

# HIERARQUIA DAS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, NA CONFORMIDADE DA EMENDA CONSTITUCIONAL 45, DE 31 DE DEZEMBRO DE 2004

Eduardo Biacchi Gomes<sup>1</sup>

Marco Antônio Villatore<sup>2</sup>

**Palavras-chave:** Direito Internacional Público - Direito Internacional Constitucional - Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho - Constituição Brasileira - Emenda Constitucional 45/04 - Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Direito dos Tratados. 3. Conflito entre Tratado e Lei e os Direitos Humanos. 4. Considerações Finais

## 1. Introdução

O Direito dos Tratados, representado pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, ainda não foi ratificado pela República Federativa do Brasil, não obstante esteja, dita Convenção, na prática, adotada no âmbito das negociações internacionais e, mesmo nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, fato que sempre gerou enorme debate nos meios acadêmicos, principalmente, em relação ao posicionamento hierárquico que os tratados possuem no ordenamento jurídico brasileiro.

A questão ganha maior destaque frente ao conflito com a matéria relativa aos Direitos Humanos, notadamente, porque muitos defendem a tese de que os tratados decorrentes de Direitos Humanos, já com o a redação disposta no artigo 5º., § 2º., deveriam ter o *status* constitucional.

---

<sup>1</sup> Advogado, Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor da PUCPR e da UNIBRASIL. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná e do Comitê Brasileiro de Arbitragem. gomes\_educardo@uol.com.br

<sup>2</sup> Advogado Trabalhista Empresarial, Mestre pela PUCSP e Doutor pela Universidade de Roma I, “La Sapienza”/UFSC, Professor da PUCPR e das Faculdades Integradas Curitiba, Diretor Administrativo e Conselheiro Geral do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), Secretário Geral da Associação dos

Os Direitos Humanos devem ser encontrados acima do ordenamento jurídico de cada Estado, com o reconhecimento dessa condição pelas Constituições contemporâneas, como ocorre com a Constituição brasileira, no artigo e parágrafo supracitados.

Fábio Konder Comparato<sup>3</sup> nos afirma que:

“Seja como for, vai-se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre regras internacionais e internas, há de prevalecer sempre a regra mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

Justamente, se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípios ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção dos rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas”.

Esse, aliás, sempre foi o nosso posicionamento, fazendo-se um comparativo com o disposto no artigo 75.22 da Constituição Federal da República da Argentina, que garante o *status* constitucional aos tratados decorrentes de Direitos Humanos ratificados pela Argentina, isto é, estão no mesmo grau hierárquico que a Constituição.<sup>4</sup>

Germán J. Bidart Campos<sup>5</sup> nos explica que “es el derecho constitucional el que, al resolver de modo favorable a la dignidad personal el modo de instalación del hombre en el Estado, lo sitúa en él con un *status* jurídico de libertad que sirve de base a sus derechos”.

---

Advogados Trabalhistas do Paraná (AATPR) e Membro da Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale (AIDLASS). e-mail:macvillatore@rvadvogados.com.br

<sup>3</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. ed., Saraiva: São Paulo, 2004, pp. 59 e 60.

<sup>4</sup> “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 Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, 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”.*

<sup>5</sup> BIDART CAMPOS, Germán J. *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea: Buenos Aires, 1991, p. 417.

A questão parece, no Brasil, estar resolvida, com a Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, que inseriu o § 3º. no artigo 5º. da nossa Constituição, de forma a assegurar que os Tratados aprovados pelo Congresso Nacional, por três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional, terão grau de hierarquia constitucional, sendo considerados como Emendas à Constituição Federal.

O presente artigo tem por objeto examinar, à luz da Convenção de Viena, de 1969, a temática da inserção dos Tratados decorrentes de Direitos Humanos, com a redação do supracitado § 3º. do artigo 5º. da Constituição Federal e sua repercussão no plano internacional, principalmente, no que diz respeito às oito Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, que serão comentadas no presente estudo.

## **2. Direito dos Tratados**

Os Tratados representam o Direito Internacional positivado, isto é, ditos atos internacionais têm por finalidade regulamentar as relações jurídicas entre os sujeitos de Direito Internacional Público.

Devido a essas razões, os Tratados são considerados como a principal fonte do Direito Internacional, notadamente, porque, na hipótese da existência de algum conflito, que deva ser dirimido pela Corte Internacional de Justiça, por exemplo, os julgadores terão a preferência de resolver a questão, através de ditas normas convencionais, que, antes de tudo, representam a vontade dos Estados contratantes.

Regra geral é que todos os Tratados devem ser cumpridos de boa-fé, expressado pela Convenção de Viena, de 1969, através da aplicação do princípio *pacta sunt servanda*.

A matéria está disposta na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, que tem por finalidade regulamentar todos os aspectos decorrentes dos Tratados, conforme esclarece José Francisco Rezek.<sup>6</sup>

A Convenção de Viena, 1969, assim conceitua o tratado, de acordo com o disposto no artigo 2º., I, “a” da Convenção:

*“Tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a denominação específica”.*

---

<sup>6</sup>REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. Editora Saraiva: São Paulo, 9ª. ed., p. 13.

