

CENTRO UNIVERSITARIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA

MARCELO RODRIGUES

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA CONVENÇÃO
158 DA OIT**

CURITIBA

2017

MARCELO RODRIGUES

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA
CONVENÇÃO 158 DA OIT**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo
Biacchi Gomes.

CURITIBA

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARCELO RODRIGUES

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA
CONVENÇÃO 158 DA OIT**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Professor Dr. Eduardo Biacchi Gomes
Membro PPGD UniBrasil

Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier
Membro PPGD UniBrasil

Profa. Dra. Leila Andressa Dissenha
Convidada - Membro PPGD PUC/PR

Curitiba, 26 de setembro de 2017

RESUMO

Este trabalho estuda a efetivação dos direitos sociais pela aplicação do controle de convencionalidade voltado à proteção ao direito do trabalho no contexto internacional e seu respectivo diálogo com o direito interno. Verifica a condição do direito do trabalho como um direito social, humano e fundamental, com proteção na Constituição de 1988 e também através de tratados internacionais e interpretação destes pelo Supremo Tribunal Federal, no seu papel de efetivar o controle de convencionalidade e constitucionalidade. Por fim, aborda as principais normas da OIT, para então fazer análise específica da Convenção n.º 158 da OIT sob a perspectiva da Lei n.º 13.467/2017, a qual instituiu a Reforma Trabalhista, que autoriza a dispensa coletiva ou em massa, indicando a inconstitucionalidade e não convencionalidade da norma.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direitos Sociais. Trabalho. Tratados Internacionais. Controle de Constitucionalidade. Controle de Convencionalidade. Normas da OIT.

ABSTRACT

This essay studies the fulfillment of social rights through conventionality control enforcement, focused on protecting labour law in an international setting and its respective dialog with domestic law. It scrutinizes the labour law condition as a social, human and fundamental right, under the protection of 1988 Brazilian Constitution and also under international treaties and their interpretation by Supreme Court of Brazil, that performs both conventionality and constitutionality control. At last, it approaches ILO's main norms, and then specifically analyzes ILO Convention No. 158 under the perspective of Brazilian law No. 13.467/2017, that establishes the labour reform, which authorizes collective or mass dismissal, indicating the unconstitutionality and unconventionality of the norm.

Keywords: International law. Social rights. Labour. International treaty. Constitutionality Control. ILO norms.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS.....	ii
RESUMO.....	iii
ABSTRACT.....	iv
1 INTRODUÇÃO.....	05
CAPÍTULO 1 – DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E SOCIAIS E A PROTEÇÃO AO TRABALHO.....	08
1.1 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS.....	08
1.2 FUNDAMENTALIDADE E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS.....	15
1.2.1 Progressividade e vedação do retrocesso social.....	16
1.2.2 Mínimo existencial e reserva do possível.....	20
1.3 Proteção ao direito do trabalho e os direitos sociais.....	25
1.3.1 O Direito do Trabalho na Constituição de 1988 e os direitos sociais.	27
CAPÍTULO 2 – TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	32
2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	32
2.1.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil	32
2.1.2 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF).....	38
2.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	44
2.2.1 Controle de convencionalidade: definição e aplicação.....	44
2.2.2. Controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade....	55
2.2.3 Controle de convencionalidade no direito do trabalho.....	61
CAPÍTULO 3 - CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	67
3.1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.....	67
3.2 CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DE	

CONVENCIONALIDADE.....	75
3.2.1 Convenção 29 DA OIT – Abolição do Trabalho Forçado.....	76
3.2.2 Convenção 105 da oit – abolição do trabalho forçado.....	79
3.2.3 Convenção da OIT – Liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização.....	81
3.2.4 Convenção 98 da OIT – Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva.....	82
3.2.5 Convenção 100 da OIT – salário igual para trabalho de igual valor entre homens e mulheres.....	83
3.2.6 Convenção 111 da OIT – discriminação em matéria de emprego e ocupação (profissão).....	85
3.2.7 Convenção 138 da OIT – Idade Mínima para admissão em emprego.....	86
3.2.8 Convenção 182 da OIT – piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação.....	88
3.3. A CONVENÇÃO 158 DA OIT.....	89
3.3.1 Ratificação da Convenção 158 da OIT no Brasil.....	91
3.3.2. A denúncia do Brasil.....	92
3.3.3 A ADIN 1480.....	93
3.3.4 A ADIN 1625.....	96
3.4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, CONVENÇÃO 158 DA OIT E O ARTIGO 477- A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT).....	101
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	106

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CADH	Corte Americana de Direitos Humanos
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
HC	<i>Habeas Corpus</i>
OEA	Organização dos Estados Americanos
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
STF	Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa ao estudo da efetivação dos direitos sociais pela aplicação do controle de convencionalidade voltado à proteção ao direito do trabalho no contexto internacional e seu respectivo diálogo com o direito interno.

Inserido na linha de pesquisa II do Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, cujo estudo concentra-se sobre Estado e concretização dos direitos: correlação e interdependências nacionais e internacionais, o trabalho foi fruto de investigação metodológica qualitativa, assim escolhida para melhor apresentar linhas de raciocínio envolvendo teoria (e prática) em termos de direito do trabalho, controle de convencionalidade e a Organização Internacional do Trabalho(OIT).

Desta forma, o trabalho, por meio do método dedutivo, em um primeiro instante, aborda o conceito de direitos sociais, sua relação direta com os direitos humanos e os direitos fundamentais e exigibilidade.

Verifica a condição do direito do trabalho como um direito social, humano e fundamental, com proteção na Constituição de 1988 e também por meio de tratados internacionais.

Aborda também, a recepção dos tratados internacionais no direito brasileiro, bem como, o tratamento da Constituição de 1988 e a interpretação dos tratados de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal para então chegar ao controle de convencionalidade e constitucionalidade.

Assim, o presente trabalho busca verificar se na hipótese em que o direito do trabalho não seja efetivado pelo direito interno, ou ainda, seja objeto de violação, é possível a aplicação do controle de convencionalidade, como método eficaz para que as normas internacionais de caráter *prima facie* tenham validade no plano jurídico interno.

Para demonstrar e justificar a necessidade do controle de convencionalidade, como método para efetivação dos direitos sociais, o trabalho aborda o conceito do supracitado controle, seu objeto, classificação e parâmetro de aplicação.

De modo efetivo, o trabalho busca demonstrar a necessidade do controle de convencionalidade não somente no plano vertical e internacional, como também no plano horizontal e interno, bem como, no âmbito jurídico e administrativo, assim o fazendo levando em consideração que, o controle de convencionalidade pode ser classificado como um controle normativo, mas também, como método de interpretação, seja pelo operador do direito, na aplicação das normas, como também pelo administrador da coisa pública, no ato discricionário a ser praticado, cujo objeto compreenda os direitos humanos, especialmente, os direitos sociais.

Especificamente sobre o Direito do Trabalho como direito social, este trabalho aborda a importância da Organização Internacional do Trabalho, sua estrutura e principais convenções como fontes do direito internacional do trabalho, bem como a importância das mesmas para que ocorra o controle de convencionalidade em matéria trabalhista.

Ainda, considerando as convenções da Organização Internacional do Trabalho, aborda a Convenção 158, sua ratificação pelo estado brasileiro, curto período de vigência, bem como, a denúncia oferecida pelo governo brasileiro, a qual suspendeu a sua aplicação no direito interno, bem como, a constitucionalidade ou não da denúncia, bem como, o tratamento a ser dado para a convenção, levando em consideração o controle de convencionalidade.

Finaliza abordando a convenção 158 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sob a perspectiva da Lei n.º 13.467/2017, a qual instituiu a Reforma Trabalhista, alterando o texto do art. 477-A da CLT, para autorizar a dispensa coletiva ou em massa, indicando a inconstitucionalidade e não convencionalidade da norma.

Assim, a análise do caso concreto leva em consideração os princípios constitucionais, bem como, a norma internacional e sua receptividade, com a finalidade de resguardar os direitos fundamentais do trabalhador, ainda que tal interpretação implique em eventual conflito com legislação ordinária.

CAPÍTULO 1 – DIREITOS HUMANOS, FUNDAMENTAIS E SOCIAIS E A PROTEÇÃO AO TRABALHO

1.1 A UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

Neste capítulo, a abordagem será feita sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos e de sua importância na proteção aos direitos sociais, sendo aqui considerado o direito do trabalho como direito humano, fundamental e social. Outrossim, apesar de se reconhecer desde logo que a temática é multidisciplinar, o tema direitos humanos será analisado sobretudo sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Sobre os direitos humanos, não cabe aqui defini-los, uma vez que não possuem um conceito fechado, restrito, até mesmo porque, conforme lembra Norberto Bobbio, “não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los”¹.

Na verdade, os direitos humanos comportam uma variedade de conceituações, bem como sua abrangência é reconhecidamente universal², com a condição humana para que sejam exercidos. Nesse ponto, há a afirmação comum de que “somente o homem pode ser sujeito de Direitos Humanos”.

Esta parece ser uma afirmação simples. Entretanto, não deixa de ser desnecessária, tanto que foi alvo de esclarecimentos em tratados internacionais como a Convenção Americana de Direitos Humanos, que

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 12.

² Ao se falar em universalismo, não se pode deixar de esquecer o debate universalismo versus relativismo (ou, ainda, multiculturalismo). O presente trabalho, não obstante reconhecer a importância do debate, não adentrará em tal problemática, enfocando no viés universalista dos direitos humanos. Para saber mais sobre o debate mencionado, recomenda-se a leitura da seguinte obra: FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (coord.) **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 38-53. Para uma visão diferenciada sobre o tema, também: SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural de direitos humanos, **Revista Lua Nova**, v. 39, São Paulo, 1997.

sustenta um sistema regional protetivo de direitos humanos³, com a afirmação que “pessoa é todo ser humano” (art. 1º, 2) e com fundamento, dentre outros instrumentos, no artigo 4.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual expressamente reconhece a dignidade a “todos os membros da família humana”, bem como reconhece os seus direitos iguais e inalienáveis como fundamento da liberdade, da justiça e da paz⁴.

A importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos é tão notória que tal documento é considerado um marco na história dos Direitos Humanos, haja vista ser um documento internacional de alcance universal⁵, independentemente da nacionalidade da pessoa, e, como visto, menciona expressamente os direitos humanos como fundamento de uma nova ordem internacional.

Portanto, seguindo o entendimento da Corte Interamericana, bem como da doutrina especializada, ao se falar aqui em Direitos Humanos compreenda-se direitos a toda e qualquer pessoa humana, em razão de ser detentora de dignidade a ser protegida.

Os Direitos Humanos são aqueles consagrados nos Tratados internacionais e direcionados a todas as pessoas pelo simples fato de ostentarem a condição humana, conforme leciona Fabio Konder Comparato⁶, sendo, como visto, decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana presente na Declaração Universal de 1948 e consolidado pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 22 nov 1969. Disponível em: < <https://goo.gl/gEx9BH> >. Acesso em: 18 mai 2017.

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS.. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948.

⁵ A Declaração Universal dos Direitos Humanos guarda, entretanto, uma problemática jurídica. Por ter nascido como uma Resolução da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), haveria a questão se possui força vinculante ou não, se seria verdadeiramente um tratado ou uma mera resolução sem força coercitiva. Ainda assim, apesar dessas discussões, é a Declaração reconhecidamente importante, tanto que deu ensejo a criação de uma série de tratados internacionais protetivos de direitos humanos, a exemplo maior do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e culturais. *In*: RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 51.

⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

A história demonstra que os direitos humanos foram conquistados por meio de intensas e longas lutas, tendo como protagonistas não Estados, mas o indivíduo, o ser humano e por esta razão, tem alcance universal⁷.

Inclusive, a própria história do reconhecimento dos direitos humanos a nível internacional e universal perpassa pela noção de que se antes tais direitos estavam sob domínio do Estado, hoje já são matérias que, por serem atinentes a todo e qualquer ser humano, ganha uma faceta internacional e para além de fronteiras estatais⁸, com “garantias internacionais internacionalizadas”⁹ e com o próprio Estado tendo a responsabilidade de respeitar, promulgar e observar tais direitos.

Candy Florêncio Thomé¹⁰ explica que “os direitos humanos, dentro dos quais está inserido o direito à igualdade, têm características nucleares a universalidade, indivisibilidade e interdependência”, as quais estão previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “ao unir o catálogo dos direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais, culturais, conjugando o valor da liberdade com o valor da igualdade”.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 91

⁸ Ibidem.

⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49.

¹⁰ THOME, Candy Florêncio. O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. *In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região*. Belo Horizonte, v. 55, n. 85, p. 137-168, jan/jun 2012.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes¹¹ afirma que por meio do movimento internacional de reconstrução dos direitos humanos, então violados na segunda guerra mundial em razão do regime nazista, buscou-se garantir, permanentemente, os valores da igualdade e da liberdade, mediante a satisfação das condições de subsistência digna e decorosa de toda e qualquer pessoa, sem nenhuma distinção.

Flávia Cristina Piovezan¹² explica que:

Relativamente ao alcance universal dos direitos humanos, o princípio da dignidade humana, como princípio fundamental da Carta de 1988, por si só, sustenta a concepção de que os direitos humanos decorrem da dignidade inerente a toda e qualquer pessoa, sem qualquer discriminação. O texto enfatiza que todos são essencialmente iguais e assegura a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais(PIOVEZAN,2012, p.206-7)..

Ou seja, da internacionalização à esfera interna, no Brasil, foi com a Constituição Brasileira de 1988 que se consagrou como valor fundamental a dignidade da pessoa humana e houve o reconhecimento expresso de uma série de direitos humanos para tutela e promoção da pessoa.

Diante dessas novas abordagens do Direito em prol da pessoa, é, então, que há outro debate jurídico: a diferenciação conceitual e ontológica entre direitos humanos e os chamados direitos fundamentais.

De modo específico, há quem diferencie tais categorias ao afirmar que os direitos humanos são mais abrangentes do que os direitos fundamentais, já que inseridos em uma ordem internacional de variados Estados diferentes entre variadas pessoas, o que não implicaria na impossibilidade da coexistência entre direitos humanos e direitos fundamentais.

Assim sendo, os direitos humanos possuiriam por fundamento o Direito Internacional Público, garantidos pelas normas e tratados internacionais,

¹¹ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A garantia do acesso ao trabalho decente. *In: Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: trabalho decente.* Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antônio César Villatore (Coordenadores). No prelo.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 406-407.

enquanto os direitos fundamentais estariam inseridos na norma interna (nacional). A este respeito, Valério Mazzuoli¹³ afirma que:

No que tange à proteção dos direitos das pessoas, tem-se que os “direitos humanos” (internacionais) são mais amplos que os “direitos fundamentais” (internos). Estes últimos, sendo positivados nos ordenamentos jurídicos internos, não tem um campo de aplicação tão extenso quanto o dos direitos humanos, ainda mais quando se leva em conta que nem todos os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais contemporâneos são exercitáveis por *todas* as pessoas indistintamente(MAZZUOLI, 2014, p.24)

Sobre os direitos fundamentais, Arion Sayão Romita¹⁴ explica que “direitos fundamentais [...] os que, em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”.

O mesmo autor¹⁵ amplia o conceito afirmando que “poderiam ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado e bem assim a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa¹⁶”.

Aline Ferreira Montenegro e Eduardo Biacchi Gomes¹⁷ resumiram as diferenças entre os supracitados institutos, da seguinte forma:

A utilização das expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” enquanto sinônimas se faz um tanto quanto normal, principalmente por aqueles que não possuem um conhecimento técnico a respeito do tema, todavia há diferenças latentes entre as

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014, p. 24.

¹⁴ ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 36.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ MONTENEGRO, Aline Ferreira; GOMES, Eduardo Biacchi. As Alterações Estatais e a Eficácia dos Ditames Constitucionais. *In: Conciliação: o paradigma da conciliação como forma de solucionar conflitos*. PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.); BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César; SANTOS, Willians Franklin Lira (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2013, p. 129.

duas acepções de direitos. Enquanto os direitos fundamentais são específicos para cada ordenamento jurídico, ou seja, cada ordem jurídica possui o seu rol de direitos fundamentais, os direitos humanos, ao menos em tese, são estendidos a todos àqueles que gozam da condição de ser humano, sendo, desse modo, dotados de universalidade, extrapolando as barreiras de um país, tendo, por isso, caráter supranacional [...] (GOMES; MONTENEGRO. 2013, p.29)

Assim, o presente trabalho tomará tal diferenciação entre direitos humanos e direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer sua complementaridade e diálogo nos mais diversos assuntos, a exemplo maior do próprio direito do trabalho, que pode ser considerado um direito humano, com amparo na norma internacional, bem como um direito fundamental¹⁸, já que possui reconhecimento e previsão expressa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, toda a Constituição Brasileira de 1988 foi inspirada no movimento de internacionalização dos direitos humanos, prevendo uma série de direitos, além de prever a entrada de novos documentos internacionais para garantia e proteção do ser humano.

Mais especificamente, os Direitos Fundamentais estão estampados sobretudo no art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, que traz variados direitos, sem que isto implique em um rol exaustivo, pois o parágrafo 2º do mesmo artigo também assegura a aplicação de outros princípios adotados pela constituição e, também, de normas derivadas de tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Outrossim, Ingo Sarlet leciona que o § 1º do art. 5º da Constituição de 1988 assegura aplicação imediata aos Direitos Fundamentais, e basicamente, porque o exercício e gozo desses direitos depende da atuação do sujeito do direito fundamental arguido, estando ao alcance da sociedade de um modo geral, sem que necessariamente haja a intervenção do estado para isso. Vale dizer: os direitos ditos fundamentais não dependem necessariamente de uma

¹⁸ Nesse sentido, ao mencionar o direito do trabalho e o direito ao trabalho como direitos humanos e fundamentais: WANDELLI, Leonardo. WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho** – Fundamentação e Exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.

prestação estatal. São direitos de titularidade individual, muito embora alguns tenham expressão coletiva, como por exemplo o direito ao voto¹⁹.

Como se estudará a instrumentalidade e eficácia dos documentos internacionais sobre o direito do trabalho (convenções da Organização Internacional do Trabalho – OIT), importante frisar e explicar, em item próprio, que os direitos sociais, dentre os quais se enquadra o direito do trabalho, também são direitos humanos e direitos fundamentais.

1.2 FUNDAMENTALIDADE E EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os Direitos Sociais estão estampados no *caput* do art. 6º da Constituição Brasileira de 1988. Da leitura da Constituição de 1988, depreende-se que o rol que compõe a gama dos chamados Direitos Sociais é expressado como sendo “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados²⁰”.

Sobre a conceituação dos direitos sociais, em uma concepção clássica, são definidos por José Afonso da Silva²¹ como:

prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/WtfF3L>>. Acesso em: 03 mar 2017.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 mar 2017.

²¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 286-287.

possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade(SILVA, 2010, p.286-87).

Miguel Carbonel²² também anota que os Direitos Sociais são direitos plenamente exigíveis perante todas as autoridades do estado em todos os níveis de governo, e que exigem uma sólida teoria dos direitos sociais. Ou seja, para que os Direitos Sociais sejam implantados e efetivados é necessária uma organização estatal, com apoio social e uma democracia séria e comprometida.

Nesse mesmo sentido é que a Constituição Brasileira de 1988 projeta um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento social e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos²³.

Sobre os Direitos Sociais, muito se discute sobre sua diferenciação dos direitos individuais. Assim, por exemplo, Courtis e Abramovich²⁴ afirmam que uma diferença básica entre os direitos individuais e os direitos Sociais é que no primeiro exige-se prestação negativa do estado (como por exemplo a não intervenção na propriedade privada), enquanto no segundo exige-se, em regra, uma prestação positiva do Estado.

