posto que com base no aludido parecer de Beviláqua, os Chefes do Executivo brasileiro vêm denunciando tratados unilateralmente sem embaraços, independentemente da matéria por eles abordada.

²¹ Art. 60, § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV - os direitos e garantias individuais.



Em 1996, o então presidente Fernando Henrique Cardoso denunciou, através Decreto Presidencial nº 2100, a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), convenção esta que havia sido ratificada poucos meses antes pelo Decreto Presidencial nº 1.855 de 1996, aprovada pelo Congresso em 1992.

Diante disso, em 1997, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura propôs a ADI 1625, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto que denunciou a Convenção 158 e questionando a possibilidade da denúncia unilateral por parte do Presidente da República.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 1625 gerou uma discussão acalorada entre os Ministros do Supremo. Os Ministros Maurício Corrêa, Carlos Ayres Britto e Nelson Jobim, apesar de fundamentações diferentes, votaram pela constitucionalidade do ato presidencial, baseando-se na teoria belvaquiana do ato administrativo ou na ausência de dispositivo constitucional que determinasse conduta diversa.

No voto do Min. Nelson Jobim, pode-se observar uma interpretação extensiva dos poderes do Presidente, vez que este afirma que a análise de oportunidade e conveniência da denúncia caberia apenas ao Chefe do Executivo. Verifica-se aqui, uma das críticas trazidas pela teoria do ato contrário, com o posicionamento cauteloso diante das atribuições que conferem ao Presidente amplos poderes.

Em contrapartida votaram pela inconstitucionalidade do Decreto presidencial os Ministros Maurício Corrêa, Min. Joaquim Barbosa, Min. Carlos Britto, Min. Rosa Weber e Min. Teori Zavascki, pautando-se na hierarquia das normas jurídicas em questão.

Em seu voto, o Min. Joaquim Barbosa afirmou que, como um tratado de matéria de Direitos Humanos, a Convenção 158 possui caráter de norma supralegal, não podendo ser retirado do ordenamento jurídico por mero Decreto presidencial, sendo imperativo a participação do legislativo na decisão de desligamento do Estado brasileiro. O Ministro concluiu seu voto pronunciando-se pela inconstitucionalidade total do ato de denúncia, afirmando que caso fosse este o entendimento da Corte, o Decreto Presidencial seria revogado.

Infelizmente a ADI 1625 encontra-se paralisada desde 2016 após pedido de vista do ministro Dias Toffoli. A análise do processo demonstra um inclinamento para uma



sentença de inconstitucionalidade da denúncia de tratados feita de forma unilateral pelo Chefe do Executivo, especialmente quando em matéria de Direitos Humanos, com cinco dos oito votos proferidos nesse sentido, tornando-se necessário que todos os demais ministros votem pela constitucionalidade do Decreto Legislativo para que este entendimento prevaleça.

Passados mais de vinte anos da denúncia da Convenção 158, ainda sem resposta do STF, o Partido Socialista Brasileiro (PSB) propôs nova ação a respeito do tema denúncia de tratados e, apesar de não se tratar da matéria de Direitos Humanos, merece ser analisada neste estudo. Protocolado em 31/08/2020, a ADI 6544, argui a inconstitucionalidade do Decreto presidencial nº 10.086/19, que denunciou o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas - UNASUL. O PSB afirma que “a denúncia de tratados internacionais, quando possível, pressupõe a aprovação do Congresso Nacional”, fundamentando-se no art. 49, I da CF que prevê a competência deste para resolver definitivamente sobre tratados, alegando ainda que a adesão aos tratados é ato complexo, que exige a conjugação de vontades executiva e legislativa, devendo a lógica reversa ser aplicada.

A petição apontou a insegurança jurídica de uma possível denúncia por ato unilateral presidencial uma vez que não encontra barreira de freios e contrapesos, afirmando que a denúncia feita sem aprovação do Congresso feriria o princípio democrático e a separação de poderes.

No âmbito jurisprudencial, contudo, continua em aberto, sem posicionamento definitivo do legislativo ou do judiciário sobre a possibilidade de denúncia de tratados por ato presidencial, por mera conveniência, especialmente, quando referente a tratados de Direitos Humanos ratificados antes da EC/45.

Mazzuoli (2020, p. 789) defende a tese que tais tratados possuiriam status de norma constitucional material, e que sua denúncia, apesar de possível, seria ineficaz. Segundo o autor, a denúncia de um tratado de direitos humanos geraria efeitos apenas no contexto internacional, desvinculando o Estado das obrigações externas, mas mantendo intactas as obrigações no âmbito interno, por tratarem, em razão da matéria, de normas já petrificadas no ordenamento jurídico brasileiro.



Flávia Piovesan (2018, p. 139) entende que os tratados materialmente constitucionais seriam passíveis de denúncia “em face das peculiaridades do regime de Direito Internacional Público”, mas sustenta a necessidade da intervenção do Congresso para a realização de tal procedimento, posto que uma vez que a ratificação exige a conjugação de vontades do Executivo e do Legislativo, ambas vontades também deveriam estar presentes no momento da denúncia.