Os Tratados têm por finalidade regulamentar, por escrito, as relações jurídicas entre os sujeitos de Direito Internacional, quer conste de um ou mais instrumentos e independentemente de sua denominação.

Assim, qualquer ato internacional que se revista dessas características é, para a Convenção de Viena, conceituado como Tratado, podendo constar de um ou mais instrumentos, denominados de anexos.<sup>7</sup>

No âmbito do Direito dos Tratados, importante destacar, ainda, o significado das Reservas:<sup>8</sup>

*“Significa uma declaração unilateral, qualquer que seja a sua redação ou denominação, ita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com objetivo de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”.*

As reservas consistem, portanto, em uma declaração unilateral apresentada pelo Estado, efetuada até antes de ele aderir ao tratado, com a finalidade de excluir ou modificar os efeitos de determinado artigo, de forma a eximi-lo de dita imposição e, conseqüentemente, modificar os efeitos do tratado entre o Estado que formula a reserva e os demais.<sup>9</sup>

Finalmente, a denúncia é uma das modalidades através das quais o Estado se exonera do cumprimento do tratado, sendo um ato unilateral e soberano e somente gerando efeitos, quando transcorrido o prazo de doze meses da comunicação do ato, e, normalmente, a possibilidade da formulação da reserva estará prevista no Tratado.

Se o Tratado não dispuser tal previsão, assim regulamenta o artigo 56 da Convenção de Viena, de 1969:

*“Artigo 56 - Denúncia ou retirada no caso de um tratado não conter disposições relativas à cessação da vigência, à denúncia ou à retirada*

*1 - Um tratado que não contenha disposições relativas à cessação da sua vigência e não preveja que as Partes possam denunciá-lo ou dele retirar-se não pode ser objecto de denúncia ou de retirada, salvo:*

*a) Se estiver estabelecido que as Partes admitiram a possibilidade de denúncia ou de retirada; ou*

*b) Se o direito de denúncia ou de retirada puder ser deduzido da natureza do tratado.*

*2 - Uma Parte deve notificar, pelo menos com 12 meses de antecedência, a sua intenção de proceder à denúncia ou à retirada de um tratado, nos termos previstos no n.º 1”.*

---

<sup>7</sup> Neste sentido, vide José Francisco REZEK. Obra já citada, p. 16.

<sup>8</sup> Artigo 2º., alínea d. da Convenção de Viena, 1969.

<sup>9</sup> Relativamente às hipóteses em que não são permitidas as reservas e seus efeitos, vide o disposto nos artigos 19 e seguintes da Convenção de Viena, 1969.

Considera-se, também, hipótese de extinção, suspensão ou retirada de um Estado, em relação aos Tratados, a ocorrência de impossibilidade superveniente e mudança das circunstâncias, conforme estabelecem os artigos 61 e 62 da Convenção de Viena, de 1969. Na primeira hipótese, o Estado fica impossibilitado de cumprir com o objeto do tratado, tendo em vista o desaparecimento ou a destruição de seu objeto, podendo, assim, dele se retirar, ou até ser razão de extinção do tratado. Se a possibilidade de execução for temporária, ter-se-á a suspensão do tratado. A parte que invoca o dispositivo não poderá ter dado causa ao fato.

Na segunda hipótese, tem-se a ocorrência de um fato imprevisível e inevitável, que vem a alterar, no futuro, as condições anteriormente avençadas. Referida condição deve ser imprevisível e, caso as partes não soubessem, à época, não teriam celebrado o tratado. Evidencie-se, também, que a parte invocante não pode ter dado ensejo ao fato.

Assim expressam os artigos 61 e 62 da Convenção de Viena, de 1969:

*“Artigo 61*

*Impossibilidade Superveniente de Cumprimento*

*1. Uma parte pode invocar a impossibilidade de cumprir um tratado como causa de extinção ou de retirada, se essa impossibilidade resultar da destruição ou do desaparecimento definitivo de um objeto indispensável à execução do tratado. Se a impossibilidade for temporária, pode ser invocada somente como motivo para suspender a execução do tratado.*

*2. A impossibilidade de cumprimento não pode ser invocada por uma das partes como causa de extinção, de retirada ou de suspensão da execução do tratado, se essa impossibilidade resulta de uma violação pela parte que a invoca, quer de uma obrigação do tratado, quer de qualquer outra obrigação internacional em relação a qualquer outra parte no tratado.*

*Artigo 62*

*Mudança Fundamental de Circunstâncias*

*1. Uma mudança fundamental de circunstâncias, ocorrida em relação àquelas existentes no momento da conclusão do tratado e não prevista pelas partes, não pode ser invocada como causa para a extinção ou a retirada do tratado, a menos que:*

*a) a existência dessas circunstâncias tenha constituído uma condição essencial do consentimento das partes em se obrigarem pelo tratado; e*

*b) essa mudança tenha por efeito a transformação radical da natureza das obrigações ainda pendentes de cumprimento em virtude do tratado.*

2. *Uma mudança fundamental das circunstâncias não pode ser invocada como causa para a extinção ou retirada do tratado:*

a) *se o tratado for de limites; ou*

b) *se a mudança fundamental resultar de violação pela parte que a invoca, seja de um tratado, seja de qualquer outra obrigação internacional em relação às outras partes no tratado.*