Daí a característica de que a obrigação do Estado seja positiva ou negativa. Positiva na hipótese de exigir uma disponibilização de recursos para a realização ou efetivação do Direito Social exigível e, negativa se a prestação do Estado não exigir a disponibilização de recursos, mas sim a sua atuação do

²² CARBONEL, Miguel. Eficacia de la constitucion e derechos sociales, esbozo de algunos problemas. *In*: COURTIS, Christian, e SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La proteccion judicial de los derechos sociales**. Ministério de Justiça e Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2009, p. 55. Disponível em: <<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/56079.pdf#page=77&zoom=auto,-193,453>>. Acesso em 27 mai 2017.

²³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed.São Paulo: Saraiva, 2013, p. 17

²⁴ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 119.

Estado como interventor para que o Direito Social seja efetivado, ou ao menos, resguardado.

A respeito das obrigações sociais trazidas na Constituição de 1988, Flávia Piovesan²⁵, afirma que:

[...] extraem-se do sistema constitucional de 1988 os delineamentos de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social. Consagra-se a preeminência ao social. Com o Estado Social, como observa Paulo Bonavides, o Estado-inimigo cede lugar ao Estado-amigo, o Estado-medo ao Estado-confiança, o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. As Constituições tendem a se transformar num pacto de garantia social. Assim, o Estado Constitucional Democrático de 1988 não se identifica com um Estado de direito formal, reduzido a simples ordem de organização e processo, mas visa a legitimar-se como um Estado de justiça social, concretamente realizável(PIOVESAN, 2012, p. 401-03)

Ou seja, o Estado é o principal responsável pela efetivação dos Direitos Sociais, sejam quanto a obrigações positivas ou negativas, de modo contínuo. Esta afirmação remete ao fato de que a implementação de políticas públicas que versam sobre a implementação de Direitos Sociais deve ser contínua, ininterrupta, sob pena do não cumprimento do dever estatal de garantia dos Direitos Humanos e Fundamentais.

Em suma: os Direitos Humanos são voltados ao homem no contexto internacional ou mesmo universal. Os direitos fundamentais estão voltados para a condição do indivíduo dentro do Estado, podendo ser exercidos de forma voluntária. Os direitos sociais por fim, são aqueles voltados às prestações devidas pelo Estado.

Esse dever estatal deve observar premissas que representam a efetivação dos Direitos Sociais pelo Estado. Compreendem critérios dentre os quais menciona-se aqui o dever de progressividade, de não retrocesso e a garantia do mínimo existencial, abaixo melhor elucidados quanto a seu significado e importância no contexto do direito do trabalho.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 401-403.

1.2.1 Progressividade e vedação do retrocesso social

Sobre a concretização dos Direitos sociais, a efetivação desses deve se dar de forma progressiva, ou seja, o Estado deve agir de forma a tornar a efetivação dos Direitos Sociais cada vez mais plena, e não cada vez menor. Este é o dever de progressividade do Estado para com os Direitos Sociais.

A este respeito, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do âmbito da Organização das Nações Unidas(ONU), e, por isso mesmo, de caráter universal, determina em seu artigo 2.1 que:

[...] Cada um dos Estados Partes no Presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo de seus recursos disponíveis, de modo a assegurar *progressivamente* o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Assim sendo, as políticas de Direitos Sociais devem ser implantadas de forma progressiva, de modo que a extensão dos direitos promovidos seja cada vez mais plena ao cidadão jurisdicionado.

E assim como existe a obrigação de progressividade na efetivação dos Direitos Sociais, existe também a obrigação de “vedação do retrocesso social”, também denominado de “efeito cliquet”.

Tal vedação, pois, significa que os Direitos Sociais não devem ser suprimidos ou limitados, sob pena de revisão judicial em razão do compromisso internacional assumido pelo Estado. A este respeito afirmam Víctor Abramovich e Christian Courtis ²⁶ que:

A obrigação de não regressividade constitui justamente um dos parâmetros de julgamento das medidas adotadas pelo Estado em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais que é diretamente aplicável ao Poder Judiciário(ABRAMOVICH; COURTIS, 2011, p.119).

Em se tratando de direitos sociais e direito do trabalho, a vedação de retrocesso parece ainda mais importante, haja vista que, conforme lembra

²⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011, p. 119.

Joaquín Flores²⁷, tais direitos foram fruto de muitas lutas para conquistar, que não se deram de uma hora para outra, mas que estão em constante construção.

Esta afirmação indica que os Direitos Sociais não podem retroagir, não podem ser retirados, uma vez que tenham sido instituídos. As políticas sociais de um Estado não podem “andar para trás”, de modo a representar um retrocesso na extensão de direitos de sua população, especialmente aos menos favorecidos, ou seja, aqueles aos quais os Direitos Sociais se destinam de uma forma mais oblíqua.

Dessa forma, André de Carvalho Ramos acredita que a própria Constituição Brasileira de 1988 possui a vedação ao retrocesso, ao prever em seu art. 60, §4º, que não se admite sequer emenda constitucional que tenda a abolir os direitos e garantias individuais²⁸.

Na hipótese de se verificar a não ocorrência da progressividade, ou pior, na constatação de retrocesso do Estado na efetivação dos Direitos Sociais, uma vez que seja provocado para tal, o Poder Judiciário tem a competência para determinar a correção de rumo do Estado sobre o tema²⁹, garantindo assim aquilo que se chama do “mínimo existencial” para a manutenção de uma vida digna aos jurisdicionados.

Esta afirmação remete à questão da existência ou não de limitação às obrigações de um Estado na efetivação dos direitos sociais, especialmente quando os argumentos opostos à efetivação versam sobre as limitações econômicas que possam impedir a implementação de políticas públicas de cunho social. Chega-se assim à chamada reserva do possível e garantia do mínimo existencial, que basicamente compreende dois fatores: a) a viabilidade material do Estado em concretizar os direitos sociais levando em consideração sua capacidade econômica de fazê-lo; b) a obrigação estatal de garantir o mínimo necessário de forma a viabilizar a existência do homem de forma digna.

²⁷ FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

²⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 116.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 253

1.2.2 Mínimo existencial e reserva do possível

Mínimo existencial diz respeito à obrigação do Estado em implementar as políticas de cunho social de modo que o homem consiga existir de forma digna, ainda que sem muito. Flávia Piovesan³⁰ afirma que:

O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio maior da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade(PIOVESAN, 2012, p.89).

O princípio da dignidade humana, no qual também estão fundamentados os direitos sociais, não possui apenas proteção nos diplomas legais de caráter constitucional, mas também, nos de caráter internacional e até mesmo universal³¹. Assim, existe um núcleo de direitos sociais que deve ser mantido sob pena de violação da legislação pátria e dos tratados internacionais que versão sobre direitos humanos.

Luis Roberto Barroso³² afirma que para preservação dos direitos sociais não deve apenas haver sobrevivência, mas também existência digna. Afirma ainda que o

[...] elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos(BARROSO, 2010. P. 290).

Dito isso, o mínimo existencial deve compreender a garantia de gozo de todas as necessidades básicas para a existência digna e não apenas

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*, p. 89

³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 290.

sobrevivência do homem. Por esta razão não pode o Estado recusar-se a fazê-lo com base em argumentos de cunho orçamentário, inclusive com fundamento de que a impossibilidade de concretização se dê com base na reserva do possível, incumbindo ao Estado o ônus probatório e argumentativo quanto à falta de recursos, como leciona Paulo Ricardo Schier³³.

Fala-se em reserva do possível quando a concretização dos Direitos Sociais é observada com fundamento na viabilidade econômica do Estado em realizar as políticas de cunho social. A alegação seria de que as políticas de implementação dos direitos sociais estão vinculadas à capacidade do Estado.

A respeito da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “levar a sério a reserva do possível (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas), significa também, especialmente – mas não exclusivamente! – em face do sentido do disposto no artigo 5º, § 1, da Constituição Federal, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva de recurso indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos³⁴.

O Estado deve eleger suas prioridades, e uma vez que alegue a impossibilidade de cumprir as políticas públicas que versam sobre matéria social em razão de inviabilidade econômica, deverá comprovar que todos os esforços para a realização foram envidados sem êxito.

Essa obrigação decorre do dever do Estado em observar o art. 5, §1º da Constituição Federal no que diz respeito à dignidade humana. A observância e efetivação dos direitos sociais está diretamente relacionada à dignidade humana. Ao Estado não basta garantir a existência do homem, é também preciso garantir uma existência digna. E na falta de fazê-lo, estará o Estado sujeito às sanções e cumprimentos de obrigações determinadas pelo Poder Judiciário, o qual tem a competência e dever constitucional na qualidade de

³³ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais e reserva do possível - dilemas no contexto constitucional brasileiro. *In*: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto(Org.). **Polska i Brazylia: Democracia e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Emergente**. Curitiba: Juruá, 2016, p. 117.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em:< <https://goo.gl/Wtff3L>>. Acesso em: 03 mar 2017

garante da Constituição, de exigir o cumprimento da mesma, como afirma Paulo Ricardo Schier³⁵.

Flávia Piovesan afirma que o princípio da dignidade humana, no qual se fundamentam os direitos sociais, não possui apenas proteção nos diplomas legais de caráter constitucional, mas também, nos de caráter internacional e até mesmo universal³⁶.

Assim, a reserva do possível não pode ser argumento de óbice à garantia do mínimo existencial, especialmente quanto ao núcleo de direitos sociais ditos essenciais, com os quais o Estado tem o estrito dever da observância e implementação, sob pena de fazê-lo sob determinação do Poder Judiciário, em estrito cumprimento à lei³⁷.

A jurisprudência, por meio do Supremo Tribunal Federal tem se manifestado a respeito, nas questões em que se observa suposto conflito entre a garantia do “mínimo existencial” e a suposta impossibilidade de concretização dos direitos em razão da “reserva do possível”, com é possível verificar na Ementa de acórdão proferido pelo Ministro Celso Mello³⁸, no qual o Poder Judiciário determina a inclusão de crianças em instituição de ensino, garantindo o direito à educação.

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo

³⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais e reserva do possível. dilemas no contexto constitucional brasileiro. *In*: Krystian Complak; Marcos Augusto Maliska. (Org.). **Polska i Brazylia: Democracia e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Emergente**. Curitiba: Juruá, 2016, v. 1, p. 176.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 79.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/Wtff3L>>. Acesso em 03 mar 2017.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011. Disponível em: <<https://goo.gl/9qPz25>>. Acesso em 04 mar 2017.

Do núcleo de direitos sociais, que compreendem renda mínima, saúde básica e educação - (também acrescentaríamos segurança) - o julgamento trazido traz o elemento educação, o qual segundo o STF, trata-se de direito indisponível, e por esta razão não pode ser suprimido sob qualquer argumento.

De modo claro, no acórdão trazido, o Ministro Celso Mello afirma que³⁹ “a cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana”.

A decisão acrescenta ainda a noção de que o Estado, ao fazer as escolhas sobre a forma de como será destinado o orçamento e recursos públicos, não pode tomar escolhas trágicas, com a alegação de que suposta responsabilidade fiscal exime o Estado da observância da efetivação aos direitos sociais⁴⁰. Qualquer limitação ou restrição à efetivação dos direitos sociais deve ser fundamentada e demonstrada pelo Estado quanto à efetiva impossibilidade de realização. Entretanto, quando a suposta restrição diz respeito ao mínimo existencial e ao núcleo duro de direitos que o compõe, a restrição é manifestamente ilegal e deve ser oposta e declarada nula pelo Poder Judiciário.

Mas, estaria o Estado obrigado às prestações sociais de forma infinita e irrestrita? Poderia o Estado, ainda que tempos de crise econômica, tornar plena a efetivação de Direitos Sociais diante da limitação de recursos.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibidem.*

Robert Alexy⁴¹ afirma que “nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado como direitos sociais é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos” e que “é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível”.

Assim, os investimentos do Estado em Direitos Sociais podem variar de acordo com a necessidade da sociedade, desde que tais mudanças não afetem o rol básico dos direitos que compõem o mínimo existencial.

Da afirmação de Robert Alexy extraímos que nem sempre é possível ao Estado satisfazer todas as necessidades tidas como Direitos Sociais, porém, que existe um núcleo de direitos e garantias fundamentais que não podem ser desamparados.

Ainda que não seja o objeto deste estudo, a análise de conflitos entre normas e suas variantes podem levar o Estado, por meio do administrador e o uso do Poder Discricionário, ou ainda, por meio do Poder Judiciário, à conclusão de quais são os direitos que devem ser postos como prioridade para cada momento e situação, por meio da racionalidade⁴², elemento este que não pretende ser objeto de estudo deste trabalho, mas que se faz essencial para a instrumentalidade dos direitos fundamentais ao aplicador da lei.

1.3 Proteção ao direito do trabalho e os direitos sociais

O conjunto de Direitos *prima facie* que compreendem os Direitos Humanos e Sociais tem sido objeto precípua de tutela pelo Direito Internacional

⁴¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 515.

⁴² SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais e reserva do possível. dilemas no contexto constitucional brasileiro. In: Krystian Complak; Marcos Augusto Maliska. (Org.). **Polska i Brazylia: Democracia e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Emergente**. Curitiba: Juruá, 2016, p.115.

Público. A evolução da interpretação das Constituições e formatação das mesmas também coloca o interesse do indivíduo, como sendo mais importante do que o interesse do Estado, renunciando assim ao caráter absolutista do constitucionalismo que imperou por séculos.

O histórico da evolução da tutela dos Direitos Humanos é longo, e não pretende ser objeto deste estudo, porém, é inegável a sensível transformação ocorrida no após a 2ª Guerra Mundial, a qual introduziu o princípio da primazia da constituição, e, simultaneamente, multiplicou a existência de organismos internacionais voltados para a proteção do homem, destacando-se evidentemente, a Organização das Nações Unidas.

Ainda, a transformação ocorrida no contexto internacional, implicou um papel de destaque da ONU quanto à criação dos Tratados Internacionais, especialmente os que versam sobre Direitos Humanos⁴³, dentre os quais se pode dar destaque à Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, à Declaração de Copenhague sobre Desenvolvimento Social e ao Programa de Ação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, buscando assim que os Direitos Sociais sejam tutelados apenas não apenas pelas constituições de cada Estado, mas antes, pelos tratados internacionais.

Antes mesmo da criação da ONU, merece destaque neste trabalho a menção à criação da OIT em 1919 - que será objeto de estudo em capítulo específico neste trabalho – que adotou as Convenções Fundamentais, as quais consistem na expressão de direitos e garantias aos trabalhadores⁴⁴.

Ainda, em 1948 também houve a criação da Organização dos Estados Americanos(OEA), a qual deu origem à importantes instrumentos de convencionalidade, tais como a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a

⁴³ GOMES, Eduardo Biacchi. Democracia, Direitos Humanos e Direitos Sociais no contexto internacional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. v.6. n.6 Jan/Dez, 2006, p 29-31.

⁴⁴ *Ibidem*.

Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), a Carta Democrática interamericana, Carta Interamericana de Garantias Sociais e Convenção Americana de Direitos Humanos sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)⁴⁵.

Em 1966, foram aprovados o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), os quais entram em vigor apenas em 1976, por causa do número mínimo de ratificações exigido para o início de sua vigência⁴⁶.

O PIDCP consagra, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra condição, os seguintes direitos, dentre outros: direito à vida, direito à igualdade perante a lei, direito à liberdade e à segurança pessoal, direito a não ser escravizado ou submetido à servidão, direito a um julgamento justo, direito a não ser submetido à tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, direito a não ser sujeito à prisão arbitrária, direito à liberdade de movimento, direito de casar e formar família, direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião, direito de liberdade de opinião e de expressão, direito de reunião pacífica, direito de liberdade de associação, direito de se associar a sindicatos e direito de votar e ser votado⁴⁷.

Esse pacto determina, também, em seu artigo terceiro, a obrigação expressa de seus Estados ratificantes de assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos nele enunciados⁴⁸.

O PIDESC, por sua vez, consagra, também sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ THOME, Candy Florencio. **O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2012, p. 26-27.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ O PIDCP tem, ainda, um Protocolo Facultativo, de 1966, que prevê um mecanismo de petições individuais para a denúncia de violações ao pacto, ratificado pelo Brasil em 2009, e um Segundo Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1989, que veda a pena de morte, ratificado pelo Brasil também em 2009.

qualquer outra situação, os seguintes direitos, dentre outros: direito ao trabalho, direito à justa remuneração, direito ao lazer, direito à moradia, direito à educação, direito à previdência social, direito à saúde física e mental, direito à participação na vida cultural da comunidade, direito de associação, direito de formar sindicatos e deles fazer parte e direito de greve. Esse pacto determina, também, em seu artigo terceiro, a obrigação expressa de seus Estados ratificantes de assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais nele enunciados⁴⁹.

Deste modo, verifica-se que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem fundamental importância na contextualização dos Direitos Sociais sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois assegura aos mesmos o caráter de direitos *prima facie* ou *pro homine*, obrigando os Estados ratificantes a observância de tais direitos tanto do ponto de vista externo como interno.

Deste modo, os Estados Partes que ratificam os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, estão sujeitos à estrita observância dos mesmos, quer quanto às prestações negativas ou positivas.

Essa fundamentalidade dos direitos sociais e sua importância no direito internacional público, tendo como fonte dos direitos, os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos, são elementos que acabam por atrair o Controle de Convencionalidade como meio de instrumento para viabilizar a efetivação dos direitos sociais⁵⁰.

Importante frisar que, a competência pela verificação e observância dos Tratados Internacionais pelos Estados Partes, não repousa apenas sobre os organismos e cortes internacionais, mas também, sobre os órgãos de jurisdição administrativa e judicial do estado ratificador.

⁴⁹ O PIDESC tem um Protocolo Facultativo, de 2008, que prevê mecanismos de denúncia de violações ao Pacto que ainda não foi ratificado pelo Brasil e ainda não entrou em vigor em razão de o número mínimo de ratificações exigido para sua vigência ainda não ter sido alcançado.

⁵⁰ PIOVESAN, Flávia. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do *ius communes* sul-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 102-139, 2011, p. 132.

No presente trabalho, a análise será realizada levando em consideração os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos e Sociais, mais especificamente, no Direito do Trabalho e a observância das Convenções da OIT pelo Estado Brasileiro, considerando o direito do trabalho como um direito social, humano e fundamental, com tratamento constitucional nos termos dos artigos 6º e 7º da Constituição de 1988.

1.3.1 O Direito do Trabalho na Constituição de 1988 e os direitos sociais

A respeito da proteção constitucional do direito do trabalho, o art. 6º da Constituição de 1988 coloca o trabalho como um direito social. Já os artigos 7º e 8º tratam do direito das relações de trabalho, de modo que a Constituição de 1988 tem as normas trabalhistas como integrantes dos Direitos Sociais e Fundamentais.

O tratamento constitucional de normas que regulam relações de trabalho, não são exaustivas. Elas tratam das relações de trabalho. Constituem-se no Direito do Trabalho. A Constituição de 1988 ao tratar o “trabalho” como um Direito Social, pretendeu extensão mais ampla do que a alcançada pelos artigos 7º a 11º da Constituição Federal.

Leonardo Wandelli⁵¹ define esta diferença como sendo o Direito Fundamental do Trabalho e Direito Fundamental ao Trabalho. Afirma o autor que:

Em síntese, o direitos fundamental ao trabalho é, ao mesmo tempo, mais específico que o direito fundamental do trabalho, uma vez que constitui um de seus conteúdos, e mais amplo, uma vez que relativo a todas as pessoas e em situações que excedem as relações de emprego, abrangendo, como uma parcela de seu conteúdo, o direito à proteção jurídica do assalariamento, em especial o direito ao conteúdo do próprio trabalho, mas também a proteção jurídica a outras formas de trabalhar, a promoção do acesso ao trabalho digno e, ainda, aquilo que se denomina de direito ao trabalho como primeiro direito humano e fundamental(WANDELLI, 2012, p.224).

⁵¹ WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho – fundamentação e exigibilidade.** São Paulo: LTr, 2012, p. 224.

Como vimos anteriormente, os Direitos Sociais estão diretamente relacionados às prestações por parte do estado, sendo as mesmas positivas ou negativas. As prestações do Direito do Trabalho são negativas. Ao Estado incumbe o dever de manutenção dos direitos dos trabalhadores, sem detrimento do respeito do não retrocesso e da progressividade.