Portela (2008, p. 420), por sua vez, sustenta que a análise da possibilidade de denúncia de tratados de Direitos Humanos deve partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Para ele:

(...) ao abandonar um tratado que resguarde determinados direitos inerentes à dignidade humana, estaria violando o compromisso de fortalecer o quadro de proteção internacional dos direitos humanos, decorrente do princípio da primazia dos direitos humanos nas relações internacionais. Ao mesmo tempo, vedar totalmente a denúncia de certos tratados, que possam ser substituídos por outros que ampliem a proteção da dignidade humana, pode significar verdadeiro engessamento da ordem jurídica.

O autor ainda defende que a possibilidade de denúncia de apenas alguns tratados de Direitos Humanos, mas não de outros, violaria a indivisibilidade desses direitos. Não bastasse, a possibilidade de uma denúncia unilateral de tratados de Direitos Humanos iria ao encontro ao princípio norteador das relações exteriores brasileiras, qual seja a proteção destes Direitos (Celetti, Leandro. 2007, p. 27).

Por fim, sob a perspectiva da hierarquia das normas, independentemente de se atribuir aos tratados de Direitos Humanos hierarquia de norma supralegal ou status constitucional material, tais tratados possuiriam incontestavelmente hierarquia superior à de um mero Decreto Presidencial, sendo inconstitucional a denúncia de tratados da matéria por meio deste, conforme ressaltado no voto do Min. Joaquim Barbosa, na ADI 1625:

(...) 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.



Para o Ministro, os arts. 49, I e 84, VIII da CF atribuem ao Congresso Nacional a competência não apenas quando do processo para ratificação de tratados, mas também para sua denúncia.

Sendo assim, os tratados de Direitos Humanos não podem ser retirados do ordenamento jurídico por ato Executivo individual, sendo imperativa a intervenção do Congresso Nacional para o procedimento de denúncia, mesmo que ausente a determinação literal constitucional. O posicionamento contrário ofende a ideia do Estado democrático de direito, por concentrar demasiado poder nas mãos do Executivo e este poder, contrariando a própria hierarquia legal existente, o que acaba gerando uma grave ameaça à proteção dos direitos humanos.

6 – CONCLUSÃO

Apesar dos entendimentos expostos, ainda hoje tem-se ventilado, com base no entendimento formulado em 1906 por Beviláqua, a possibilidade de serem denunciados os tratados de maneira unilateral pelo Presidente da República, ainda que para tratados de Direitos Humanos, quando tenham sido ratificados antes da EC 45/2004.

Tal posicionamento traz bastante insegurança jurídica, podendo resultar, por exemplo, na desvinculação do Brasil de uma das principais jurisdições de proteção dos Direitos Humanos, qual seja, a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A proteção dos direitos humanos ganhou novas proporções nas últimas décadas, principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Sendo assim, entendemos que tais tratados, enquanto normas materialmente constitucionais ou supralegais, não podem ser denunciados por ato hierarquicamente inferior, um simples Decreto Executivo, por ser inconstitucional uma denúncia sem intervenção do Congresso Nacional uma vez que ela violaria os termos dos arts. 49, I e 84, VIII da Constituição Federal.

Não bastasse, ainda que contando com a participação do Legislativo no ato, a constitucionalidade da denúncia dos tratados de direitos humanos deveria ser deflagrada por ser tal categoria composta por direitos indivisíveis que, uma vez integrados ao



ordenamento jurídico brasileiro, pertenceriam ao bloco de constitucionalidade consagrado pelo art. 5 § 2º da Constituição Federal, razão pela qual uma eventual denúncia poderia ser interpretada como reforma constitucional.

REFERÊNCIAS

BERALTO, Fábio. **A Denúncia De Tratados Internacionais No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Direito Internacional Público e Privado e Direito da Integração) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015. 65 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. Denúncia de Tratado e a Saída do Brasil da Sociedade das Nações. In: **PARECERES dos Consultores do Ministério das Relações Exteriores**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 2, 2000. 661 p, p. 347-354. (Coleção Brasil 500 anos). Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/1044>. Acesso em: 12 mar. 2020.

CALETTI, Leandro. A Incorporação Dos Tratados Internacionais De Direitos Humanos No Cenário Da Emenda À Constituição N° 45/2004: Notas Acerca Da Compulsoriedade Do Novo Regime E Da Denúncia Dos Tratados. **Revista da AGU**, v. 6, n. 13, 30 ago 2007.

HENKIN, Louis. Constitutionalism, Democracy and Foreign Affairs. **Indiana Law Journal**, v. 67. Issue 4. Article 1. 1992.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 12ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PASQUARELLI, Bruno. Aspectos Constitucionais E Institucionais Da Interação Entre Executivo/Legislativo No Processo De Tomada De Decisão Em Política Externa No Chile. **E-legis**, Brasília, n. 25, p. 29-41, jan./abr. 2018.



PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 18ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. A Possibilidade da Denúncia de Tratados de Direitos Humanos No Brasil e o Congresso Nacional. **Revista Direito e Liberdade**, v. 22, 413/428, jan/jun 2008.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional público: curso elementar**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.



E-Civitas - Revista Científica do Curso de Direito do UNIBH - Belo Horizonte
Volume XIII, número 2, dezembro de 2020 - INSS: 1984-2716 - ecivitas@unibh.br