3. *Se, nos termos dos parágrafos anteriores, uma parte pode invocar uma mudança fundamental de circunstâncias como causa para a extinção ou retirada do tratado, pode também invocá-la para suspender a execução do tratado”.*

Relativamente aos Tratados, finalmente, é importante destacar que um tratado é nulo, na hipótese de violar uma norma geral e imperativa de Direito Internacional, o chamado *jus cogens*. A nulidade, decorrente de uma norma imperativa de Direito Internacional, pode ocorrer anteriormente à existência de um tratado, ou posteriormente a isso.<sup>10</sup>

A Convenção de Viena, de 1969, assim estabelece:

“Artigo 53

*Tratado em Conflito Com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral*

*(Jus Cogens)*

*É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.*

Artigo 64

*Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral.*

*(Jus Cogens)*

*Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional geral, qualquer tratado existente em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.*

Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>11</sup> nos lembra que :

*“Ao aderir aos tratados gerais de direitos humanos no início da década de noventa (dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cf infra), o Brasil já tinha efetuado as ratificações de importantes tratados relativos a aspectos específicos da proteção dos direitos humanos, ou as adesões aos mesmos. Acrescentem-se as ratificações pelo Brasil de numerosas convenções internacionais do trabalho Mas a par de muitos tratados de proteção (particularizada) dos*

<sup>10</sup> Um exemplo de norma imperativa de Direito Internacional são os Direitos Humanos e qualquer tratado que venha a contrariar esses direitos é nulo de pleno direito.

<sup>11</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, Vol. III, 2003, pp. 617/618.

*direitos humanos, anteriormente ratificados pelo Brasil, persistia, paradoxalmente, até o início dos anos noventa, a grande omissão relativa particularmente aos três tratados gerais de proteção, quais sejam, no plano global, os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, e, no plano regional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.*

### **3. Conflito entre Tratado X Lei e os Direitos Humanos**

Matéria relevante e de suma importância ao Direito Internacional, possuindo uma estreita relação com o Direito Constitucional, é a questão relativa ao conflito entre **Tratado X Lei e Tratado X Constituição**, o que, em termos práticos, consiste no que consideramos a seguir.

Na hipótese de algum conflito entre um tratado e uma lei, ou da constituição e um tratado, o que deve prevalecer? Dependendo do posicionamento adotado, diversas poderão ser as conseqüências, e a resposta deverá ser obtida nas Constituições dos Estados.

No caso da República Federativa do Brasil, há que se observar o disposto nos artigos 5º., § 3º., da Constituição Brasileira, 49, inciso I e 84, incisos VII e VIII.

Doutrinariamente, importante destacar as teorias monista e dualista.

A escola da teoria dualista, construída por Carl Heinrich Triepel e Alfred Vedross e outros doutrinadores, admite a existência de duas ordens jurídicas distintas, uma nacional e outra internacional, igualmente válidas. Ambos os direitos caminham em paralelo e o conflito de normas ocorreria quando da internalização ou incorporação das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno (nesta hipótese, não se pode falar em conflito de norma internacional e norma nacional - conflito de leis no espaço -, pois, em verdade, o conflito dar-se-ia no âmbito do direito interno - conflito de leis no tempo).

Para os adeptos desta teoria, as normas do Direito Internacional Público somente regulam questões entre Estados, não sendo capazes de produzir direitos e obrigações aos particulares, uma vez que são estabelecidas por fontes jurídicas distintas.

Justifica ANZILOTTI que as ordens jurídicas internas e externas são diversas porque tem destinatários diferentes, enquanto a internacional regulamenta as relações entre os Estados, a interna regulamenta a dos indivíduos, emanando de fontes diversas tendo, portanto, destinatários diferentes.

A escola monista, concebida por doutrinadores como Kelsen, Verdross, Duguit e Scelle, entende a ordem jurídica internacional e a ordem nacional como integrantes de um mesmo sistema jurídico, não havendo a necessidade de o Estado, após ratificar um tratado internacional, proceder à internalização de suas normas, posto que elas são automaticamente aplicáveis.

A teoria monista subdivide-se em duas categorias: a que reconhece a supremacia do Direito Internacional pautada por uma relativização do conceito de soberania, quiçá a mais adequada às atuais tendências mundiais, e a que reconhece o primado do direito nacional embasado no conceito clássico e incondicional de soberania estatal.

Para a teoria monista da primazia do Direito Internacional, as normas internacionais têm aplicabilidade direta no ordenamento jurídico dos Estados e força de derogar as leis nacionais com ela incompatíveis. Já a corrente monista, que afirma a superioridade do direito nacional, não obstante reconhecer a aplicabilidade imediata das normas internacionais, nega vigência a elas quando incompatíveis com as normas nacionais.

A teoria monista do primado do direito nacional deixa, cada vez mais, de ter aplicabilidade, pois, com base no conceito do poder incondicionado e soberano do Estado, nega qualquer responsabilidade do Estado por descumprimento de norma internacional.

A concepção monista da primazia do Direito Internacional é a que atualmente prevalece em vários países, dentre os quais Argentina e Paraguai, no âmbito do MERCOSUL, e Portugal, Luxemburgo, Grécia e outros, na Europa.