Sobre o direito do trabalho como direito social, Ingo Sarlet afirma que se trata de direito fundamental social como direito de defesa, estando estampado nos artigos 7º a 11º da Constituição de 1988⁵². Para o autor

Em que pese a denominação de direito social (cuja pertinência aqui não se pretende colocar em dúvida), o fato é que este dispositivos – de acordo com a função desempenhada – contém típicos direitos de defesa, situando-se de acordo com abalizada doutrina, no âmbito das assim denominadas liberdades sociais, (direitos sociais negativos), tomando-se a expressão em sentido amplo, já que evidentemente (ao menos no que diz com o rol dos direitos sociais na nossa Constituição) não restrita a direitos de liberdade(SARLET, 2010. p.174).

O tratamento do Direito do Trabalho como Direito Social não é exclusividade da Constituição de 1988. Na realidade os normas e tratados internacionais contemplam o trabalho como um direito humano e fundamental, sendo fontes do Direito do Internacional do Trabalho, o qual tem seu objeto definido por Luiz Eduardo Gunther como sendo “tratar da proteção, universalização e normatização das atividades laborativas em nível internacional”⁵³. O art. 7º do PIDESC determina que os Estados Partes do Pacto “reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis”⁵⁴.

De modo semelhante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 23, 1, afirma que todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 174.

⁵³ GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o Direito do Trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 32

⁵⁴ PIDESC

escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, dentre outros direitos⁵⁵.

Ainda, o trabalho tem um importante organismo internacional que atua em favor da proteção de sua fundamentalidade, a Organização Internacional do Trabalho(OIT), que é o órgão que edita normas na forma de Convenções, que servem fonte normativa para regulamentar o Direito do Trabalho dos estados que ratificaram estes instrumentos normativos.

Deste modo, tem-se que o Direito do Trabalho, como um Direito Social e Fundamental que possui proteção não apenas constitucional, mas também Internacional, estando sujeito ao controle de convencionalidade, especialmente em razão das fontes do Direito Internacional do Trabalho, o qual tem na Organização Internacional do Trabalho seu organismo de maior representatividade.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948.

CAPÍTULO 2 – TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

2.1 TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

2.1.1 Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil

No entendimento de Francisco Rezek⁵⁶, tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Afirma o autor que o uso da fórmula tratados e convenções dá a ideia de que os dois termos designam coisas diversas⁵⁷. Entretanto, são diferentes termos a designar a mesma espécie de negócio jurídico entre pessoas de direito internacional público, assim como os termos “acordo”, “convênio” e “ajuste”.

Todos os termos fazem parte do direito convencional contemporâneo, destinados a designar o mesmo negócio de forma diversas, dentre as quais se destacam: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento⁵⁸.

Os tratados internacionais são a principal fonte do direito internacional público, consubstanciando a livre vontade dos Estados e Organizações Internacionais⁵⁹.

⁵⁶ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 56.

A Constituição de 1988 traz previsão expressa sobre as relações internacionais do Brasil na comunidade internacional. O parágrafo único do art. 4º da Constituição afirma que a Brasil rege suas relações internacionais pelos seguintes princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados, defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político, acrescentando ainda o comprometimento do estado brasileiro com a integração social com os demais países da América Latina.

A Constituição de 1988 prevê a forma de internalização dos tratados internacionais no direito interno brasileiro no art. 5º, § 2º, quando afirma que 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.

O art. 5º da Constituição de 1988 trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, contendo normas programáticas com abertura para regulamentação desses direitos. Assim, a Constituição de 1988, ao fazer expressa previsão de que o rol de Direitos e Garantias Fundamentais não é taxativo, mas comporta outros direitos ainda que oriundos de tratados internacionais. Flávia Piovesan⁶⁰ classifica os direitos fundamentais previstos na constituição de 1988 com sendo a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Essa abertura da Constituição de 1988 não implica em uma renúncia do Princípio da Primazia da Constituição. Apenas a coloca como elemento de

⁶⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

integração entre o Direito Interno e o Direito Internacional, especialmente aquele previsto nos tratados internacionais ratificados pelo Estado Brasileiro.

Com o teor do § 2º da Constituição de 1988, é possível interpretar que os tratados internacionais que versam sobre Direitos e Garantias Fundamentais não apenas integram o Direito Interno, como também são recepcionados em hierarquia equivalente àqueles direitos previstos expressamente no texto constitucional, ou seja, teriam status de norma constitucional.

Evidentemente, que para que os tratados e convenções internacionais sejam recepcionados na forma prevista no texto constitucional, é necessário que o Brasil tenha ratificado o tratado, bem como, que este esteja em vigência na comunidade internacional.

A solução trazida com o §2º do artigo 5º da Constituição é simples, porém, objetiva. Trata-se de uma cláusula aberta que possibilita a interpretação de que os tratados e convenções internacionais ratificados pelo estado brasileiro tem *status* de norma constitucional, integrando também o rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, bem como, no demais artigos que tratam do mesmo tema, como por exemplo, os artigos 6º que tratam dos Direito Sociais e o artigo 7º que trata do Direito do Trabalho.

A respeito do *status* de norma constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, Flávia Piovesan⁶¹ afirma que

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos decorre da previsão constitucional do art. 5º, § 2º, à luz de uma interpretação sistemática e teleológica da Carta, particularmente da prioridade que atribui aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa opção do constituinte de 1988 se justifica em face do caráter especial dos tratados de direitos humanos e, no entender de parte da doutrina, da superioridade desses tratados no plano internacional(PIOVESAN, 2013, p.117).

⁶¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 117.

Sobre este mesmo tema, são as observações de Valério de Oliveira Mazzuoli⁶²:

A Carta de 1988, com a disposição do § 2.º do seu art. 5º, de forma inédita, passou a reconhecer claramente, no que tange ao seu sistema e garantias, uma dupla fonte normativa: a) aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Constituição, estes últimos subentendidos nas regras de garantias ou decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), e; b) aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil seja parte). De forma expressa, a Carta de 1988 atribui aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fontes do sistema constitucional de proteção de direitos.

Acrescenta o autor que “a cláusula aberta do § 2º do art. 5º da Carta de 1988, sempre admitiu o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro âmbito de hierarquia normativa”. Essa afirmação equivale ao já comentado caráter constitucional material das convenções e tratados internacionais, especialmente aqueles que versam sobre os direitos humanos.

Por se tratar de direitos humanos, essa abertura material não se estende apenas aos direitos e garantias previstos no art. 5º e incisos da art. da Constituição de 1988, mas também aos direitos sociais previstos no texto constitucional, inclusive aqueles do art. 6º (que trata dos direitos sociais) e 7º (que trata do direito dos trabalhadores).

Ingo Sarlet⁶³ afirma que a sustentação da fundamentalidade de todos os direitos assim designados no texto constitucional (que alcança todo o Título II e, portanto, os direitos sociais do artigo 6º e os direitos dos trabalhadores), por

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 23-24.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**. Porto Alegre, v. 30, p. 97-124, 1999, p. 99.

sua vez, implica reconhecer pelo menos a presunção em favor da fundamentalidade também material desses direitos e garantias, ainda que possamos ter, a depender da orientação ideológica ou concepção filosófica professada, boas razões para questionar tal fundamentalidade.

Deste modo, é possível verificar que os tratados e convenções internacionais foram recebidos, por meio de cláusula aberta, como normas constitucionais sob o ponto de vista material.

Todavia, nada consta no referido dispositivo sobre a inserção formal dos tratados e convenções internacionais no direito brasileiro.

Assim, o legislador, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2000, introduziu ao artigo 5º da Constituição Federal, o parágrafo 3º, supostamente com o intuito de regulamentar a recepção dos tratados internacionais no direito interno. O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, introduzido por meio da Emenda Constitucional afirma que 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.

Essa modificação trouxe duas importantes alterações quanto à recepção dos tratados internacionais no direito interno. A primeira delas é que o § 3º da Constituição de 1988 alçou os tratados de direito internacionais, em condições formais, à emendas constitucionais, ou seja, se antes, com o § 2º do artigo 5º da Constituição, os tratados internacionais tinham valor material constitucional, agora, passaram a ter valor formal de emenda constitucional. A segunda delas é que, para que o tratado ou convenção internacional tenha validade formal de emenda constitucional, é necessária à aprovação de três quintos do Congresso Nacional⁶⁴.

Note-se que a alteração introduzida por meio da Emenda Constitucional n. 45/2000 buscou a regulamentação da recepção dos tratados

⁶⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 38-39.

e convenções internacionais. Porém, o fez de forma condicionada à burocracia legislativa, entrave não existente até então, porquanto, antes era possível a interpretação de que todos os tratados e convenções ratificados pelo Estado Brasileiro, estariam recepcionados pela Constituição Federal, desde que estivesse em consonância com a Constituição Federal, enquanto agora, é necessária aprovação de três quintos da casa legislativa para que o tratado ou convenção tenha efeitos de emenda constitucional no país, acrescentando-se a ratificação pelo Executivo⁶⁵.

Ressaltamos que para que os tratados e convenções internacionais sejam recepcionados na forma prevista no texto constitucional, ou seja, para que sejam considerados emendas constitucionais, é necessário que o Brasil tenha ratificado o tratado, bem como, que este esteja em vigência na comunidade internacional.

Assim, estando o tratado internacional em vigência na comunidade internacional, e sendo ratificado pelo Brasil e tendo o congresso nacional aprovado o mesmo com quórum igual ou superior a três quintos da sua totalidade de congressistas, estará o instrumento legal internacional integrado à legislação interna como o mesmo *status* de emenda constitucional.

A introdução do § 3º ao art. 5º do texto constitucional é objeto de crítica por alguns doutrinadores, tais como Valério Mazzuoli⁶⁶.

De qualquer modo, a introdução dos tratados e convenções internacionais, especialmente aqueles que versam sobre direitos humanos, fundamentais e sociais, ao bloco de constitucionalidade previsto no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988, é considerado como uma emenda constitucional sob o ponto de vista formal, não impedindo a interpretação de que a recepção

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que “Esta alteração do texto constitucional, que pretendeu por termo ao debate quanto ao status dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro, é um exemplo claro da falta de compreensão e de interesse (e, sobretudo, de boa vontade) do nosso legislador relativamente às conquistas já alcançadas pelo direito internacional dos direitos humanos nessa seara”. *In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 30.

material já é prevista no §2º do art. 5º, pelos tribunais, especialmente pela Supremo Tribunal Federal.

2.1.2 A recepção dos tratados internacionais de direitos humanos pelo Supremo Tribunal Federal (STF)

A respeito do tratamento dado pelo Supremo Tribunal Federal, sem adentrar à historicidade do tema, importante ressaltar que teoricamente os tratados de direitos humanos tem caráter de norma constitucional sob o aspecto material, em razão do contido no §2º do art. 5º da Constituição Federal.

A responsabilidade do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria repousa no fato de que esta corte é o Guardião da Constituição, em razão do contido no art. 102 e incisos da Constituição de 1988.

A importância do tratamento dado aos instrumentos internacionais é precípua, pois dela depende não apenas a internalização dos tratados internacionais, como também, a resolução dos conflitos na hipótese de divergências entre eventual tratado internacional e a legislação brasileira.

Como visto no item anterior, no Brasil o art. 5º, §2º que trata da matéria não afirma pela ordem de hierarquização das normas internacionais e nacionais. Acolhe materialmente as normas internacionais que versam sobre direitos humanos, colocando-as em nível constitucional sob o aspecto material.

Sob o aspecto formal, a introdução do §3º ao art. 5º da Constituição, condiciona a formalização da norma em caráter de emenda constitucional, desde que aprovada por três quintos do congresso nacional, bem como, a vigência do tratado na comunidade internacional, a ratificação do tratado pelo estado brasileiro e a sanção presidencial.

O Supremo Tribunal Federal adotava o posicionamento de que as normas internacionais que fossem ratificadas pelo Brasil, possuíam caráter de leis ordinárias. Esse posicionamento ficou explícito no julgamento do RE

80004/SE⁶⁷, quando o STF, ao julgar conflito envolvendo títulos de crédito e a aplicação da Convenção de Genebra, decidiu que normas internacionais não deveria se sobrepor à legislação interna, porquanto estariam no mesmo nível destas, sendo que este tratamento era dispensado mesmo aos tratados internacionais de direitos humanos⁶⁸, no julgamento do Habeas Corpus 73044/SP, no qual o STF assim decidiu:

[...] Os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração da sua Constituição; por esta razão, o art. 7º, n. 7, do Pacto de São José da Costa Rica, ("ninguém deve ser detido por dívida": "este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar") deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição(BRASIL, 1996, s.p.).

Como é possível verificar por meio da leitura da ementa transcrita, o Supremo Tribunal Federal ao julgar conflito que envolvia pedido de *habeas corpus* em prisão por dívida decorrente de alimentos, afirmou que o Pacto de São José de Costa Rica, o qual proíbe a prisão civil, não deveria prevalecer sobre o preceito constitucional do art. 5º, LXVII da Constituição de 1988, o qual prevê expressamente a hipótese de prisão civil decorrente de dívidas de alimentos.

Este entendimento foi alterado após a edição da Emenda Constitucional n.º 45/2000, a qual introduziu o §3º ao art. 5º, afirmando que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos que fossem aprovados pelo congresso nacional, na razão de três quintos, teria caráter de Emenda Constitucional.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Rext 80.004/Sergipe**, Rel. Ministro Xavier de Albuquerque. Tribunal Pleno. DJ: 03/09/1975. Disponível em: <https://goo.gl/kf7MZh>. Acesso em 28/03/2017.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 73044/SP**. Rel. Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 20/09/1996. Disponível em:< <https://goo.gl/7ioZ4k>> Acesso em: 29 mar 2017.

Ao julgar o RE 466.353/SP, o Supremo Tribunal Federal conferiu o caráter supralegal aos tratados internacionais que não tivessem sido aprovados pelo congresso nacional na forma prescrita no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988.

Esse posicionamento teve origem no voto do Ministro Gilmar Mendes, o qual defendeu que os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam mais ser recebidos como legislação ordinária, porém, também não estariam na mesma hierarquia das normas constitucionais, exceto quando recebidos na forma do art. 5º, § 3º da Constituição Federal.

A este respeito, André de Carvalho Ramos⁶⁹ afirma que:

A nova posição prevalecente no STF foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, que, retomando a visão pioneira de Sepúlveda Pertence (em seu voto no HC 79.785-RJ15) sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos, que não forem aprovados pelo Congresso Nacional no rito especial do art. 5º, § 3º da CF/88, têm natureza supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda e qualquer lei (RAMOS, 2009, s.p.).

⁶⁹ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Universidade de São Paulo. Jan/dez 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 11 abr 2017. Frise-se: “No mesmo sentido formaram a nova maioria os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Esta corrente, agora majoritária, admite, contudo, que tais tratados tenham estatuto *constitucional*, desde que aprovados pelo Congresso pelo rito especial do parágrafo 3º ao art. 5º (votação em dois turnos nas duas Casas do Congresso, com maioria de três quintos). Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de Direitos Humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que sustentaram a hierarquia constitucional de *todos* os tratados sobre Direitos Humanos, aprovados ou não pelo rito especial do art. 5º, § 3º. De fato, para Celso de Mello trata-se de adaptar a CF/88, pela via interpretativa, ao novo contexto social de aceitação da internacionalização dos Direitos Humanos. Assim, o Ministro Celso de Mello, revendo sua posição anterior, sustentou que os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil integram o ordenamento jurídico como norma de estatura constitucional. De acordo ainda com a posição do Ministro Celso de Mello, a CF/88 em sua redação original determina a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, inc. II da CF/88) e reconhece o estatuto constitucional dos tratados internacionais de Direitos Humanos (art. 5º, § 2º da CF/88). Desta forma, os tratados de Direitos Humanos, mesmo que anteriores a EC 45/04, seriam normas consideradas constitucionais”.

Assim, os tratados internacionais de direitos humanos perante o STF, tem caráter supralegal, estando acima da legislação ordinária, mas não da Constituição Federal.

Esse entendimento não impede a interpretação fundada no art. 5º, § 2º de os tratados e convenções internacionais de direitos humanos possuem status de norma constitucional, conforme já analisado no item anterior deste trabalho. Este entendimento também havia antes sido exposto pelo Ministro Celso Mello, no julgamento do HC 87585/TO, no qual o julgador afirmou que as normas e tratados internacionais de direitos humanos estavam na hierarquia das normas constitucionais, em razão da abertura do art. 5º, § 2º da Constituição. Todavia, conforme visto, não foi entendimento que prevaleceu na Corte Suprema do país. A solução foi salomônica. Se por um lado, os tratados internacionais de Direitos Humanos não são recebidos como normal constitucional sob o aspecto formal, por outro lado, também não estão no mesmo patamar das leis ordinárias do país, possuindo assim, caráter supralegal.

Deste julgamento, se extrai a aplicação do controle de constitucionalidade, bem como, do controle jurisdicional de convencionalidade pelo STF. Entre o preceito constitucional, que determinava a prisão na hipótese de inadimplência por alimentos e depositário infiel, o STF entendeu ser mais benéfica a norma internacional, do art. 7º, §.7º do Pacto de São José da Costa Rica sobre direitos humanos, o qual proíbe a prisão civil, exceto na hipótese de inadimplemento *voluntário* de alimentos, sendo que a Corte estendeu o entendimento para a hipótese do depositário infiel.

A respeito do entendimento do STF sobre a hierarquia dos tratados internacionais, a doutrina se divide. Como vislumbrado no item anterior, doutrinador como Valério de Oliveira Mazzuoli⁷⁰ entende que os tratados internacionais de direitos humanos não dependem da formalidade prevista no art. 5º, § 3º da Constituição de 1988 para que tenham o status constitucional, pois defendem a abertura material do catálogo de direitos fundamentais, com a aplicação imediata das normas garantidoras dos direitos fundamentais.

⁷⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 61.

Especificamente sobre o caráter de supralegalidade atribuído aos tratados internacionais pelo STF, Valério de Oliveira Mazzuoli⁷⁰ acredita que:

Portanto, mesmo a posição de vanguarda do STF, expressa no Voto-vista do Min. Gilmar Mendes acima citado, ainda é, a nosso ver, insuficiente. No nosso entender, os tratados internacionais *comuns*, ratificados pelo Estado brasileiro é que se situam num nível hierárquico *intermediário*, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional, não podendo ser revogados por lei posterior (por não se encontrarem em situação de paridade normativa com as demais leis nacionais). Quanto aos tratados de direitos humanos, entendemos que estes ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual *quórum* qualificado de aprovação(MAZZUOLI, 2009, p.23-4).

Por outro lado, Gomes e Marco Antônio César Villatore⁷¹, explicam que:

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 [...] 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*(GOMES; VILLATORE, 2005, p. 96).

Os mesmos autores finalizam o estudo⁷², afirmando que:

⁷¹ GOMES, Eduardo Biacchi; VILLATORE, Marco Antônio César. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, na conformidade da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004. *In: Constituição e Competência Material da Justiça do Trabalho depois da EC 45/2004*. Curitiba: Genesis, 2005, p. 96.

⁷² *Ibidem*, p. 97.

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 CF/88, 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 CF/88(GOMES; VILLATORE, 2005, p. 96).

Assim, verifica-se a importância dos tratados internacionais para a efetivação dos direitos humanos, bem como, a recepção constitucional dos tratados internacionais no Brasil, a qual, segundo a jurisprudência atual do STF, classifica como de nível de hierarquia constitucional, quando aprovados na forma do art. 5, § 3º, e como supralegal quando recebidos na forma do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988. Reitera-se aqui que em ambas as situações não se pode deixar de atribuir o caráter constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, sendo formal quando aprovados na forma do § 3º e material quando recebidos apenas pelo § 2º da Constituição de 1988.

Portanto, o exame a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal e também, pelos órgãos de jurisdição contenciosa do Estado brasileiro implica em um duplo controle jurisdicional: de constitucionalidade e de convencionalidade.