Arnaldo Süssekind<sup>12</sup> nos explica que :

“A Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria monista, em virtude da qual o tratado ratificado complementa, altera ou revoga o direito interno, desde que se trate de norma self-executing e já esteja em vigor na órbita internacional”.

No ordenamento constitucional brasileiro, não há dispositivo que estabeleça hierarquia nas normas internacionais em relação às nacionais. Consideradas equivalentes, são aplicadas segundo a regra *lex posterior revocat priori*.

---

<sup>12</sup> SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT*, LTr: São Paulo, 2ª. ed., 1998, p. 37.



Nesse sentido, encontramos o ensinamento de Tercio Sampaio Ferraz Júnior<sup>13</sup>, afirmando que:

*“O tratado se incorpora ao Direito Interno ao mesmo nível hierárquico da Lei Ordinária, e havendo incompatibilidade entre aquele e as Leis Ordinárias do país, ou vice-versa, aplica-se, portanto, o princípio geral adotado de que prevalece a norma posterior sobre a anterior, tudo conforme a regra estrutural da lex posterior revocat priori”.*

Flavia Piovesan<sup>14</sup> afirma o seguinte: “enquanto os demais Tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, os direitos enunciados em Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos apresentam hierarquia de norma constitucional”.

Muito embora, como analisado anteriormente, o artigo 4º., parágrafo único, da Constituição Federal, estabeleça que a Nação tem como finalidade buscar a integração política entre os Estados latino-americanos, não explícita, a exemplo do texto constitucional uruguaio, mecanismos que a viabilizem.

A Constituição brasileira prevê sistema de celebração e de aprovação dos Tratados, nos artigos 84, inciso VIII (competência exclusiva do Presidente da República para celebrar Tratados), e 49, inciso I (competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre Tratados Internacionais que acarretem obrigações ao Estado).

Deve-se reconhecer, entretanto, ser importantíssima a Emenda Constitucional 45, de 2004, que assegura aos Tratados decorrentes de Direitos Humanos grau de hierarquia constitucional, assim dispondo:

“Art. 5º.

§ 3º. 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”.

No campo do Direito Constitucional Comparado, o Direito argentino é profícuo no tema, tendo em vista a redação do disposto no artigo 75.22, anteriormente transcrito.

Ao comentar o tema, ANGÉLICA GELLI<sup>15</sup> entende que a Constituição Argentina, de 1994, estabeleceu a supremacia desta sobre as demais normas, mas reconhece, a determinados Tratados decorrentes de Direitos Humanos, hierarquia constitucional.

---

<sup>13</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação*. Atlas: São Paulo, 3ª. ed., 2001, p. 236.

TRAVIESO<sup>16</sup> assim comenta:

“El proceso de jerarquización de los Tratados de Derechos Humanos se opera a través de un régimen de mayorías agravadas especiales: el voto de las terceras partes de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras: Diputados y Senadores.

De acuerdo con las normas constitucionales hay dos métodos o procesos: uno el de la probación que requiere la simple mayoría; y el otro, el de la jerarquización constitucional, que requiere una mayoría superior a la primera, esto es, los dos tercios.

(.....)

La Constitución reformada establece que los tratados con jerarquía constitucional no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, o sea: la parte dogmática; y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Eso significa que los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional se complementan con las normas de la parte dogmática de la Constitución Nacional.

Assim, ao menos em matérias relativas aos Direitos Humanos, a República Federativa do Brasil passa a acompanhar os textos constitucionais mais contemporâneos<sup>17</sup>, garantindo aos referidos atos internacionais força de emenda constitucional, desde que aprovados por 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

#### **4. Os Tratados na Constituição Federal de 1988**

A matéria em comento ganha destaque à medida que, em face da interdependência, os Estados, cada vez mais, tendem a celebrar Tratados com outros sujeitos de Direito Internacional e, assim sendo, a questão relativa aos Direitos Humanos ganha destaque, notadamente, ante a existência de uma preocupação cada vez maior em preservá-los com a criação de Tribunais Internacionais, sendo o caso do Tribunal Penal Internacional, instituído pelo Tratado de Roma, 1998.

A elevação dos Tratados decorrentes de Direitos Humanos ao *status* constitucional, efetuada com a Emenda Constitucional 45/04, é extremamente salutar, pois vem a dar

---

<sup>14</sup> PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Max Limonad: São Paulo, 5ª. ed., 2002, p. 83.

<sup>15</sup> ANGÉLICA GELLI, Maria. *Constitución de La Nación Argentina*. 2ª. ed., La Ley: Buenos Aires, 2004, pp. 592 e ss.

<sup>16</sup> TRAVIESO, Juan Antonio. *Los Derechos Humanos em la Constitución de la República Argentina*. Eudeba: Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000, pp. 32 e 33.

<sup>17</sup> A exemplo da Constituição argentina.

maior segurança jurídica, tanto no plano nacional, como no plano internacional, no cumprimento dessas normas internacionais.