2.2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

2.2.1 Controle de convencionalidade: definição e aplicação

Para compreender o funcionamento das convenções da OIT dentro do contexto interno brasileiro, é necessário estudar uma das formas de garantir a aplicação de tais fontes internacionais, qual seja: o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade não possui um conceito nítido a ser aplicado, bem como possui variáveis que podem modificar sua nomenclatura, o que pode gerar debates.

Assim, por exemplo, o conceito de controle de convencionalidade pode variar de acordo com a utilização, que pode ser interna ou externa, com extensão nacional ou internacional.

O controle de convencionalidade internacional é definido por Humberto Nogueira Alcalá⁷³ com sendo aquele no âmbito do direito internacional, e que constitui a competência a um tribunal internacional ou supranacional, para que este determine quando os estados partes violam o direito convencional, gerando responsabilidade internacional.

Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que controle de convencionalidade é “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”⁷⁴.

⁷³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. El diálogo Interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPASSON, Carlos Luiz (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 17.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdiccional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 64.

André de Carvalho Ramos afirma que controle de convencionalidade de Direitos Humanos é “a análise da compatibilidade das normas de tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”⁷⁵.

No presente trabalho o termo controle de convencionalidade é utilizado em seu sentido lato, ou seja, como uma forma de controle (que, inclusive, pode ser utilizado não apenas pelo Poder Judiciário, como por todo o Estado, conforme será visto adiante) a servir para garantia e efetivação de direitos humanos.

Além do mais, o controle de convencionalidade é algo que não possui um formulário, um modelo, específico de como realiza-lo, sendo que, no fim, a observância maior aos direitos humanos é o que prevalece⁷⁶.

De toda maneira, de uma forma objetiva o controle de convencionalidade é um instituto do Direito Internacional Público, que tem como fim assegurar a aplicação dos tratados e convenções internacionais ao direito interno dos países signatários desses instrumentos.

A teoria do controle de convencionalidade está baseada em três institutos do direito internacional, sendo o primeiro deles o princípio *pacta sunt servanda*, que traduz o cumprimento de boa-fé das obrigações internacionais contraídas pelos Estados, de modo que garanta seu efeito útil.

O segundo postulado, já visto anteriormente, é justamente a impossibilidade de se invocar o direito interno como obstáculo ao cumprimento de obrigações internacionais, o que é garantido pelos próprios tratados internacionais.

⁷⁵ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Universidade de São Paulo. Jan/dez 2009, p. 245. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 11 abr 2017.

⁷⁶ No sentido de que não há um modelo pré-determinado de exercício do controle de convencionalidade, foi o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*, julgado em 30 abril de 2014. Vide: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>>. Acesso em: 24 ago 2017.

E, por fim, há o princípio da responsabilidade internacional dos Estados por atos e omissões cometidos por quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação às referidas obrigações. Cançado Trindade⁷⁷ afirma que essa responsabilidade decorrerá do Poder Executivo quando se fundar em comportamentos contrários à Corte Americana de Direitos Humanos(CADH) ou quando houver omissão no dever de promover os direitos humanos. Por outro lado, derivará de ato ou omissão do Poder Legislativo quando este deixar de legislar, legislar de modo insuficiente ou, ainda, contrariando os parâmetros internacionais em matéria de direitos humanos. Por fim, derivará do Poder Judiciário sempre que este aplicar a lei em desconformidade com a CADH, bem como quando houver excesso de morosidade na prestação da tutela jurisdicional.

Inclusive, é importante salientar que o controle de convencionalidade não é de utilização exclusiva do Poder Judiciário, em que pese ser mais conhecido o uso por parte dos tribunais (internacionais, sobretudo⁷⁸), sendo que todo o Estado pode (e deve) utilizar a aplicação das fontes internacionais para fins de proteção, promoção e garantia dos direitos humanos.

Nesse sentido, a Corte Interamericana de Proteção dos Direitos Humanos, da qual o Brasil faz parte, já entendeu, por mais de uma vez, que o controle de convencionalidade corresponde a uma obrigação a todos os juízes e órgãos vinculados à administração judiciária (caso *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*), assim como toda autoridade pública deve observar o controle de convencionalidade (caso *Gelman Vs. Uruguai*; caso das pessoas dominicanas e haitianas expulsas *Vs. República Dominicana*; caso *Rochac Hernández e outros Vs. El Salvador*)⁷⁹.

O enfoque do presente trabalho será o uso do controle de convencionalidade por parte do Poder Judiciário (na esfera interna brasileira) e

⁷⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V.1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 551.

⁷⁸ Tanto assim que tal controle exercido pelos tribunais internacionais é reconhecido como o controle de convencionalidade propriamente dito. Vide mais adiante.

⁷⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>>. Acesso em: 24 ago 2017.

dos Tribunais Internacionais (no nível internacional), levando-se em conta, conforme posteriormente será elucidado, a verificação e observância das convenções da OIT.

O controle de convencionalidade pode ser recebido como um controle normativo, como também como um controle de interpretação. Na primeira hipótese, o efeito é a invalidade ou inaplicabilidade da norma interna que viola o direito tutelado na norma internacional, enquanto no segundo, o efeito é a interpretação da norma interna conforme a convenção.

O controle normativo pode ser realizado pelos juízes, de ofício ou a pedido da parte, e consiste na obrigação de verificar a conformidade ou contradição entre as normas jurídicas que se aplicam aos casos concretos, bem como, a interpretação que o tribunal internacional tem feito a seu respeito, no que diz respeito à tutela dos direitos humanos.

Ainda assim, note-se que o controle de convencionalidade não é mera faculdade do juiz ou da administração judiciária. Na verdade, conforme dito, este controle compreende uma obrigação, um dever de observância. Sobre o tema, muito se pode questionar se o juízo não deverá estar, antes de tudo, dentro dos limites das leis internas. Contudo, deve também o juízo não esquecer que documentos internacionais ratificados pelo país também integram o ordenamento jurídico interno.

Foi nesse sentido que a Corte Interamericana anotou que os Estados possuem dever, e não mera faculdade, de realizar o controle de convencionalidade quando no julgamento do caso *Almonacid Arellano e otros Vs. Chile*⁸⁰, um dos primeiros julgamentos em que a Corte traz a ideia de controle de convencionalidade, no ano de 2006. Frise-se os dizeres da Corte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también

⁸⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 set 2017.

están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2006, s.p.).

O controle interpretativo pode ocorrer na hipótese de lacunas ou antinomias, que as autoridades devem fazer para preferir a norma de origem internacional, que permite maior proteção dos direitos humanos.

Na primeira hipótese, o efeito é a invalidade ou inaplicabilidade da norma interna. Outra consequência seria que a Convenção e demais tratados de direitos humanos seguiriam a ampliação formulada pela Corte, tendo hierarquia supraconstitucional para todos os estados vinculados.

Este conceito implicaria em verdadeira revolução na Teoria das Fontes do Direito, em razão de afetar a noção de supremacia da constituição, sem mais em se pensar na Constituição como pertencente a um “topo piramidal”. Nesse sentido foi que a professora Flávia Piovesan⁸¹ trouxe a “teoria do trapézio”, assim explicada:

[...] emerge um novo paradigma a orientar a cultura jurídica brasileira, em plena consonância com a ordem jurídica global e regional. Este novo paradigma adota três características essenciais: 1) o trapézio jurídico com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice (com a abertura da Constituição aos parâmetros protetivos mínimos referentes à proteção da dignidade humana); 2) a gradativa permeabilidade do direito - agora "impuro" -, marcado pelo diálogo do ângulo interno normativo com o ângulo externo (delineando, assim, um trapézio "com poros", a fomentar o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais e a interdisciplinaridade mediante pontes de comunicação com outros saberes e diversos atores sociais); 3) o chamado "human rights approach" ou "human centered perspective" que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a "lente ex

⁸¹ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Orgs). **Direitos Humanos na ordem contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2015, sinopse da obra.

parte populi", radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, como leciona Norberto Bobbio(PIOVESAN; FACHIN, 2015, s.p.).

Observe-se que a doutrinadora não menciona apenas a importância hierárquica, mas também fatores voltados ao diálogo jurisdicional e ao exercício interpretativo em consonância com os direitos humanos.

No que concerne ao diálogo jurisdicional, o doutrinador Valério Mazzuoli⁸² propõe a existência, em lei, do que denominou de cláusula de diálogo, o que possibilitaria um norte mais claro na aplicação das fontes internacionais de direitos humanos. Segundo o autor, já existem cláusulas de diálogo no Brasil, a exemplo maior da Emenda Constitucional n. 45.

Além disso, o uso, por parte dos tribunais, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e suas fontes, também representa um diálogo crescente, cada vez mais presente no Poder Judiciário.

Quanto ao exercício interpretativo a favor dos direitos humanos, há também a regra da interpretação conforme o princípio *pro homine* ou *favor persona*, segundo o qual, sempre se deve aplicar aquele que assegure maior quantidade de atributos ou garantias aos direitos, ao invés de se utilizar o critério hierárquico. Trata-se do princípio da condição mais benéfica ou norma mais favorável, que não necessariamente se contradiz com o critério hierárquico, mas apenas serve para melhor filtrar o uso da fonte em prol da proteção do ser humano. Assim, por exemplo, se a lei brasileira garantir um direito que um tratado internacional não reconheça, será aplicada, ao caso, a lei brasileira, sem maiores problemas de hierarquia⁸³.

Nesse caso, de aplicação do princípio *pro homine/favor persona*, o critério seria meramente interpretativo, sem declarar a invalidade ou inaplicabilidade da norma interna.

É o que Valério Mazzuoli acredita ser o melhor caminho, já que, para o autor, "as soluções dadas até então para o problema da hierarquia entre

⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

⁸³ _____. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 53, p. 83-106, 2000, p. 88.

tratados internacionais e a lei interna, não são das melhores. Aliás, são das piores. A falta de lógica jurídica que assola, nesse campo, os nossos tribunais, é assustadora”⁸⁴.

Além do mais, conforme afirma André de Carvalho Ramos, “não é suficiente ratificar e incorporar tratados de direitos humanos ou ainda defender seu estatuto normativo especial (supralegal ou mesmo constitucional). É necessário adotar a interpretação internacional desses mesmos textos”⁸⁵.

De toda maneira, seja qual for o caminho, os juízes e autoridades públicas, em cumprimento da norma internacional, estão obrigados a exercer critério interpretativo que busque a efetividade dos direitos consagrados convencionalmente, quando estes constituem direitos que emanam da dignidade humana.

Indo adiante, conforme já visto, o controle de convencionalidade pode ser exercido pela jurisdição internacional, sobre os países signatários, como é o caso do controle exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos em que há alegação de que determinado estado violou o tratado ou convenção internacional do qual foi signatário.

Trata-se do controle de convencionalidade propriamente dito, estando o Estado sujeito à ação externa da jurisdição internacional.

Também há o controle jurisdicional de convencionalidade, que é aquele exercido pelos órgãos de jurisdição interna dos Estados signatários.

Em ambos os casos, o controle somente pode ser exercido em relação aos estados que ratificaram o tratado, sob pena de ofensa à soberania estatal, no que diz respeito à não incorporação do mesmo ao direito interno.

Como exemplo, sobre o controle de convencionalidade, a Corte Interamericana de Direitos Humanos o aplica em um primeiro momento em relação às leis contrárias ao objeto da convenção, para posteriormente, alcançar as normas (em sentido mais amplo) contrárias ao objeto e finalmente,

⁸⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁸⁵ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 132.

alcança normas ou práticas internas contrárias ao objeto de instrumento internacional dos direitos humanos.

Sobre esta forma de controle, Valério de Oliveira Mazzuoli afirma que⁸⁶ “o controle de convencionalidade seria um método a impedir o Parlamento local de adotar uma lei que viole (mesmo que abstratamente) direitos humanos previstos em tratados internacionais já ratificados pelo Estado”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos progressivamente tem estendido a forma de controle de convencionalidade, no alcance das normas internas e até mesmo, decisões administrativas.

O controle jurisdicional de convencionalidade é aquele exercido pela jurisdição nacional ou interna, por meio do poder judiciário do país signatário dos tratados ou convenções, com o intuito de harmonizar a aplicação da norma internacional ao direito interno.

O presente estudo cuida da análise do controle de convencionalidade como forma de observância das convenções da OIT no direito do trabalho interno brasileiro. Quando um Estado tem ratificado um tratado internacional, seus juízes também estão submetidos a ela.

A este respeito, Humberto Nogueira Alcalá⁸⁷ afirma que “el control de convencionalidade implica que todos los jueces de los estados parte de la Convencion en cuanto expresión del Estado juez se encuentran vinculados por está[...]”.

Valério de Oliveira Mazzuoli define o controle jurisdicional de convencionalidade como “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados” se referindo especificamente aos tratados ratificados pelo Estado e violados pela legislação doméstica.

⁸⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66.

⁸⁷ ALCÁLA, Humberto Nogueira. El diálogo Interjurisdicional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPASSON, Carlos Luiz (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 11-46.

Em outras palavras, os órgãos do poder judicial devem exercer não apenas um controle de constitucionalidade, como também, um controle de convencionalidade ex officio entre as normas internas e os tratados internacionais.

Cançado Trindade⁸⁸ afirma que “não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno, sob pena de esvaziar o Direito de todo sentido.

Assim, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico de cada um deles⁸⁹.

Não se pode esquecer de toda história e constante progresso dos direitos humanos, dentro da qual se encontram a importância das organizações internacionais e seus respectivos tribunais, que guardam enorme relevância na questão, especialmente na aplicação dos ditames da Organização Internacional do Trabalho. Nesse sentido, lembra Cançado Trindade⁹⁰ que:

O estabelecimento de Tribunais Internacionais permanentes representa um ‘enorme progresso’ para a humanidade, nos domínios da justiça internacional geral, do direito da integração, dos direitos humanos, [...]” (CANÇADO, 2003, p.546-8).

Nesse contexto, o grau de instrução dos operadores da justiça é fator relevante e que facilita essa aplicação horizontal e direta dos princípios

⁸⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V.I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 546-548.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ *Ibidem*, p.583-584.

convencionais no âmbito interno. Afinal, o desconhecimento da matéria dificulta a aplicação coerente dos mecanismos de proteção⁹¹.

Por isso, deve haver uma tomada de consciência pelo Executivo, Legislativo e pelos juízes nacionais sobre a necessidade dos Estados de reformarem os textos ou de remediá-las quando não puderem ser evitadas, de maneira a prevenir violações. Infelizmente, malgrado a existência do controle de convencionalidade, parece que ainda são muitos os casos, na esfera interna brasileira, em que a aplicação dos ditames internacionais protetivos é esquecida, apesar da importância notória dos tribunais internacionais.

Mesmo assim, ainda que o controle de convencionalidade não seja algo novo, muitas dúvidas sobre o tema precisam ser esclarecidas. Abaixo, no próximo tópico, passa-se a esclarecer certas dúvidas para melhorar o exercício do controle de convencionalidade.

2.2.2. Controle de convencionalidade e controle de constitucionalidade

Considerando que o controle de convencionalidade passa necessariamente pela forma como os tratados e convenções internacionais são recepcionados pela Constituição de 1988, o controle de convencionalidade deve ser realizado em consonância com o controle de constitucionalidade.

Inclusive, a diferenciação entre controle de convencionalidade e de constitucionalidade parece ser uma das dúvidas do aplicar diante de um caso envolvendo direitos humanos.

De modo geral, no Brasil, o controle de constitucional é apreendido a partir da ideia maior de supremacia da Constituição, como lei maior que rege todo Estado, como “pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”, conforme menciona o constitucionalista Pinto Ferreira⁹².

Conforme já se viu anteriormente⁹³, com a noção de controle de convencionalidade, essa ideia de supremacia de constituição passa a sofrer

⁹¹ *Ibidem*, p. 546-548.

⁹² FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 120.

⁹³ Vide item 2.2.1 e a “teoria do trapézio”, que também será retomada durante toda a explicação sobre as diferenças e complementariedades entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade.

alterações, para ampliar o conteúdo de normas fundamentais de Estado (envolvendo temas como o de direitos humanos).

De toda forma, o controle de constitucionalidade no Brasil, conforme explica Luís Roberto Barroso⁹⁴ pode ser exercido de forma concentrada, com a inspiração derivada do doutrinador Hans Kelsen e do sistema austríaco, ou, ainda, de forma difusa, inspirada, ao seu turno, nos Estados Unidos e, principalmente, na decisão do juiz Marshall no caso Marbury Vs. Madison, de 1803. Essa sistemática brasileira, com diversas influências, não é uma exclusividade da Constituição Brasileira e é denominado de sistema misto.

A este respeito, Gilmar Mendes⁹⁵ leciona que:

O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade é um dos exemplos mais claros de sistema misto, no qual se conjugam o tradicional modelo concreto e difuso com as ações abstratas de controle concentrado da constitucionalidade. O modelo de controle difuso adotado pelo sistema brasileiro permite que qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, não havendo restrição quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há um amplo poder conferido aos juízes para o exercício do controle da constitucionalidade dos atos do Poder Público(MENDES, 2011, p.01).

Quanto à sua forma concentrada, o Poder Judiciário, notadamente o STF, é responsável pela guarda da constituição, portanto, detentor do dever de controle de constitucionalidade. É nesse sentido que a Constituição Brasileira de 1988 estabelece no artigo 102⁹⁶ que compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição.

Contudo, neste ponto há de se ressaltar que o STF não é considerado uma Corte Constitucional⁹⁷, uma vez que o controle de constitucionalidade também poderá ser exercido em sua forma difusa, conforme será melhor explicado adiante.

⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas. **Observatório Da Jurisdição Constitucional**. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011. Palestra. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551>>. Acesso em: 11 ago 2017.

⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 mar 2017.

⁹⁷ Esse é o entendimento de José Afonso da Silva. *In*: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 985

Em outros termos: as questões pertinentes à constitucionalidade de norma, ato ou decisão, seja ela proveniente do poder legislativo, executivo, até mesmo judiciário, são de competência do STF, o qual proferirá decisão definitiva sobre a matéria de ordem constitucional submetida àquela corte. Entretanto, a existência de um controle concentrado de constitucionalidade não impede que o juízo monocrático, ou de segunda instância, aprecie e se manifeste sobre matéria de ordem constitucional, nas demandas ordinárias, sendo possível assim o controle difuso de constitucionalidade.

A limitação do controle difuso de constitucionalidade é o próprio controle concentrado, uma vez que cabe à Corte Suprema a palavra final sobre a matéria de ordem constitucional, estando a decisão do controle difuso sujeita a reforma ou confirmação nestes termos (por meio, por exemplo, do chamado Recurso Extraordinário)⁹⁸.

Assim, quanto à sua forma difusa, o juiz de 1º grau e o colegiado de 2º grau podem efetivamente fazer o controle de constitucionalidade, sendo certo que a decisão estará sujeita à eventual revisão pela Corte Superior, dependendo do entendimento desta.

Desta tarefa, por vezes surge a figura do ativismo judicial, visto com reservas pelos poderes executivo e legislativo, e também, por vezes, pela sociedade. Contudo, em razão dos objetivos do presente trabalho e seu breve tempo, tal tema não será abordado.

Ainda assim, insta ver que todos estes elementos reunidos implicam em enorme sobrecarga ao julgador, acrescentando-se o fato de que este também possui suas convicções pessoais, e que em um julgamento, é possível que tais convicções sejam refletidas por meio da decisão prolatada, implicando na hipótese do ativismo judicial.

A este respeito, Clèmerson Merlin Clève e Bruno Lorenzetto⁹⁹ afirmam que:

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará,

⁹⁸ *Ibidem, idem.*

⁹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio. **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 32, jul./set. 2015, p. 120.

conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a auto-contenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte (ativismo) para a proteção desta ou daquela situação. Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação). Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário (CLÈVE; LORENZETTO, 2015, p. 120).