Por último, importante esclarecer o mecanismo de celebração dos Tratados, em nosso ordenamento jurídico:

<b>FASE EXTERNA</b>	<b>FASE INTERNA</b>	<b>FASE EXTERNA</b>	<b>FASE INTERNA</b>	<b>FASE EXTERNA</b>
<b>NEGOCIAÇÃO E ASSINATURA</b>	<b>APROVAÇÃO CONGRESSUAL</b>	<b>RATIFICAÇÃO</b>	<b>PROMULGAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE DECRETO PRESIDENCIAL</b>	<b>DEPÓSITO DO INSTRUMENTO DE RATIFICAÇÃO (TRATADOS MULTILATERAIS)</b>
	<b>49/I CF/88 – DECRETO LEGISLATIVO</b>	<b>CHEFE DE ESTADO – ART 84, VIII CF/88 – ATO DISCRICIONÁRIO - ENTRA EM VIGOR NO PLANO EXTERNO</b>	<b>INOVA NA ORDEM JURÍDICA, TORNA PÚBLICO E PERFEITO O ATO – ENTRA EM VIGOR NO PLANO INTERNO</b>	<b>REGISTRO NA ONU (ARTIGO 102, CARTA DA ONU)</b>

A tramitação inicia-se com as negociações e é competência do Chefe de Estado ou do Ministro das Relações Exteriores. Etapa seguinte é a assinatura, que tem a finalidade de autenticar o texto, isto é, torná-lo oficial, além de demarcar o fim das negociações. Estas são as fases externas.

Após, tem-se a fase interna, na qual há a aprovação do Tratado, pelo Congresso Nacional, que expede um Decreto Legislativo, autorizando o Chefe de Estado a ratificá-lo. Observe-se o seguinte detalhe: a ratificação é ato discricionário e de competência exclusiva do Chefe de Estado.

Transcorrida esta fase, tem-se a fase externa, com a ratificação do Tratado, efetuada pelo Chefe de Estado, e o seu comprometimento em cumprir, no plano internacional, com o dispositivo do ato internacional. É a partir da ratificação do Tratado que este começa a vigorar no plano internacional e, somente então, o Estado poderá ser responsabilizado internacionalmente.

Após a ratificação, deve ser expedido e promulgado o Decreto Presidencial, com a finalidade de tornar perfeito e público o ato, inovando na ordem jurídica, de modo a gerar efeitos no plano interno.<sup>18</sup>

Finalmente, no plano externo, há o depósito do instrumento de ratificação, nas hipóteses de Tratados Multilaterais e o seu registro na ONU ou no Organismo Internacional competente.

## **5. Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho**

Antes de iniciarmos a análise das Convenções Fundamentais da OIT, devemos tecer algumas considerações deste que é o mais importante organismo internacional referente ao Direito do Trabalho.

Em outro estudo,<sup>19</sup> foram apresentadas as seguintes considerações:

“A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919 pela 13ª. parte do Tratado de Versailles (Tratado de Paz). Faz parte da Sociedade das Nações Unidas, conforme artigo 6º. Tem afirmada a sua personalidade jurídica como pessoa jurídica de direito público internacional.

O objetivo da OIT é o de proporcionar melhoria das condições de trabalho e das condições humanas, buscar igualdade de oportunidades, a proteção do trabalhador em suas relações com o trabalho, enfim, a cooperação entre os povos para promover o bem comum e a primazia do social em toda a planificação econômica e a finalidade social do desenvolvimento econômico.

A OIT é um organismo tripartite, pois a qualidade de membro assegura ao Estado o direito de participar com 02 representantes do governo, 01 representante do empregador e 01 representante do empregado, característica que o distingue dos demais organismos internacionais que integram a ONU, criando assim o chamado ‘falso tripartismo’, pois o governo possui 02 representantes.

(...)

Convenção Internacional é um tratado-lei multilateral, ratificável, que não admite ressalva. São os instrumentos normativos internacionais mais importantes, que derivam da Conferência Internacional do Trabalho, órgão da OIT. São editadas e votadas pelos representantes dos estados membros, dos empregadores e dos trabalhadores.

---

<sup>18</sup> A propósito, consultar a ADIN 1.480-3/D.

<sup>19</sup> PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio. *Direito do Trabalho Doméstico*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 2001, pp. 68 e 69.

Ratificação é o processo pelo qual passam as convenções internacionais para lhes prestar validade e eficácia na ordem jurídica interna do estado soberano. No Brasil, o Presidente da República é que tem, por delegação constitucional, a obrigação e o dever de, através de uma mensagem presidencial, encaminhar para aprovação do Congresso Nacional, a ratificação de um tratado internacional (é uma obrigação internacional). Aprovada pelo Congresso Nacional (se não aprovar é arquivado), devolve ao Presidente da República, que por sua vez não está obrigado a ratificar. Ele pode promulgar ou vetar.

A Convenção Internacional adquire vigência no plano internacional doze meses após a ratificação de pelo menos dois países membros. Se nenhum ou apenas um país ratificar, não adquire vigência no plano internacional.

Adquirida a vigência no plano internacional, cria-se a obrigação para os Estados membros da OIT de no prazo de doze ou dezoito meses (o prazo depende do texto da Convenção) submeter-se a ratificação, por esta razão; a vigência não se confunde com a eficácia jurídica resultante de sua aplicação.