O poder judiciário cumpre um papel fundamental para a concretização da democracia e manutenção do Estado Democrático de Direito, pois democracia não se traduz somente na vontade da maioria, mas também, na garantia dos direitos fundamentais de minorias¹⁰⁰. E é por isso mesmo que se diz que o STF exerce um papel precipuamente contramajoritário.

E do mesmo modo, as instâncias inferiores analisam matéria constitucional, utilizando-se do poder difuso, sendo que tal pode ocorrer a pedido da parte ou ainda, *ex officio*.

O controle de constitucionalidade também possui momentos, podendo ser prévio (denominado de controle preventivo) ou posterior (controle repressivo). Além disso, poderá ser exercido pelo Legislativo, Executivo e Judiciário¹⁰¹.

Como o trabalho possui enfoque no Poder Judiciário, os controles de constitucionalidade exercidos pelo Legislativo (por meio de seus respectivos parlamentares e Comissões de Constituição e de Justiça) ou pelo Executivo (por meio do veto presidencial, por exemplo) não serão aqui apresentados, até mesmo porque apenas aqui se pretende, de maneira sucinta, diferenciar e aclarar o controle de constitucionalidade do controle de convencionalidade.

Se no controle de constitucionalidade a ideia maior da Constituição em um topo piramidal, da qual se submetem todas as demais leis internas, no controle de convencionalidade o alvo de referência, chamado de parâmetro,

¹⁰⁰ Para saber mais, vide: BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 967.

não será tão somente a Constituição, mas como também por emendas constitucionais, assim como tratados e convenções internacionais.

Aqui, tecnicamente, há um problema jurídico de hierarquia dos tratados e convenções internacionais, que não foi solucionado pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que introduziu o §3º do art. 5º na Constituição Brasileira de 1988 e muito menos restou clarificado pelo atual entendimento do STF. Essa problemática já foi aqui suscitada e também será novamente mencionada, sobretudo ao analisar o controle de convencionalidade no âmbito do direito do trabalho.

Sobre o tema, no ambiente internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já anotou, em julgamentos contenciosos de casos, que o parâmetro do controle de convencionalidade se estende a todo tratado internacional envolvendo direitos humanos¹⁰². Além disso, já avança no sentido de ampliar o parâmetro de convencionalidade e incluir até mesmo opiniões consultivas¹⁰³.

Assim sendo, ao que parece, no direito interno há maior resistência na ampliação do parâmetro para análise das demais normas no ordenamento jurídico brasileiro, já que a lei brasileira, assim como a jurisprudência, não apresenta claramente a hierarquia dos tratados e convenções internacionais, bem como há também resistência, ou mesmo, quiçá, desconhecimento, na utilização dos documentos internacionais no cotidiano.

Conforme observa o desembargador do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 13ª Região, Wolney de Macedo Cordeiro¹⁰⁴:

No processo de aplicação das normas jurídicas trabalhistas sempre houve certa relutância no manejo das normas emanadas do ambiente internacional. Muito embora o sistema normativo capitaneado pela Organização Internacional do Trabalho seja longo e abrangente, o direito brasileiro tradicionalmente não se sente à vontade na

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7, 2015, p. 07. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 24 ago 2017.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁰⁴ CORDEIRO, Wolney de Macedo. A interação entre o direito interno e internacional na perspectiva da jurisdição trabalhista: uma introdução ao controle de convencionalidade em matéria laboral. *In*: Adriano Mesquita Dantas; Marcelo Rodrigo Carniato; Sérgio Cabral dos Reis. (Org.). **Poder judiciário e desenvolvimento socioeconômico**. São Paulo: Editora LTR, 2012, p. 182.

aplicação das normas de Direito Internacional(CORDEIRO, 2012, p. 182).

Ainda assim, apesar de toda relutância, ao falar aqui em controle de convencionalidade, utiliza-se o seu sentido lato, no sentido de alargamento do topo piramidal clássico para inclusão de normas envolvendo direitos humanos e direito do trabalho.

De igual modo ao que ocorre com o controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade também pode ser concentrado ou difuso, cujos efeitos são a inaplicabilidade ou invalidação da norma.

Quanto ao controle de convencionalidade realizado em ambiente doméstico, é concentrado levando em consideração a prerrogativa que o STF possui na interpretação e recepção dos tratados e convenções internacionais de direito humanos frente à Constituição de 1988¹⁰⁵.

Além disso, uma vez que a norma internacional cumpra os requisitos para aplicação, quais sejam, vigência, adesão do país signatário à fonte normativa, aplicação material ao direito interno, é possível que o controle de convencionalidade seja feito de forma difusa no ambiente interno, nas demais instancias do poder judiciário, e para este estudo, na Justiça do Trabalho.

Já em seu modo internacional o controle de convencionalidade será exercido pelos Tribunais Internacionais, conforme já visto (controle de convencionalidade propriamente dito). Ainda assim, a interação entre Tribunais Internacionais e direito interno parece uma interessante oportunidade para uma nova construção do direito do trabalho, voltado à proteção do ser humano.

2.2.3 Controle de convencionalidade no direito do trabalho

¹⁰⁵ Além de tratados e convenções, bem como demais documentos internacionais, há quem entenda que também cabe ao STF, quando no exercício do controle de convencionalidade em sua forma concentrada (ou mesmo difusa, pela via de um Recurso Extraordinário), a observância das fontes de direito internacional, como princípios gerais de direito e costumes internacionais, conforme artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, do qual o Brasil faz parte e se comprometeu a cumprir. Vide: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (ICJ). **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. 26 de junho de 1945.

Por se tratar o Direito do Trabalho de um direito fundamental humano e social, o controle de convencionalidade a ser exercido tem por objeto direitos humanos e por consequência, rege-se pelo princípio *pro homine/favor persona*, segundo o qual, a norma deve ser interpretada de forma mais favorável ao indivíduo, o ser humano. Trata-se da aplicação do princípio da norma mais favorável, conforme já estudado em tópico anterior deste trabalho.

No âmbito das normas trabalhistas internacionais, Arnaldo Süssekind¹⁰⁶ leciona que:

[...] a solução dos conflitos entre normas internacionais é facilitada pela aplicação do princípio da norma mais favorável aos trabalhadores. Essa regra decorre do próprio caráter desse Direito que visa a assegurar um mínimo de garantia aos trabalhadores, sendo adequado e conveniente que, entre diversos atos normativos igualmente aplicáveis à relação jurídica em causa, prevaleça o mais benéfico ao trabalhador(SÜSSEKIND, 2000, p.58).

Ainda assim, o estudo do controle de convencionalidade passa necessariamente pela forma como o Estado, por meio de seu sistema constitucional, recepciona as normas internacionais e as posiciona dentro de seu sistema jurídico.

Como o presente estudo trata de normas internacionais de direitos humanos envolvendo o direito do trabalho, fez-se necessária a análise de interpretação dada pela mais alta corte brasileira, o STF, em relação às normas internacionais de direitos humanos, Constituição de 1988 e legislação ordinária.

Como visto, dentre as interpretações que foram dadas pelo STF ao longo dos anos, as normas internacionais foram posicionadas em um primeiro momento no mesmo patamar da legislação ordinária. Posteriormente, o STF dividiu-se entre a interpretação de que as normas seriam de caráter constitucional, tão somente quando fosse observado rito estabelecido no art.

¹⁰⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 58.

5º, §3º (introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2000), e supralegal, quando não observassem o referido rito, mas infraconstitucional, em razão do conteúdo do art. 5º, § 2º da Constituição de 1988, o qual estabelece que os direitos e garantias expressos na constituição não excluem outros decorrentes dos regimes e princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em o Brasil faça parte.

A questão parece ainda mais latente quando se está diante de um tema envolvendo direitos sociais. Assim, Wolney de Macedo Cordeiro anota que¹⁰⁷:

Ora, se é possível a construção de uma jurisprudência de salvaguarda dos direitos reconhecidos no plano internacional, não se afigura metodologicamente defensável a tese de afastamento de garantias sociais asseguradas no mesmo ambiente. Em termos práticos, diante das construções elaboradas a partir da vitoriosa hermenêutica da CF, art. 5º, §§2º e 3º, como seria possível diferenciarmos a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de qualquer uma das convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho ratificadas pelo Brasil? Acreditamos que não existe qualquer sustentáculo para proceder esta distinção, salvo se nos louvamos em pressupostos exclusivamente ideológicos(CORDEIRO, 2011, p.182);.

Conforme já afirmando neste trabalho, alguns doutrinadores como, Ingo Sarlet, e Valério de Oliveira Mazzuoli e Antônio Augusto Cançado Trindade, entendem que a introdução do § 3º ao art. 5º da Constituição não se fazia necessária, pois o § 2º do art. 5º trouxe em seu conteúdo cláusula de abertura constitucional que permite uma interpretação extensiva dos tratado e convenções de direitos internacionais dos direitos humanos em relação ao sistema jurídico brasileiro.

Rodrigo Goldschmitt¹⁰⁸, em igual posicionamento, afirma que:

¹⁰⁷ CORDEIRO, Wolney de Macedo. A interação entre o direito interno e internacional na perspectiva da jurisdição trabalhista: uma introdução ao controle de convencionalidade em matéria laboral. *In*: Adriano Mesquita Dantas; Marcelo Rodrigo Carniato; Sérgio Cabral dos Reis. (Org.). **Poder judiciário e desenvolvimento socioeconômico**. São Paulo: LTr, 2012, p. 182-199.

Essas cláusulas de abertura material do catálogo de direitos fundamentais ao mesmo tempo que reconhecem que os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna são meramente exemplificativos, autorizam, por isso mesmo, o ingresso de outros direitos que possuem conteúdo de fundamentalidade, direitos esses que via de regra (1) são atribuídos a um indivíduo ou grupo de indivíduos, (2) ampliam o âmbito de proteção desse (s) indivíduo (s), (3) afirmam ou promovem a dignidade humana desse indivíduo (s)(GOLDSCHMIDT, 2015, p.34-47).

Este entendimento é necessário para compreender a extensão da aplicação do controle de convencionalidade, tendo como perspectiva, a abertura material constitucional em matéria de tratados e convenções internacionais de direitos humanos, mais especificamente, do direito humano e fundamental do trabalho, que possui toda uma estrutura internacional em matéria trabalhista que vem sendo construída cotidianamente, o que é estampado especialmente por meio da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Nesse sentido, quando se está diante de um controle de convencionalidade em relação a direitos sociais não se pode esquecer que essas matérias sociais também adentram no tema direitos humanos, apesar de parecer encontrar ainda maior resistência do que os demais direitos humanos, como direitos individuais.

É por isso que os campos científicos e práticos não podem deixar de analisar o tema do controle de convencionalidade sem levar em conta a inserção das normas internacionais de cunho social no Brasil.

Dentre essas normas internacionais envolvendo direitos sociais, se destacam as convenções da Organização Internacional do Trabalho, e, mais especificamente, as convenções que são consideradas fundamentais, afinal, a questão da efetivação do direito social, fundamental e humano do trabalho

¹⁰⁸ GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria da abertura material do catálogo de direitos fundamentais e a aplicação das convenções internacionais da OIT nas relações de trabalho no Brasil, *In*: FRANCO FILHO, Georgeton de Souza; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Direito Internacional do Trabalho**: O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2015, p. 34-47.

perpassa, também, pela garantia e promoção da dignidade da pessoa humana, considerada “simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais”¹⁰⁹.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 58.

CAPÍTULO 3 CONVENÇÕES DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) E CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

3.1 A ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT)

A Organização Internacional do Trabalho¹¹⁰, doravante denominada por OIT, possui os seguintes fundamentos:

A OIT funda-se no princípio de que a paz universal e permanente só pode basear-se na justiça social. Fonte de importantes conquistas sociais que caracterizam a sociedade industrial, a OIT é a estrutura internacional que torna possível abordar estas questões e buscar soluções que permitam a melhoria das condições de trabalho no mundo.

Tal organização internacional possui larga história, sendo fruto da conquista e luta pelo reconhecimento do direito do trabalho como um direito humano. Assim, vários momentos históricos marcaram a criação da OIT, em 1919 - quando na ocasião da Conferência da Paz, realizada para finalizar a Primeira Guerra Mundial.

Nesse sentido, Arnaldo Süssekind¹¹¹ destaca os seguintes eventos históricos em torno da história da OIT:

1890- Primeira Conferência Internacional do Trabalho - Berlim;
1897 - Organização Cristã do Trabalho – Zurique;
1897 – Criação da Comissão para Organizar um Organismo Internacional do Trabalho – Bruxelas;

¹¹⁰ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO). **Conheça a OIT**. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/presentation>>. Acesso em: 22 jul 2016.

¹¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. Ed São Paulo: LTr, 2000, p.85-98.

1900 – Congresso de Paris – Fundação Internacional para Proteção dos Trabalhadores;
1901 – Criação da Associação Internacional de Proteção Legal dos Trabalhadores – Basileia;
1915 – Congresso da Filadélfia;
1916 – Recomendação para criação do Tratado de Paz – Inglaterra;
1918 – Requerimento para participação dos trabalhadores na Conferência da Paz – abril de 1919 (SUSSEKIND, 2000, p.85-98)

Portanto, a OIT derivou de criação de organização internacional para paz e fim da Primeira Guerra Mundial. Conforme resume Valério de Oliveira Mazzuoli¹¹², a OIT “nasceu como uma forma de anexo à Liga das Nações, não obstante dotada de total autonomia. Anos mais tarde, em outubro de 1946, a organização incorporou a Declaração de Filadélfia, de 1944, como anexo à Constituição da OIT”.

E sobre as características da OIT, que fizeram com que tal instituição permanecesse forte ao longo do tempo, Mazzuoli¹¹³ explica:

De fato, se no plano do Direito Humanitário e da Liga das Nações os direitos encontravam-se ainda nebulosos, além de circunscritos a âmbitos restritos, como as situações de conflito armado, o certo é que no plano da OIT os direitos das pessoas (no caso, dos trabalhadores) passaram a ser mais facilmente visualizáveis, bem assim ficou mais nítido qual o sujeito de direitos a ser protegido. Desde a sua fundação, em 1919, a OIT já conta com quase duas centenas de convenções internacionais promulgadas, às quais os Estados-partes, além de aderir, viram-se obrigados a cumprir e respeitar (MAZZUOLLI, 2014, p. 432).

A OIT tem, atualmente, os seguintes objetivos estratégicos¹¹⁴:

¹¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 432.

¹¹³ *Ibidem*, p. 902.

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Objetivos Estratégicos**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/fund/objetivos.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

Promover os princípios fundamentais e direitos no trabalho através de um sistema de supervisão e de aplicação de normas; promover melhores oportunidades de emprego/renda para mulheres e homens em condições de livre escolha, de não discriminação e de dignidade; aumentar a abrangência e a eficácia da proteção social; fortalecer o tripartismo e o diálogo social; atividades paralelas: a) apoio operacional intersetorial ao trabalho decente; b) igualdade entre os sexos; c) ampliação de conhecimentos através de estatísticas e, também, do Instituto Internacional de Estudos Trabalhistas e do Centro Internacional de Formação da OIT, em Turim; d) melhor percepção das perspectivas da OIT através de relações e associações internacionais e de comunicações(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, s.p.).

A Organização Internacional do Trabalho é um organismo tripartite, pois a qualidade de membro assegura ao Estado o direito de participar com dois representantes do governo, um representante do empregador e um 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 dois representantes.

A OIT é a única Organização pertencente à ONU com estrutura tripartite, ou seja, em que participam representantes dos Estados Membros, dos trabalhadores e, por último, dos empregadores.

Observe-se, porém, que o Estado Membro tem sempre direito ao dobro de representantes em relação às partes sociais, devendo assim ser para a preservação da soberania do Estado Membro, evitando-se a realização de eventuais conchavos entre empregadores e empregados com o fim de, por exemplo, lesar o Governo.

Os Órgãos principais que compõem a estrutura da OIT são três: a) conferência internacional do trabalho; b) conselho de administração; e c) bureau, repartição ou secretaria internacional do trabalho.

Sobre a conferência internacional do trabalho, no site da OIT¹¹⁵ pode ser encontrada a noção da importância do referido órgão, no seguinte sentido:

A Conferência Internacional do Trabalho funciona como uma assembleia geral da OIT. Cada Estado Membro tem direito a enviar quatro delegados à Conferência (anualmente em Genebra, em junho), acompanhados por conselheiros técnicos: dois representantes do governo, um dos trabalhadores e um dos empregadores, todos com direito a voto independente. O Ministro de Estado responsável pelos assuntos trabalhistas em cada país pode assistir à Conferência e intervir nos debates. Cada um dos delegados tem total independência de voto, podendo votar em sentido contrário ao governo de seus países, assim como dos outros delegados(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, s.p.).

A Conferência possui como funções: (a) discutir temas diversos do trabalho; (b) adotar e revisar normas internacionais do trabalho; (c) aprovar as políticas gerais e o programa de trabalho e orçamento da OIT, financiado por seus Estados Membros; (d) eleger o Conselho de Administração.

O conselho de administração, órgão da estrutura da OIT, é explicado, no site oficial¹¹⁶, da seguinte maneira:

O Conselho de Administração da OIT é formado por 28 representantes dos governos, 14 dos trabalhadores e 14 dos empregadores. Dez dos postos governamentais são ocupados permanentemente pelos países de maior importância industrial (Alemanha, Brasil, China, Estados Unidos da América, França, Índia, Itália, Japão, Reino Unido e Rússia). Os representantes dos demais países são eleitos a cada três anos pelos delegados governamentais na Conferência, de acordo com a distribuição geográfica. Os empregadores e os trabalhadores elegem seus próprios

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Institucional**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/hist/index.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conselho de Administração**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/struct/conselho.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

representantes em colégios eleitorais separados(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, s.p.).

O Conselho de Administração possui as seguintes funções: (a) decidir sobre a política da OIT; (b) estabelecer o programa e o orçamento da OIT; (c) eleger o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho.

O *bureau*, também denominado de repartição ou, ainda, de secretaria internacional do trabalho, trata-se da Secretaria da Organização Internacional do Trabalho, sendo órgão permanente no qual se concentra a maioria das atividades de administração voltadas para a realização dos objetivos estratégicos da OIT. É dirigido pelo Conselho de Administração, o qual elege, periodicamente, o seu Diretor-Geral.

Cabe aqui transcrever o § 1º, do artigo 10 da Constituição da OIT:

A Repartição Internacional do Trabalho terá por funções a centralização e a distribuição de todas as informações referentes à regulamentação internacional da condição dos trabalhadores e do regime do trabalho e, em particular, o estudo das questões que lhe compete submeter às discussões da Conferência para conclusão das convenções internacionais assim como a realização de todos os inquéritos especiais prescritos pela Conferência, ou pelo Conselho de Administração(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, s.p.).

A Repartição Internacional do Trabalho, portanto, busca, conforme Ricardo Antônio Silva Seitenfus¹¹⁷, alcançar os seguintes objetivos:

- a) preparar os textos das convenções e recomendações;
- b) divulgar as informações sobre o mundo do trabalho através de relatórios e publicações periódicas;
- c) preparar tecnicamente a ordem do dia das conferências;
- d) prestar assistência legislativa, quando solicitada, aos países-membros;
- e) velar pela execução aplicação das convenções firmadas pelos países-membros.

¹¹⁷ SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 164.

A respeito dos órgãos que compõem a OIT, Luiz Eduardo Gunther¹¹⁸ afirma que “esses três grandes órgãos equivalem a que, em uma sociedade anônima corrente são a Assembleia Geral (órgão deliberante); o Diretório (órgão diretivo) e a Gerência (órgão executivo)”.

Essa didática comparação demonstra que a OIT tem o funcionamento similar ao de uma empresa de sociedade anônima, porém, ao invés de acionistas que decidem o rumo da empresa, na OIT são os Estados, por meio de seus representantes, que definem as políticas e prioridades desse importante organismo internacional.

As convenções internacionais são os instrumentos normativos internacionais mais importantes, que derivam da Conferência Internacional do Trabalho, órgão da OIT. Convenção Internacional é um Tratado-lei multilateral, ratificável, que não admite ressalva. São editadas e votadas pelos representantes dos Estados Membros, dos empregadores e dos trabalhadores. Para aprovação da Convenção são exigidos os votos favoráveis de 2/3 dos Delegados presentes.

A Convenção Internacional adquire vigência no plano internacional doze meses após a ratificação de pelo menos dois Estados 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.

Ratificação é o processo pelo qual passam as convenções internacionais para lhes prestar validade e eficácia na ordem jurídica interna do estado soberano¹¹⁹. No Brasil, o Presidente da República é que tem, por delegação constitucional, a obrigação e o dever de, por meio de uma mensagem presidencial, encaminhar para aprovação do Congresso Nacional, a ratificação

¹¹⁸ GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 43.

¹¹⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito dos Tratados**. São Paulo: RT, 2011, p. 120.

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.

Em relação à vigência da Convenção da OIT, é lembrado por Francisco Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante¹²⁰ que:

a) não se deve confundir vigência internacional da convenção com a sua eficácia jurídica no âmbito do Estado-membro, ou seja, não se confunde a vigência internacional com a nacional;

b) a vigência internacional da convenção inicia-se a partir do momento em que o instrumento é adotado pela Conferência, sendo assinado pelo Presidente da referida reunião e pelo Diretor Geral da RIT(JORGE NETO; CAVALCANTE, 2004, p. 18).

Dentre as recomendações internacionais, também são documentos da OIT, e a respeito das mesmas, Rodolfo Pamplona Filho e Marco Antônio César Villatore¹²¹ explicam que:

A Recomendação 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 mesmos(PAMPLONA FILHO; VILLATORE, 2011, p.69).

A OIT como organismo do Direito Internacional Público do Trabalho, tem como principal papel, o de legisladora internacional das relações que tratam do Direito do Trabalho, tendo por normas as Convenções e Resoluções.

Enquanto as convenções tratam de temas específicos que obrigam os Estados ratificantes à observância das mesmas, as Resoluções são

¹²⁰ JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 18.

¹²¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 69.

recomendações de qual o tratamento a ser dado em determinada situação que envolva o direito do trabalho.

3.2 CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No ano de 1998 foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, sendo uma reafirmação universal do compromisso dos Estados Membros e da comunidade internacional em geral de respeitar, promover e aplicar um patamar mínimo de princípios e direitos no trabalho, que são reconhecidamente fundamentais para os trabalhadores.

Esses princípios e direitos fundamentais estão recolhidos em oito Convenções que cobrem quatro áreas básicas: liberdade sindical e direito à negociação coletiva, erradicação do trabalho infantil, eliminação do trabalho forçado e não discriminação no emprego ou ocupação.

Em 1998, portanto, após o fim da Guerra Fria, foi adotada a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. O documento é uma reafirmação universal da obrigação de respeitar, promover e tornar realidade os princípios refletidos nas Convenções fundamentais da OIT, ainda que não tenham sido ratificados pelos Estados Membros¹²².

Há que se lembrar¹²³ que, em “10 de dezembro de 1998, durante a 15ª Reunião Ordinária, foi firmada, no Rio de Janeiro, a Declaração Sociolaboral do MERCOSUL, sendo subdividida nas seguintes partes: Direitos Individuais; Direitos Coletivos; Outros Direitos e, por último, Aplicação e Seguimento”,

¹²² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/hist/index.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

¹²³ VILLATORE, Marco Antônio César. 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, 2004, p. 53.

sendo que “esse importante documento surgiu por meio de sugestões das Centrais Sindicais e do próprio Subgrupo de Trabalho n. 10, tendo por base as oito Convenções Internacionais da Organização Internacional do Trabalho denominadas fundamentais e que deveriam ser ratificadas por todos os países”.

Dentre as 183 Convenções da Organização Internacional do Trabalho, aprovadas até junho de 2001¹²⁴, “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)”.

As oito Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho são divididas em quatro partes, envolvendo os seguintes aspectos, a saber: a) trabalho forçado; b) liberdade sindical e negociação coletiva; c) discriminação; d) trabalho infantojuvenil.

3.2.1 Convenção 29 DA OIT – Abolição do Trabalho Forçado

Foi aprovada na 14ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1930, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1932. No Brasil foi ratificada em 25 de abril de 1957 entrando em vigor exatamente um ano após.

O seu primeiro artigo estabelece o compromisso dos Estados Membros em suprimir a utilização de trabalho forçado ou obrigatório em mais curto espaço de tempo possível.

Trabalho forçado ou obrigatório, conforme o artigo segundo da supracitada Convenção, é todo o trabalho ou serviço realizado sob ameaça de qualquer punição ou que não seja espontâneo.

¹²⁴

Normas. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

Atente-se para as seguintes exceções: a) serviço militar obrigatório; b) trabalho ou serviço para obrigações cívicas; c) pena alternativa; d) caso de força maior e e) trabalho ou serviço realizado para a comunidade.

O conceito de autoridade competente é encontrado no artigo subsequente, sendo que as mesmas não podem impor trabalho forçado ou obrigatório em favor de empregadores privados.

O artigo dez da Convenção 29 da OIT estabelece quais são as atividades de interesse público, quais sejam: a) trabalho de interesse direto e importante para a coletividade; b) serviço ou trabalho de necessidade atual; c) mão-de-obra disponível e com aptidão; d) desnecessidade de modificação de local de residência e e) orientação religiosa ou social.

O seu artigo onze determina quais seriam os sujeitos que poderiam laborar no trabalho forçado ou obrigatório, no seguinte sentido: a) sexo masculino; b) entre 18 e 45 anos de idade. Os limites e as condições para utilização do trabalho forçado ou obrigatório são os seguintes: a) realização de exame médico; b) isenção de alunos e de professores; c) manutenção de um número razoável de homens na comunidade; d) manter o respeito aos vínculos conjugais e familiares.

Outras regras importantes presentes na presente Convenção são os mesmos direitos trabalhistas dos empregados e dos trabalhadores submetidos ao trabalho forçado ou obrigatório como, por exemplo, duração do trabalho; descanso semanal remunerado; remuneração; viagens; alojamento e alimentação; seguro contra acidente ou moléstia.

O artigo 21 estabelece que o trabalho subterrâneo em minas não pode ser realizado em trabalho forçado ou obrigatório.

O artigo 22 da Convenção 29 da OIT determina a elaboração de relatórios que serão apresentados à Repartição Internacional do Trabalho, ao menos uma vez ao ano e o artigo seguinte prevê que cada Estado Membro deverá estabelecer legislação e penalidade contra esse tipo de trabalho.

Por último, o artigo 26 estabelece os territórios em que seriam aplicáveis os artigos da Convenção supracitada, nos seguintes termos: a) territórios aplicáveis; b) territórios aplicáveis, mas com modificação, devendo haver explicação para tal diferenciação e c) territórios em que o Estado Membro se reserva de aplicar.

Nota-se, portanto, que a supracitada Convenção Internacional possibilita que o Estado Membro pratique sua intervenção contra o trabalho forçado, mas em algumas situações mais complicadas, as vezes em razão do território e de razões climáticas, outras vezes porque está proibido de interceder, como é o caso de impossibilidade de contato com tribo indígena que esteja sob proteção mundial.

Nota-se, portanto, que a supracitada Convenção Internacional possibilita que o Estado Membro pratique sua intervenção contra o trabalho forçado, mas em algumas situações mais complicadas, as vezes em razão do território e de razões climáticas, outras vezes porque está proibido de interceder, como é o caso de impossibilidade de contato com tribo indígena que esteja sob proteção mundial.

Dinaura Godinho Pimentel Gomes¹²⁵ afirma o seguinte:

Assim, mesmo sob a égide do Estado Democrático de Direito, são notórias as situações em que a força de trabalho de pessoas de diversas nacionalidades tem sido explorada em condições análogas à de escravo. Essa trágica precarização do trabalho ocorre em diversos setores produtivos, com mais frequência provocada por gigantescas empresas transnacionais, que agem em dimensão planetária, terceirizando suas atividades essenciais em busca da maximização de lucros.

Diante de tais ocorrências, em pleno Século XXI, impõe-se, permanentemente, manter as conquistas dos trabalhadores compatíveis com a sua dignidade humana, diante de efeitos nefastos da economia globalizada.

É o que vem preconizando a Organização Internacional do Trabalho – OIT, no sentido de amenizar a disseminação da exploração do trabalho

¹²⁵ GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A garantia do acesso ao trabalho decente. *In: Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho*- trabalho decente. Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antônio César Villatore (Coordenadores). No prelo.

humano, em larga escala, com escandaloso desrespeito aos direitos humanos. Para tanto, desenvolve estudos e ações voltados à busca da realização do trabalho decente junto aos Estados Membros, dentre os quais o Brasil(GOMES, 2017).

A abolição do trabalho forçado tornou-se um dos quatro objetivos estratégicos da agenda do Trabalho Decente da OIT, sendo que o governo brasileiro criou em 2006 a Agenda Nacional de Trabalho Decente, tendo, dentre outros objetivos, a eliminação de toda e qualquer forma de trabalho forçado.

Se por um lado, a o reconhecimento da necessidade da criação desta agenda evidencia esforços por parte do Estado brasileiro com vistas à eliminação do trabalho forçado, por outro lado, leva a conclusão de que mesmo em uma sociedade supostamente civilizada e avançada tecnologicamente, é necessário rigor no tratamento da inobservância de normas fundamentais que violam os direitos humanos, como é o caso do trabalho em condições análogas à de escravo.

3.2.2 Convenção 105 da OIT – abolição do trabalho forçado

Sendo aprovada na 40ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1957, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1959. No Brasil foi ratificada em 18 de junho de 1965 entrando em vigor em 18 de junho de 1966.

O seu artigo primeiro estabelece o compromisso dos Estados Membros em suprimir o trabalho forçado ou obrigatório por meio dos seguintes meios: a) coerção ou sanção por oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) método de mobilização e de utilização de mão de obra para fim de desenvolvimento econômico; c) como medida de disciplina de trabalho; d) como punição por participação em greve e e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

O artigo segundo da Convenção 105 da OIT prevê o compromisso dos Estados Membros que a ratificarem de abolir imediatamente o trabalho forçado ou obrigatório.

Importante citar a atualização no Brasil sobre o trabalho escravo contemporâneo¹²⁶, no seguinte sentido:

É necessário também ampliar as ações preventivas do trabalho escravo, tais como programas de qualificação profissional e elevação da escolaridade nas áreas de concentração de trabalhadores escravos; a geração de novos postos de trabalho nos municípios de origem e residência dos trabalhadores; a realização de programas de reforma agrária com apoio à agricultura familiar para que os trabalhadores se tornem menos vulneráveis, criando efetivamente alternativas para seu sustento e de sua família. Considera-se ainda importante manter registros e análises sistemáticas sobre os principais atores envolvidos no problema de forma a aprofundar o conhecimento da questão (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p.170).

Assim sendo, não falta proteção jurídica em matéria de direitos humanos e combate ao trabalho escravo, apesar, ainda, de saber que o Brasil ainda está longe de erradicar por completo o trabalho escravo, possuindo um longo caminho pela frente, para fazer jus aos escritos na Convenção 105 da OIT. Nesse sentido, o controle de convencionalidade pode (e deve) ser utilizado em prol da dignidade do ser humano.

3.2.3 Convenção da OIT – Liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização

Importante destacar que o Brasil é um dos únicos países que não ratificou a presente Convenção Internacional do Trabalho e único, nesse sentido, perante os outros quatro Estados Partes do MERCOSUL. Aprovada na

¹²⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil**. Brasília: OIT, 2011, p. 170.

31ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em São Francisco, no ano de 1948, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1950.

O primeiro artigo da Convenção 87 da OIT estabelece o compromisso do Estado Membro na liberdade sindical, sendo que o seu artigo segundo prevê o direito de constituição de sindicatos e de se filiar conforme estatuto e sem a necessidade de autorização prévia.

O artigo 3º da Convenção supracitada dita o Direito de elaborar estatuto, eleger os seus dirigentes e estabelecer regulamento administrativo, sem qualquer intervenção estatal.

O artigo seguinte estabelece que as entidades sindicais não estão sujeitas à dissolução ou suspensão por via administrativa e o artigo 5º determina que estas mesmas entidades poderão constituir federações e confederações nacionais e internacionais, além da liberdade de filiação.

A legislação nacional não pode conflitar com as regras previstas na presente Convenção além do fato de que para as entidades relacionadas ao serviço militar, necessitará de legislação própria a ser definida pelo Estado Membro.

Organização, conforme artigo 10, é qualquer organismo de trabalhadores e de empregadores que tenha por fim promover e defender os seus interesses.

O artigo 11 estabelece a proteção do direito de sindicalização determinando o compromisso dos Estados Membros em assegurar o livre exercício do direito sindical.

O artigo 12 da Convenção 87 prevê a aplicabilidade de suas regras nos territórios do Estado Membro, assim como previsto no artigo 26 da Convenção anteriormente analisada.

Importante citar que seguem, no Brasil, várias propostas de Emenda Constitucional, dentre as quais a última, derivada do Fórum Nacional do

Trabalho, de número 369/2005, firmada por Ricardo José Ribeiro Berzoini, Ministro de Estado do Trabalho e Emprego brasileiro¹²⁷.

A supracitada proposta 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 uma determinada profissão, desde que a entidade sindical seja a mais representativa.

3.2.4 Convenção 98 da OIT – Direito de Sindicalização e Negociação Coletiva

Foi aprovada na 32ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1949, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1951. No Brasil foi ratificada no dia 18 de novembro de 1952 entrando em vigor em 18 de novembro de 1953.

De acordo com o segundo artigo da Convenção 98 da OIT as Organizações de empregados devem gozar de proteção especial contra atos de ingerência contra empregadores ou entidades que a criem, organizem ou mantenham.

O artigo terceiro estabelece que os Estados Membros deverão criar Organismos para assegurar o respeito às regras da presente Convenção Internacional do Trabalho devendo, também, conforme o artigo seguinte, tomar medidas especiais para assegurar a negociação sindical.

O artigo quinto estabelece que o Estado Membro poderá promulgar legislação nacional para entidades sindicais ligadas à polícia e às forças

¹²⁷ VAZ, Andréa Arruda. **Direito Fundamental à liberdade sindical no Brasil e os tratados de direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2016, p. 110.

armadas e, por sua vez, o artigo sexto, prevê regras especiais aos funcionários públicos e respeito aos estatutos e demais direitos sindicais.

3.2.5 Convenção 100 da OIT – salário igual para trabalho de igual valor entre homens e mulheres

Sendo aprovada na 34^a Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1951, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1953. No Brasil foi ratificada em 25 de abril de 1957 entrando em vigor exatamente um ano após.

O artigo primeiro explica o que entende por remuneração, sendo esta o salário base acrescida por outras vantagens, inclusive o salário “in natura”. A igualdade perseguida por essa Convenção diz respeito a taxas de remuneração fixas sem discriminação fundada no sexo.

Pelo artigo segundo da Convenção 100 da OIT cada Estado Membro que ratificá-la deverá dispor de meios adaptados aos métodos para não haver discriminação. Tal Princípio deverá ser aplicado por meio de: a) legislação nacional; b) qualquer sistema de fixação de remuneração estabelecido ou reconhecido pela legislação; c) documentos normativos coletivos (convenções ou acordos coletivos de trabalho) firmados pelos sindicatos e d) combinação dos itens anteriores.

O artigo terceiro estabelece que serão tomadas providências pelos Estados Membros e pelas Entidades Sindicais para não haver qualquer tipo de discriminação de salários entre homens e mulheres, sendo que os Estados Membros devem colaborar com as Entidades Sindicais nesse sentido, conforme artigo quarto da Convenção 100 da OIT.

Marco Antônio César Villatore e Sônia de Oliveira¹²⁸ apontam sobre questões específicas de proteção do trabalho da mulher, que:

Diversos Organismos Internacionais aprovaram e redigiram Tratados ou Convenções no intuito de promover a proteção do trabalho da mulher, dentre eles a Organização das Nações Unidas, com a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher¹²⁹, além da Organização Internacional do Trabalho, por meio das Convenções n.º. 100 (igualdade de remuneração); n.º. 111 (discriminação no emprego e ocupação); n.º. 156 (trabalhadores com responsabilidades familiares); n.º. 183 (proteção da maternidade), dentre outras.

Da mesma forma, a legislação nacional possui normas de proteção e promoção do trabalho da mulher, como a Lei n.º. 9.029/1999 (que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho)(VILLATORE; OLIVEIRA, 2015, p. 270).

3.2.6 Convenção 111 da OIT – discriminação em matéria de emprego e ocupação (profissão)

Foi aprovada na 42ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1958, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1960. No Brasil foi ratificada em 26 de novembro de 1965 entrando em vigor exatamente um ano após.

Estabelece, em seu artigo primeiro, que o termo discriminação compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência por raça, cor, sexo, religião, política, nacionalidade ou origem social que destrua ou altere a igualdade no emprego ou na profissão; b) qualquer outra distinção que traga

¹²⁸ VILLATORE, Marco Antônio César; OLIVEIRA, Sonia de. Direitos humanos e questões econômicas e sociais sobre as desigualdades salariais entre homens e mulheres como reflexo da discriminação de gênero existente no mercado de trabalho. *In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, 2015, Aracaju*. Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis, 2015, p. 270.

¹²⁹ Adotada pela Resolução n. 34/180 da Assembleia Geral da ONU, em 18 de dezembro de 1978, tendo entrado em vigor em 03 de setembro de 1981. Conta com 193 Estados Membros e dois observadores (Santa Sé e Palestina). *In: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Division for the Advancement of Women – Department of Economic and Social Affairs – Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*. Disponível em: <<http://www.onu.org/womenwatch/daw/cedaw/states>>. Acesso em: 26 jul 2016.

desigualdade a ser especificada pelo Estado Membro após consulta às entidades sindicais e outros organismos de combate à discriminação.

São excluídos das regras supracitadas os trabalhadores de empregos que assim o exigirem, como é o exemplo de funcionário público na União Europeia, principalmente àqueles ligados às forças armadas de cada Estado Membro.

O emprego e a profissão previstos nesta Convenção Internacional incluem o acesso à formação profissional e qualificação dos trabalhadores.

O seu artigo segundo prevê o compromisso dos Estados Membros em formular e aplicar política nacional para promover a igualdade com o fim de eliminar a discriminação no emprego e na profissão.

Conforme o artigo terceiro da Convenção 111 da OIT os Estados Membros devem: esforçar-se para obter colaboração das entidades sindicais para favorecer a aceitação e a aplicação da política nacional supracitada; b) elaborar legislação para esse fim; c) revogar a legislação contrária e modificar as regras conflitantes; d) seguir essas orientações também para empregos dependentes do controle direto de uma autoridade nacional; e) assegurar a aplicação dessa regra nas atividades e serviços de orientação profissional e f) indicar, nos relatórios anuais, as medidas tomadas e os resultados obtidos em relação a esta Convenção¹³⁰.

O seu artigo segundo estabelece que não será discriminação qualquer ato contra pessoa que prejudique a segurança do Estado Membro, nem tão pouco as medidas de proteção encontradas em outras Convenções da Organização Internacional do Trabalho (artigo quinto, primeira parte).

Importante também mencionar que em sua segunda parte do artigo quinto existe a previsão de que as entidades sindicais poderão estabelecer cláusulas com proteção ou assistência especiais.

¹³⁰ GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 83.

3.2.7 Convenção 138 da OIT – Idade Mínima para admissão em emprego

Sendo aprovada na 58ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1973, entrou em vigor no âmbito internacional no ano de 1976. No Brasil foi ratificada em 28 de junho de 2001 entrando em vigor exatamente um ano após.

O artigo primeiro da supracitada Convenção estabelece que os Estados Membros ratificantes deverão abolir o trabalho infantil e elevar a idade de admissão a emprego de adolescente.