A Recomendação, por sua vez, é o instrumento normativo também aprovado por conferência de organismo internacional, porém não sendo ‘tratados internacionais’, haja vista que não são suscetíveis de ratificação, não criando, salvo exceções, obrigações para os Estados membros, apenas sugerindo normas que podem ser adotadas pelo legislador dos países membros”.

Fernando Barcellos de Almeida<sup>20</sup> nos lembra que “os fins e os objetivos da Organização, além dos constantes dos considerandos do Preâmbulo, são os adotados em Filadélfia, na Conferência de 10 de maio de 1944...”.

Dentre as 183 Convenções da Organização Internacional do Trabalho, aprovadas até junho de 2001<sup>21</sup>, “*as deliberações da estrutura tripartite da OIT designaram oito como fundamentais, as quais integram a Declaração de Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da OIT (1988)*”.

Lembramos<sup>22</sup> que, em “10 de dezembro de 1998, durante a 15<sup>a</sup>. Reunião Ordinária, foi firmada, no Rio de Janeiro, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, sendo subdividida nas seguintes partes: Direitos Individuais; Direitos Coletivos; Outros Direitos

---

<sup>20</sup> ALMEIDA, Fernando Barcellos de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos*, Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 91.

<sup>21</sup> Normas – Classificação, texto encontrado no site [www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm), acessado em 03/05/2005.

<sup>22</sup> VILLATORE, Marco Antônio. “Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas Constituições dos Estados Partes”, in *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Año 8, n. 5, Buenos Aires: La Ley, Octubre de 2004, p. 53.

e, por último, Aplicação e Seguimento”, sendo que “esse importante documento surgiu por meio de sugestões das Centrais Sindicais e do próprio Subgrupo de Trabalho nº. 10, tendo por base as oito Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho denominadas fundamentais e que deveriam ser ratificadas por todos os países”.

As supracitadas oito Convenções Fundamentais são as seguintes<sup>23</sup>:

<b>Nº. 29</b>	Trabalho forçado (1930): dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas. Admitem-se algumas exceções, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, etc.
<b>Nº. 87</b>	Liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização (1948): estabelece o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações que considerem convenientes e de a elas se afiliarem, sem prévia autorização, e dispõe sobre uma série de garantias para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas.
<b>Nº. 98</b>	Direito de sindicalização e de negociação coletiva (1949): estipula proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical, proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra atos de ingerência de umas nas outras, e medidas de promoção da negociação coletiva.
<b>Nº. 100</b>	Igualdade de remuneração (1951): preconiza a igualdade de remuneração e de benefícios entre homens e mulheres por trabalho de igual valor.
<b>Nº. 105</b>	Abolição do trabalho forçado (1957): proíbe o uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política; como castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas; a mobilização de mão-de-obra; como medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, ou como medida de discriminação.
<b>Nº. 111</b>	Discriminação - emprego e ocupação (1958): preconiza a formulação de uma política nacional que elimine toda discriminação em matéria de emprego, formação profissional e condições de trabalho por motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, e promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento.
<b>Nº. 138</b>	Idade Mínima (1973): objetiva a abolição do trabalho infantil, ao estipular que a idade mínima de admissão ao emprego não deverá ser inferior à idade de conclusão do ensino obrigatório.
<b>Nº. 182</b>	Piores Formas de Trabalho Infantil (1999): defende a adoção de medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil.

Em outro estudo nosso,<sup>24</sup> apontamos um quadro com as supracitadas Convenções e as datas das Ratificações<sup>25</sup> ocorridas em cada um dos Estados Partes do MERCOSUL, que são as seguintes:

Ratificações das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho pelos Estados Partes do MERCOSUL								
	Trabalho Forçado		Liberdade Sindical		Discriminação		Trabalho Infantil	
	Conv. 29	Conv. 105	Conv. 87	Conv. 98	Conv. 100	Conv. 111	Conv. 138	Conv.182
<b>Argentina</b>	14/03/1950	18/01/1960	18/01/1960	24/09/1956	24/09/1956	18/06/1968	11/11/1996	05/02/2001
<b>Brasil</b>	25/04/1957	18/06/1965	-	18/11/1952	25/04/1957	26/11/1965	28/06/2001	02/02/2000
<b>Paraguai</b>	28/08/1967	16/05/1968	28/06/1962	21/03/1966	24/06/1964	10/07/1967	03/03/2004	07/03/2001
<b>Uruguai</b>	06/09/1995	22/11/1968	18/03/1954	18/03/1954	16/11/1989	16/11/1989	02/06/1977	03/08/2001

<sup>23</sup> Normas – Classificação, texto encontrado no site

[www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/organiza.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/organiza.htm), acessado em 03/05/2005.

<sup>24</sup> VILLATORE, Marco Antônio. “Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas Constituições dos Estados Partes”, in *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Año 8, n. 5, Buenos Aires: La Ley, Octubre de 2004, p. 53.

<sup>25</sup> Informações colhidas no site da Organização Internacional do Trabalho - “www.ilo.org”, acessado em 25 de junho de 2004.