Já o artigo segundo da Convenção 138 da OIT é dividido em cinco partes, quais sejam: 1) proibição de trabalho em idade inferior à legal; 2) notificação do Diretor Geral para informar o aumento de idade para admissão ao emprego; 3) a idade mínima fixada pelo Estado Membro não pode ser inferior à idade de conclusão da escolaridade obrigatória ou de, no mínimo, 15 anos de idade; 4) Estados Membros com economia e condições de ensino não desenvolvidas pode ter trabalhadores a partir dos 14 anos de idade; 5) Estado Membro com trabalhadores a partir dos 14 anos de idade devem encaminhar relatórios anuais sobre a continuidade dessa situação e um prazo para finalizar tal prática.

O seu artigo terceiro, por sua vez, é dividido em três partes: 1) a fixação da idade de 18 anos quando o serviço ou o trabalho forem prejudiciais à saúde, à segurança e à moral do trabalhador; 2) definição por legislação nacional ou por meio da autoridade competente de quais são estas atividades; 3) autorização de trabalho a partir dos 16 anos de idade desde que respeitem a primeira parte do presente artigo¹³¹.

Os Estados Membros podem estabelecer, após consulta às Entidades Sindicais, quais são as exceções à regra do artigo anterior, conforme artigo quarto da Convenção 138 da OIT.

¹³¹ *Ibidem*.

O próprio artigo quinto prevê como exceções, mesmo que parcialmente, quando o Estado Membro possuir economia e condições administrativas não desenvolvidas.

O trabalhador a partir dos 14 anos também poderá ser utilizado quando houver cursos de educação ou treinamento, programas de treinamento ou de orientação vocacional, conforme artigo sexto da Convenção 138 da OIT.

O artigo sétimo prevê, inclusive, que poderá haver trabalho de trabalhadores a partir dos 13 anos, em atividades leves que não prejudiquem a sua saúde, muito menos a sua frequência à escola podendo, ainda, a autoridade competente, excepcionalmente, diminuir tal idade para 12 anos.

Licenças para trabalhadores em representações artísticas podem ser encontradas no artigo oitavo da supracitada Convenção Internacional, desde que exista a limitação de horas de trabalho e condição especial para tal permissão.

O artigo nono determina que os Estados Membros escolher as autoridades competentes e devem estabelecer sanções a serem praticadas pelas mesmas, além dos documentos necessários de os empregadores apresentarem em caso de qualquer fiscalização.

3.2.8 Convenção 182 da OIT – piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação

Foi aprovada 87ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra no ano de 1999 e entrou em vigor, no plano internacional, em 19 de novembro de 2000, no Brasil foi ratificada em 02 de fevereiro de 2000 entrando em vigor exatamente um ano após, e promulgada por meio do Decreto 3.597, de 12 de setembro de 2000.

Compromete os Estados Membros a adotarem medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, conforme seu primeiro artigo.

A estranha noção de criança, indicando os trabalhadores menores de 18 anos, encontra-se prevista no seu artigo segundo.

O artigo terceiro estabelece algumas das piores formas de trabalho infantil, abrangendo: a) escravidão ou situação análoga a de escravidão; b) prostituição ou participação em pornografia; c) utilização, recrutamento ou oferta de crianças para realização de atividades ilícitas, como tráfico de entorpecentes; d) trabalho que prejudique a saúde, a segurança ou a moral das crianças.

O Estado Membro, pela sua legislação nacional e pelas autoridades competentes, designarão quais são as piores formas de trabalho infantil (artigo quarto), além de monitorarem essas práticas, com consulta às entidades sindicais (artigo quinto), com elaboração e implementação de programas (artigo sexto), garantindo-se a prática de medidas, inclusive sancionatórias (artigo sétimo), devendo existir a cooperação com outros organismos para erradicar a pobreza e com o fim da educação universal (artigo oitavo).

Convém frisar que o Brasil faz uma série de parcerias¹³², como a seguinte:

o Guia é uma das ações de projeto da OIT desenvolvido em parceria com a CIPÓ (Organização social baiana, fundada em 1999, que tem como missão: “criar oportunidades para o pleno desenvolvimento e a participação social, cultural e política de crianças, adolescentes e jovens, por meio da democratização da comunicação e da educação), com foco na qualificação do diálogo social entre comunicadores e atores sociais para abordagem do tema (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p.05).

Assim, há todo um arcabouço normativo para proteção da criança e para evitar e erradicar as piores formas de trabalho infantil, sendo que o Brasil se comprometeu a respeitar tais normas internacionais.

¹³² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil**. Brasília: OIT, 2011, p. 05.

3.3. A CONVENÇÃO 158 DA OIT

A Convenção 158 da OIT, que trata da motivação para a extinção da relação de emprego por iniciativa do empregador, foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, realizada em Genebra no ano de 1982, mas seu texto somente entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

Acerca dos fins a que se propõe a Convenção 158 da OIT¹³³:

Sensível à vulnerabilidade do empregado no curso da relação de emprego e às adversidades oriundas da despedida, tendo em vista a privação do principal – e muitas vezes o único – meio de subsistência, entendeu a OIT que o desequilíbrio jurídico deve ser compensado com a exigência de motivação válida (“justificação do término”) para a despedida do empregado por iniciativa do empregador (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p.05).

Portanto, a Convenção n. 158 da OIT harmoniza os interesses do capital com os do trabalho ao proteger os empregados das despedidas imotivadas e preservar a possibilidade de os empregadores rescindirem os contratos de emprego de forma motivada e a partir de uma causa justificada que tenha estrita e necessária relação com a capacidade e conduta do empregado ou os requisitos operacionais da empresa (motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos), tudo isso a ser apurado em procedimento específico.

Visa, em sua essência, limitar o poder patronal (que não é absoluto) e eliminar a faculdade ou discricionariedade para a prática das despedidas arbitrárias ou sem justa causa, harmonizando os interesses do capital com os do trabalho [...](DANTAS; GUERRA, 2015, p.175).

¹³³ DANTAS, Adriano Mesquita; GUERRA, Gustavo Rabay. A proteção do emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa no Brasil a partir da aplicação direta da Convenção n. 158 da OIT. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **Direito Internacional do Trabalho**: O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2015, p. 175.

Sobre a necessidade de motivação para dispensa do trabalhador cujo contrato de trabalho vigente seja por tempo indeterminado dispõe o artigo 4º da Convenção¹³⁴:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço(ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016, s.p.).

A Convenção determina expressamente que a motivação da dispensa não poderá se fundar no fato de: 1) o empregado se filiar a sindicato ou de participar nas atividades sindicais fora do horário de trabalho ou, durante ele, com a autorização do empregador; 2) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar nesta qualidade; apresentar queixa ou compor comissão de qualquer procedimento contra empregador que tenha violado leis ou regulamentos ou que recorra às entidades administrativas; 3) por motivos de raça, cor, sexo, estado civil, responsabilidades familiares, gravidez, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social e 4) ausência no trabalho durante a licença-maternidade ou por motivo de acidente ou doença do trabalho.

3.3.1 Ratificação da Convenção 158 da OIT no Brasil

A Convenção 158 da OIT esta passou pelos trâmites que poderiam conferir-lhe validade no País. A Convenção foi ratificada pelo Congresso Nacional em 17 de setembro de 1992 (Decreto Legislativo 68/1992) e depositada pelo Governo brasileiro junto à OIT em 4 de janeiro de 1995, para

¹³⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção 158**. Término da relação de trabalho pelo empregador. Disponível em: < <https://goo.gl/tVQTLd> >. Acesso em: 18 set 2016.

vigorar doze meses depois. No entanto, apesar de válida, em princípio, e de existente a sua eficácia no território nacional só se deu com a publicação oficial do respectivo texto no idioma português, por meio de decreto do Executivo 1.855/1996 (promulgação do Decreto 1.855, em 10 de abril de 1996).

Assim, com a ratificação da Convenção 158 da OIT, o Brasil passou a se comprometer a respeitar seus ditames, bem como o texto legal da convenção passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, apesar de sua importância contributiva para proteção do trabalho, esta convenção foi alvo de questionamentos perante o STF, bem como veio a sofrer uma denúncia unilateral presidencial, o que gerou ainda maiores debates na esfera jurídica¹³⁵.

3.3.2. A denúncia do Brasil

Por meio do Decreto 2100/1996 (promulgação do Decreto 2100, em 20 de dezembro de 1996), o então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso, denunciou a Convenção 158 da OIT, ou seja, ¹³⁶declarou encerrado o compromisso assumido de cumprir os dispositivos de um tratado internacional.

No contexto do direito juslaboral brasileiro a convenção pretendia inovar trazendo uma forma normativa apta a mitigar o direito potestativo do empregador na ruptura unilateral, porém, as forças econômicas e políticas, por ranço patriarcal, oligárquico ou por vícios de compreensão da realidade do trabalho, buscaram a denúncia da convenção conseguida no mesmo ano de sua validação no ordenamento.

A justificativa apresentada para a referida denúncia foi a de que a continuidade da vigência da Convenção 158 da OIT no Brasil, implicaria em perda de competitividade no cenário globalizado.

É de se ver, sem adentrar em questões políticas de fundo, que o Governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso, à época, pregava

¹³⁵ GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 89

¹³⁶ *Ibidem, idem.*

um modelo de neoliberalismo e conseqüente flexibilização das normas protetivas de trabalho, com o fim de possibilitar maior abertura do Brasil em face de uma globalização desenfreada e de dependência¹³⁷. De toda forma, as conseqüências jurídicas foram impactantes, conforme será abordado daqui em diante.

3.3.3 A ADIN 1480

Promulgada a convenção e devidamente ratificada, surgiu a questão da constitucionalidade do decreto que promulgou a Convenção 158 da OIT, alegando-se incompatibilidade de seu conteúdo normativo com o art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988, o qual, dispondo sobre matéria idêntica, prevê uma indenização, ao passo que a Convenção 158, em seu artigo 10, nota-se a possibilidade de os organismos competentes, segundo a legislação e prática nacionais, anularem o término da relação de trabalho de iniciativa do empregador e, eventualmente, ordenarem ou proporem a readmissão do trabalhador.

Ainda poderia ser apontada a inadequação dela ao mandamento do art. 7º, I, da Constituição, porquanto o dispositivo constitucional analisado diz que a matéria de que trata será regulamentado nos termos de lei complementar, o que apresenta exigências formais de tramitação e que acentua o seu caráter de norma de eficácia contida.

O que se discute assim é como a aplicação do tratado multilateral corresponderia a regulamentação daquele dispositivo constitucional, para o que ele, aprovado como norma ordinária, formalmente, não era apto, visto que, com sua inserção no direito interno, posicionava-se no nível de lei ordinária, hierarquicamente inferior à lei complementar, sendo absolutamente inafastável tal vício formal.

¹³⁷ Para saber mais, vide: CARDOSO, Fernando Henrique e FALLETO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**. Ensaio de Interpretação Sociológica. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, proferido nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) 1.480-3-DF, aforada pela Confederação Nacional do Transporte e a Confederação Nacional da Indústria, que procurava a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo 68, de 16 de setembro de 1992, que a aprovou, e do Decreto presidencial 1.855, de 10 de abril de 1996, que promulgou a Convenção, neste sentido é bastante esclarecedor. Os autores sustentaram que os arts. 4º e 10 do referido tratado conflitavam com o art. 7º, I, da CRFB, bem assim com o art. 10, I, do ADCT.

Assim, pediam liminarmente, a suspensão dos efeitos da norma internacional. Ágil, o que bem demonstra a importância da questão, em 4 de setembro de 1997 deu-se o julgamento do pedido pelo plenário da tutela antecipatória de suspensão de seus efeitos, que foi atendido por 7 votos a 4, decidindo aquela Corte, com fundamento no voto do Ministro Celso de Mello, que a referida convenção não seria autoaplicável, na medida em que o art. 7º, I, da CRFB exige, como meio para o estabelecimento da garantia geral de emprego no Brasil, Lei Complementar.

Desta forma inquestionavelmente fixou-se entendimento de que os tratados e convenções internacionais adotados pelo Brasil entram no ordenamento jurídico do país no mesmo plano hierárquico das Leis Ordinárias, o que não seria compatível com a matéria de que trata a convenção.

Para o ministro Carlos Velloso:

[...] não há falar em inconstitucionalidade formal da Convenção n. 158/OIT, ao argumento de que o art. 7º, I, da CF, exige lei complementar na sua regulamentação e, até que esta seja promulgada, tem vigência a regra inscrita no art. 10, I, ADCT, dado que a referida Convenção não faz as vezes de lei complementar. Não ocorre a inconstitucionalidade formal arguída, por isso que o tratado incorpora-se ao direito interno como lei, lei como gênero, do qual lei complementar, lei ordinária, lei delegada e medida provisória constituem espécies. Firmado o Tratado pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e ratificado este pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), dá-se a sua incorporação ao direito interno como lei complementar, se, relativamente à matéria, a Constituição exige essa espécie de lei, mesmo porque não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, sendo que a Constituição reserva para aquelas certas matérias. Noutras palavras, se a CF, para determinada matéria, exige lei complementar, e um certo Tratado dispondo a respeito de tal matéria, é ratificado pelo Congresso Nacional e, por decreto do Chefe do Executivo, é incorporado ao

direito interno, é como lei complementar que se dá essa incorporação.

E ainda em seu voto:

A Convenção n. 158/OIT contém direitos e garantias que integram a doutrina dos direitos fundamentais de 2ª. geração. Os direitos e garantias fundamentais decorrentes de tratado internacional celebrado pelo Presidente da República (CF, art. 84, VIII) e ratificado pelo Congresso Nacional (CF, art. 49, I), constituem direitos fundamentais que a Constituição consagra – CF, art. 5º, § 2º. Assim, os direitos e garantias contidos na Convenção n. 158/OIT constituem direitos e garantias com vida autônoma, não dependentes das normas inscritas no art. 7º, I, da CF, e art. 10, I, ADCT/CF. O fato de a Constituição não consagrar, no art. 7º, I, c.c. o art. 10, I, ADCT, estabilidade plena, mas indenização compensatória, não faz inconstitucional, sob o ponto de vista material, a Convenção 158/OIT, dado que esta não estabelece, apenas, a garantia da reintegração. O que é preciso fazer é interpretar o artigo 4º da citada Convenção em consonância com o seu artigo 10, que admite tanto a reintegração como a indenização compensatória. Essa indenização poderia ser arbitrada tendo presentes as normas inscritas nos artigos 477, 478 e 497, CLT. Os Tribunais do Trabalho se incumbirão de construir jurisprudência a respeito. A Convenção 158/OIT, nas suas regras maiores, é autoaplicável. Um ou outro dispositivo seu, simplesmente periférico, pode depender de explicitação legislativa. Isto, entretanto, não infirma a auto-aplicabilidade da Convenção, nas suas linhas maiores, básicas, certo que essas linhas maiores, básicas, inscrevem-se nos seus artigos 4º e 10.

Entendeu o governo federal por denunciar a convenção para que não gerasse um impasse que certamente determinaria diversas e conflitivas decisões nas várias instâncias do Judiciário, pondo fim na discussão e determinando o afastamento da norma de maneira polêmica.

Buscou-se uma justificativa constitucional que afirmava categoricamente ser o primado do trabalho a base da ordem social, que visa ao bem-estar e à justiça sociais (art. 193).

Ao se analisar o diploma convencional, especificamente o seu art. 4º, bem como na Constituição o art. 7º, I, constata-se que ambos cuidam da proteção da relação de emprego contra a dispensa imotivada, razão pela qual se encontram amplamente amparados também pelos princípios juslaboristas.

A Convenção 158 da OIT procurou estender a proteção ao trabalhador na relação empregatícia o que representa a genuína consagração dos

princípios próprios do Direito do Trabalho Brasileiro, em destaque: Proteção e Continuidade da Relação de Emprego. De assinalar que muitos juristas defendem que a Convenção 158 da OIT, tida como um tratado internacional de proteção aos direitos humanos, uma vez incorporada à legislação nacional (art. 5º, § 2º da CRFB/1988), assume hierarquia constitucional, com dispõe o artigo 5º., porém para isso, há que se submeter ao rito especial.

Estabelecido o conflito entre empregadores e empregados com a aplicação da convenção, passados apenas sete meses, o Poder Executivo denunciou a Convenção, por meio de Nota enviada ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho, assinada pelo Embaixador Chefe da Delegação Permanente do Brasil em Genebra conforme Ofício 397, de 20 de novembro de 1996.

O Decreto Presidencial 2.100, de 20 de dezembro de 1996, retira do ordenamento jurídico a convenção como mecanismo simétrico à sua inserção, sob o argumento de incompatibilidade da Convenção 158 da OIT ao ordenamento jurídico nacional, e, por conseguinte, e como consequência a partir de 20 de novembro de 1997, o diploma convencional deixou de vigorar no País.

Por fim, em 27 de junho de 2001 por decisão do relator da ADIn 1480-DF, estando retirada do ordenamento jurídico pelo Decreto 2.100/1996, houve perda do objeto e assim, a Convenção formalmente acha-se denunciada e excluída a possibilidade de recorrer-se a ela como fonte normativa de direito do trabalho no Ordenamento Jurídico brasileiro. Como na ADIn não se questionava a constitucionalidade do ato do Executivo, extinguiu-se o feito sem análise do mérito.

3.3.4 A ADIN 1625

Tendo sido cumpridas todos os procedimentos exigíveis para a sua ratificação, a Convenção 158 da OIT passou a se integrar ao Ordenamento Jurídico brasileiro, em princípio como norma ordinária com eficácia imediata.

Mesmo que se argumente que por versar sobre proteção ao emprego, seria direito fundamental do trabalhador, o diploma convencional não poderia ser autoaplicável ao ordenamento jurídico nacional, porque para tal teria de ter passado por rito próprio, o que daria efetividade ao princípio básico contido no art. 7º, I da CRFB/1988, diante da omissão legislativa que imperava há mais de vinte anos e que foi mais do que ineficientemente tratada em recente legislação.

A dispensa imotivada foi recepcionada pelo diploma constitucional que buscou antes de tudo sancioná-la mais severamente, devendo-se assinalar que o constituinte originário faz expressa previsão normativa de proteção ao emprego como garantia constitucional, dotada, por sua vez, de eficácia jurídica limitada na exigência de diploma complementar que lhe configure plenamente a extensão.

Se considerar que qualquer alteração quanto à validade e vigência dos dispositivos da Convenção 158 só pode acontecer a partir de deliberação do Congresso Nacional, a denúncia de novembro de 1996 e tornada válida pelo Decreto 2.100, não poderia ter surtido efeito no direito pátrio, a não ser que, a convenção estivesse maculada de inconstitucionalidade ou que, por ser matéria de Lei Complementar, não ter sido aprovada com o quórum necessário.

Independentemente da invalidade da denúncia, e, conseqüente inconstitucionalidade do Decreto 2.100/1996, há que se analisar o fato de que, ratificada, só poderia ter sido denunciada após 10 anos de sua vigência, o que não foi cumprido. Tal está de acordo com a disposição dos art. 16, § 3º cumulada com art. 17, § 1º da Convenção 158 da OIT, que determina que a sua vigência no plano interno do país-membro se inicia doze meses após o registro junto à OIT, da ratificação por ele efetuada, sendo passível de denúncia após dez anos da sua entrada em vigor.

Não pode ser questionado que a Convenção 158 esteve plenamente em vigor em nosso ordenamento jurídico, mesmo que seja considerada válida

a sua denúncia unilateral em novembro de 1996 por meio de Nota do Executivo brasileiro.

Entende-se que a vigência se relaciona a um aspecto formal, que consiste na regular edição, promulgação e publicação de uma norma para que ela possa fazer parte do ordenamento jurídico positivo.

Quando se analisa a eficácia da Convenção 158 de plano se depara com a dificuldade quanto à compreensão de como ela na condição de norma, se apresentou de forma cogente ou dispositiva, se suas cláusulas são autoaplicáveis ou se dependem de regulamentação, e se há compatibilidade com o ordenamento jurídico.

A Convenção 158 da OIT, entendida como um Tratado Internacional que estabelece normas e princípios de caráter fundamental, tem sua incorporação como realizada imediatamente, o que decorre da aplicação do § 3.º do art. 5º da Constituição Federal, o que provocou mudanças também no entendimento do STF, o qual passou a considerar que, os tratados que versam sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, possuem caráter supralegal.

Entretanto, quando da sua ratificação e vigência, o texto da Constituição de 1988 ainda não havia sido alterado pela Emenda Constitucional n.º 45/2000, de modo que não havia a inserção do §3º do art. 5º da Constituição, estabelecendo a formalidade de submissão do tratado ou convenção ao legislativo para que tivesse validade de norma constitucional sob o aspecto legal.

De modo objetivo, a ratificação e vigência da Convenção 158 da OIT deu-se sob a égide do §2º do art. 5º da Constituição de 1988, estando assim, inserto na cláusula constitucional de abertura material das convenções e tratados internacionais, tendo, portanto, *status* material constitucional, o que tornaria a denúncia inválida.

Especificamente sobre a validade da denúncia, o Ministro Joaquim Barbosa afirma em seu voto na ADIN 1625-3, a qual suscita a nulidade da

denúncia, “não ser possível ao Presidente da República denunciar tratados sem o consentimento do Congresso Nacional”, sendo que, efetua os seguintes alertas, quando da conclusão de seu voto, ante ao fato de “a denúncia já está produzindo efeitos no plano internacional”, o que nos levaria a duas conclusões: 1) sendo declarada inconstitucional a denúncia, a Convenção 158 da OIT estaria em plena vigência no Brasil; 2) o Brasil poderia ser denunciado junto à CIDH em razão da não observância da Convenção 158 da OIT.

Perfilham deste entendimento Adriano Mesquita Dantas e Gustavo Rabay Guerra¹³⁸ afirmando que:

[...] entendemos que a Convenção n.º 158 está em vigor no Brasil, podendo ser invocada pelos trabalhadores e aplicada de forma direta pela Justiça do Trabalho aos casos concretos. Basta, para tanto, que os trabalhadores requeiram e os Juízes declarem, pelo sistema difuso, a inconstitucionalidade do Decreto nº 2100/96, pelo qual o Presidente da República denunciou unilateralmente a Convenção nº 158 da OIT(DANTAS; GUERRA, 2015, p.170).

Entendimento contrário apresenta Cassio Mesquita Barros¹³⁹

A denúncia foi decidida pela Presidência da República e transmitida para a OIT para autoridade autorizada a representar o Brasil. Quanto ao prazo para efetuar a denúncia, prevalece na OIT o entendimento de que o decênio previsto nas disposições gerais relativas nas Convenções deve ser contado a partir do dia em que a Convenção iniciou sua vigência internacional e não no início da vigência da sua ratificação pelo respectivo país.

A circunstância de ser decidida pelo Presidente da República decorre de que o Governo Federal é o interlocutor da OIT, conforme deixa claro norma expressa da Constituição, no art. 19, inciso VII, e do

¹³⁸ DANTAS, Adriano Mesquita. GUERRA, Gustavo Rabay. A proteção do emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa no Brasil a partir da aplicação direta da Convenção nº 158 da OIT, p. 186. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Direito Internacional do Trabalho**: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. Organizadores. São Paulo: LTr, 2015, p. 170-199.

¹³⁹ BARROS, Cassio Mesquita. Os Descaminhos da Convenção nº 158 da OIT no Brasil, p. 160. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Direito Internacional do Trabalho**: O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. Organizadores. São Paulo: LTr, 2015São Paulo: LTr, 2015, p. 156-169.

sistema revolucionário, sistema próprio de entidade, ao qual o Brasil aderiu espontaneamente (BARROS, 2015, p.156).

Ora, se considerarmos o entendimento exposto, qual seja, de que a vigência internacional da Convenção 158 da OIT teve início no ano de 1985, tendo sido denunciada em 1996, ou seja, 11 anos após o início, bem como, de que em razão do entendimento da OIT, a denúncia feita pelo Presidente da República é válida, por ser ele a autoridade que possui a capacidade de interlocução com a OIT, a ADIN 1625-3, que questiona a validade da denúncia, está fadada à improcedência.

Por outro lado, se considerarmos que a vigência da Convenção 158 da OIT teve início em abril de 1996, data em que foi promulgado o Decreto 1855/1996, bem como, que a denúncia somente poderia ocorrer se houvesse o consentimento do Congresso Nacional, a ADIN 1625-3 será exitosa, sendo que os efeitos de tal decisão podem ser amplos a ponto de ser objeto de trabalho específico sobre o tema, considerando os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*.

Sobre a fase processual da ADIN 1625-3 perante o STF, votaram até o momento os ministros Maurício Corrêa, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Rosa Weber, os quais decidiram pela inconstitucionalidade da denúncia oferecida pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso. A decisão dos referidos ministros entendeu pela inobservância do procedimento de submissão da decisão ao congresso nacional.

O ministro Nelson Jobim votou pela improcedência do pedido. Até o último andamento, a ADIN 1625-3 se encontrava com o falecido ministro Teori Zavascki¹⁴⁰, o qual havia proposto uma solução alternativa para a para a demanda, ressaltando que há uma tradição no Brasil de que mudanças desse tipo devem ser aprovadas pelo Congresso e propôs que a inconstitucionalidade fosse declarada do julgamento, sem prejuízo da convenção denunciada. Para

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF**: Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Quarta-feira, 14 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>>. Acesso em: 11 abr 2017.

tanto, propôs que se discutisse a modulação dos efeitos da decisão quanto à vigência da Convenção 158 da OIT.

O processo foi retirado em vista regimental pelo ministro Teori Zavascki¹⁴¹, faleceu na data de 19-1-2017.

Diante do exposto, verifica-se o seguinte quadro quanto à validade da denúncia do Decreto n.º 2100/1996 e validade da Convenção 158 da OIT: 1) A convenção 158 da OIT não pode ser considerada inconstitucional, tendo em vista que sua vigência e internalização no sistema jurídico brasileiro cumpriu todos os requisitos necessários à época da sua ratificação; 2) A convenção 158 da OIT é passível de complementação por meio de lei ordinária; 3) A convenção 158 da OIT foi denunciada pelo Presidente da República, por meio do Decreto nº 2100/1996, o qual declarou a renúncia do compromisso da sua observância; 4) Encontra-se pendente de julgamento, há vinte anos, a ADIN 1625-3, a qual requer a declaração de nulidade da denúncia da Convenção '158 da OIT; 5) Na hipótese de improcedência da ação, tem-se por válida a denúncia da Convenção 158 da OIT, e por consequência, restará completamente afastada do ordenamento jurídico brasileiro, a necessidade da dispensa justificada do empregado; 6) Na hipótese de procedência da ação, a vigência da Convenção nº 158 da OIT será definida pela suprema corte brasileira, inclusive quanto aos efeitos.

3.4. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE, CONVENÇÃO 158 DA OIT E O ARTIGO 477-A DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (CLT)

Diante de toda problemática apresentada, resta analisar o artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) à luz de toda normatividade protetiva trabalhista existente no Brasil e correlacioná-la à atividade exercida por meio do controle de convencionalidade judicial.

¹⁴¹ *Ibidem idem.*

Até o presente momento o art. 477 da CLT¹⁴² que:

É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja êle dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa(BRASIL, 1943, s.p.).

Entretanto, com a vigência da Lei n.º 13.467/2017, que implicou na reforma trabalhista, o dispositivo passa a vigorar com o seguinte texto¹⁴³

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação(BRASIL, 2017, s.p.).

Assim, cabe analisar este artigo da CLT tomando como parâmetro a Convenção 158 da OIT, além de outras normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro.

O art. 477- A da CLT, com a nova redação entrará em vigência após o período de vacância da Lei 13.467/2017, ou seja, no dia 11-11-2017, autorizando a dispensa coletiva, sem que haja necessidade da intervenção da autoridade sindical, ou ainda, sem que haja negociação coletiva.

Referido artigo fere literalmente o artigo 7º, I da Constituição de 1988, o qual protege o trabalhador contra a despedida arbitrária, ou sem justa causa.

¹⁴² BRASIL. **Decreto-Lei 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943.

¹⁴³ _____. Senado Federal. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.** Disponível em: <<https://goo.gl/obBLiy>>. Acesso em: 05 de set de 2017.

Fere literalmente, também, a Convenção 158 da OIT, a qual conforme analisado anteriormente, faz expressa previsão contra a dispensa arbitrária, especialmente nos casos de dispensa coletiva.

Portanto, o artigo 477-A da CLT, introduzido por meio da Lei n. 13.467/2017, viola não somente a Constituição de 1988, ferindo assim o Princípio da Primazia da Constituição, como também, viola tratado internacional de direitos humanos, mais especificamente, a Convenção 158 da OIT, a qual, muito embora tenha sido denunciada pelo estado brasileiro, não teve a referida denúncia acolhida pela Organização Internacional do Trabalho até o momento, estando portanto, em plena vigência.

Assim, considerando o controle de constitucionalidade, bem como o controle de convencionalidade como instrumentos de efetivação dos direitos sociais, temos que a aplicação do art. 477-A da CLT é nula do ponto de vista jurídico, tendo em vista a inconstitucionalidade e inconvenção da norma, em detrimento de direito humano, fundamental e social, qual seja, o direito ao trabalho.

Entendimento contrário certamente implica em violação ao princípio da progressividade dos direitos sociais, posto que a norma, como literalmente posta, implica em grave violação a direitos fundamentais e retrocesso social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito do trabalho é um direito humano, fundamental e social, em constante construção e fruto de muitas lutas. Assim, o primeiro capítulo do trabalho procurou traçar linhas gerais sobre a temática, destacando a universalidade dos direitos humanos e fundamentais, bem como clarificando que o direito do trabalho, como um direito social por natureza, é plenamente exigível, encontrando guarida no Direito Internacional bem como pelo direito interno, com destaque para Constituição Brasileira de 1988, que procurou proteger o ser humano e sua dignidade.

A importância do Direito Internacional é, sem dúvida, relevante ao presente tema, uma vez que possui um ramo, dentro do direito internacional público, voltado especialmente aos cuidados do direito do trabalho, o que pode ser estampado, por exemplo, por meio da Organização Internacional do Trabalho e por uma série de documentos internacionais como as convenções da OIT.

Não obstante, a efetivação do direito do trabalho nem sempre parece ser realizada no cotidiano comum. Ainda assim, a efetivação do direito do trabalho é, sim, possível. Uma dessas formas de exercício em prol da efetivação do direito do trabalho, e, por via de consequência, em prol da dignidade do ser humano, pode (e deve) ser realizado pela via do controle de convencionalidade.

Mais ainda, viu-se que o controle de convencionalidade é realizado tanto na esfera internacional, o que é estampado sobretudo por meio das decisões derivadas de Tribunais Internacionais, quanto na área doméstica.

No caso específico do Brasil, o controle de convencionalidade encontra respaldo no ordenamento jurídico interno brasileiro, sendo um tema que cada vez mais desperta interesse por parte da academia.

Diante de todo o exposto, verificou-se que tal controle representa uma modificação de paradigma jurídico, haja vista que contesta a ideia de supremacia da constituição, para incluir outras normas protetivas de direitos humanos.

Com essas considerações, o último capítulo apresentou sobre as convenções fundamentais da OIT, o controle de convencionalidade e sua aplicabilidade no Brasil.

De forma específica, tratou o trabalho sobre a problemática da Convenção 158 da OIT, que dispõe sobre a proteção do emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa, no contexto brasileiro e suas consequências jurídicas e sociais.

Isso porque a Convenção 158 da OIT foi ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto 1855 de 10 de abril de 1996, passando, então, a integrar todo conjunto de normas protetivas trabalhistas no direito

interno brasileiro. Contudo, essa convenção sofreu denúncia unilateral por parte do então Presidente da República, ao fim do mesmo ano (1996), o que passou a ser alvo de controvérsias jurídicas, analisadas sob o crivo do STF.

Ou seja, o que se contesta aqui é a constitucionalidade do decreto presidencial que denunciou a Convenção 158 da OIT para não aplicá-la. Chega-se à conclusão de que a Convenção 158 da OIT ainda continua em vigor no Brasil, podendo ser aplicada e ainda integrar nas normas que melhor protegem o direito do trabalho.

A efetivação dos ditames da Convenção 158 da OIT há de ser feita por meio do controle de convencionalidade, a ser exercido sobretudo por meio da atividade do Poder Judiciário.

O trabalho não pretendeu fornecer respostas dadas, reconhecendo-se que a questão da Convenção 158 da OIT ainda sofre diversas controvérsias no mundo do Direito. Ainda assim, certo é que não se pode retroceder em matéria de direitos humanos e direito do trabalho.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Direitos sociais são exigíveis**. Dom Quixote: Porto Alegre, 2011.

ALCÁLA, Humberto Nogueira. El diálogo Interjurisdiccional y control de convencionalidad entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPASSON, Carlos Luiz (Orgs). **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 mar 2017.

_____. Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1943.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 639337 AgR**. Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 Divulg 14-09-2011 Public 15-09-2011. Disponível em: < <https://goo.gl/9qPz25> >. Acesso em 04 mar 2017.

_____. **HC 73044/SP**. Rel. Ministro Maurício Corrêa, 2ª Turma, DJ 20/09/1996. Disponível em: < <https://goo.gl/7ioZ4k> > Acesso em: 29 mar 2017.

_____. **Notícias STF**: Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT. Quarta-feira, 14 de setembro de 2016. Disponível em: < <https://goo.gl/23DbXv> >. Acesso em: 11 abr 2017.

_____. **Rext 80.004/Sergipe**. Rel. Ministro Xavier de Albuquerque. DJ: 03/09/1975. Disponível em: < <https://goo.gl/2uG1eo> > Acesso em 28 mar 2017:

CARBONEL, Miguel. Eficacia de la constitucion e derechos sociales, esbozo de algunos problemas. *In*: COURTI, Christian, e SANTAMARÍA, Ramiro Ávila (Editores). **La proteccion judicial de los derechos sociales**. Ministério de Justiça e Derechos Humanos. Quito, Ecuador, 2009, p. 55. Disponível em: <<https://goo.gl/WmnMJE>>. Acesso em 27 mai 2017

CARDOSO, Fernando Henrique; FALLETO, Enzo. **Dependência e desenvolvimento na América Latina**. Ensaio de Interpretação Sociológica. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Constituição Federal, Controle Jurisdicional e Níveis de Escrutínio. *In*: **Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 32, jul./set. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. A interação entre o direito interno e internacional na perspectiva da jurisdição trabalhista: uma introdução ao controle de convencionalidade em matéria laboral. *In*: Adriano Mesquita Dantas; Marcelo Rodrigo Carniato; Sérgio Cabral dos Reis. (Org.). **Poder judiciário e desenvolvimento socioeconômico**. São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 182-199, 2012

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 02 set 2017.

_____. Control de Convencionalidad. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** n. 7, 2015. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>. Acesso em: 24 ago 2017.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA (ICJ). **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**, de 26 de junho de 1945.

DANTAS, Adriano Mesquita; GUERRA, Gustavo Rabay. A proteção do emprego contra a despedida arbitrária e sem justa causa no Brasil a partir da aplicação direta da Convenção nº 158 da OIT, p. 186. *In*: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza; MAZUOLLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional do Trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. (orgs). São Paulo: LTr, 2016.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FINN, Karine. Direito à diferença: um convite ao debate entre universalismo e multiculturalismo. In: PIOVESAN, Flávia (coord.) **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 38-53.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Teoria da abertura material do catálogo de direitos fundamentais e a aplicação das convenções internacionais da OIT nas relações de trabalho no Brasil. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Souza; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Direito Internacional do Trabalho: o estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil**. São Paulo: LTr, 2015.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A garantia do acesso ao trabalho decente. In: **Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho: trabalho decente**. Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante; Marco Antônio César Villatore (Coordenadores). No prelo.

GOMES, Eduardo Biacchi. Democracia, Direitos Humanos e Direitos Sociais no contexto internacional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**. v. 6. n.6. Jan/Dez, 2006.

GOMES, Eduardo Biacchi; VILLATORE, Marco Antônio César. Hierarquia das Convenções Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho, na conformidade da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004. In: **Constituição e Competência Material da Justiça do Trabalho depois da EC 45/2004**. Curitiba: Genesis, 2005.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MALISKA, Marcos Augusto. A cooperação internacional para os direitos humanos entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. **Revista Forense** (Impresso), v. 391, p. 627-635, 2007. Disponível em: < <https://goo.gl/PM5HZq> >. Acesso em: 30 jan 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 53, p. 83-106, 2000.

_____. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Direito dos Tratados**. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Direito Internacional Público:** parte geral. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Orgs). **Direito Internacional do Trabalho:** O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. São Paulo: LTr, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade e Processo de Deliberação: Legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas.** Palestra. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/551>>. Acesso em: 11 ago 2017.

MONTENEGRO, Aline Ferreira; GOMES, Eduardo Biacchi. As Alterações Estatais e a Eficácia dos Ditames Constitucionais. *In:* **Conciliação:** o paradigma da conciliação como forma de solucionar conflitos. PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs; GUNTHER, Luiz Eduardo (Coord.); BURNARD, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César; SANTOS, Willians Franklin Lira (Org.). Curitiba: Instituto Memória, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Division for the Advancement of Women – Department of Economic and Social Affairs – **Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.** Disponível em: <<http://www.onu.org/womenwatch/daw/cedaw/states>>. Acesso em: 26 jul 2016.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 de dezembro de 1948.

_____. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf>. Acesso em: 03 mar 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** 22 nov 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 18 mai 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Conheça a OIT.** Disponível em: <<http://www.oit.org.br/presentation>>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. **Conselho de Administração.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/public//portugue/region/ampro/brasil/inst/struct/conselho.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. **Convenção 158.** Término da relação de trabalho pelo empregador. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/t%C3%A9rmino-da-rela%C3%A7%C3%A3o-de-trabalho-por-iniciativa-do-empregador>>. Acesso em: 18 set 2016.

_____. **Institucional.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/hist/index.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. **Normas.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/rules/organiza.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. **Objetivos Estratégicos.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/portugue/region/ampro/brasil/inst/fund/objetivos.htm>>. Acesso em: 22 jul 2016.

_____. **Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil.** Brasília: OIT, 2011.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. **Direito do Trabalho Doméstico.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Proteção dos Direitos Sociais: desafios do ius communes sul-americano. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 102-139, 2011.

_____. **Temas de direitos humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi (Orgs). **Direitos Humanos na Ordem Contemporânea.** Curitiba: Juruá, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.** Universidade de São Paulo. Jan/dez 2009, p. 245. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>>. Acesso em: 11 abr 2017.

_____. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova**, v. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, Porto Alegre, v. 30, p. 97-124, 1999.

_____. **Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais**: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf>. Acesso em: 03 mar 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos Fundamentais e reserva do possível. dilemas no contexto constitucional brasileiro. *In*: COMPLAK, Krystian; MALISKA, Marcos Augusto Org.). **Polska i Brazylia: Democracia e Direitos Fundamentais no Constitucionalismo Emergente**. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Direito Internacional do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

THOME, Candy Florêncio. O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais de trabalhadores. *In*: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, v. 55, nº. 85, p. 137-168, jan/jun 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V.I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

VAZ, Andréa Arruda. **Direito Fundamental à liberdade sindical no Brasil e os tratados de direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2016.

VILLATORE, Marco Antônio César. Direito do Trabalho no MERCOSUL e nas Constituições dos Estados Partes. **Revista de Derecho Internacional y del Mercosur**. Año 8, n. 5, Buenos Aires: La Ley, 2004.

VILLATORE, Marco Antônio César; OLIVEIRA, Sonia de. Direitos humanos e questões econômicas e sociais sobre as desigualdades salariais entre homens e mulheres como reflexo da discriminação de gênero existente no mercado de trabalho. *In: XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, 2015, Aracaju. Eficácia dos direitos fundamentais e seus reflexos nas relações sociais e empresariais* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis, 2015.

WANDELLI, Leonardo Vieira. **O Direito Humano e Fundamental ao Trabalho** – fundamentação e exigibilidade. São Paulo: LTr, 2012.