Como já explicado, anteriormente<sup>26</sup>, verificamos “que o Brasil é o único país integrante do MERCOSUL que não ratificou todas as 8 Convenções Fundamentais da OIT, restando a Convenção 87, sobre Liberdade Sindical, justamente em razão da nossa unicidade sindical e da cobrança obrigatória de contribuição (artigo 8º., incisos II e IV da Constituição Federal de 1988, respectivamente)”.

Entendemos ser possível uma nova análise das Casas do Congresso Nacional para transformar o Decreto que regulamentou a maioria das Convenções Fundamentais, em Emenda Constitucional com base no § 3º. do artigo 5º. da nossa Constituição, acrescido pela Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004.

Lembramos que o Congresso Nacional brasileiro já transformou Convenção Fundamental através de Emenda Constitucional, como foi o caso da Convenção 138 da OIT, cujo Decreto 4.134, de 15.02.2002, publicado em 18 dos mesmos mês e ano, mas somente possível com a modificação do artigo 7º., inciso XXXIII da Constituição Federal através da Emenda Constitucional 20, de 15.12.98.

A referida Convenção Fundamental, que trata de idade mínima para o trabalho, estabelece uma média de 16 anos, no mínimo, para o início do trabalho, conforme as regras escolares, salvo no caso de necessidades especiais e situação social de alguns países. No caso brasileiro, houve aumento da idade até então possível, em dois anos, sendo de, no mínimo, 16 anos para o trabalho do menor, e a partir dos 14 anos, no caso do trabalho do menor aprendiz.

Não podemos nos esquecer da discussão sobre a impossibilidade de modificação de parte da Constituição brasileira, inclusive no seu artigos 7º. e 8º., além de seus incisos e parágrafos únicos, no caso de cláusulas pétreas, conforme previsão do artigo 60, parágrafo 4º., inciso IV da mesma Carta Magna.

Analisando os incisos II e IV do supracitado artigo 8º. da Constituição Federal de 1988, lembramos que não seria possível a ratificação da Convenção 87 da OIT sem a mudança dos incisos acima citados, sobre pluralidade sindical e contribuição sindical obrigatória, respectivamente.

---

<sup>26</sup> VILLATORE, Marco Antônio. “Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas Constituições dos Estados Partes”, in *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Año 8, n. 5, Buenos Aires: La Ley, Octubre de 2004, p. 53.

Estão em tramitação inúmeras Propostas de Emenda à Constituição, sendo a mais atualizada a de número 369/2005, derivada do Fórum Nacional do Trabalho, firmada por Ricardo José Ribeiro Berzoini, Ministro de Estado do Trabalho e Emprego brasileiro.

A supracitada Proposta de Emenda Constitucional tem por finalidade a alteração de alguns incisos do artigo oitavo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente o inciso II, passando de Unicidade Sindical para Pluralidade Sindical e IV, retirando a obrigatoriedade de pagamento de contribuição sindical, mas passando a existir uma contribuição denominada de “negocial”, para atender aos gastos com a negociação coletiva, em razão da Convenção Coletiva de Trabalho continuar com a sua característica de abranger a todos os membros de determinada profissão, desde que a entidade sindical seja a mais representativa.

Tivemos o grato prazer de participar da banca de tese de doutorado de Gilberto Stürmer<sup>27</sup> em que foi discutida, exatamente, a questão de que, mesmo com a modificação renunciada pela Proposta supracitada, o Brasil continuaria não podendo ratificar a Convenção 87 da OIT, tendo em vista a cobrança de contribuição obrigatória, além do fato de se exigir um percentual de 20% de adesão dos trabalhadores para se formar um novo sindicato.

Convém frisar o ensinamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, no seguinte sentido:

*“Em seu estudo para a Conferência Mundial, manteve-se a OIT consciente de que ‘muitas violações de direitos humanos tomam a forma de ação no nível de privação econômica ou imposição de desvantagens no local de trabalho – discriminação no emprego, trabalho forçado e escravidão, violações da liberdade de associação no emprego, trabalho forçado e escravidão, violações da liberdade de associação, trabalho, infantil, abusos de trabalhadores migrantes, - e muitas outras áreas de direitos humanos são protegidas essencialmente mediante a legislação trabalhista’”.*

---

<sup>27</sup> STÜRMER, Gilberto. “A liberdade sindical na constituição da república federativa do brasil de 1988 e sua relação com a convenção 87 da organização internacional do trabalho”, tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, Orientadora: Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, pp. 233-248.



## **6. Considerações Finais**

O presente estudo teve por base, à luz do Direito Comparado, fazer uma análise do Direito dos Tratados, em cotejo com os Direitos Humanos, tema que passa a ganhar destaque com a publicação da Emenda Constitucional 45/04.

O foco principal do supracitado texto é a análise da hierarquia das Convenções Fundamentais da OIT, que serviram de base para as Declarações da própria Organização, além do MERCOSUL, as duas firmadas no ano de 1998.

Verificamos que as oito Convenções Fundamentais, sobre discriminação no trabalho, trabalho escravo, trabalho infantil e negociação e liberdade sindicais, a maioria ratificada pelo Brasil, mas com aplicação de Lei Ordinária, salvo a Convenção 138 da OIT, podem ter modificada a sua caracterização para Emenda Constitucional.

Com essa transformação, tais importantes instrumentos terão força constitucional, não ficando ao alvitre do surgimento de nova legislação que ocasionaria a sua derrogação, na parte que fosse conflitante com os mesmos.

Ganha maior relevância a questão, quando depararmos com os tratados decorrentes de Direitos Humanos que, a partir da Emenda Constitucional 45/04, desde que aprovados por 3/5, em dois turnos em cada uma das Casas do Congresso Nacional, passam a ter o mesmo tratamento de emenda à constituição.

Este, aliás, é o procedimento de emenda à constituição, prevista no artigo 60 § 2º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O embate doutrinário a ser posto, evidentemente, é outro.

Seria possível, em tese, um Tratado já ratificado pela República Federativa do Brasil, que possua status infraconstitucional, ser, novamente, reapreciado pelo Congresso, segundo o disposto no § 3º. do artigo 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, para que passe a ter grau de hierarquia constitucional?

Sob o viés estrito dos Direitos Humanos, a resposta nos parece afirmativa, notadamente, porque a norma constitucional e seus princípios devem atingir o seu grau maior de eficácia e, neste sentido, seria possível realizarmos uma interpretação sistemática dos §§2º. e 3º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, possibilitando esse procedimento.

Sob a ótica jurisprudencial e, sabedores do posicionamento do STF, de que os tratados possuem grau de hierarquia infraconstitucional, pode-se entender que a EC 45/04 teria aplicabilidade para os futuros tratados que venham a ser ratificados, seguindo este procedimento e não poderia retroagir em seus efeitos.

Assim, qualquer procedimento de votação, realizado pelo Congresso Nacional, poderia estar eivado de inconstitucionalidade, notadamente, porque o iter procedimental, da celebração dos tratados já se teria consumado, com a ratificação, pelo Chefe de Estado, que exerceu o ato, com status infraconstitucional.

O embate jurídico poderia gerar grande insegurança jurídica.

Considerando-se que, à luz do § 3º. do artigo 5º. da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os Tratados aprovados mediante aquele processo venham a ter grau de hierarquia constitucional, como forma de dirimir a questão, somos da opinião que, qualquer tratado versando sobre direitos humanos, já incorporado ao nosso ordenamento jurídico, somente poderia ser considerado como norma constitucional, através de emenda à constituição, de acordo com a previsão do artigo 60 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para finalizarmos o nosso estudo, destacamos a citação sempre atual de Norberto Bobbio,<sup>28</sup> ao afirmar que:

*“Sabe-se que o tremendo problema diante do qual estão hoje os países em desenvolvimento é o de se encontrarem em condições econômicas que, apesar dos programas ideais, não permitem desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais. O direito ao trabalho nasceu com a Revolução Industrial e é estreitamente ligado à sua consecução. Quanto a esse direito, não basta fundamentá-lo ou proclama-lo. Nem tampouco basta protegê-lo. O problema da sua realização não é filosófico nem moral. Mas tampouco é um problema jurídico. É um problema cuja solução depende de um certo desenvolvimento da sociedade e, como tal, desafia até mesmo a Constituição mais evoluída e põe em crise até mesmo o mais perfeito mecanismo de garantia jurídica”.*

## **7. Referências bibliográficas**

ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. “Curso de Direito Internacional Público”. Volume I, 14ª. ed., Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

---

<sup>28</sup> BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus: Rio de Janeiro, 8ª. ed., 1992, p. 45.

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. “Teoria Geral dos Direitos Humanos”, Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996.

ANGÉLICA GELLI, Maria. “Constitución de La Nación Argentina”. 2ª. ed. La Ley: Buenos Aires, 2004.

BIDART CAMPOS, Germán J. “Teoria General de los Derechos Humanos”, Editorial Astrea: Buenos Aires, 1991.

BOBBIO, Norberto. “A Era dos Direitos”. Editora Campus: Rio de Janeiro, 8ª. ed., 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. “A afirmação histórica dos direitos humanos”. Saraiva: São Paulo, 3ª. ed., 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. “Introdução ao estudo de direito: técnica, decisão, dominação”. Atlas: São Paulo, 3ª. ed., 2001.

Normas – Classificação, texto encontrado no site [www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm](http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm), acessado em 03/05/2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio. “Direito do Trabalho Doméstico”, LTr: São Paulo, 2ª. ed., 2001.

PIOVESAN, Flavia. “Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional”. Max Limonad: São Paulo, 5ª. ed., 2002.

REZEK, José Francisco. “Direito Internacional Público. Curso Elementar”, 9ª. ed., Editora Saraiva: São Paulo.

STÜRMER, Gilberto. “A liberdade sindical na constituição da república federativa do brasil de 1988 e sua relação com a convenção 87 da organização internacional do trabalho”, tese apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, Orientadora: Professora Doutora Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira.

SÜSSEKIND, Arnaldo. “Convenções da OIT”, LTr: São Paulo, 2ª. ed., 1998.

TRAVIESO, Juan Antonio. “Los Derechos Humanos em la Constitución de la República Argentina”. Eudeba: Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Sérgio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, Vol. III, 2003.

VILLATORE, Marco Antônio. “Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas Constituições dos Estados Partes”, in *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, Año 8, n. 5, Buenos Aires: La Ley, pp. 49-66, Octubre de 2004.